

I. ESPAÑA

NUEVO MODELO ECONÓMICO EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SANITARIOS: PRIVATIZACIÓN EN LA GESTIÓN Y TÉCNICAS GERENCIALES, FOMENTO DE LA LIBRE ELECCIÓN POR EL USUARIO Y EJERCICIO LIBRE DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL (*)

Por

MANUEL BEATO ESPEJO

Profesor titular de Derecho Administrativo

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO: EL DERECHO A LA SALUD DESDE LA LEY GENERAL DE SANIDAD AL LLAMADO «INFORME ABRIL».—II. CRITERIOS EMPRESARIALES EN LA GESTIÓN DEL SERVICIO SANITARIO: 1. *Reorganización para rentabilizar la gestión con eficiencia, tanto en la prestación de servicios propios como en los de contratación ajena.* 2. *Política económica versus profesionalidad* 3. *El pago por proceso médico como criterio de competencia.* 4. *Laboralización del personal como pretexto de eficacia.*—III. LA PLANIFICACIÓN SANITARIA Y LA ACTIVIDAD ECONÓMICA DE LOS AGENTES SANITARIOS.—IV. DE NUEVO SOBRE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO FARMACÉUTICO Y EL DERECHO A LA SALUD.—V. DERECHOS DE LOS USUARIOS A LOS SERVICIOS SANITARIOS: 1. *Información suficiente.* 2. *Libre elección con financiación.*—VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. PLANTEAMIENTO: EL DERECHO A LA SALUD DESDE LA LEY GENERAL DE SANIDAD AL LLAMADO «INFORME ABRIL»

Son abundantes los pronunciamientos doctrinales sobre el derecho contenido en el artículo 43 de la CE (1) que apuntan al reconocimiento de

(*) Comunicación presentada en las XV Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, «El Sistema económico en la Constitución Española». Madrid, 1992.

(1) Véase, E. BORRAJO DACRUZ, en su comentario al artículo 43 de la Constitución, «Protección a la salud», *Comentario a las Leyes Políticas*, dirigidos por O. ALZAGA VILLAAMIL, tomo IV, Edersa, Madrid, 1984, pág. 147 y ss.; J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA, «El Servicio Público de la Sanidad: El marco constitucional», Civitas, Madrid, 1984; E. COBREROS MENDAZONA, «Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud: Estudio sistemático de los Ordenamientos italiano y español», HAAE-IVAP, Oñati, 1988; J. PEMÁN GAVÍN, «Derecho a la salud y Administración sanitaria», Real Colegio de España, Bolonia, 1989; A. PEDREIRA ANDRADE, «Hacia una potenciación del derecho constitucional a la protección a la salud», *Actualidad Administrativa*, núms. 10, 11 y 12, 1992; D. I. LOPERENA ROTA, «La protección de la salud y el medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona en la Constitución», *Estudios de la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA*, tomo II, Civitas, 1991,

un derecho subjetivo a la salud, dentro de los niveles de protección del servicio público encomendado al Estado, que velará por la salud pública encadenada, y de forma recíproca, con la salud de todos y cada uno de los ciudadanos (2).

El encaje del precepto citado en el Capítulo III del Título I de la Carta Magna (3) ha influido, sin duda, en la calificación doctrinal de su naturaleza jurídica, dada la garantía procesal que le ofrece el artículo 53.3 del propio texto, por lo que el debate sigue girando sobre la cuestión de si estamos ante un verdadero derecho subjetivo, exigible por los ciudadanos, sin más, ante los poderes públicos o ante un principio rector de la política social y económica que anima la actuación del Estado, sin más (4).

Abunda en la idea el TC, Sentencia número 25/1981, de 14 de julio, FJ 5, al pronunciar que:

págs. 1455 y ss.; L. MARTÍNEZ-CALCERRADA, *Derecho Médico I*, Tecnos, 1986; M. BEATO ESPEJO, «El Sistema Sanitario Español: Su configuración en la Ley General de Sanidad», *RAP*, núms. 119 y 120. Y anterior a la Constitución, véase, P. ESCRIBANO COLLADO, *El derecho a la salud*, IGO, Sevilla, 1976.

(2) Como señala el *IV Informe Técnico del Comité de Expertos en Administración Sanitaria de la OMS*, en «La planificación de los servicios de salud pública», Ginebra, 1961, págs. 6 y ss., «...el fomento de la salud pública es indivisible; cualquier cosa que se haga para proteger la salud de la persona beneficia a la colectividad en su conjunto y, de igual modo, cualquier actividad emprendida para proteger colectivamente la salud de la población beneficia al individuo y a la familia».

(3) Véase, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La Constitución como norma jurídica», en *La Constitución española de 1978*, Civitas, 1981, págs. 122 y ss.; y del mismo autor con T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, 1988, págs. 106 y ss.; para quienes, todos los artículos de la Constitución enuncian «efectivas normas jurídicas», sea cual sea su posible imprecisión y deben ser aplicadas por los Tribunales. F. GARRIDO FALLA, «Comentario al artículo 53 CE», en *Comentarios a la Constitución*, Civitas, 1985, págs. 882 y ss.; para quien, el control de la pasividad de los poderes públicos con la actuación de estas «normas de acción» es de difícil instrumentación jurídica. A. NIETO GARCÍA, «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», *RAP*, núms. 100-102, vol. 1, págs. 371 y ss.; para quien, la cuestión está en determinar los efectos jurídicos de la norma que a veces necesita ser completada por otras proposiciones jurídicas. Siendo importante también saber diferenciar entre la eficacia de la norma y la posibilidad de hacerla valer ante los tribunales. J. E. CASCAJO CASTRO, «Consideraciones sobre protección jurisdiccional de los consumidores», en *Estudios sobre el derecho de consumo*, Iberdrola, Bilbao, 1991, págs. 43 y ss.; quien con referencia al artículo 51 CE y tras reiterar el valor normativo de los principios rectores de la política económica y social, la relación de instrumentalidad que guardan con los valores superiores del ordenamiento constitucional y su condición de garantes de los derechos fundamentales, afirma que suponen «... una estimable orientación encaminada a no dejar en letra muerta, un buen número de disposiciones constitucionales». En el derecho que aquí reconocemos, no sólo puede afirmarse que es y ha sido siempre objeto de especial protección por el Derecho, tanto interno como de ámbito internacional, tanto desde el orden individual como social, sino que también ha de reseñarse su esencial vinculación con otros preceptos constitucionales, artículo 10.1 CE, desarrollo de la personalidad, artículo 15, integridad física y moral, artículo 25.2, derecho a la Seguridad Social para los condenados a penas de prisión, etc.; lo que hace dudar, como manifiesta la doctrina, de la ubicación que tiene en la Carta Constitucional.

(4) Para la OMS, la salud cuenta con una doble característica, es un derecho y es una meta. Véase, G. CLAVERO GONZÁLEZ y A. SIERRA LÓPEZ, «Actualización del concepto de Salud pública», *Revista de Sanidad e Higiene Pública*, núms. 3-4, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1983, pág. 249.

«Los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un *status* jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al mismo tiempo son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o en el Estado social y democrático de Derecho...»

El mismo órgano en Sentencia número 32/1983, de 28 de abril, declara, relacionando los artículos 43 y 51 y otros complementarios de la Constitución, FJ 2, lo siguiente:

«De la interpretación sistemática de todos esos preceptos se infiere la exigencia constitucional de que exista un sistema normativo de la sanidad nacional puesto que los derechos que en tal sentido reconoce la Constitución... pertenecen a todos los españoles y a todo se les garantiza por el Estado la igualdad en las condiciones básicas para el ejercicio de los mismos...».

Entre la jurisprudencia del TS, ha de citarse, la Sentencia de 9 de mayo de 1986, Sala 3 (Ar. 4396), que dice:

«... debiendo recordarse que este mandato del artículo 49 pese a estar incluido bajo la rúbrica "de los principios rectores de la política social y económica", no es una mera norma programática que limite su eficacia al campo de la retórica política o de la estéril semántica de una declaración demagógica... De manera que este artículo 49, como los demás de esa misma rúbrica, como la totalidad de los que integran la Constitución, tienen valor normativo y vinculan a los poderes públicos, cada uno en su respectiva esfera, a hacerlos eficazmente operativos».

En consecuencia, señala PEDREIRA ANDRADE (5) debe resaltarse el carácter normativo de los principios rectores y en concreto del derecho a la salud, que es plenamente eficaz y que puede aplicarse *sin* intermediación de la ley.

Por otra parte hay que afirmar que el derecho a la salud (que debe ser protegido por los poderes públicos mediante los procedimientos eficaces, artículo 51.1 CE, extendido a todos los españoles y a los ciudadanos extranjeros residentes en el territorio nacional, artículo 1.2 de la Ley número 14/1986, de 14 de abril, General de Sanidad (LGS), se llena de contenido al imponer a las administraciones públicas sanitarias las actuaciones necesarias de carácter educativo, socio-ambiental, investiga-

(5) A. PEDREIRA ANDRADE, «Hacia una potenciación del...», *ob. cit.*, pág. 114.

dor, preventivo, rehabilitador y curativo, que permita alcanzar un estado físico, mental y social idóneo para la promoción, sin límites previos, y para la defensa de la salud, en su caso, tanto en favor del individuo como de la colectividad. Cuestión distinta será la determinación de los medios procesales oportunos para hacer efectivo ante la jurisdicción competente la vulneración del correspondiente derecho. Acceso que, por otra parte, la Constitución impone a los tribunales con flexibilidad, ampliando la esfera de protección del ciudadano, «... a fin de que reciban también tutela judicial aquellas situaciones jurídicas que se hallan en los contornos, imprecisos por naturaleza, de las facultades subjetivas». STS de 25 de abril de 1989, Sala 3 (Ar. 3233).

Es significativo en este punto el criterio adoptado por el TC en Sentencia número 113/1989, de 22 de junio, que declara inconstitucional el artículo 22.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, por colisión entre los valores constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva y el respeto a la dignidad humana, ligado en este punto con el derecho a la salud. Así, en el FJ 3, dice:

«Los valores constitucionales que conceden legitimidad al límite que la inembargabilidad impone al derecho del acreedor a que se cumpla la sentencia firme que le conoce el crédito, se encuentra en el respeto a la dignidad humana, configurado como el primero de los fundamentos del orden político y de la paz social en el artículo 10.1 de la Constitución al cual repugna... que la efectividad de los derechos patrimoniales se lleve al extremo de sacrificar el mínimo vital del deudor privándole de los medios indispensables para la realización de sus fines personales así como en la protección de la familia, el mantenimiento de la salud y el uso de una vivienda digna y adecuada, valores estos que unidos a las prestaciones sociales y suficientes ante situaciones de necesidad que debe garantizar el régimen público de la Seguridad Social, están constitucionalmente consagrados... y obligan a los poderes públicos, no sólo al despliegue de la correspondiente acción administrativa prestacional, sino además a desarrollar la acción normativa que resulte necesaria para asegurar el cumplimiento de esos mandatos constitucionales, a cuyo fin resulta razonable y congruente crear una esfera patrimonial intangible a la acción ejecutiva de los acreedores que coadyuve a que el deudor pueda mantener la posibilidad de una existencia digna».

O, el derecho de los vecinos a exigir la prestación del correspondiente servicio público municipal (6), para la protección del medio ambiente y

(6) T. QUINTANA LÓPEZ, *El derecho de los vecinos a la prestación y establecimiento de los servicios públicos municipales*, Civitas, 1987, págs. 20 y ss.; J. E. SORIANO GARCÍA,

de la salubridad pública, ante vertidos sólidos que provocan trastornos sanitarios a los miembros de una familia, STS de 25 de abril de 1989 citada, o a vigilar la circulación de alimentos adulterados por las graves consecuencias para la salud de los consumidores. STS de 18 de diciembre de 1985, Sala 4 (Ar. 6403), que señala:

«... siendo el correcto y cuidadoso funcionamiento de dicho servicio un derecho de los ciudadanos que viene consagrado al más alto nivel normativo en el artículo 43 de la Constitución... que conlleva la correlativa obligación de los poderes públicos de adoptar las medidas preventivas que resulten necesarias para proteger la salud pública».

El mismo Tribunal, en Sentencia de 6 de julio de 1990, Sala 1 (Ar. 5780), reconoce la existencia de un deber-derecho a la asistencia médica por aplicación del artículo 43 CE cuya conculcación produce, al menos, un daño moral a aquellos que se ven privados de tal derecho. Y dice:

«... La relación médico-enfermo genera obligaciones de medios y no de resultados, puesto que no garantiza la curación y sí el empleo de las técnicas adecuadas...».

Por otra parte, la Sala 4, del mismo órgano, Sentencia de 5 de junio de 1991 (Ar. 5131), reconociendo el carácter objetivo de la responsabilidad hospitalaria, señala:

«... y así resulta que el derecho a la protección de la salud, garantizado constitucionalmente, artículo 43.1 CE., implica que se realicen todas las acciones que lo hagan efectivo... La actuación de la Administración pública y del sistema sanitario todo, está encaminado a promover la salud y a prevenir las enfermedades... con una organización y funcionamiento de los servicios sanitarios regidos por el principio de eficacia...».

Con todo lo cual, ha de reconocerse que el derecho a la salud constituye un derecho subjetivo del ciudadano que los poderes públicos deben proteger dentro de las técnicas adecuadas y a los niveles más altos posibles.

En 1989, concluíamos (7) que habría de hacerse un esfuerzo de acercamiento entre «la cultura política que alimenta la reforma (la de la Ley

«El concepto de Derecho Administrativo y de Administración pública en el Estado social y democrático de Derecho», *RAP*, núm. 121, págs. 151-152; quien en la configuración de tales conceptos, recuerda que «... no cabía siquiera imaginar un derecho a la exigencia de prestaciones de servicios públicos, sino todo lo más a disfrutar de ellos... una vez establecidos...».

(7) M. BEATO ESPEJO, «El sistema Sanitario Español...», *ob. cit.*, *RAP*, núm. 120, pág. 399.

núm. 14/1986), basada en grandes principios... y la estructura administrativa e incluso la propia ciudadanía... Por lo que el riego es que se quede en mero papel o que se imponga sin aceptación». Asimismo se decía que era escaso el tiempo transcurrido desde la publicación de la Ley para analizar resultados. Hoy creemos que las previsiones legales no se han alcanzado o no se podían alcanzar y, además, ya se pretende algo bien distinto.

La generalización de la protección de la salud y de la prevención de la enfermedad, en condiciones de igualdad y superando los desequilibrios territoriales y sociales existentes, principios de solidaridad que fundamentan el sistema propuesto por la LGS, se tornan hoy en criterios de rentabilidad económica con previsible consecuencias de incremento de la desigualdad, individual, social y territorial (8).

Por otra parte, la complementariedad que la Ley señala respecto de los establecimientos privados concertados o vinculados al servicio público sanitario (que ha de efectuarse previa constancia de la óptima utilización de los recursos propios, sin otras diferencias que las inherentes al proceso sanitario, dando prioridad a los establecimientos de carácter no lucrativo, dentro de análogas condiciones de eficacia, calidad y coste), se sustituye hoy por criterios estrictos de competencia, valorando el coste efectivo del proceso sanitario que se ofrece por el sector privado y su ajuste a los niveles presupuestarios del sector público. Por lo que creemos que el derecho a la salud expresado en «todo lo necesario dentro de lo posible», estará condicionado por criterios empresariales, «lo económicamente debido», y no por criterios de profesionalidad sanitaria, «lo adecuado para prevenir o curar la enfermedad».

La meta de prestación gratuita del servicio con financiación exclusivamente pública que impregna la Ley, se distancia, además, y no sólo en cuanto a los criterios de igualdad efectiva sino también en cuanto a que la prestación sanitaria que se reciba dependerá de la rentabilidad económica de la entidad prestadora, tanto pública como privada; el resto, «lo necesario para curarse», vendrá en función de las posibilidades económicas de cada ciudadano.

Los diferentes aspectos que se encierran en el ejercicio de este derecho (protección de la salud pública, especialmente, a través de medidas preventivas, por todos los medios al alcance de las administraciones públicas y organización del servicio para atención de la salud individual, sobre todo, con medidas curativas), aportan los elementos de confusión que en su análisis se produce. No creemos que una distinción neta sea posible, incluso, si debe ser posible.

La LGS con su espíritu de universalidad, respecto del usuario, de integridad respecto de la salud, y de cuasi monopolio del Estado, respecto de la gestión del servicio, traza los esquemas y plantea los principios para

(8) L. MORELL OCAÑA, «Evolución y configuración actual de la actividad administrativa sanitaria», *RAP*, núm. 63, pág. 161; que en el juego de la relación técnica sanitaria-rentabilidad del gasto público, señala que el planteamiento ha de ser de consideración preferente del mejor cuidado del servicio a la salud del individuo y situar en un segundo plano el sistema de financiación en cada caso aplicable.

la concepción de la salud como un todo armónico protegido y garantizado desde el Estado y por el Estado y en el que el usuario era un simple ciudadano, un paciente, un contribuyente. La reforma del sistema sanitario que en estos días se propone a través de diferentes modelos, y que uno de ellos conocemos por «Informe Abril» (9) parece que nos ha de llevar, a comportamientos bien distintos donde el usuario, en parte, sigue siendo ciudadano-contribuyente; en parte, va a ser consumidor del servicio público y, en parte, pasa a ser sujeto libre para atender su salud fuera del sistema. Además, en el área de la planificación y de la gestión se propone una clara separación, entre salud pública y salud individual, entre quien dirige y quien gestiona la salud y entre la acción del Estado para la investigación y la docencia y su participación en la atención primaria, la hospitalaria y la especializada.

Con este cambio en el modelo sanitario, aún como propuesta pero que ha de ser pronto una realidad, por necesaria en lo económico (10); la cuestión que nos planteamos es el estudio del grado de reconocimiento y del nivel de garantía que se otorga, por todos, a los derechos constitucionales de libertad de empresa y de libre ejercicio profesional de la actividad sanitaria ante una nueva realidad social que se avecina, así como del modo de participación de los usuarios del servicio, individualmente o asociado, a través del ejercicio a la libre elección de profesionales titulados y de productos sanitarios, garantizado por el artículo 129.1 CE, enfrentados, a veces, con el derecho a la salud y que la jurisprudencia ha ido resolviendo dentro de un contexto histórico y social determinado.

(9) El llamado «Informe Abril» ha sido elaborado por la Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional de Salud, constituida por el Consejo Interterritorial a instancia del Gobierno y surge de la Proposición no de Ley presentada al Pleno del Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario del CDS. Boletín del Congreso de 25 de enero de 1990, Serie D, núm. 13; en su exposición de motivos se dice: «Crecientes tensiones económicas derivadas del imparable aumento de los gastos sanitarios, profundas mutaciones demográficas, nuevas actitudes sociales y la presión incesante del acelerado progreso técnico-médico demandan en todo el mundo la revisión y transformación de los actuales sistemas de asistencia sanitaria... En sólo veinticinco años, la media en los países de la CEE el porcentaje del PNB dedicado a sanidad se ha duplicado: 3,6 por 100, en 1965, y 7 por 100, en 1985; el envejecimiento progresivo de la población origina cada día miles de personas vulnerables y dependientes; el aumento del número de enfermos crónicos sustentados por la moderna medicina, los arriesgados estilos de vida prevalentes en la sociedad de hoy y el crecimiento económico impulsan continuamente el consumo sanitario; las innovaciones médicas a las que no se puede renunciar, elevan los costes, sin mejorar la productividad, hasta límites insoportables. Así, la eficiencia en el uso de los escasos recursos sanitarios se ha convertido en una obligación moral, sin ella es imposible la equidad, la calidad y el progreso asistenciales en estos momentos, el debate sanitario principal es el de «regulación versus competencia». «Ahora no se trata sólo de corregir las conocidas y abundantes deficiencias asistenciales que sufren los españoles como resultado de una errónea política de sanidad. Es necesario ir más allá...». Con fecha 15 de junio de 1992, se presenta al Congreso de los Diputados por el Ministerio de Sanidad y Consumo el llamado Plan de Medidas para la Racionalización del Sistema Nacional de Sanidad, que mantiene en gran medida en contenido del anterior Informe.

(10) J. E. SORIANO GARCÍA, «El concepto de...», *ob. cit.*, pág. 154. Recordando a VON MUNCH y a DEBBASCH, hace patente la realidad de que en nuestros días una característica esencial del Derecho Público es la tarea de distribución y reparto de fondos públicos.

Es decir, la privatización en la gestión de la sanidad, con instrumentos jurídicos que se alejan del Derecho Administrativo, en la organización y en su funcionamiento, valorando el servicio prestado en términos económicos, relación coste/beneficios y precio/cuota, y estableciendo determinados niveles de asistencia, por encima de los cuales la solidaridad se transforma en individualidad (11); nos ha de llevar, creemos, a que la colisión de los derechos constitucionales reconocidos en los artículos 35, 36 y 38, de un lado, y el derecho a la salud de otro, se resuelva potenciando el reconocimiento de aquellos en el ejercicio de la medicina asistencial y de la dispensación de productos farmacéuticos, por cuanto que, sobre todo, la salud pública se separa de la salud individual en el diseño de planificación y gestión sanitaria, más coherente, creemos, con el contenido del artículo 43.2 CE.

No supone ésto, en modo alguno, cuestionar la obligada intervención de la Administración sanitaria en el sector, pero sí plantear su intensidad apoyada hasta ahora, de modo especial, en la defensa de la salud, que debe garantizarse sin duda, pero ponderando, razonadamente, las limitaciones que se establecen en el ejercicio de aquellos derechos que si no estaban suficientemente justificadas, a nuestro criterio, desde un servicio público sanitario cuasi-monopolizado por el Estado, menos ha de serlo desde su privatización, aunque las administraciones públicas se mantengan detrás.

Por otro lado y como consecuencia necesaria la actuación del usuario, en el sector, se liberaliza, adquiriendo mayor protagonismo en la elección de la oferta sanitaria, partiendo de su información, puesto que paga, y en razón a la calidad que se le preste (12).

(11) X. MENDOZA MAYORDOMO, «Técnicas gerenciales y modernización de las administraciones públicas en España», *DA*, núm. 223, págs. 261 y ss. Quien, tras analizar los cambios sufridos en nuestro país, incremento y progresiva descentralización del gasto público, que han afectado a la relación Estado-Sociedad, afirma que «Lo gerencial está de actualidad en nuestras administraciones públicas. Su aparición subraya la entrada en crisis de la forma burocrática como modelo de referencia. La insuficiencia de los instrumentos tradicionales de intervención de los poderes públicos se convierte en una importante limitación de la capacidad de obrar». Para el autor, la rigidez estructural de las administraciones públicas ante un entorno social, político y económico en rápido cambio, provoca, además de la crisis citada del modelo burocrático un alto nivel de insatisfacción social por el deterioro de los servicios públicos. Y concluye, citando a LOZANO, que para recuperar la legitimidad perdida es obligado alcanzar una síntesis entre los principios de eficacia y de eficiencia (sinónimos de capacidad de gestión) y el de legalidad. Creemos que ello es cierto, que lo que el ciudadano busca es la eficacia del servicio público, pero no justifica siempre la huida generalizada del Derecho Administrativo, denunciada por CLAVERO y gran parte de la doctrina, en actividades tan sustanciales de lo público como se está produciendo. Citamos, por todos, las importantes ponencias y las numerosas comunicaciones presentadas en el Congreso-Homenaje celebrado en Sevilla, septiembre de 1991, con motivo de la jubilación del profesor CLAVERO AREVALO. En prensa. Véase crónica en el núm. 127 de esta Revista.

(12) X. MENDOZA MAYORDOMO, «Técnicas gerenciales y...», *ob. cit.*, págs. 265-266. Señala que la «lógica productiva» lleva a que el ciudadano adquiere cada vez mayor importancia, asumiendo una cualidad especial en su relación con el Estado. «El ciudadano pasa a percibirse a sí mismo como «cliente» de la Administración y a exigir que ésta actúe en consecuencia».

Veamos, pues, los caracteres de la reforma y su incidencia en los derechos citados, partiendo del modelo existente.

II. CRITERIOS EMPRESARIALES EN LA GESTIÓN DEL SERVICIO SANITARIO

Hagamos previamente unas breves consideraciones para plantear uno de los temas de fondo que nos ocupa, ya citado, la libertad de empresa y el libre ejercicio de la profesión sanitaria en el marco de la llamada Constitución económica.

El orden económico contenido en la CE ha permitido interpretaciones diversas en cuanto al sistema que garantiza o sanciona (13). De lo que no hay duda, según S. MARTÍN-RETORTILLO, es de que la declaración fundamental que sobre el sistema económico se recoge está en su artículo 38 (14), que «reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado». Fórmula problemática que permite a BASSOLS llegar a la conclusión de que lo que se constitucionaliza es realmente la economía de mercado (15). Ese marco no se caracteriza por el libre y exclusivo juego de los agentes económicos sino que se encuentra intervenido, en un alto grado, por los poderes públicos. La cuestión está en determinar su contenido y alcance y ellos han de deducirse de la interpretación sistemática y conjunta del mismo texto constitucional.

En primer lugar, el precepto citado impone a los poderes públicos la garantía y protección de su ejercicio de acuerdo con las exigencias de la

(13) En el Voto particular de que fue objeto la STC número 37/1981, de 16 de noviembre, por parte de DÍEZ PICAZO, tras determinar el contenido de la Constitución económica, se afirma lo siguiente: «...que la norma del artículo 38 y la referencia a la libre empresa en el marco de la economía social de mercado permite un sistema económico de economía plenamente liberal, una economía intervenida y una economía planificada por lo menos a través de una planificación indicativa».

(14) S. MARTÍN-RETORTILLO, «Derecho Administrativo Económico I», *La Ley*, Madrid, 1988, pág. 84.

(15) M. BASSOLS COMA, *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 139. De tal suerte, señala «... que la libertad de empresa se explicaría a través de la economía de mercado y, en consecuencia, la economía de mercado explica correlativamente la libertad de empresa». Véase también, R. ENTRENA CUESTA, «El principio de libertad de empresa», en, *El modelo económico en la Constitución española I*, IEE, Madrid, 1981, pág. 131. Según el cual, nos encontramos con un modelo de economía social de mercado, que integra un sistema de competencia económica con el progreso social. G. ARIÑO ORTIZ, «La empresa pública». En el volumen II de la misma obra, pág. 208. Para quien, la economía de mercado es un modelo de orden económico donde el protagonismo corresponde a la sociedad, a la iniciativa privada, y no al Estado, y asegura que «Es una falacia y un engaño afirmar que cuando el Estado actúa en igualdad de condiciones que los particulares, sin privilegios y sin exclusivismo (esto es, respetando la competencia), entonces la iniciativa pública resulta siempre lícita, como un agente más del mercado. Y lo es porque la empresa pública actúa siempre —aunque otra cosa se diga— en situación de privilegio respecto a la privada». DE O. JUAN ASENSIO, «Principios rectores de la actuación de la empresa pública en la CE de 1978: Del principio de subsidiariedad al principio de complementariedad», *REDA*, núm. 25, pág. 264. Que reitera la idea manifestando que la pretensión de una completa equiparación entre empresas públicas y privadas es un tanto utópica.

economía general y, en su caso, de la planificación. Lo que significa que el conjunto de la actividad económica, tanto a cargo de los particulares como del sector público, ha de orientarse a la producción de bienes y servicios para atender a las necesidades colectivas, equilibrar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución, ex artículo 131.1 CE; asimismo, realizará una política orientada al pleno empleo, ex artículo 40.1 CE; y, garantizará la defensa de los consumidores, protegiendo su seguridad, su salud y sus legítimos intereses económicos, ex artículo 51.1 CE; etcétera.

En segundo lugar, habilita a la ley para reservar al sector público determinados servicios o recursos esenciales, así como para acordar la intervención de empresas cuando lo exigiere el interés general, ex artículo 128.2 CE (16). Al propio tiempo y cautelarmente, señala BASSOLS (17), publica en parte sectores de la actividad que potencialmente podrían constituir objeto de actividades económicas privadas, como la Seguridad Social, artículo 41 CE y la salud pública, artículo 43 CE. MARTÍN REBOLLO, en su replanteamiento ideológico del servicio público, manifiesta que la esencia está en el espíritu de solidaridad social reflejado en el Estado que ha de asumir las necesidades e intereses colectivos, participando, incluso, en el mundo económico para prestar los servicios necesarios (18).

(16) S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico I*, *Ob. cit.*, págs. 93 y ss. Que sobre el enfrentamiento doctrinal producido respecto a los arts. 38 y 128.2 CE, califica como simplista el planteamiento hecho al considerar expresivo el primero de una economía liberal y el segundo de otra socialmente progresista. Afirma que no existe contradicción ni contraposición alguna; simplemente expresan realidades y situaciones diferentes, obligadas a relacionarse de forma conjunta y sistemática. Véase también G. ARINO ORTIZ, «La empresa pública», *ob. cit.*, págs. 101 y ss. Para quien, servicios que podían ser calificados como esenciales y pone como ejemplo la Farmacia, que están correctamente explotados en régimen de mercado, no deben ser declarados como tales, porque ello sería atentar contra el principio general del artículo 38. L. MARTÍN-RETORTILLO, «El Sistema socio-económico y el trabajo en la Constitución», en *Autonomía y autogobierno de la Universidad y otros temas*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, 1980, págs. 200 y ss. Que tras manifestar su insatisfacción por el contenido del artículo 38 CE, expresa la abierta contradicción del citado precepto con el artículo 128 de la misma Carta. R. GÓMEZ-FERRER MORANT, «La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales», en *Estudios sobre la Constitución...*, *ob. cit.*, págs. 3834 y ss. Que evidencia otra cara de la moneda, al señalar que el «desbordamiento» en que el Estado se encuentra en la prestación de servicios públicos fundamentales, pone de manifiesto la necesidad de que la sociedad intervenga cada vez más en su satisfacción. Y ello, hace parecer que la panacea esté en la privatización del servicio que se presta.

(17) M. BASSOLS COMA, *Constitución y...*, *ob. cit.*, pág. 148.

(18) L. MARTÍN REBOLLO, «De nuevo sobre el servicio público: Planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica», *RAP*, núms. 100-102, III, pág. 2540. Recupera la idea finalista del servicio público de DUGUIT que «... conserva... la virtud de mantener la mala conciencia en un Derecho a veces en exceso apegado a lo formal y conserva la idea, sólo entonces apuntada pero hoy decisiva, de que el Estado, la Administración, deben proporcionar unas prestaciones reales y tangibles que fomenten el principio de solidaridad social, coadyuven a la igualdad y, sin embargo, dejen campo libre... a la actividad individual en lo referente a los derechos y libertades fundamentales, a las llamadas libertades-autonomía». G. ARINO ORTIZ, «El servicio público como alternativa», *REDA*, núm. 23, págs. 553 y ss. M. BASSOLS COMA, «Servicio público y empresa pública:

En tercer lugar, los poderes públicos establecen actividades de limitación que bajo la forma de autorizaciones o licencias levantan prohibiciones previamente impuestas, bajo comprobación de su compatibilidad con el interés general. Teoría de los servicios públicos impropios, virtuales o funcionales, aplicada a actividades privadas en su titularidad, pero que en cuanto a su objeto cumplen una función pública o un interés general (19).

En cuarto lugar, la figura del consumidor se transforma en un elemento activo de la actividad productiva, dejando de ser un mero receptor del producto comercial, ex artículo 129 CE.

En último lugar y de forma especial, ha de recordarse que la libertad de empresa no es más que una manifestación, en la actividad económica, del reconocimiento de las «libertades». Y ésta como libertad pública en el seno del Estado social de Derecho, señala RODRÍGUEZ-ARANA, se orienta al desarrollo de la personalidad, «hacia la conservación de la plena realización de la persona en la sociedad» (20). Y como no existen derechos absolutos en nuestro sistema constitucional, el ejercicio de la libertad de empresa colisiona con el de otros derechos, unas veces fundamentales, esenciales y otras, debilitados o condicionados. Ante esta nueva realidad, el estudio caso por caso y las circunstancias sociales que lo envuelven son determinantes en la solución del conflicto que se presente.

Para tutelar la salud, la CE establece un servicio público que se presta en concurrencia con la iniciativa privada (21), reconocida constitucionalmente y en la propia LGS. Y tal concurrencia puede darse tanto a través

Reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales», *RAP*, núm. 84, págs. 35 y ss. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La actividad industrial y mercantil de los municipios», *RAP*, núm. 17, pág. 122. Para quien, en cuanto es aceptada la concepción de que la Administración cifra todo su sentido en ofrecer prestaciones positivas, utilidades materiales, y no sólo jurídicas, a los súbditos, que supone, señala, la negación del orden social como ámbito autónomo y suficiente, satisfecho por sus propios, exclusivos impulsos, nada podrá impedir que la Administración siga extendiendo el contenido de sus prestaciones, y que, de otra parte, adopte en su realización formas instrumentales más eficaces, y de otra parte, alcance a la prestación puramente económica y no pública

(19) M. BASSOLS COMA, «Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la Administración con los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público», *RAP*, núm. 82, págs. 68 y ss. L. MARTÍN REBOLLO, «De nuevo sobre...», *ob. cit.*, págs. 2524-2525. Quién, en el análisis del artículo 128.2 CE, manifiesta cómo las técnicas de reglamentación, ordenación y control de una determinada actividad administrativa, produce similares efectos jurídicos que las técnicas dimanantes del régimen jurídico de los servicios públicos concedidos.

(20) J. RODRÍGUEZ-ARANA, *La privatización de la Empresa pública*, Montecorvo, S. A., 1991, págs. 33 y ss. El papel de las administraciones públicas en la economía de mercado propia de ese Estado social es crear el clima adecuado para el ejercicio de las libertades públicas. En definitiva, dice, «administraciones públicas y economía de mercado no son dos enemigos irreductibles». Véase también, S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico I*, *ob. cit.*, pág. 154.

(21) F. GARRIDO FALLA, En su comentario al artículo 43 CE. *Comentarios a la Constitución*, *ob. cit.*, pág. 790. Para quien, la evolución del papel del Estado en relación con los servicios asistenciales se ha desarrollado de muy diversas formas. Las transformaciones sociales demanda cada vez mayor intervención de la «seguridad» del Estado. Como el derecho a la educación, el derecho a la salud obliga al Estado a montar un servicio público adecuado, pero no le faculta para que imponga un monopolio; ni le

de la gestión indirecta, mediante concierto, con el servicio público de salud del Estado o de las comunidades autónomas, como libremente con la consiguiente autorización, sometiéndole a una especial disciplina, de acuerdo con la reglamentación sectorial correspondiente (22).

En un servicio público integral como prevé la LGS, la colaboración del sector privado cuenta con escaso protagonismo, sin embargo cuando se distingue nítidamente entre salud pública y salud asistencial, aquella en manos de los poderes públicos y ésta hacia la privatización, y, además, dentro de la salud asistencial se establece, un núcleo exclusivo de solidaridad, dónde sí actúa el sector público directamente o a través de la libre contratación con el sector privado, y el resto de la actividad sanitaria se libera; la actuación de los poderes públicos en estos ámbitos ha de orientarse a una especial protección del núcleo esencial del derecho de libertad de empresa y de libre ejercicio de la profesión sanitaria, tanto respecto de la instalación de la actividad como sobre la forma de explotación que se realice; es decir, en la toma de decisiones y en el ejercicio de la competencia (23); y ello aunque actúe en concurrencia otros derechos como el de la vida, la propiedad o la salud.

Veamos si tales circunstancias se producen analizando los caracteres del cambio propuesto en el sistema sanitario

1. *Reorganización para rentabilizar la gestión con eficacia, tanto en la prestación de servicios propios como en los de contratación ajena*

Como se ha dicho y a tenor del artículo 7 LGS, la prestación de los servicios sanitarios corresponde a los poderes públicos que deberán actuar bajo los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad. A tal efecto, su organización y funcionamiento se apoya en el Sistema Nacional de Salud constituido por el conjunto de los servicios de salud de la Administración del Estado y de las comunidades autónomas, en los que se integran, los servicios sanitarios de las corporaciones locales.

Dentro de la sobredimensión que la Ley dio a «lo organizativo», se marcó, sin embargo, como objetivo fundamental una prestación con altos niveles de calidad debidamente evaluados y controlados. De acuerdo con los planes de salud que el Estado y las comunidades autónomas aprueben (que evaluarán las necesidades de personal, centros y servicios sanitarios, entre otros parámetros), y previa constancia de la utilización óptima de los recursos propios, las administraciones públicas sanitarias, para alcanzar los mencionados objetivos, podrán y deberán hacer uso de los medios sanitarios ajenos.

prejuzga la forma de organización de los servicios profesionales que se requieren para hacer efectiva tal asistencia, ni el modelo de relaciones entre profesionales sanitarios y usuarios del servicio. Véase también, R. ENTRENA CUESTA, «El principio de libertad de empresa», *ob. cit.*, págs. 162-163.

(22) J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *El servicio público de...*, *ob. cit.*, págs. 29-30.

(23) S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico I*, *ob. cit.*, pág. 168.

No era necesario con este planteamiento, ni con ningún otro, que la Ley reconociera los derechos constitucionalmente garantizados en los artículos 35, 36 y 38 de la Norma, para que cualquiera, en el marco de la economía de mercado, inicie una actividad empresarial sanitaria o ejercite libremente la profesión titulada para la que está habilitado. Sin embargo, le sirve como pórtico para determinar el marco de las relaciones que se van a establecer entre los servicios públicos, competentes y responsables, y los servicios privados que se concierten o se vinculen.

La LGS, en verdad, ha tendido a establecer un alto grado de relación con la empresa privada colaboradora del sistema y ello ha influido en un resultado poco fructífero, si se ha pretendido alguno. Prioriza una concertación con los establecimientos de carácter no lucrativo, lo que demuestra un espíritu poco coherente, creemos, con un mercado competitivo. En segundo lugar, es la Administración, unilateralmente, la que fija los requisitos y condiciones mínimas en función de los correspondientes planes de salud. Las condiciones económicas se establecerán de acuerdo con los costes efectivos aplicables (24). Si por tal entendemos lo que realmente cuesta el servicio que se presta, ¿qué valor se toma, el de la Administración pública o el de la empresa que concierta?, ¿si es el de la empresa privada, cómo se evaluará, sobre criterios de calidad y eficacia o sobre criterios de estricta cobertura del servicio que se demanda?, ¿y cuando ese coste efectivo varía en el mercado en un determinado momento y circunstancia, se establece un valor medio que se impone o se concierta sobre precios diferentes según establecimiento y servicio prestado? (25). Por último, se someten a un protocolo de homologación o a un proceso de vinculación que habilita un sistema de control sanitario, administrativo y económico por parte del sistema como si de instituciones públicas se trataran.

Circunstancias de estricto contenido, jurídico y técnico, todas ellas, y de difícil acoplamiento con un sistema de libertad de empresa y, de otra parte, en un sector económico tan deficientemente atendido por la Administración pública donde, además, sus servidores nutren, generalmente, a la competencia o son la competencia misma (26).

(24) Véase, Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 31 de julio de 1990, por la que se establecen las normas para la revisión de las condiciones económicas aplicables a la prestación de asistencia sanitaria concertada por el Instituto Nacional de la Salud, artículo 5.2, y Orden de 9 de noviembre de 1991, del mismo órgano e idéntico contenido, artículo 2.2.

(25) M. BEATO ESPEJO, «El sistema sanitario español: Su...», *ob. cit.*, RAP, núm. 120, pág. 385. M. F. DRUMMOND, «Evaluación económica y decisiones de asignación de recursos en la sanidad», en, *Economía de la política sanitaria*, II Jornadas de Economía de la Salud, Departamento de la Presidencia del Gobierno Vasco, Bilbao, 1982, págs. 281 y ss.

(26) E. COSTAS LOMBARDÍA, «Calidad de la asistencia y Sanidad Pública». II Congreso Nacional de Salud Pública y Administración Sanitaria, Sistema Nacional de Salud, Madrid, 1987, pag. 133, «La estabilidad de la sanidad pública depende... lastimosamente, de que no mejore la calidad de su asistencia y se mantenga fuera de la misma (pagando una cuota oficial obligatoria) todos los beneficiarios que voluntariamente la han abandonado».

Partiendo de una sucinta descripción del sistema previsto por la LGS (27), el «Informe Abril» plantea serias medidas de reordenación tanto a nivel interno como en los medios de provisión de servicios por entidades ajenas.

En cuanto a su propia organización la medida fundamental que adopta es la transformación del régimen jurídico de ciertas unidades de provisión de asistencia sanitaria, especialmente los hospitales, que quedan sometidas al Derecho privado, en aras a una mayor eficiencia, supuestamente montada sobre una «verdadera autonomía financiera y patrimonial». El resto de las unidades disfrutan de mayores facultades de dirección, en relación con el régimen anterior, y de especial flexibilidad económica en cuanto a las intervenciones del gasto.

En el mismo sentido las áreas de salud, pieza clave del sistema en cuanto a responsabilidad en la gestión sanitaria, se ven desprovistas de sus funciones de participación en las prestaciones sanitarias y convertidas en unidades administradoras del presupuesto destinado a la asistencia sanitaria, contratadoras de servicios y controladoras de proveedores.

Con esa nueva estructura jurídica, la actividad propia debe someterse a controles de calidad y precio, teniendo en cuenta la relación coste/beneficio. Para ello se establecen dos técnicas: de una parte, la realización de auditorías externas, que además de facilitar los medios de control, acercan la gestión a los sistemas de mercado, y de otra parte, la facturación de los servicios prestados, que se convierte en instrumento central del sistema, con indicación de los costes producidos, que permite, en definitiva, una mejor información a los usuarios del consumo realizado.

Otro aspecto importante en la nueva organización que se pretende, afecta al personal que presta servicios en las instituciones públicas, con objeto de flexibilizar la relación burocratizada que actualmente dificulta la gestión. En general, se propone cambiar la relación jurídica estatutaria en una relación laboral, haciendo depender al personal existente de los servicios centrales y a los de nuevo ingreso hacerlos dependientes de la propia unidad sanitaria. Y de modo particular, establecer un sistema de incentivos que estimule la participación del personal en la gestión asis-

(27) Como elementos más destacables señala: a) La atención primaria continúa en un lento proceso de transformación hacia formas asistenciales más eficaces, b) El porcentaje del gasto sanitario que absorbe la asistencia especializada aumenta notablemente, d) La medicina preventiva y la salud pública no tienen aún el relieve que les corresponden en una concepción global y moderna de la Medicina e) El sistema público carece de una visión global y empresarial de servicio, coarta, más de lo necesario, la libertad de elección de los usuarios, especialmente si se pretende incorporar criterios de productividad y eficiencia, f) Existe una ausencia general de estructuras y mecanismos de información, evaluación y análisis en el sector sanitario público y privado, g) En los equipos directivos, la responsabilidad de la gestión queda diluida o anulada por el excesivo centralismo y rigidez del sistema y por intervenciones administrativas previas de dudosa aportación, h) Por sus estructuras de gestión, organización funcional y financiación, el sistema queda orientado básicamente al cumplimiento de los procedimientos formales de la función pública antes que al logro de altos resultados.

tencial. Entre estas medidas destaca, la participación en los ahorros que se produzcan en la gestión del servicio, a cuyo efecto el personal médico deberá responsabilizarse en los gastos a través de los llamados presupuestos clínicos; que son un exponente claro de la idea de participación del trabajador en los beneficios de la empresa. La diferencia aquí está en que la empresa funciona con capital público y aportaciones de los pacientes, en gran parte vía presupuestos generales.

Sobre una situación análoga y con criterio bien distinto, ya se pronunció el TS en Sentencia de 1 de octubre de 1984, Sala 5 (Ar. 4690), al suprimir el ejercicio de la medicina privada en el Hospital Público Provincial de Navarra (28).

«...al suprimir... el ejercicio de la medicina privada y la participación de los médicos en las tasas o tarifas públicas que se cobran... refleja un claro beneficio del interés general el dedicar todas las instalaciones al uso público, eliminando la financiación y el mantenimiento de la "Clínica Privada" que existía dentro del Hospital y haciendo desaparecer la distorsión entre el ejercicio de la medicina privada y la pública dentro de un establecimiento de esta naturaleza, suponiendo la adopción de estas medidas un beneficio de interés público...».

En la tarea de clarificación de costes (que sirva como referencia para la contratación de servicios ajenos y de información al consumidor para que sean «socialmente aceptables» y separando entre costes en investigación y costes en asistencia, entre presupuestos destinados a la curación de enfermedades y presupuestos de prevención y promoción de la salud, y distinguiendo entre cuotas de la Seguridad Social destinadas a asistencia sanitarias de aquellas que cubren otras prestaciones, etc.), la meta principal está en la idea que rezuma de poner un tope económico a la protección sanitaria que el ciudadano puede demandar a los poderes públicos; «no se puede alcanzar la salud a cualquier precio», se dice.

Es evidente que la asistencia especializada y hospitalaria y el avance tecnológico han elevado la demanda social en cuanto a cotas de salud y de evitación de la enfermedad y el sistema nacional creado por la Ley de 1986 se ha visto incapaz de cubrirlas, especialmente por motivos financieros, y ello aunque la mayoría de las personas afectas al sistema público atienden doble cotización, una a través de los presupuestos generales y de las cuotas de la Seguridad Social, y otra, a través de seguros privados.

A tal fin, es necesario clarificar el contenido de las prestaciones que el usuario percibe. Así, se establecen unas prestaciones básicas y otras

(28) Véase en su comentario, P. M. LARRUMBE BIURRUM, «Supresión de la participación en tarifas y honorarios procedentes del ejercicio de la medicina privada por funcionarios facultativos sanitarios en centros públicos asistenciales: inexistencia de derechos adquiridos», *RVAP*, núm. 11, 1985.

complementarias. Las primeras que han de ser cubiertas, mayoritariamente, con recursos públicos, se integran por todos aquellos servicios que de forma generalizada y gratuita se prestaban en todo el territorio nacional al aprobarse la LGS, más aquellas otras, que bajo el concepto de nuevas, la medicina aconseje y las circunstancias sociales y económicas permitan. Y éstas, en su caso, contarán con dotación presupuestaria específica y suficiente y serán acordadas mediante acto reglado. Las primeras constituyen el núcleo de solidaridad del sistema. Evidentemente supone un paso atrás para pararse y mirar.

Las prestaciones adicionales o complementarias son aquellas que no formando parte del núcleo básico, pueden ser introducidas con cofinanciación del usuario y en función de sus circunstancias socio-económicas y de los recursos disponibles por la Institución. En todo caso, no constituye un nivel exigible sino de aplicación discrecional por el sistema.

Existe, por último, un nivel de prestaciones libres que obviamente serán financiadas exclusivamente por el usuario.

Respecto a los sistemas de provisión con entidades ajenas, eje fundamental de la reforma, la clave está en estimular la competencia en la oferta dentro de unos mínimos márgenes de calidad. Para ello, los criterios de dependencia y escasa capacidad financiera de las empresas privadas, dimanantes de la Ley, han de girar hacia enfoques diametralmente opuestos. De una parte, fomentando su participación y especialmente de las más acreditadas en el sector, y no necesariamente contratadas en la totalidad de su actividad sino para los procesos médicos que se demanden. Pero de otra parte y ésto es más importante, se destaca como elemento de interés en los criterios de contratación, las preferencias del consumidor. El grado de satisfacción del usuario será la clave del nivel de prestación del servicio sanitario y con ello se estimulará su libertad de elección.

En caso de exigencia de mayores servicios sanitarios, con niveles de especialización más altos, por parte de los usuarios, se procederá a la contratación de servicios ajenos, salvo existencia de recursos propios ociosos dentro del sistema. Y en caso de requerirse, por razones de seguridad y calidad técnica, la creación o ampliación del nuevo servicio se exigirá autorización motivada.

En suma, la organización del servicio propio se aleja de los sistemas de control del Derecho público, por razones presupuestarias y no de eficacia, y se busca la prestación con agentes privados, preferentemente y no de modo complementario, condicionando el contenido de la prestación y su precio a las posibilidades económica; en el resto jugarán libremente las condiciones del mercado frente al consumidor.

2. Política económica versus profesionalidad

Además de la universalización del sistema previsto por la LGS y de la demanda de mayor especialización en la asistencia, incide de modo especial en el incremento del gasto público sanitario, el aumento en la fre-

cuencia de los servicios que se prestan y el gasto en medicamentos prescritos, que no siempre han de darse como consecuencia necesaria.

Ante esta situación, ha de decirse que los criterios gerenciales expresados en la reducción de costes como meta colisionan, en su aplicación, con los derechos constitucionales de los profesionales sanitarios (29). Así se ha pronunciado el TS en reiteradas ocasiones, señalando:

«Todo lo dicho permite sostener que la libertad de prescripción del médico que es una auténtica manifestación de la libertad de ejercicio profesional consagrado en el artículo 36 de la constitución, no puede ser restringida, en modo alguno ni por una resolución o circular de un director provincial del INSALUD, ni por un reglamento de la Administración —y así lo ha proclamado tanto el TC como el TS—. Sólo la Ley puede restringir esa libertad fundamental»

«... debe subrayarse que una cosa es controlar e inspeccionar la labor del médico de la Seguridad Social... y otra muy distinta es ordenar cómo debe ejercer el médico su profesión al valorar si ha prescrito de forma idónea. Porque la idoneidad o no del médico para prescribir, diagnosticar o fijar el tratamiento del enfermo, constituye una esfera del contenido esencial de su derecho a ejercer libremente la profesión, en la que no puede entrar la Administración por la vía de dictar actos, resoluciones, circulares o instrucciones». Sentencia de 18 de octubre de 1989, Sala 3, Sección 1 (Ar. 7411).

«... sin poder negarse la potestad de organizar la prestación de la asistencia farmacéutica, no es al Instituto gestor a quien compete dar normas al respecto, a través de una circular que entra de lleno en "campos que requerirían su regulación mediante norma del rango adecuado, ya que, en definitiva, se viene a restringir la libertad del médico en orden a la determinación del tratamiento que ha de seguir el paciente y el mismo derecho de éste a obtener la dispensación del medicamento que el facultativo competente le haya prescrito"». Sentencia de 27 de noviembre de 1989, Sala 3, Sección 5 (Ar. 8327).

En el marco de los servicios contratados, creemos que la situación no variará en exceso, aunque los costes calculados previamente con espíritu

(29) Véase, M. BEATO ESPEJO, «Criterios jurisprudenciales sobre el principio de jerarquía administrativa: reforzamiento y debilitamiento en su aplicación y efectos jurídicos», *Revista Documentación Administrativa*, núm 229. M. F. DRUMMOND, «Evaluación económica...», *ob. cit.*, pág. 295. Señala: «...cuando tratan a un paciente individual, los médicos se enfrentan con una serie de obligaciones morales y legales que se contraponen con la noción de efectividad de los costos en la utilización de los recursos».

de empresa, obligarán a una mayor contención del gasto sanitario en detrimento del usuario. Usuario que en un más alto porcentaje se centra en la tercera edad, donde la enfermedad es crónica y exige visitas más frecuentes y continua medicación.

En concreto, sobre la prescripción farmacéutica nos parece injustificable y de difícil aceptación por los profesionales sanitarios la no dispensación de medicamentos existentes en el mercado, de garantía probada, por razones de coste financiero. No obstante como elemento de la reforma está previsto el llamado «Decreto de financiación selectiva de los medicamentos» (*), orientado exclusivamente, decimos nosotros, a la disminución del gasto farmacéutico; que, en realidad, es alto pero su limitación en bloque no expresa, a nuestro criterio, «un uso racional de los medicamentos» como consagra la OMS y reconoce la Ley número 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento (LM). A tales efectos, se propone una mayor información farmacológica de los médicos que mejorará la situación de gasto presente e incrementará la profesionalidad del personal sanitario.

El control del gasto farmacéutico hospitalario se adecúa mejor a esa realidad por cuanto que su consumo se limita a lo necesario, mientras que el extrahospitalario se ve más sometido a abusos conscientes e inconscientes como medida de protección psicológica ante la enfermedad (30).

La limitación de prescripción farmacéutica a determinados síntomas, previamente establecidos, como señala el artículo 94.2 de esta citada Ley, y por motivos económicos, simplemente dificulta la tarea del profesional, obliga al fraude o lleva, en su caso, a un cambio del modelo sanitario, que ahora no se propone por la Administración sanitaria, que ha de ir realmente apoyado en la libertad de elección del usuario que valore precios del servicio frente a calidad y eficacia.

3. *El pago por proceso médico como criterio de competencia*

La novedad más importante del «Informe Abril» supone el establecimiento del llamado «pago por proceso», que representa la previa valoración, en cuanto a su coste, del servicio público que se presta por la

(*) Es obligado citar la aprobación del Real Decreto 83/1993, de 29 de enero, por el que se regula la selección de los medicamentos a efectos de su financiación por el Sistema Nacional de Salud; conocido vulgarmente como el «Medicamentazo» y publicado con posterioridad a la terminación de este trabajo. Para su desarrollo se aprueba la Orden de 6 de abril de 1993, del Ministerio de Sanidad y Consumo, cuya efectividad será a partir del 25 de julio de 1993, según su disposición séptima. Basta analizar su contenido y la amplitud de los anexos para reiterar el fundamento económico de la medida.

(30) Como reconoce la exposición de motivos del Real Decreto número 271/1990, de 23 de febrero, que regula la reorganización de la intervención de precios de las especialidades farmacéuticas de uso humano, el consumo de medicamentos que constituye el segundo componente del gasto público en concepto de sanidad, expresa una demanda «muy poco elástica», influida por el hecho de que la participación del paciente en el precio del medicamento no se supedita al pago.

institución sanitaria, por sí o contratada (31). Por encima del mismo, no se puede exigir la asistencia pública. No se oculta que puede ser un extraordinario medio de ahorro, ya que se ofertará en función del presupuesto con que se cuente, y, posiblemente, una técnica de fomento de la competencia entre las empresas privadas, pero también supone acrecentar las desigualdades sociales y liberalizar el servicio sanitario por encima de los precios que se fijen; criterio contrario a lo previsto en la vigente LGS: «sanidad para todos, con equidad y con una meta, la gratuidad».

En tal sentido, los precios estarán en función del proceso médico que se preste, individualmente considerado, y del presupuesto sanitario con que se cuente, en términos globales. Sin embargo, no se establece ninguna relación con lo que se abona por cada ciudadano al sistema público de salud, lo cual acrecenta aún más las diferencias. Es decir, si se individualiza el servicio debe individualizarse también su contraprestación, máxime si se pretende tener en cuenta el grado de satisfacción del usuario.

Significa que el principio de solidaridad se limita a unos determinados niveles de prestación, considerados desde un punto de vista económico, y con evaluación del coste por proceso médico para la unidad proveedora y con escaso efecto, todo ello, para el usuario del servicio.

4. *Laboralización del personal como pretexto de eficiencia*

El cambio de régimen jurídico del personal que presta servicios en el sistema sanitario, desde el estatutario propio al laboral, constituye otro de los fundamentos de la reforma, motivado, se dice, en la falta de flexibilidad y adaptación a nuevas exigencias; ésto, a su vez, provoca escasa motivación y como consecuencia rigidez en la carrera administrativa y en la aplicación de un régimen retributivo incentivador.

Como sabemos, el Estatuto Jurídico del Personal Sanitario se asemeja en la relación de servicios al Régimen Estatutario del Personal Funcionario, regulado por la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública y la legislación de desarrollo de cada comunidad autónoma, que también es de aplicación a determinados sectores del personal sanitario. Igualmente, existe en las administraciones públicas personal sujeto al régimen jurídico laboral que presta servicios en el sistema sanitario. Con ello, lo que queremos decir es que no vemos obstáculo alguno para que los criterios de participación y conciencia de coste, que se pretende introducir con la reforma sanitaria, sean aplicables al personal existente, sea cual sea el régimen jurídico. Aunque sí facilitaría la gestión el inicio

(31) Las disposiciones del Ministerio de Sanidad y Consumo citadas en la nota 24, establecen, artículo 8 y 3.3 respectivamente, que a efectos de facturación y abono de tarifas se tendrá en cuenta «... los conceptos que por día de estancia y cama ocupada, consultas primarias y sucesivas, revisiones ambulatorias poshospitalarias, intervenciones quirúrgicas ambulatorias y urgencias, así como por asistencia ambulatoria en centros oncológicos se establecen en la Orden de 31 de mayo de 1988».

de un proceso de unificación de los diversos regímenes jurídicos existentes en las administraciones públicas (32).

Cuando se pretende una flexibilización en la vinculación del personal no sabemos exactamente lo que se quiere decir. Posiblemente sea más flexible, por su carácter estatutario el personal funcionario que el personal laboral por su carácter convencional.

La productividad y la eficiencia a que se aspira, se consigue con criterios de participación en la gestión, de información suficiente sobre el sector, de respeto a la imparcialidad y profesionalidad del sujeto, con la utilización de los adecuados instrumentos de fomento de la carrera administrativa a través de la formación y del mérito y capacidad, con la aplicación de un sistema retributivo adecuado a la dedicación, a la responsabilidad y al rendimiento de cada sujeto. La dificultad de aplicación de estas técnicas es idéntica en un régimen jurídico que en otro. Pero, porque el sistema sanitario, último responsable, se transforme en empresa pública y se privatice la gestión, no se está ante un empresario privado (33).

III. LA PLANIFICACIÓN SANITARIA Y LA ACTIVIDAD ECONÓMICA DE LOS AGENTES SANITARIOS

El proceso de privatización que se inicia afecta de modo sustancial a la planificación sanitaria.

El objetivo de la LGS es concentrar en un dispositivo único todos los recursos sanitarios; ello permite, entre otras cosas, imponer la coordinación de las actuaciones públicas, mantener el funcionamiento de los servicios públicos sobre mínimos uniformes y lograr una efectiva planificación sanitaria. Ese dispositivo es el sistema nacional de salud, comprensivo de los servicios de salud de la Administración del Estado y de las

(32) M. BEATO ESPEJO, «Reflexiones sobre el acercamiento de los regímenes jurídicos del personal funcionario y del personal laboral en las administraciones públicas. Especial referencia a la Comunidad Autónoma de Extremadura». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, Servicio de Publicaciones, Cáceres. 1990, págs. 131 y ss.

(33) J. L. VILLAR PALASI, «Tipología y Derecho estatutario de las entidades instrumentales de las administraciones públicas». Ponencia presentada al Congreso-Homenaje al profesor CLAVERO ARÉVALO, antes citado. Para quien, por la «vestidura mercantil» de la actividad no se pierde la naturaleza de las actuaciones hacia afuera, que siguen siendo actividades reservadas a la Administración. Y cita, Correos, Radio y Televisión Española, Aviación Civil y Agencia Tributaria, como ejemplos de privatizaciones recientes. La flexibilidad que se persigue se reduce a veces a un problema de retribución del personal. «El Estado no puede tener funcionarios en competencia con las empresas privadas si el abanico salarial de las administraciones públicas es mucho más estricto que el de las empresas privadas»; pero la fuga hacia el sector privado no justifica la huida hacia la forma mercantil de la actividad pública. Por otra parte, las empresas públicas españolas no se han caracterizado por su independencia del poder político, sino más bien por «la intensa politización y escasa profesionalidad de sus directivos», como señala G. ARIÑO ORTIZ, «La empresa pública», en, *El modelo económico...*, ob. cit., págs. 152 y ss.

comunidades autónomas (34). A partir de ahí, como señala MUÑOZ MACHADO en la Memoria del Borrador del Anteproyecto de Ley, «lo organizativo pasa a convertirse en un elemento esencial de lo básico»; siendo pieza clave la coordinación en la planificación de los servicios de salud de las distintas administraciones públicas que se integran (35).

El contenido del artículo 50 LGS expresa con evidencia el nivel de integración de todos los centros, servicios y establecimientos de las comunidades autónomas, diputaciones, ayuntamientos y cualesquiera otras administraciones territoriales intracomunitarias en el correspondiente servicio de salud, «...que estarán gestionados... bajo la responsabilidad de la respectiva comunidad autónoma» y «...con adscripción funcional al servicio de salud...».

Además, cada comunidad autónoma elaborará un plan de salud que comprenderá todas las acciones sanitarias necesarias para cumplir sus objetivos, artículo 45 LGS, englobando el conjunto de planes de las diferentes áreas de salud que deberá ajustarse a los criterios generales de coordinación aprobados por el Gobierno. Siendo, al final, documento básico, el plan integrado de salud que recogerá los planes estatales, los de las comunidades autónomas y los planes conjuntos, si se han elaborado.

Toda esa estructura, justificada por la Ley como un principio básico para hacer efectivo el derecho a la salud, y que contiene en esencia los criterios de publicación y socialización de la sanidad concebida en su integridad, se altera, de modo sustancial, por el Estado y las comunidades autónomas por razones de reducción de gastos. Aunque no aborda un cambio radical en el conjunto del sistema sino que establece distintas determinaciones en los diferentes niveles de prestación de servicios sanitarios, ya indicados.

De esta forma, sobre el núcleo de solidaridad señalado, se centraliza la planificación en la dirección y se otorga autonomía en la gestión de los agentes públicos. Fuera de ese nivel, el sistema se acoge a un modelo de economía liberal, que deja libertad mercantil a los agentes sanitarios, solo controlados a través de las tareas interventoras propias.

Por otra parte, los servicios sanitarios regionales, constituidos en organismos autónomos o en empresas públicas, según el criterio elegido por cada comunidad autónoma, e integrados, a su vez, por otras empresas

(34) Véase, M. BEATO ESPEJO, «El sistema Sanitario Español...», *ob. cit.*, RAP, núm. 120, págs. 386 y ss. En lo referente a la influencia de la organización y de la planificación en el sistema de salud.

(35) S. MUÑOZ MACHADO, «Las Bases de la Sanidad», en *Jornadas Técnicas sobre Sanidad y Seguridad Social en el Estado de las Autonomías*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1985, págs. 43 y ss. Para quien, la Planificación en el campo de la sanidad es un instrumento de la coordinación. J. TORNOS MAS, «Planificación y ordenación sanitaria», en la misma obra, págs. 79 y ss. Que entiende también que la planificación de la sanidad, ya sea general o sobre un sector específico, responde y se incardina en el principio de coordinación. M. BASSOLS COMA, «Consideraciones sobre...», *ob. cit.*, págs. 73 y ss. Para quien, desde el punto de vista que analiza, la planificación se caracteriza por aportar una coordinación de toda la actividad económica, tanto pública como privada, para la consecución de fines preestablecidos.

públicas o servicios administrativos gestores de las diversas prestaciones sanitarias, se coordinan a través del Consejo Interterritorial constituido por los representantes de las comunidades autónomas y del Estado, reduciendo su cometido a la política sanitaria y a los criterios de financiación de las unidades contratistas (36).

La reforma se propone, entre otros objetivos: a) Separar nítidamente las distintas funciones de los agentes del Sistema, b) Fortalecer la capacidad de decisión de los centros y establecimientos sanitarios, c) Establecer diferentes niveles de prestación sanitaria, d) Excluir del sistema determinadas prestaciones por razones de costo, e) Condicionar, otras, al pago por parte del usuario, f) Distanciar, al fin, al responsable político del sentimiento de insatisfacción del consumidor.

Respecto al primer punto, que ahora interesa, se separan las competencias de financiación y compra de servicios de las funciones de gestión y provisión; lo que distancia a la autoridad sanitaria, responsable último del servicio, de las unidades prestadoras de la asistencia sanitaria. Es decir, las administraciones central y autonómicas se constituyen en financiadores del sistema, las áreas de salud en compradores, los hospitales, centros de salud, médicos en equipos o individuales y las oficinas de farmacia en proveedores y los usuarios en clientes. De esta manera, la autoridad sanitaria establece las normas generales que regulan la asistencia sanitaria y asignan los recursos financieros disponibles a los compradores de servicios. Estos, a su vez, se relacionan contractualmente con los proveedores públicos y privados.

Este llamado «mercado interno» (que se moverá en un marco de privatización de los servicios de salud del Estado y de las comunidades autónomas, transformados en empresa públicas en su mayoría, y donde las técnicas de planificación y los niveles de coordinación entre los agentes sanitarios serán más propios de una economía de mercado que de la organización administrativa), sólo producirá un cierto estímulo competitivo entre las unidades de provisión de servicios que actúan fuera del núcleo de solidaridad, donde la relación sanitaria será directa con el usuario. En el interior, la transformación será de escasa trascendencia económica, por las siguientes razones: primero, por la limitación presupuestaria a la que se sujeta el comprador; segundo, por la naturaleza pública de la mayoría de los proveedores, aunque se autogestionen; tercero, porque los proveedores privados ejercerán una competencia más libre en aquellos ámbitos sanitarios no cubiertos por los proveedores públicos; y, cuarto, porque la oferta se dirige a la población «afiliada» que es «toda» y distribuida regularmente en un territorio.

(36) G. ARIÑO ORTIZ, «La empresa pública», *ob. cit.*, págs. 159 y ss. Para quien, el holding público como ente de gestión se constituye como instancia intermedia entre la Administración y las empresas. Sirve de «colchón protector» de éstas respecto de aquella, las coordina y financia y actúa siempre bajo criterios de rentabilidad. Por otra parte, el «holding» aplica y traslada a las empresas las directrices del Gobierno, que deben adaptar sus planes al logro de los objetivos que se les indican. Es decir, su autonomía es bastante escasa.

Puede decirse, que para el Estado, globalmente considerado, desde su obligación de proteger la salud, la mercantilización de la gestión es un mero instrumento para alcanzar el objetivo previsto, dedicar el mismo presupuesto a prestaciones menores y alcanzables. Sin embargo, para el ciudadano este modelo sólo le lleva a pagar «lo mismo por menos servicios». Y ello, aunque se sabe que respecto a determinados bienes han de tenerse en cuenta circunstancias no estrictamente económicas y la salud, como bien individual y social, se encaja dentro de ellos (37).

Respecto al libre ejercicio de la profesión sanitaria a través de titulados individualmente considerados, que podía verse afectado en el nuevo modelo por algún sistema de compensación por acto médico o por valoración por número de pacientes adscritos, ni la Ley ni la reforma lo mencionan. El titulado sanitario dentro de la empresa privada concertada se sujetará a las condiciones jurídicas que comprometa a la empresa en la que sirve, independientemente del régimen laboral convenido con ella (38).

En relación con las oficinas de farmacia, cuya ordenación y planificación prevén tanto la LGS como LM, la actuación de la autoridad sanitaria en la reforma, es de signo contrario a la prevista para los centros y establecimientos sanitarios. Vemos pues que tanto la LM, arts. 93 y ss, como el «Informe Abril» establecen, por una parte, la dispensación de medicamentos en los hospitales, centros de salud y estructuras de atención primaria (para su aplicación tanto dentro de las instituciones como en los casos en que se exija una particular vigilancia, lo cual puede extenderse a toda la colectividad), y, por otra parte, como se ha dicho, la posibilidad de excluir de la financiación con fondo públicos, ciertos productos sanitarios, que «no se justifique o no se estimen necesarios por el Gobierno». En todo caso se consideran excluidos los que la misma norma señala. La relación de medicamentos y productos incluidos podrá ser revisada por el propio órgano teniendo en cuenta entre otros criterios, las disponibilidades presupuestarias.

Pero ambas circunstancias permiten afirmar que tanto la publicación apuntada sobre la dispensación de medicamentos como la selección en la financiación de los mismos, cambian el contenido de las relaciones económicas hasta ahora vigentes, por cuanto que en aquel territorio donde el servicio de salud, a este nivel farmacéutico, esté garantizado por lo poderes públicos no necesitará de la contratación de servicios ajenos; y a la inversa, las oficinas de farmacia deberán actuar más libremente en su actividad empresarial tanto si no aceptan la vinculación con el sistema, en la banda de solidaridad, como cuando actúen fuera de ella, si se vinculan.

Por tanto, y a nuestro criterio, cualquiera de los dos modelos garantiza el derecho a la salud; de tal modo, la razón del cambio está en circunstancias económicas ya que la socialización apuntada permite dispensar

(37) J. TORNOS MAS, «Comercio interior y exterior», en, *Derecho Administrativo económico II*, dirigido por S. MARTÍN-RETORTILLO, La Ley, Madrid, 1991, págs. 582 y ss.

(38) Véase, respecto a la naturaleza jurídica de la relación que se establece, A. MONTÓYA MELGAR, y A. CÁMARA BOTIA, *Médicos al servicio de las entidades sanitarias*, Tecnos, 1991.

medicamentos genéricos en la dosis precisa, que abaratan costes, y no productos comerciales.

En suma, la salud debe protegerse pero sin condicionar más de lo necesario el derecho a la libertad de empresa farmacéutica, tanto en el producto que vende, en el precio que se establece y que repercute en su beneficio (39), como en su libertad contractual, instrumento obligado de la libertad económica. No es raro observar que en determinadas farmacias los beneficios proceden más bien de la cooperativa o sociedades mercantiles en las que se integran, a efectos de almacén de medicamentos, que de la propia oficina de farmacia.

IV. DE NUEVO SOBRE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO FARMACÉUTICO Y EL DERECHO A LA SALUD

La Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944 (derogada expresamente por la LM y antes parcialmente y de forma sobrevenida por la propia Constitución como falla la Sentencia núm. 83/1984, de 24 de julio, en cuanto a la habilitación que hacía a favor del Gobierno para regular y limitar las oficinas de farmacia), fijaba en su Base XVI, párrafo 9.º, el carácter limitado del establecimiento de oficinas de farmacia. No obstante, como la misma Sentencia declara, FJ 5:

«... si bien entraña la imposibilidad de que, al amparo de la norma que declaramos contraria a la Constitución se dicten nuevos reglamentos reguladores del establecimiento de oficinas de farmacia, ni significa la ilegitimidad constitucional del principio de limitación, ni implica la invalidez de las normas reglamentarias ya existentes».

Por constituir un tema analizado en profundidad por la doctrina (40), son muchos y variados los argumentos dados para justificar la limitación. Entre los más reiterados ha de destacarse, razones de interés públicos, de

(39) M. BASSOLS COMA, *Constitución y sistema económico*, Tecnos, 1985, pág. 237. Para quien, la compatibilidad de la planificación con la libertad de empresa se determinará caso por caso en función del tipo de realidades y coyunturas que contemplen los respectivos planes.

(40) Véase, especialmente sobre la naturaleza jurídica del acto de apertura, S. MARTÍN-RETORTILLO, «La acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias», *RAP*, núm. 24, 1957, págs. 154 y ss. J. L. VILLAR PALASI, «La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo», *RAP*, núm. 3, pág. 67, J. GONZÁLEZ PÉREZ, «Derecho Farmacéutico», *BOE*, Madrid, 1972, págs. 372 y ss. F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tecnos, 1987, pág. 402. Y también A. NIETO GARCÍA, «La Ley alemana de farmacias de 28 de agosto de 1960», *RAP*, núm. 35, págs. 373 y ss. J. L. RIVERO ISERN, *Libertad de establecimiento de Oficinas de Farmacia*, Trivium, Madrid, 1992. En especial, pág. 33 y ss. Publicado con posterioridad a la conclusión de este trabajo.

defensa de la salud, de mejor prestación del servicio público, etc. Por su parte, el Decreto número 909/1978, de 14 de abril, sobre establecimiento, transmisión e integración de oficinas de farmacia, en su artículo 3, y la Orden de desarrollo de fecha 21 de noviembre de 1979, también en su artículo 3 y con carácter más restrictivo, establecen criterios de población, en cuanto al número y su distribución en núcleos urbanos diferenciados, y de espacio, en cuanto a la distancia que debe existir entre el núcleo que cuenta con oficina de farmacia y aquel otro donde se solicita la nueva apertura. Unos y otros son de sobra conocidos y, por tanto, no se insiste en ello, sólo nos sirven para apuntar de nuevo su escaso fundamento, también defendido por la doctrina. La limitación impuesta, más ha parecido siempre, y así se ha indicado por la jurisprudencia, un argumento para establecer una demarcación territorial y poblacional, que se estimaba suficiente para garantizar unos ingresos económicos dignos para el farmacéutico que ejercía su profesión, y que estaba sujeto a un servicio público claramente condicionado a estrictos deberes. Y ello, aunque tales retribuciones dependieran al final de circunstancias muy diversas aún con las mismas mediciones.

Sobre tales fundamentos normativos, la jurisprudencia del TS se reitera en la aplicación de los principios «pro apertura» y «pro libertate», en cuanto que la instalación de la nueva farmacia se considera necesaria para una adecuada atención sanitaria y eleva, además, por razones de servicio público, el nivel de vida de la población rural, etcétera.

Juega en este caso un importante papel, entre otros, la interpretación que hace la jurisprudencia sobre el concepto de núcleo de población, imponiéndose a la realidad geográfica o urbanística la existencia de un colectivo humano al que favorece la apertura en cuanto que satisface necesidades sanitarias, «...prevaleciendo en todo caso la exigencia que comporta la prestación del servicio público farmacéutico sobre el interés económico de los titulares de las farmacias ya establecidas...». STS de 29 de febrero de 1988, Sala 4 (Ar. 1507).

Asimismo, en la colisión de intereses que se produce entre los farmacéuticos ya instalados y los nuevos titulares que pretenden el libre ejercicio de su profesión (derecho reconocido en el art. 35 CE, en cuanto a su elección, en el art. 36 CE, en cuanto a su carácter de titulada, en el art. 38, en cuanto a la actividad que desarrolla) (41), la jurisprudencia se inclina por una aplicación restrictiva de los límites reglamentarios establecidos, señalando que constituye «...una restricción al principio general del libre ejercicio de las profesiones facultativas liberales cuando se posee el correspondiente título...», STS de 11 de junio de 1956, Sala de lo Contencioso-administrativo (Ar. 2839), o «Que es principio general de la actuación administrativa, en materia de ejercicio profesional de las llamadas carreras libres o liberales, el de que todo facultativo colegiado que cumpla los requisitos fiscales y locales para el desarrollo de sus actividades pueda

(41) Véase, F. SÁINZ MORENO, «Comentario al artículo 36 CE», en *Comentarios a las Leyes Políticas*, ob. cit., tomo III, 1983.

efectuarlo sin limitación de número...», STS de 26 de octubre de 1962, Sala 4 (Ar. 4119). En función de la normativa vigente y vinculado con el artículo 38 CE, el mismo Tribunal en Sentencia de 21 de marzo de 1988, Sala 5 (Ar. 2240), señala:

«...puede afirmarse que en el modelo de convivencia que diseña la Constitución el conflicto de intereses que pueda existir, ha de resolverse en el sentido de proteger y promover la igualdad de los ciudadanos y la libertad de empresa, con lo que, en último término, se cumple también el principio de libre ejercicio de las profesiones liberales (arts, 35, 36, 38 y 43 de la CE)».

De modo menos contundente se expresa el Alto Tribunal en Sentencia de 16 de septiembre de 1991, Sala 3, Sección 4 (Ar. 6599), que tras afirmar que la limitación de estos establecimientos viene justificada por la Constitución, con apoyo en los artículos 38 y 36, indica:

«...procede considerar en cada caso en que se pretenda la apertura de una... apreciar si con ella se atiende mejor dicho servicio de asistencia sanitaria de forma tangible y patente...».

O, en las sentencias de 24 de julio y 10 de septiembre de 1991, de las secciones 5 y 4 de la misma Sala, (Ar. 6377) y (Ar. 6599), en las que el criterio aplicable, teniendo en cuenta los principios de libertad de apertura y de mejor servicio a la población, es: «...un obligado equilibrio entre las normas limitativas y la más adecuada atención sanitaria». De forma que si el servicio público sanitario se estima atendido, debería primar la libertad de establecimiento.

Ha de señalarse que en la profesión farmacéutica de modo especial el ejercicio libre está ligado a la libertad de empresa (42).

En definitiva, en esta materia de instalación de oficinas de farmacia está en juego intereses y valores de contenido muy diverso que los poderes públicos han de resolver desde el principio de interpretación del ordenamiento jurídico con la Constitución y especialmente, en este caso, desde el mandato de promover la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, animando su participación en la vida económica, ex artículo 9.2 CE. La aplicación conjunta de los derechos reconocidos en los preceptos constitucionales citados y que se plasman en contraposición de intereses entre los farmacéuticos ya instalados, los que solicitan instalarse, la libertad de ejercicio de la profesión y la libertad de instala-

(42) L. TOLIVAR ALAS, «La configuración constitucional del derecho a la libre elección de profesión u oficio», en *Estudios sobre la Constitución Española*, ob. cit., págs. 1337 y ss. J. L. VILLAR PALASI y J. L. VILLAR EZCURRA, «La libertad constitucional del ejercicio profesional», en la misma obra citada, págs. 1371 y ss. F. LÓPEZ RAMÓN, «Reflexiones sobre la libertad profesional», *RAP*, núms. 100-102, I, págs. 651 y ss.

ción de empresa, y los intereses de los ciudadanos y usuarios como medida de protección de su salud individual y colectiva, debe realizarse con criterios de ponderación en la confrontación de intereses, teniendo en cuenta como objetivo el más favorable en relación con la realidad social aunque sin olvidar la defensa de la colectividad. El TC en Sentencia número 66/1991, de 22 de marzo, FJ 2, en la aplicación de estos juicios señala:

«Y, en fin, desde sus primeras resoluciones (STC 26/1981, FJ 15), ha venido a decir este Tribunal que, no siendo los derechos que esta Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que pueden quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propendan, y, por indispensables, hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de libertad protegida, un sacrificio menor».

Igualmente, el TS en Sentencia de 26 de febrero de 1988, Sala 4 (Ar 1492) se pronuncia en el sentido siguiente:

«...es evidente que este último (el interés y beneficio de los usuarios del servicio) debe ser el criterio decisivo en un Estado democrático y social, que debe primar sobre los también respetables pero revestidos de un cierto matiz de privilegio de los farmacéuticos ya instalados, quienes al querer impedir una merma de sus beneficios, derivada de la nueva instalación, están incidiendo, de modo perjudicial sobre las necesidades vecinales». Véase también, STS de 22 de julio de 1991, Sala 3, Sección 4 (Ar. 6560), que se pronuncia en similares términos.

En suma, se ha de llegar a la aplicación más favorable atendiendo a la realidad social y a la exigencia constitucional, ex artículo 106.1, por el que la actividad administrativa se halla sometida a los fines que la justifican y a la doctrina derivada del principio «pro libertate», reiterado jurisprudencialmente, y que supone «...un correctivo de todo sistema de monopolio o de privilegio monopolístico». STS de 5 de julio de 1988, Sala 4 (Ar. 5865).

Desde esa duda razonable que en su momento se planteó la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia en la cuestión de inconstitucionalidad número 80/1983, y resuelta por el TC en la citada Sentencia número 83/1984, se establece, entre otras cosas, lo siguiente:

«Nada hay... en la Constitución que excluya la posibilidad de regular y limitar el establecimiento de oficinas de

farmacia, como tampoco nada que impida prohibir que se lleve a cabo fuera de estas oficinas la dispensación al público de especialidades farmacéuticas, pues el legislador puede legítimamente considerar necesaria esta prohibición o aquella regulación para servir otras finalidades que estima deseables, en el presente caso, el abogado del Estado ha aducido en apoyo de la legitimidad constitucional de la finalidad perseguida con la limitación, el mandato del artículo 43.2 de la CE, y bien puede entenderse así, aunque, como es evidente, tampoco es ello necesario, pues si bien los principios rectores que contiene el capítulo tercero del Título I de la Constitución se imponen necesariamente a todos los poderes públicos, nada impide que éstos se propongan otras finalidades y objetivos no enunciados allí, aunque tampoco prohibidos». FJ 3.

Ante tales circunstancias, veamos si la LGS y la LM contienen elementos que fortalecen la aplicación del derecho a la libertad de empresa farmacéutica, por cuanto que la prestación del servicio público que desempeña puede ser ejercido por el sistema nacional desde sus propias instalaciones o concertado, en su caso, con los establecimientos farmacéuticos que convengan.

Desde el análisis de la Ley de Bases de Sanidad Nacional, las oficinas de farmacia son, según Sentencia del TS de 26 de abril de 1979, Sala 4 (Ar. 1590), «... establecimientos que monopolizan la puesta al público de toda la producción farmacéutica...». Este carácter de exclusividad en la venta se recogía también en la Ley de Bases de la Seguridad Social de 28 de diciembre de 1963, Base VI, número 27, y en desarrollo de la misma el artículo 107 del texto articulado aprobado por el Decreto número 907/1966, de 21 de abril, que dispone que:

«La dispensación de medicamentos será gratuita en los tratamientos que se realicen en las instituciones propias o concertadas de la Seguridad Social...» (y) «En todo caso, la dispensación de medicamentos para su aplicación fuera de las instituciones a que se refiere el número anterior se efectuará a través de las oficinas de farmacia legalmente establecidas que estarán obligadas a efectuar tal dispensación».

Significa ello, como señala GONZÁLEZ PÉREZ, que las instituciones del Estado, provincia o municipio, también de las comunidades autónomas, pueden tener oficinas de farmacia propias, más bien serán servicios de farmacia, que dispensen a título gratuito medicinas a los acogidos a ellas, de lo que se deduce que no pueden venderlas, ni siquiera a los acogidos a ella. «Según la Ley de Bases de la Seguridad Social, cuando los beneficiarios de las mismas hayan de pagar algo más las medicinas, sólo podrán

adquirirlas en las oficinas de farmacia legalmente establecidas, normales» (43).

La LGS, a los efectos previstos en su Título IV, «actividades sanitarias privadas», considera establecimientos sanitarios a las oficinas de farmacia abiertas al público, y de las cuales sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios o titulares. Estarán sujetas, según establece su artículo 103.3 a la planificación sanitaria en los términos que establezca la legislación especial de medicamentos y farmacias.

Por su parte, la LM otorga competencias a la Administración sanitaria en la ordenación de las oficinas de farmacia con arreglo a la planificación general sobre las mismas, «en orden a garantizar la adecuada asistencia farmacéutica», con lo que poco aporta. Para tal ordenación, además del criterio de planificación general, deberá tenerse en cuenta: la presencia y actuación profesional del farmacéutico, las exigencias mínimas materiales para asegurar una correcta asistencia sanitaria y la obligación que se impone de dispensar los medicamentos que les demanden tanto los particulares como el sistema nacional de salud.

Esta relación entre las oficinas de farmacia y el sistema nacional habrá de establecerse en los términos de colaboración que establece el artículo 97 de la citada Ley, es decir, para garantizar el uso racional de los medicamentos en la atención primaria a la salud, y en los términos de concertación que se establezcan a tenor del mismo precepto. Porque, a diferencia del sistema anterior, las dos leyes citadas establecen, como se ha dicho, que los medicamentos se dispensarán tanto en las oficinas de farmacia como en los hospitales, en los centros de salud y estructuras de la atención primaria para su aplicación dentro de dichas instituciones o para los que exijan una particular vigilancia, supervisión y control del equipo multidisciplinario de atención a la salud. Lo cual ampara, a nuestro criterio, la dispensación de medicamentos en el sistema de consultas externas por razones indeterminadas que motiven una planificación farmacéutica distinta a la hoy existente y que altere los criterios de concertación del sistema con todas las oficinas de farmacia para la dispensación de medicamentos, especialmente allí donde exista estructuras del sistema. Como expresamente determina el artículo 95 de la LM, el Gobierno, previo informe del Consejo Interterritorial, regulará, cuando se financie con cargo a fondos públicos el medicamento, los supuestos en que la administración del medicamento sea gratuita, así como la participación en el pago por el enfermo del medicamento o producto sanitario que le proporcione el sistema. Contenido bien distinto al que recoge el artículo 107.1 del texto articulado de la Ley de Bases de la Seguridad Social y, en su desarrollo, el Decreto número 3157/1966, de 23 de diciembre, artículo 3.1, que dispone que la dispensación de medicamentos en los tratamientos que se realicen en las instituciones propias o concertadas de la Seguridad Social o en los que tengan su origen en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales será gratuita. En los demás casos, la parti-

(43) J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho farmacéutico*, ob. cit., pág. 360.

cipación de los beneficiarios en el pago del precio del medicamento se llevará a cabo abonando en la farmacia que lo dispense la cantidad que corresponda.

Además de esta circunstancia ha de tenerse en cuenta otras, ya citadas, que apoyan una mayor ponderación del principio de libertad de empresa en la instalación de las oficinas de farmacia, como son la exclusión, total o parcial, de ciertos medicamentos de la lista de los financiados por el sistema o la sujeción de los incluidos a condiciones especiales, para lo que queda habilitado el Gobierno por el artículo 94 de la LM sin por ello perder protagonismo el derecho a la salud como informador del ordenamiento jurídico, aunque no sea el único.

Como criterios a tener en cuenta por el Gobierno para regular la participación en el pago del medicamento o producto sanitario la Ley 25/1990 establece: la capacidad del pago, la utilidad terapéutica y social de los medicamentos, las necesidades de ciertos colectivos sociales, la gravedad, duración y secuelas de las distintas patologías, los límites de previsión presupuestaria afectas a la prestación farmacéutica. Criterios cuya oportunidad no discutimos ahora, pero que van a permitir la exclusión de una larga lista de medicamentos de la financiación pública. Pero sí nos sirve para reforzar el libre ejercicio de la profesión farmacéutica a través de las oficinas de farmacia apoyándose en criterios de libre mercado aunque con la exigencia de las necesarias medidas de control e inspección de protección de la salud, individual y colectiva.

Dicho en otros términos, la equilibrada distribución de las oficinas de farmacia en el territorio nacional, en aras a la aplicación del principio de igualdad y a la protección de la salud (44), apoyo argumental de la jurisprudencia del TS, que supone un límite claro a la aplicación de los derechos reconocidos en los arts. 35, 36 y 38 CE, ha de fundamentarse con mayor consistencia en el principio de libertad de comercio, entendido según la realidad social y económica del momento, es decir, en lo que estrictamente representa sobre la dispensación de medicamentos y no respecto de la capacidad profesional del farmacéutico. Tal espíritu se deduce de la Sentencia del TS de 30 de diciembre de 1985, Sala 4 (Ar. 876, 1986), que defiende el criterio de libertad de comercio ante el intento de limitar la venta de infusiones vegetales en las oficinas de farmacia:

«...y tal criterio merece ser mantenido en la actualidad, dado que el sistema de libertad de empresa y economía de mercado que consagra el artículo 38 de la Constitución y la ausencia de razones de sanidad pública que hagan imprescindible el monopolio de elaboración y venta por los farmacéuticos de plantas de uso común, como son la manzanilla,

(44) Véase, J. F. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, «El principio de igualdad y Sistema de apertura de establecimientos farmacéuticos», en XI Jornadas de Estudio sobre el Principio de Igualdad en la Constitución española, Dirección General de Servicios Jurídicos del Estado, Madrid, 1991.

la tila... y otras análogas... hacen absolutamente infundada la tesis mantenida en la demanda».

Por otro lado ha de tenerse en cuenta que el derecho de todos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el territorio nacional, reconocido expresamente en el artículo 93.1 de la LM, se impone dentro del sistema nacional de salud; con lo que quedan libres en su actividad comercial, dentro de la disciplina de mercado, los demás elementos del sector, en este caso, las oficinas de farmacia.

Pensamos, que las condiciones que la normativa vigente les han venido imponiendo, como son, la presencia, constante, y la actuación profesional del farmacéutico, obligatoriamente colegiado, para la dispensación de medicamentos, la regulación de existencias mínimas, no recuperables en caso de cierre de la actividad, la obligación de disponer de farmacéuticos adicionales a partir de un determinado volumen de actividad profesional, la determinación de precios con carácter general, por grupos o sectores, teniendo en cuenta los costos de los correspondientes servicios y prestaciones, que repercute sin duda alguna en los beneficios de la empresa (45), etc., y a todas las oficinas de farmacia sin distinción, limita sustancialmente el libre ejercicio de la profesión y la libertad de empresa a que todo ciudadano tiene derecho, sin grave pérdida, en su esencia, del derecho a la salud que también a todos corresponde, del interés público afectado a que hace referencia la STC número 131/1989, de 17 de julio, FJ 5, ni de la función social de la propiedad a que como se pronuncia la STC número 37/1987, de 26 de marzo, FJ 5. El TC en la citada Sentencia número 83/1984, FJ 3, con relación a los arts. 25 y 38 CE, señala:

«...es evidente, de una parte, que no hay un "contenido esencial" constitucionalmente garantizado de cada profesión, oficio o actividad profesional concreta y, de otra parte, que las limitaciones que a la libertad de elección de profesión u oficio o a la libertad de empresa puedan existir no resultan de ningún precepto específico, sino de una frondosa normativa, integrada en la mayor parte de los casos por preceptos de rango infralegal, para cuya emanación no puede aducir la Administración otra habilitación que la que se encuentra en cláusulas generales, sólo indi-

(45) L. MORELL OCAÑA, *Libertad de competencia e intervención administrativa*, Conferencia pronunciada en la Cámara de Comercio e Industria de Cáceres, de la que disponemos de copia, gracias al autor. Ciclo organizado en colaboración con la Universidad de Extremadura, abril, 1991 y editado por la Corporación en 1993, «La libre competencia». «Existe supuestos como el del precio del medicamento... en los que se está ante una auténtica socialización; socialización en el sentido de que el beneficio individual de cada empresa depende de la estructura de costes y rendimientos del sector en su conjunto, además del peso que estos productos tengan en los costes globales de la Seguridad Social y de los usuarios», pág. 87.

rectamente atinentes a la materia regulada y, desde luego, no garantes de contenido esencial alguno».

Lo que queremos manifestar, en definitiva, es que aunque no exista un contenido esencial garantizado para cada profesión, la propia de la titulación farmacéutica viene sujeta a tantas limitaciones que la hacen impracticable (46). Asimismo, que tales limitaciones se ven afectada por una nueva realidad económica que propicia mayor ponderación en el reconocimiento de su actividad comercial sin deterioro del interés de la colectividad en cuanto a la protección del derecho a la salud. Como señala TOLIVAR (47), las limitaciones al ejercicio profesional deben ser coherentes con el modelo económico imperante; el Estado debe intervenir en la actividad profesional pero sin hacer irreconocible o dificultar en exceso la libertad que le es propia. O como expresa BASSOLS (48), para quien la libertad de empresa por su vinculación con la economía de mercado lo mismo que la propiedad por su vinculación con la función social, conceptos indeterminados jurídicamente, conlleva a una interpretación inseparable de valoraciones económico-sociales de gran elasticidad, relativismo y flexibilidad comparados con los criterios de generalidad y precisión que demandan los derechos fundamentales» Para MORELL OCAÑA (49), la cláusula general que alberga el artículo 38 CE permite al legislador remitir a la realidad social para concretar el precepto sin alterar su significado y contenido. En similares términos se pronuncia el TC en Sentencia número 11/1981, de 8 de abril, al precisar que los elementos que constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo, han de ir referidos «...al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales». FJ 8 (50).

(46) F. LÓPEZ RAMÓN, «Reflexiones sobre...», *ob. cit.*, págs. 665 y ss. Para quien, la determinación del contenido esencial de una cierta libertad profesional, se concreta más en las regulaciones que restringen el acceso o el ejercicio que en las que lo impiden. Y en tal sentido, señala, que esas restricciones deben ser proporcionadas y razonables en relación con el derecho a proteger.

(47) L. TOLIVAR ALAS, «La configuración constitucional del...», *ob. cit.*, pág. 1350.

(48) M. BASSOLS COMA, *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 109

(49) L. MORELL OCAÑA, *Libertad de empresa en...*, *ob. cit.*

(50) L. PAREJO ALFONSO, «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: A propósito de la Sentencia del TC de 8 de abril de 1981», *REDC*, núm. 3, págs. 174 y ss. Para quien, además de los límites inmediatamente derivados de la Constitución, conformadores del contenido esencial de determinados derechos fundamentales, existen otros límites, también determinadores del contenido esencial, que surgen de su relación con otros límites propios de otros derechos fundamentales. Estos, son fruto de la confrontación de intereses, bienes y valores presentes en cada caso. Y admite, «... que el contenido esencial no es históricamente determinado... sino capaz de sufrir una adaptación evolutiva en el tiempo, como expresamente reconoce el propio TC...». Y el mismo autor en *Estado social y Administración Pública: Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, 1983, págs. 85 y ss. Para quien, el núcleo esencial protector de la libertad de empresa, aunque sujeto al interés general, constituye «un obstáculo último a la expansión ilimitada de la iniciativa pública —en competencia con la privada— en el campo económico, pues en ningún caso deberá comportar el sofocamiento de hecho de la libertad de empresa»

V. DERECHOS DE LOS USUARIOS A LOS SERVICIOS SANITARIOS

No tratamos de analizar ahora el régimen de derechos y deberes que surgen a favor del usuario del servicio sanitario una vez que se encuentra vinculado a él y que podría concretarse en el elenco recogido en los artículos 10 y 11 de la Ley número 14/1986 (51) sino apuntar la posición distinta del ciudadano-usuario del sistema nacional de salud desde el modelo de gestión previsto por las vigentes y reiteradas Leyes y por la reforma propuesta.

Como cuestión previa ha de indicarse, de nuevo, que nos referimos, especialmente, al régimen de prestaciones sanitarias asistenciales, curativas e individuales, y no tanto a aquellas otras, preventivas y colectivas, más próximas al sistema de protección de la salud pública.

1. *Información suficiente*

La LGS con su compromiso de universalidad, igualdad y gratuidad, coloca al ciudadano en un status, el de contribuyente, distinto al que le otorga el «Informe Abril», el de consumidor, más próximo a la realidad económica, aunque en ambos casos y hasta cierto nivel de la actividad sanitaria, coinciden en su condición de usuario de un servicio público y gocen del derecho a exigir los adecuados niveles de calidad. Pero en la situación de consumidor-usuario, obligado a una contraprestación y no simbólica, éste ha de elegir, ha de saber qué servicio demanda, quién se lo presta, a qué precio, con qué garantías, ante quién acude en caso de incumplimiento, qué otras opciones tiene fuera del sistema, etc. (52).

En esta posición, el derecho a la información ostenta caracteres cualitativamente diferentes a los del contribuyente-usuario que se limita a demandar del Estado y por cauces distintos, aunque a veces concurren, que el servicio público se preste y se preste bien.

El concepto abstracto que del consumidor o usuario da la Ley número 20/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuario (LCU), artículo 1.2, y que afecta a toda persona que adquiere, utiliza o disfruta bienes, productos, servicios, actividades o funciones, cual-

(51) Véase, C. M. ROMEO CASABONA, «Configuración sistemática de los derechos de los pacientes en el ámbito del Derecho Español», en *Jornadas sobre los derechos de los pacientes*, INSALUD, 1992. Para quien, los derechos del artículo 10 de la LGS no constituyen un desarrollo del artículo 43 CE sino que, algunos de ellos, son unaplasmación de derechos fundamentales que recoge la Constitución. A. PEDREIRA ANDRADE, «Ejercicio de los derechos y reclamaciones de los usuarios. Diversas vías de actuación», de la misma obra citada. Que señala, que los derechos recogidos en el artículo 10 no es un elenco cerrado, sino que existen otros en la Ley número 20/1984, de 19 de julio, para la Defensa de Consumidores y Usuarios y en la Ley número 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento.

(52) E. RIVERO ISERN, «La protección del usuario de los servicios públicos», *RAP*, núm. 87, págs. 205 y ss. Para quien, todos los usuarios de servicios públicos son consumidores ya se trate de servicios públicos industriales o comerciales, ya sean administrativos o sociales, porque todos los servicios públicos tienen un objeto o un efecto económico.

quiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes la producen, facilitan, suministran o expiden, ha de encajarse en el pensamiento propio de un Estado social de Derecho que mira al individuo, al ciudadano, bajo un concepto material del principio de igualdad y orientado a la prestación de las necesidades básicas. Creemos que respecto al derecho a la salud, como prestación individual (se da por supuesto frente a la salud colectiva), ésta es la posición adoptada por la LGS.

En el programa aprobado por el Consejo de las Comunidades Europeas, Resolución de 14 de abril de 1975, preliminar para una política de protección e información de los consumidores, se señala que «De ahora en adelante, ya no se considera al consumidor únicamente como un comprador y usuario de bienes y servicios para su uso personal, familiar o colectivo, sino como a una persona interesada en los diferentes aspectos de la vida social que, como consumidor, puede afectarle directa o indirectamente. Los intereses del consumidor pueden agruparse en cinco categorías de derechos fundamentales: a) derecho a la protección de la salud y de su seguridad, b) derecho a la protección de sus intereses económicos, c) derecho a la reparación de los daños, d) derecho a la información y a la educación, e) derecho a la representación (a ser escuchado)».

Estos derechos, recogidos en el artículo 51 CE, han de ser garantizados por los poderes públicos, mediante procedimientos eficaces, en lo que afecta a la seguridad, a la salud y a los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios, y, sin embargo, deberán promover la información y la educación, así como fomentar su participación a través de las organizaciones que legítimamente se constituyan (53).

El concepto estricto de consumidor y usuario hace referencia a la idea de sujeto adquirente de bienes de consumo y de servicios públicos y privados para su propio uso. En esta posición y referido a la sanidad, por cuanto que la salud del individuo repercute recíprocamente en la de la sociedad, la acción de los poderes públicos no sólo no puede omitir las medidas de protección de la salud, sino que ha de adoptar las adecuadas para suplir las situaciones de inferioridad en que pueda encontrarse el usuario, artículo 23 LCU. Por tanto, deben orientarse y de modo especial, a la protección de los intereses económicos de los usuarios, sin olvidar los propios de los demás agentes económicos que juegan en el mercado.

(53) A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*. Tecnos, Madrid, 1987, págs. 27 y ss., y, en especial, 115-116 tanto en lo referente al consumidor material como en su sentido jurídico cuando se destina a su uso personal. J. BERMEJO VERA, «Aspectos jurídicos de la protección del consumidor», *RAP*, núm. 87, págs. 251 y ss. F. LÓPEZ MENUDO, «Consumidores y usuarios de servicios públicos y responsabilidad de la Administración», en *Curso sobre Derecho del Consumidor*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1990, págs. 323 y ss. L. MARTÍN-RETORTILLO, «Una panorámica de la defensa de los consumidores desde el Derecho Administrativo», en *Estudios sobre el derecho de...*, *ob. cit.*, págs. 83 y ss. A. PÉREZ MORENO, «Alternativas para la organización de los consumidores», en *Jornadas de Derecho y Consumo*, Ayuntamiento de El Puerto de Santa María, 1988, *La Voz*, pág. 22. Que siguiendo a GALGANO señala que lo importante es construir el «consumidor colectivo»; el conglomerado de individualidades dispersas o difusas lleva a una indefensión insuperable.

Por otra parte se otorga, asimismo, al usuario facultades de control de aquellas actividad sanitaria que puedan serles lesivas. En tal sentido, las tareas de información, artículo 13 LCU, y de educación, artículo 18 de la misma Ley, al usuario han de ir orientadas, de una parte, a animar a la Administración al control de la actividad del productor en la prestación del servicio sanitario, tarea interventora, y, de otra parte, a exigir de éstos el cumplimiento de sus deberes, de forma que cesen en las actividades que producen daño (acción inhibitoria) y demandando, en su caso, responsabilidades por los ya ocasionados (acción resarcitoria). En definitiva, se hace más patente un control privado, individual o asociado, de la actividad de la empresa (54).

Entre los derechos básicos de los consumidores y usuarios, el artículo 2.1.d) de la Ley número 20/1984 señala: «La información correcta sobre los diferentes productos o servicios y la educación y divulgación, para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute».

La complejidad de distinguir, en la práctica, la situación descrita es evidente; de una parte, por la influencia que las distintas medidas sanitarias tiene sobre la protección de la salud y de otra, por la separación que la reforma sanitaria plantea respecto del servicio público que presta, directamente o contratado, y el que no presta, por motivos de costo, y que va a repercutir, sobre el consumidor. En otras palabras, es difícil distinguir respecto de la salud el *status* de ciudadano y el de consumidor. Como señalan MUÑOZ MACHADO y JIMÉNEZ BLANCO (55), el título salud es dominante sobre el título consumo. En similares términos se expresa el TC en Sentencia número 87/1985, de 16 de julio, FJ 7, traído de la número 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 6:

«El carácter específico de la sanidad respecto del plural de la defensa del consumidor determina que la inclusión en regla de más amplio alcance debe ceder ante la regla más especial».

Aunque no siempre vinculadas, como reconoce el TS en Sentencia de 9 de septiembre de 1988, Sala 4 (Ar. 6708), al pronunciarse sobre impug-

(54) J. PEMÁN GAVÍN, «Derecho a la salud y ...», *ob. cit.*, véase, en especial, su tercer aspecto del derecho a la protección de la salud como derecho de la persona defendible *erga omnes*, págs. 93 y ss. M. A. PARRA LUCÁN, *Daños por productos y protección del consumidor*. J. M. Bosch, Barcelona, 1990, págs. 81 y ss. A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, «La defensa del consumidor: Un principio general del Derecho», en, *Estudios sobre la constitución española, ob. cit.*, tomo II, Civitas, pág. 1916, «...el principio general de defensa del consumidor... Responde... a la necesidad de prevenir la situación de inferioridad o indefensión en que el consumidor puede hallarse, entregándole armas jurídicas para dicha prevención y, en su caso, defensa».

(55) S. MUÑOZ MACHADO, y A. JIMÉNEZ-BLANCO, «La protección de la salud de los consumidores», *Revista Estudios sobre Consumo*, núm. 3, 1084, págs. 43 y ss. L. MORELL OCAÑA, *ob. cit.*, *La libertad de competencia ...* A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Ob. cit.*, *Estudios jurídicos sobre...*, pág. 109. «Cuando se protege la salud, la noción de consumidor se confunde con la de las personas físicas en general...».

nación del Real Decreto número 106/1985, de 23 de enero, sobre modificación de las condiciones generales que establece el Código Alimentario Español para los materiales de uso doméstico no en contacto con los alimentos:

«...motivación que debe rechazarse ya que el supuesto de prohibición de productos tóxicos en la formación de colorantes atiende a la defensa del consumidor en relación con la salud que se encomienda a los poderes públicos en el número 1.º del artículo 51 citado y no a su acción organizativa y tutelar de la salud pública a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, a cuyo efecto la Ley debe establecer los derechos y deberes de todos, artículo 43.2; teniendo por finalidad el Código Alimentario la defensa de los derechos e intereses de los consumidores, entre ellos el de garantizar la salubridad mediante la intervención por la Administración de los productos que puedan incidir negativamente en la misma, en concreto prohibiendo aquellas sustancias que en su aplicación puedan resultar dañinas a la integridad física de los consumidores sin que ello comporte directamente una acción sanitaria de carácter preventivo o terapéutico a que se refiere el artículo 43 de la Constitución...».

En suma, la defensa de los consumidores y usuario en el libre mercado es un título que garantiza su buen funcionamiento, además de proteger los intereses difusos del correspondiente colectivo. En esa tarea de protección han de realizar un destacado papel las asociaciones de consumidores y usuarios legítimamente constituidas; entre sus fines fundamentales la LCU señala la información y educación tanto general como en relación con un producto o servicio determinado; artículo 20.1 (56).

2. Libre elección con financiación

El «Informe Abril», como se ha dicho, parte del hecho constatado de que el sistema público carece de una visión global y empresarial de servicio, lo que coarta, más allá de lo necesario, la libertad de elección del usuario, adolece de relaciones despersonalizadas, falta de información al paciente y un entorno escasamente confortable. Se propone, por tanto, crear las bases para funcionar con mayor satisfacción subjetiva de los usuarios de los servicios y posibilitar mayores grados de libertad de elección. Para conseguir tales objetivos, que vincula recíprocamente, se exigirá, previa e inexcusablemente, algún elemento de participación del usua-

(56) J. BERMEJO VERA, «Aspecto jurídico de...», *ob. cit.*, págs. 287 y ss. Que recoge las fórmulas de protección del consumidor por parte de las Administraciones Públicas.

rio en el coste que se irá introduciendo conforme las circunstancias lo permitan. «En resumen, la frontera de la gratuidad como regla general habrá que atravesarla para lograr un mayor grado de satisfacción general».

Parte del supuesto de que el crecimiento del gasto sanitario que se prevé en las próximas décadas, que no puede ser atendido con recurso públicos, debe cubrirse con dos técnicas: una, mediante actuaciones de carácter restrictivo genérico, sistema de colas, y otra, mediante actuaciones de carácter limitativo, sistema de precios. La primera, evidencia una insuficiencia global creando un alto grado de insatisfacción social. La segunda, requiere un conocimiento de las prestaciones que ofrecen el Sistema y por quién se financian.

El sistema de libre elección de médico y demás titulados sanitarios que reconoce la LGS ha de considerarse inexistente o sustancialmente condicionado; se hará, dice: «...de acuerdo con las condiciones contempladas en esta Ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las que regulen los trabajos sanitarios en los Centros de Salud». En el modelo que se propone, la participación del usuario en el coste del servicio ha de ser con plena conciencia de lo que adquieren y no sólo con «conciencia de coste», como se dice, «para reducir el diferencial entre las aspiraciones y las posibilidades económicas». Las aspiraciones de salud son ilimitadas y no pueden ser otras y las posibilidades económicas, vía presupuestaria, no pueden estar en la conciencia del usuario, es una alternativa política a la hora de invertir. A ello colabora la propia Ley cuando garantiza la asistencia sanitaria en todos los casos de pérdida de salud, artículo 6.4, o el derecho a obtener los medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios para restablecer la salud, artículo 10.14.

Es verdad que el sentido de la gratuidad, «coste cero», produce un concepto de ajeneidad poco apropiado al consumo de un bien escaso. Por tanto, deben establecerse cuotas de participación económica por el uso de la sanidad atendiendo a circunstancias diversas que la LM ya señala, como se ha indicado, y que la LGS omite porque parte de una filosofía bien distinta. En cualquier caso, de los usuarios de un servicio público ha de demandarse siempre un cierto grado de «conciencia social» (piénsese en los sectores más desprotegidos económicamente). Sin embargo, cuando el sistema sanitario se estructura de forma que a partir de ciertos niveles el uso y consumo depende del sujeto que los adquiere, las normas de relación se tornan en las propias del libre comercio, donde el consumidor ha de estar en términos generales protegido por lo poderes públicos, pero donde la autonomía de la voluntad juega un destacado papel.

Quiere decirse, que con las medidas de privatización que se prevén se anima el libre comercio, con mayor competitividad, y se fomenta la libre elección del usuario en calidad y precio, alcanzando el grado de satisfacción adecuado a sus exigencias. Como se dice, «en la medicina privada también hay listas de espera pero se ha elegido libremente». Y ello, como resultado, reduce los niveles de solidaridad social, propio de un Estado

interventor, que asegura la prestación de determinadas actividades necesarias para la colectividad (57).

VI. A VÍA DE CONCLUSIÓN

Hay que dejar constancia, en primer lugar, de que la ordenación del sistema sanitario previsto en la LGS ha fallado, tanto en lo organizativo como en su contenido. La integración del sistema nacional de salud en un bloque único, a pesar de la descentralización territorial pero no completada, y la voluntad de extenderlo a todos los españoles con gratuidad, era una meta difícil de alcanzar, como se dijo en su momento.

En el mismo sentido de unidad se engloba la concepción de la sanidad como un todo que había de garantizarse y protegerse desde los poderes públicos, conscientes de la influencia recíproca de lo preventivo sobre lo curativo, de la investigación sobre la educación, de lo individual sobre lo colectivo, de lo estrictamente sanitario sobre sus aledaños, el medio ambiente y la higiene laboral, los usuarios y consumidores, el equilibrio territorial, etcétera.

La causa del fallo, a la vista de las reformas presentadas, es la base económica del sistema. Las aportaciones de los asegurados son insuficientes ante la socialización de la medicina producida en los últimos años y los presupuestos generales no pueden hacer frente al crecimiento continuo de las demandas sanitarias, con técnicas más caras y sofisticadas. Además, y es importante, ni el ciudadano ejerce el nivel de conciencia social necesaria para racionalizar el sistema y ajustar la demanda a las auténticas necesidades, ni los profesionales sanitarios ponen los medios precisos para que el uso de los servicios sanitarios sea racional, adaptado a las circunstancias y clínicamente adecuado; posiblemente, influidos por la presión de determinadas responsabilidades exigidas.

De tal forma, como la causa se pone en la financiación del sistema, se busca exclusivamente remedios financieros. O dicho de otra forma, la reordenación que se plantea a través del «Informe Abril» afecta a las formas y al fondo, pero la profundización del cambio alcanza a aquello que provoca ahorro, o que aumenta los beneficios, o que produce menos gasto, que es lo mismo, a nuestros efectos. De tal modo, la reforma se

(57) C. CHINCHILLA MARÍN, «El servicio público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexión sobre el caso de la Televisión», en *Estudios sobre...*, ob. cit., pág. 959, tomo II. En la discusión doctrinal que plantea en boca de la doctrina francesa al conjugar el ejercicio de los derechos fundamentales en la ejecución de servicios públicos, entendido como actividad asumida por el poder público para garantizar, en condiciones de igualdad, la prestación de una actividad de interés general, y los valores del mercado, donde prima la libertad de empresa, como escenario de consolidación de libertades públicas, concluye diciendo: «...las posiciones doctrinales que se mantienen respecto del tema son difícilmente conciliables. Mientras que para unos la *publicatio* aniquila por completo los derechos fundamentales y es liberticida, para otros constituye una técnica al servicio de la satisfacción real efectiva de los mismos».

orienta a la búsqueda de entes instrumentales de la Administración sanitaria que ajenos al Derecho Administrativo se cobijan bajo el Derecho Mercantil, aunque con capital exclusivamente público, en principio. Es decir, siguiendo el modelo que actualmente ejercen las administraciones públicas se crean empresas públicas gestoras de prestaciones sanitarias, que se relacionan con la Administración pública sanitaria constituida también en empresa pública o, en su caso, en organismo autónomo, bajo formas de Derecho Privado.

En ese núcleo se aplican criterios de rentabilidad empresarial, modelos de gestión no burocratizada y se cuenta con ciudadanos que paguen y no de forma simbólica, el servicio que reciben.

Por otra parte, se potencian las relaciones con empresas ajenas al servicio pasando del papel de complementarias a ser elementos decisivos en la gestión sanitaria. Los nuevos servicios sanitarios que se precisen implantar solo se prestarán desde dentro si existen otros ociosos o se ven condicionados por razones de seguridad. Esa gestión indirecta del servicio sanitario se llevará a cabo mediante técnicas de contratación donde la vinculación y dependencia se reduce a estrictos niveles de mercado.

Por último, ha de decirse que toda esa nueva organización se destina a gestionar un sector del total de prestaciones sanitarias, las consideradas básicas, que reduce sustancialmente los niveles sanitarios hoy existentes. El resto de las prestaciones serán satisfechas fuera del sistema, a demanda de los ciudadanos y con financiación propia. Por tanto, éste adquiere un *status* comercial más acorde con la nueva realidad, el de consumidor, que ha de estar informado y debe ser exigente en función de lo que se le presta y paga. Es decir, los niveles de satisfacción del usuario han de medirse con otros parámetros.

En esta nueva planificación sanitaria, a medio camino, pero coherente con lo descrito, el libre ejercicio de la profesión sanitaria, tanto médica como farmacéutica, y la libre explotación de la actividad empresarial que comporta, ha de verse menos condicionada por los poderes públicos y, en definitiva, han de alcanzar mayores niveles de protección jurisdiccional en su posible colisión con otros derechos fundamentales, principalmente el de la salud, como demuestra la reiterada jurisprudencia, aquí en parte citada.

