

LOS PRINCIPIOS ESPECÍFICOS DE LA SALUD Y DE LA SANIDAD COMO ACTIVIDADES QUE INTEGRAN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SOCIAL. SUS PROYECCIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE CONTRATACIONES EN MATERIA DE SALUD Y SANIDAD

Por Magíster María José Rodríguez¹

El siguiente artículo se difunde con la autorización expresa de su autora y ha sido publicado originalmente en *Contratación Pública, Revista Diálogos en Derechos Humanos* (2023), Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 20 (175-181)

SUMARIO

1. La salud y la sanidad como componentes del derecho administrativo social	01
2. Los principios del derecho administrativo social. Especial referencia al principio de subsidiariedad	02
3. La aplicación de los aludidos principios permite avalar las siguientes propuestas	04
3.1. Eficiencia social	04
3.2. Generación de bienes públicos puros como desiderátum	05
3.3. Cooperación entre todos los interlocutores de la salud y sanidad	05
3.4. Recurso a formas contractuales flexibles que distribuyan los riesgos y optimicen los aportes: la asociación público privada	05
3.5. Simplificación de la regulación normativa	06
3.6. Preservación de la confidencialidad	06

1. LA SALUD Y LA SANIDAD COMO COMPONENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SOCIAL

Hoy se considera que la salud y la sanidad públicas integran lo que se denomina “derecho administrativo social o derecho administrativo de las actividades con dimensión social”.

1. Directora de la Maestría y Especialización en Derecho Administrativo, Universidad Nacional de La Matanza, República Argentina. Esta ponencia corresponde a la mesa 4, Derecho a la salud, día 9-6-2021, del Congreso Internacional de Contratación Pública y Derechos Humanos.

Este derecho administrativo de las actividades con dimensión social, que también se denomina derecho administrativo social cumple una función de “sector de referencia”, de depósito o almacén de principios que alimenta al derecho administrativo general del cual forma parte la contratación administrativa.

¿Pero en qué consiste este derecho administrativo “social”, este “derecho administrativo de las actividades con dimensión social”?

Explica Libardo RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ que el objetivo fundamental de esta especialidad o subrama del derecho es “garantizar una existencia acorde con la dignidad de la persona, crear unas condiciones igualitarias para el libre desarrollo de la personalidad, proteger y ayudar a las familias, posibilitar la obtención de una remuneración suficiente a través de una actividad libremente elegida, y eliminar o compensar ciertas cargas de la vida”².

En ese marco, según RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, formarán parte de las actividades administrativas de contenido social, de manera preponderante, los transportes, el agua potable y el saneamiento básico, el aseo y la electricidad, pero también la asistencia social, la seguridad social, la sanidad y salud públicas, la asistencia de personas en situación de vulnerabilidad, el acceso a la vivienda, la protección y asistencia a víctimas, entre otras.

2. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SOCIAL. ESPECIAL REFERENCIA AL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Según SCHMIDT-ASSMANN el derecho social debe contribuir a garantizar una existencia acorde con la dignidad de la persona “...valiéndose de la ayuda para la autoayuda”.

De consiguiente, este derecho social perfila como principios primordiales a la propia responsabilidad y la solidaridad y a la cooperación y la subsidiariedad.³

1. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, “Marco conceptual de las actividades administrativas con dimensión social” publicado en el Centro de Información Jurídica del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires. Disponible en: CIJur, <<https://cijur.mpba.gov.ar/doctrina/14864>> [Fecha de consulta: 14 de julio de 2020]

3. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Madrid, Marcial Pons, INAP, 2003, pp.143-144; en similar sentido; MESSNER expresa: “Estrechamente ligado con el principio

En lo atinente al principio de la propia responsabilidad y la solidaridad, el objetivo fundamental de la Administración Social es garantizar el pleno desarrollo del individuo a través de la solidaridad. De tal suerte, el que el individuo sea responsable por sí mismo (autonomía o propia responsabilidad) constituye la idea característica de esta rama de la Administración. Esta noción da lugar, a su vez, a la de autoayuda y autoorganización. La idea de solidaridad se encuentra con estas nociones en una relación de complementariedad. El carácter solidario de las prestaciones sociales implica que la realización de una prestación no puede contemplarse únicamente como una relación jurídica entre la entidad prestadora y el ciudadano, sino que ha de tenerse en cuenta su ulterior inserción dentro de un sistema general de compensación solidaria. Los poderes públicos se han de limitar a la creación y activación permanente de los circuitos de prestaciones y medios a través de los que se hace efectiva la solidaridad, es decir a la organización de las transferencias sociales.⁴

En cuanto al principio de cooperación y subsidiariedad, la propia responsabilidad y solidaridad se articulan y desarrollan a través del principio de cooperación. De consiguiente, el derecho administrativo social se presenta como el ordenamiento jurídico de la cooperación solidaria.⁵

De nuestra parte, consideramos que el derecho administrativo social debe asignar un rol protagónico al principio de irrevocabilidad de los logros alcanzados. Este tiene fundamento por cierto en la inviolabilidad del “derecho que es debido”; ser debido significa tanto como pertenecer y corresponder; en la medida en que el derecho es invulnerable, afirma el débito, su irrevocabilidad; la razón de que algo sea debido a alguien se encuentra unas veces en el establecimiento de pactos, contratos, promesas, disposiciones legales, mientras que, otras veces, hay que buscar en la naturaleza misma de la cosa, *ex ipsa natura rei*⁶. Este principio de irrevocabilidad expande su virtualidad no solo en el terreno de lo sustancial, sino por cierto en el marco del procedimiento administrativo vinculado con actos

de responsabilidad propia (...) se encuentra el principio de la autoayuda. ... tanta ayuda como sea posible, tanta ayuda del Estado como sea necesaria, es decir, autoayuda mediante asociación de carácter cooperativo.”(v. MESSNER, Johannes, *Ética Social, Política y Económica a la Luz del derecho Natural*, Rialp, Madrid, 1967, p. 338.

4. SCHMIDT-ASSMAN, *ibídem*, pp. 144-145.

5. SCHMIDT-ASSMAN, *idem* nota anterior.

6. PIEPER, Joseph (1980): *Las virtudes cardinales*, Madrid, Editorial Rialp, 1980, pp. 92-93.

administrativos que se conectan con derechos sociales. En esta dimensión procedimental, la irrevocabilidad del acto, que en puridad dimana de su contenido, del “derecho debido”, debe estar consagrada por el legislador como acontece con la irrevocabilidad de los actos administrativos que garantiza el Código Social Alemán (arts. 44 a 48 del Libro X del Código Social, SGB X)⁷; y no debería derivarse de la interpretación directa de los derechos constitucionalizados.

El principio de subsidiariedad es una norma delimitadora, se refiere a toda la actividad social (no solo a la estatal) y dice que esta solo ha de ser ayudada cuando los propios medios de los miembros de la sociedad no sean suficientes para el cumplimiento de sus tareas. En definitiva, el principio de subsidiariedad regula competencias que se basan en responsabilidades.⁸

La dialéctica del Estado social se materializa desde la perspectiva organizativa instrumental a través de la idea de la subsidiariedad. La intervención del estado social solo ha de producirse cuando la autorregulación de la sociedad no satisface las exigencias de la política social.⁹

Teniendo en cuenta, como se explicó supra, que tanto la salud como el sistema de sanidad públicos constituyen actividades administrativas de dimensión social, reguladas por el derecho administrativo social, las particulares modalidades del derecho administrativo social referenciado a las aludidas actividades de la salud y de la sanidad, transmiten sus principios informadores a la contratación administrativa (como integrante de la parte general del derecho administrativo), configurando, las bases dogmáticas de la contratación pública en materia de salud.

3. LA APLICACIÓN DE LOS ALUDIDOS PRINCIPIOS PERMITE AVALAR LAS SIGUIENTES PROPUESTAS:

3.1. Eficiencia social: en el campo de contratación estatal la eficiencia debe ser medida en función de la calidad asistencial de los servicios que el sistema de

7. SCHMIDT-ASSMAN (2003) p. 172.

8. SCHMIDT-ASSMANN (2003) pp. 145-146.

9. Ídem.

salud preste o de los medicamentos, su universalidad, su accesibilidad; no en función de los costos y precios (apartamiento de la lógica economicista).¹⁰

3.2. Generación de bienes públicos puros como desiderátum: el objetivo es en el campo de la salud y de la sanidad es la generación de bienes públicos puros. No nos referimos en modo alguno a ningún mecanismo de supresión de la propiedad privada de los medios de producción¹¹, sino a la aplicación de los principios cooperativos y de subsidiariedad que vertebran al derecho administrativo social para implementar mecanismos de transferencia social y asegurar la sostenibilidad financiera de estos bienes públicos.¹²

3.3. Cooperación entre todos los interlocutores de la salud y sanidad: esta cooperación debe articularse con la promoción de la innovación tecnológica y de la investigación científica, coordinando con proveedores, empresas, hospitales, universidades y las áreas estatales competentes. De consiguiente, a través de las compras y contrataciones públicas, el Estado debe orientarse al mercado dando señales de las prestaciones y servicios que requerirá para estimular su producción asociada con otros interlocutores del sistema de salud o próximos a él como los hospitales, universidades, centros estatales o privados de investigación científica. Asimismo, debe en el marco de esta asociación cooperativa estimular la innovación creativa de nuevos productos médicos y asistenciales.¹³

3.4. Recurso a formas contractuales flexibles que distribuyan los riesgos y optimicen los aportes: la asociación público privada

En rigor se trata de conjugar los requerimientos y principios jurídicos propios de la actividad administrativa vinculada con las temáticas de salud y asistencia

10. GIMENO FELIÚ, José María, “Novedades y retos de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. Especial atención al ámbito salud”, en <http://www.obcp.es/opiniones/retos-de-la-contratacion-publica-en-el-ambito-de-la-salud-hacia-un-nuevo-modelo-de-valor>.

11. Tal como señala la doctrina social de la Iglesia, los bienes en manos de los privados fructifican mejor; nótese que según esta doctrina el derecho de propiedad se fundamenta en el denominado “destino universal de los bienes”. Pero el Estado puede a través de mecanismos de transferencia social respetuosos del derecho de propiedad, garantizar el efectivo derecho a la salud.

12. V. RODRÍGUEZ MARÍA JOSÉ, “La crisis generada por la Pandemia del Coronavirus: una oportunidad para el desarrollo y consolidación del “derecho administrativo social””. En: Alfredo Gustavo Di Pietro; Mariano Osvaldo Carbajales(ed.). *El Derecho en tiempos de pandemia. Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del COVID-19*. Valencia: Tirant Lo Blanch. Colección: Alternativa, 2020.

13. GIMENO FELIÚ, José María, ob.cit.

medical que hacen la gobernanza en salud que debe asegurar el Estado, con formas contractuales flexibles que plasmen los principios y facetas propios de la actividad.

La innovación tecnológica y la investigación en este campo son claves; el contrato de participación público privada será la figura que permitirá la flexibilidad necesaria para el logro de los cometidos contractuales en este campo de la salud y de la sanidad. Esta agrupación de empresas, hospitales, instituciones de la salud y de la sanidad, universidades, centros de investigación con el área estatal requiriente podría encontrar en las modernas formas de contratación consistentes en la asociación público privada, el marco jurídico más adecuado para concretar el reparto de los riesgos y el logro de los fines del modo más conveniente.¹⁴

3.5. Simplificación de la regulación normativa: la flexibilidad repele la sobrerregulación; es necesario avanzar en la simplificación de la regulación normativa, con el objeto de eliminar, o al menos de reducir significativamente, los excesos de trámites en los procesos de contratación pública, evitando cambios frecuentes en las normas que dificultan su conocimiento y difusión, -con el consiguiente menoscabo de la seguridad jurídica-, y uniformizar los procedimientos. La sobrerregulación implica usualmente, un exceso en la utilización de los poderes exorbitantes del Estado.¹⁵

3.6. Preservación de la confidencialidad: en materia de medicamentos pueden verificarse situaciones de confidencialidad; esta exige adoptar medidas que preserven, de modo útil, su contenido, lo que limita el derecho al libre acceso a toda la documentación de las ofertas de los licitadores.¹⁶

¹⁴. V. Directiva 2014/24 de Contratación Pública del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, Diario oficial de la UE, 28-3-2014.

¹⁵. BAÑO LEÓN, José María, "La ley de Contratos del Sector Público y Gestión de lo Público. ¿Regulación o sobrerregulación?" <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6887516>

¹⁶. V. Directiva UE 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo del 8 de julio de 2016 relativa a la protección de conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, Diario de la UE, 15-6-2016.