

**HACIA UN NUEVO ENFOQUE DE LA PRESTACIÓN DE SALUD  
DESDE UNA MODERNA CONTRATACIÓN PÚBLICA  
INTELIGENTE ALINEADA CON LA BUENA ADMINISTRACIÓN<sup>1</sup>**

**José María GIMENO FELIU<sup>2</sup>**

---

**INDEX**

- 1. INTRODUCCIÓN. EL CONTEXTO COMO NECESARIO PARÁMETRO DE REFLEXIÓN**
- 2. POR UNA NUEVA CULTURA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: INVERSIÓN, CALIDAD Y RESULTADO VERSUS AHORRO PRESUPUESTARIO Y PRECIO**
- 3. UNA NUEVA ORGANIZACIÓN DE LA SANIDAD DESDE UN ENFOQUE MODERNO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**
- 4. PROPUESTAS PARA UN NUEVO Y MODERNO MODELO DE ADQUISICIÓN DE PRESTACIONES EN SALUD ALINEADAS CON LA BUENA ADMINISTRACIÓN**
- 5. REFLEXIONES PROPOSITIVAS A MODO DE CONCLUSIONES**

---

<sup>1</sup> Ponencia presentada en XXIV CONVEGNO ITALO-SPAGNOLO de profesores de derecho administrativo, celebrado en Turín, en mayo (26 a 28) de 2024.

<sup>2</sup> Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza (España). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6760-9222>.

*“La política de estar siempre intentando reducir el precio de cualquier cosa que se compra, sin importar la calidad y el servicio, puede llevar a los buenos proveedores y al buen servicio fuera de los negocios”. (Walter A. Shewhart, *Economic Control of Quality os Manufactured Product*, Van Nostrand, 1931; reeditado por la American Society for Quality Control, 1980).*

## **1. INTRODUCCIÓN. EL CONTEXTO COMO NECESARIO PARÁMETRO DE REFLEXIÓN**

En un escenario económico y político caracterizado en los últimos años por la globalización y las incertidumbres, resulta de gran relevancia el debate sobre el rol institucional de los poderes públicos en la gobernanza económica y la prestación de servicios a los ciudadanos<sup>3</sup>. En especial para analizar si es un freno a la actividad económica y, en su caso, cómo debe la función de una Administración económica moderna, proactiva, que moviliza inversiones productivas, mejorar la calidad de prestación de los servicios públicos y aportar la mejor seguridad (certeza) jurídica posible lo que facilita la confianza legítima, tan importante en el ámbito de las decisiones económicas<sup>4</sup>. Para ello, mejorar la regulación, la gestión pública y simplificar los trámites procedimentales es y debe ser un rasgo de toda administración pública moderna, que debe ser proactiva y no meramente reactiva, procurando siempre la mejor satisfacción del interés general, lo que obliga a articular mecanismos de

---

<sup>3</sup> Sobre esta cuestión, en sus distintas vertientes, me remito al libro colectivo *Gobernanza económica, regulación y administración de justicia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

<sup>4</sup> Sobre el alcance del principio de confianza legítima es de especial interés S. MUÑOZ MACHADO, *Regulación y confianza legítima*, en *Revista de Administración Pública*, 200, 2016, 141-172. En relación al rol de gobernanza económica vid. J.M. GIMENO FELIU, *La Administración pública como autoridad de regulación y como operador económico en los mercados: ¿freno o impulso de la economía?*, en libro colectivo *Gobernanza económica, regulación y administración de justicia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, 95-124.

gobernanza pública de la actividad económica que promuevan un “crecimiento inteligente y socialmente responsable”.

Para ello hay que superar la inercia, demasiado extendida, a desarrollar una burocracia “defensiva” (como bien explica A. BUENO ARMIJO<sup>5</sup>) que en la contratación pública se encuentra especialmente extendida<sup>6</sup>.

Por otra parte, la salud constituye un derecho esencial y fundamental de la persona que se presenta como núcleo clave de la efectividad del derecho fundamental a una buena administración (artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales) y, como tal, solo a través de su satisfacción individual y colectiva puede materializarse la igualdad sustancial entre las personas<sup>7</sup>. El derecho a la protección de la salud, reconocido en el artículo 43 de la Constitución española, impone a los poderes públicos el deber de organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Este derecho prevalece frente a perspectivas excesivamente economicistas que

---

<sup>5</sup> A. BUENO ARMIJO, *La Burocracia defensiva*, Marcial Pons, Barcelona, 2024. También sobre esta cuestión, muy sugerente, el trabajo de A. BOTO FERNANDEZ, *Nuevas barreras burocráticas: la Administración defensiva digital*, en *Revista Documentación Administrativa*, 18 (INAP, enero-junio 2023).

<sup>6</sup> Interesa el Informe de al Presidencia francesa sobre los cuellos de botella detectados en la aplicación de las Directivas en materia de contratación pública (ST 9679/24).

<sup>7</sup> De hecho el TFUE hace referencia a este derecho a la salud en el artículo 4.2 TFUE, artículo 6 TFUE, y artículo 168 TFUE. Por otra parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, indica en su artículo 35 - de la protección a la Salud- que: «*toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana*». Todas las políticas (por supuesto la contratación pública) se deben orientar para hacer efectivo este derecho.

ponen en riesgo la calidad en los resultados y el valor de los mismos desde la perspectiva del paciente como ciudadano<sup>8</sup>.

Como se explica en el documento de la Comisión Europea “*State of Health in the EU Spain. Country Health Profile 2024*”, la pandemia mundial ha tensionado el modelo sanitario, económico y social de todos los países, y ha puesto de relieve la necesidad de revisar los modelos organizativos y de “compra de salud” con una finalidad clara: la mejor calidad asistencial, el mayor grado de innovación terapéutica y, por supuesto, la sostenibilidad financiera cuando se trata de modelos sanitarios públicos como sucede en España<sup>9</sup>. Revisión que puede pasar por una “relectura” del marco normativo vigente o, incluso, una reforma del mismo para dotar a los diversos actores, en sus distintos roles, de certeza y seguridad jurídica tanto en la toma de decisiones como en la planificación de inversiones. En este escenario, la Unión Europea ha replanteado las bases de la prestación de asistencia y servicios sanitarios, con especial atención a la protección de la salud de los ciudadanos, para prevenir mejor y combatir futuras pandemias y a la mejora de la resiliencia de los sistemas sanitarios europeos. Como resultado de esta preocupación, en la Cumbre Mundial de la Salud celebrada el 25 de octubre de 2020, se propuso la construcción de una “Unión Europea de la Salud”, donde uno de sus cuatro ejes es la preparación ante las crisis, es decir, establecer las bases para un sistema sanitario más resiliente, que permita prevenir y estar preparados ante nuevas amenazas para la salud<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> En extenso se aborda esta nueva visión en el libro de J.M. GIMENO FELIU y G. GARCÍA-ALVAREZ, *Compra pública de medicamentos y servicios de innovación y tecnología sanitaria: eficiencia y creación de valor*, Aranzadi, 2020.

<sup>9</sup> Vid. C. CIERCO SEIRA, *Emergencias de salud pública y medicamentos*, en *Revista española de derecho administrativo*, 184, 2017, 148-192.

<sup>10</sup> El 13 de julio de 2021 se aprobó por Decisión de Ejecución del Consejo de la Unión Europea el Plan de Recuperación de España, para impulsar la inversión pública y privada dentro de un programa de reforma estructural de gran calado, para modernizar la economía española y avanzar hacia un modelo productivo inteligente capaz de hacer frente a nuevas crisis económicas. El sector de la Salud en España se presenta como un gran dinamizador de

En el objetivo de repensar e impulsar la contratación pública desde una perspectiva estratégica se posiciona claramente el Consejo de la Unión Europea, en el documento “Conclusiones del Consejo: Inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía de la UE resiliente” (2020/C 412I/01), donde, tras hacer una prospectiva de la contratación pública, insiste en la necesidad de desarrollar su función estratégica. En este documento se indica que *“Hay que reforzar la economía europea y reducir la dependencia estratégica de terceros países, especialmente en determinados sectores de la economía europea que son fundamentales para el funcionamiento de los servicios públicos y la atención sanitaria pública, como los medicamentos y los productos sanitarios; a la hora de determinar un enfoque proporcionado y específico para abordar esta cuestión deberán considerarse detenidamente las repercusiones en la competencia, los precios y los procedimientos de contratación pública”. Y para ello se pide a la Comisión y a los Estados miembros que cooperen en la elaboración de directrices y criterios por medio de una metodología común para ayudar al sector público a aprovisionarse a través de cadenas de suministro transparentes, fiables, flexibles. Y se pide también a los Estados miembros que elaboren políticas y estrategias de compra integrales que, en particular, deben centrarse en sectores en los que la demanda pública tiene un impacto significativo, como los medicamentos, los productos sanitarios o*

---

nuestra economía, con un claro potencial de desarrollo e innovación. Según los datos del Resumen ejecutivo del PERTE “Para la Salud de Vanguardia”, el gasto sanitario público en el año 2019 en España supuso 75.025 millones de euros, lo que representa el 6 por ciento del producto interior bruto (PIB). La media anual de crecimiento del gasto sanitario público en el quinquenio 2015-2019 fue de un 3,4%. Por otra parte, considerando todo el sector de la salud, se estima que las actividades económicas relacionadas con la salud generaron un valor añadido bruto de alrededor de 94.600 millones de euros, equivalente al 8,7% del PIB.

---

*las tecnologías de la información, teniendo asimismo en cuenta aspectos relativos a la resiliencia, la gestión de riesgos y la seguridad del suministro”.* (negrita nuestra)<sup>11</sup>.

La realidad de los últimos años -pandemia y fondos europeos *Next Generation*- ha puesto de relieve la necesidad de reforzar la visión estratégica de las políticas industriales en la Unión Europea y, en especial, la vinculada a la salud<sup>12</sup>. Urge, por tanto, abordar, junto al objetivo de la mejor calidad asistencial sanitaria, una política industrial alineada con los objetivos europeos que facilite la mayor y mejor colaboración público-privada en este indispensable sector, facilitando para ello las inversiones estratégicas en el entorno de salud que aporten una mayor resistencia y resiliencia frente a crisis o emergencias sanitarias, o mayor capacidad en este ámbito con el impulso de la innovación, tanto farmacéutica como tecnológica, que permita mejorar las prestaciones de salud.

No se puede desconocer el dato de que la industria farmacéutica, junto con la industria de la tecnología sanitaria se ha convertido en uno de los principales activos de la economía española y de la Unión Europea, generando un alto impacto en la inversión, la exportación, así como el empleo y la productividad de los Estados miembros. Los últimos años se han caracterizado por una indebida tensión en el sector, tanto en España como en Europa, que se traduce en la dificultad de acceso a ciertos productos, lo que ha puesto de manifiesto la alta dependencia que tiene la industria sanitaria europea de terceros países, sobre todo del continente asiático. La situación ha repercutido en la calidad asistencial,

---

<sup>11</sup> El consejo europeo insiste en la necesidad de impulsar la contratación pública estratégica y la utilización de los datos en las conclusiones del consejo sobre el informe especial nº 28/2023 del tribunal de cuentas europeo mejorar la competencia equitativa y eficaz para los contratos públicos en la UE adjudicados para obras, bienes y servicios (c/2024/3521). DOUE de 3 de junio de 2024: [/https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C\\_202403521](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C_202403521).

<sup>12</sup> J.M GIMENO FELIU, *Los fondos europeos next generation como elemento de transformación de la gestión de la contratación pública: hacia una nueva cultura funcional y no formal*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 214, 2021, 39-74.

principalmente por roturas de *stock* y problemas de disponibilidad de la solución adecuada lo que pone en jaque el modelo y las notas de equidad del mismo. En este contexto, las administraciones públicas, conforme al mandato constitucional de preservar el interés general y fomentar la riqueza, deben, desde una actitud proactiva, fomentar un nuevo entorno normativo que favorezca la disponibilidad y accesibilidad de tecnología sanitaria que aporte valor y de medicamentos que favorezca la competitividad, producción e innovación biosanitaria. Por otra parte, no puede desconocerse la capacidad de transformación que mediante la innovación aporta este sector por lo que, en las decisiones organizativas y de colaboración hay que superar planteamientos “sesgados” ideológicamente<sup>13</sup>.

En este nuevo contexto hay importantes retos y desafíos que obligan a articular modernas soluciones que permitan una correcta aplicación de los distintos principios jurídicos aplicables, que deben estar alineados con el principal bien jurídico a proteger, directamente vinculado al mejor estándar de calidad de la prestación.

---

<sup>13</sup> El sector de la Salud en España se presenta como un gran dinamizador de nuestra economía, con un claro potencial de desarrollo e innovación. El gasto sanitario público en el año 2019 en España supuso 75.025 millones de euros, lo que representa el 6 por ciento del producto interior bruto (PIB). La media anual de crecimiento del gasto sanitario público en el quinquenio 2015-2019 fue de un 3,4%. Por otra parte, considerando todo el sector de la salud, un informe reciente estima que las actividades económicas relacionadas con la salud generaron un valor añadido bruto de alrededor de 94.600 millones de euros, equivalente al 8,7% del PIB. Según la Memoria anual de actividades de 2021 elaborada por Farmaindustria, el sector farmacéutico es el segundo que más invierte en I+D en España, tan solo por detrás de la automoción. La industria farmacéutica es responsable del 19,6% del total de la inversión industrial en I+D, es decir, que invierte uno de cada cinco euros que la industria dedica a la I+D en España. Además, en España, este sector se caracteriza por la alta calidad en sus plantas de producción, costes competitivos, tecnología avanzada y personal cualificado y un entorno laboral atractivo. Con un total de 173 plantas de producción, el sector farmacéutico español se sitúa como el octavo mercado más grande del mundo. Estos datos sitúan a España como una de las regiones europeas con mayor potencial de producción de medicamentos. Según datos de Contabilidad Nacional de 2019, la industria farmacéutica generó de manera directa 6.846 millones de euros de valor añadido bruto (VAB), el 0,6% del total de la economía española. Se trata del octavo sector industrial más grande del país, el cual genera un 5% del VAB de la industria manufacturera.

Desde estos breves datos de contexto, en relación a la sanidad (aunque quizá sea mejor el concepto de protección de la salud), se puede afirmar, a modo de primera idea fuerza, que las decisiones organizativas, dentro del marco de sostenibilidad financiera, deben adoptarse respetando las exigencias del derecho a una buena administración, como bien viene argumentando desde hace tiempo el profesor J. PONCE<sup>14</sup>. Esta perspectiva del buen gobierno obliga a superar la estricta visión “administrativa” de la actuación pública que debe dejar paso a una visión moderna que pivota en el resultado y que diseña las decisiones públicas en el ámbito de la protección del derecho a la salud en clave de inversión y no como gasto<sup>15</sup>. Esta ha sido, por lo demás, la solución adoptada en el reciente Código italiano de contratos públicos (31 de marzo 2023) que regula como primer principio el de resultado<sup>16</sup>.

## **2. POR UNA NUEVA CULTURA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: INVERSIÓN, CALIDAD Y RESULTADO VERSUS AHORRO PRESUPUESTARIO Y PRECIO**

La situación económica y social en Europa y el debate sobre la calidad de los servicios públicos de salud debe servir de acicate (*nudge*) para impulsar una nueva

---

<sup>14</sup> Por todos, entre sus trabajos, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, 2001. Ibidem, *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*, Universidad Alcalá de Henares (UAH), 2019. En la doctrina, también T.R. FERNANDEZ RODRIGUEZ, *El derecho a una buena administración en la sentencia del TJUE de 16 de enero de 2019*, en *Revista de Administración Pública*, 209, 2019, 247-257 y J.A. MORENO MOLINA, *El derecho a una buena administración*, Ed. Universidad Castilla La-Mancha, 2022.

<sup>15</sup> J. RODRIGUEZ ARANA, *El buen gobierno y la buena administración de Instituciones Públicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

<sup>16</sup> Vid. M. COZZIO y F. TITOMAGLIO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Ed. Key, Milano, 2023.



arquitectura regulatoria e interpretativa de la contratación pública<sup>17</sup>, desde la perspectiva del derecho fundamental a la buena administración, que no es un mero mantra, sino la brújula jurídica de cualquier decisión pública y, en especial, de la contratación, en tanto herramienta para el impulso de políticas públicas al servicio de la ciudadanía.

Los contratos públicos, advertíamos ya en 2006, no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país, lo que convierte a la contratación pública en un ámbito de actividad a través del cual poder orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a los contratos públicos deberán cumplir necesariamente con las exigencias que determinen las entidades adjudicadoras<sup>18</sup>. Contratación pública que, como ha destacado M. MAZZUCATO se ha presentado, con la pandemia, como una cuestión de especial interés político<sup>19</sup>.

Es necesario avanzar hacia una visión estratégica de la contratación pública, con la finalidad de impulsar una transición “no ruidosa” hacia esta nueva gobernanza de la contratación pública que supere la “presión política” de hacer más por menos y a corto

---

<sup>17</sup> J. PONCE (dir.). *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sector público y privado*, Marcial Pons, 2022. Estos acicates, como se explica bien en la referida monografía deben ayudar a mejorar la regulación, prevenir la corrupción y a un uso más inteligentes de las técnicas jurídicas.

<sup>18</sup> Así lo advertía ya en 2006 en mi monografía *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. (La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma)*, Civitas, Madrid.

<sup>19</sup> M. MAZZUCATO, *No desaprovechemos esta crisis: fortalecer el sector público como premisa para la recuperación*, Galaxia Gutenberg, 2021, que dedica un capítulo a la trascendencia de la contratación pública recordando su capacidad de avanzar en innovación.

plazo<sup>20</sup>. Y de avanzar, por tanto, a una forma distinta de hacer contratación pública, que se cimienta en una adecuada planificación, la calidad de la prestación (y de su resultado), una eficaz cooperación interadministrativa, una innovadora visión del procedimiento en cuanto a su función y objetivos (donde la calidad es un paradigma irrenunciable) pensado en el mejor cumplimiento del fin público que es la causa del contrato<sup>21</sup>. Y, sobre todo, a una nueva cultura de la colaboración público-privada basada en la lógica del *win/win* (sin olvidar el tercer *win* vinculado al ciudadano y la correcta prestación de la necesidad) y de la rendición de cuentas como herramientas al servicio de la buena administración (que explica los motivos y razones de las decisiones adoptadas y, principalmente de los resultados obtenidos)<sup>22</sup>.

La colaboración pública privada a través del contrato público (en cualquiera de sus modalidades) es, así, un elemento determinante para poder conseguir el más óptimo estándar

---

<sup>20</sup> Se posibilita un nuevo escenario más alineado con la finalidad de nueva gobernanza que pueda servir para “atacar” el déficit público desde una nueva gestión (sin necesidad, por ello, de nuevos ajustes, recortes o incremento de la carga fiscal). Sobre la Gobernanza en la contratación pública me remito al excelente trabajo de J.A MORENO MOLINA, *Gobernanza y nueva organización administrativa en la reciente legislación española y de la Unión Europea sobre contratación pública*, en *Revista de Administración Pública*, 204, 2017, 343-373.

<sup>21</sup> Al respecto, me remito al estudio colectivo J.M. GIMENO, J. TORNOS y otros, *La gobernanza de los contratos públicos en la colaboración público-privada*, Cámara Comercio Barcelona/Esade, Barcelona, 2019.

<sup>22</sup> Nada nuevo pues ya en el derecho romano, como nos recuerda Tito Livio existía colaboración pública privada. Así, en relación con el suministro de ropas y trigo para el ejército de Hispania durante la segunda guerra púnica nos señala lo siguiente:

*"Al llegar la fecha señalada concurrieron a la adjudicación tres sociedades de diecinueve personas, que pusieron dos condiciones: la primera, quedar exentos del servicio militar mientras estuviesen en aquella empresa de interés público; la segunda, que corrieran a cargo de la república los daños que pudieran causar los enemigos o la tempestad en lo que embarcasen. Aceptadas ambas condiciones, se les adjudicaron los contratos y se gestionó un servicio público con dinero privado" (...) "Lo mismo que se hicieron cargo de todos los contratos con generosidad, los cumplieron con escrupulosidad, y las tropas fueron atendidas con la misma largueza que cuando, como en otros tiempos, se hacía a expensas de un tesoro público bien dotado de recursos". (Ab Urbe Condita, XXIII, 49, 1-4).*

---

de satisfacción del interés general<sup>23</sup>. La prestación de servicios públicos es una nota esencial en un Estado social que pretende preservar un modelo de equidad y garantizar prestaciones a toda la ciudadanía en régimen de regularidad y continuidad. Y en su prestación ha sido una constante acudir a fórmulas de colaboración público-privada para hacer efectiva la garantía de estos servicios esenciales. Y hay que superar el maniqueísmo que confronta lo público con lo privado, a modo de némesis. Hoy a la ciudadanía le interesa el debate sobre como obtener la mejor prestación en parámetros de eficiencia, equidad y calidad de la actividad<sup>24</sup>.

### **3. UNA NUEVA ORGANIZACIÓN DE LA SANIDAD DESDE UN ENFOQUE MODERNO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**

Las formas de prestación de los servicios de carácter sanitario a las personas, desde su consideración como inversión y no un mero gasto, se basan en una concepción equilibrada

---

<sup>23</sup> Me remito al libro colectivo *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego*, Profit. Barcelona, 2017, en el cual, F. CAAMAÑO señala que un buen entendimiento de la colaboración pública privada la convierte en un instrumento fundamental para alcanzar el objetivo de mejor satisfacción del interés público (36).

<sup>24</sup> La estrella polar de la contratación pública con vocación estratégica, con esa vocación de “globalidad”, entre otros principios que “brillan con fuerza” (como la transparencia, la rendición de cuentas o la integridad) debe ser la calidad y el valor del resultado de la prestación. Y no el precio en una errónea visión economicista, que confunde el verdadero significado del principio constitucional de eficiencia con el objetivo del “ahorro” sin pensar en los efectos que pueda tener en la calidad de los servicios públicos que debemos prestar a la ciudadanía, lo que lo que se alejaría de las exigencias del derecho a una buena administración. Vid. J.M. GIMENO FELIU, *Reflexiones sobre la aplicación de la normativa de contratación pública en España: en búsqueda de la estrella Polar*”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos pública 2022 (Dir.)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, 17-47.

y complementaria de gestión directa, indirecta y acción concertada para garantizar el mejor estándar de calidad asistencial<sup>25</sup>.

La configuración de los servicios sanitarios en Europa como servicios de interés general, habilita la flexibilización de las normas del mercado interior, ya que no se consideran actividades económicas. Los servicios de asistencia sanitaria, como servicios de interés general, deben responder a los principios de universalidad, igualdad de acceso, equidad, continuidad de las prestaciones, transparencia y calidad. Resulta de aplicación el Protocolo núm. 26 del Tratado de Lisboa que declara que «las disposiciones de los Tratados no afectarán en modo alguno a la competencia de los Estados miembros, para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico» (art. 2). Luego los Estados son competentes para organizar sus servicios sanitarios determinando el grado de protección de la salud pública que pretenden garantizar y la manera de prestarlos (artículo 168.7 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), siendo aplicables el principio de no discriminación, la libertad de circulación de las personas y, en su caso, la normativa contractual pública, contenida en la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 de concesiones, y la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública.

La especialidad de la compra pública en materia sanitaria está amparada por el Derecho europeo de la contratación pública. Interesa destacar la previsión que sobre estos servicios realiza la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública, en su considerando 114:

*«Determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos, siguen teniendo, por su propia naturaleza, una dimensión transfronteriza limitada. Dichos*

---

<sup>25</sup> Me remito ahora a mi trabajo *La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales*, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 52, 2018, 12-66.

*servicios se prestan en un contexto particular que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a las diferentes tradiciones culturales. Debe establecerse un régimen específico para los contratos públicos relativos a tales servicios, con un umbral más elevado que el que se aplica a otros servicios.*

*Los servicios a las personas con valores inferiores a ese umbral no revisten normalmente interés para los proveedores de otros Estados miembros, a menos que haya indicios concretos de lo contrario, como en la financiación por la Unión de proyectos transfronterizos.*

*Los contratos de servicios a las personas, cuyo valor esté situado por encima de ese umbral deben estar sujetos a normas de transparencia en toda la Unión. Teniendo en cuenta la importancia del contexto cultural y el carácter delicado de estos servicios, debe ofrecerse a los Estados miembros un amplio margen de maniobra para organizar la elección de los proveedores de los servicios del modo que consideren más oportuno. Las normas de la presente Directiva tienen en cuenta este imperativo al imponer solo la observancia de los principios fundamentales de transparencia e igualdad de trato y al asegurar que los poderes adjudicadores puedan aplicar, para la elección de los proveedores de servicios, criterios de calidad específicos, como los establecidos en el Marco Europeo Voluntario de Calidad para los Servicios Sociales publicado por el Comité de Protección Social. Al determinar los procedimientos que hayan de utilizarse para la adjudicación de contratos de servicios a las personas, los Estados miembros deben tener en cuenta el artículo 14 del TFUE y el Protocolo no 26. Al hacerlo, los Estados miembros también deben perseguir los objetivos de simplificación y reducción de la carga administrativa de poderes adjudicadores y operadores económicos; es preciso aclarar ello también puede suponer basarse en disposiciones aplicables a los contratos de servicios no sometidos al régimen específico.*

*Los Estados miembros y los poderes públicos siguen **teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador,***

*sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación». (negrita nuestra)<sup>26</sup>.*

Y el artículo 76 de la Directiva 2014/24/UE, refiriéndose, entre otros, a los servicios sanitarios dispone:

“Los Estados miembros establecerán normas nacionales para la adjudicación de los contratos sujetos a lo dispuesto en el presente capítulo, a fin de garantizar que los poderes adjudicadores respetan los principios de transparencia y de igualdad de trato de los operadores económicos. Los Estados miembros serán libres de determinar las normas de procedimiento aplicables, siempre que tales normas permitan a los poderes adjudicadores tener en cuenta la especificidad de los servicios en cuestión.

2. Los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores puedan tener en cuenta la necesidad de garantizar la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios, las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, incluidos los grupos desfavorecidos y vulnerables, la implicación y la responsabilización de los usuarios y la innovación. Además, los Estados miembros podrán disponer que la elección del proveedor de servicios se haga sobre la base de la oferta económicamente más ventajosa, teniendo en cuenta criterios de calidad y de sostenibilidad en el caso de los servicios sociales.”

---

<sup>26</sup> La existencia de amplias especialidades en este ámbito ya había sido validada, basándose en el principio de solidaridad, por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 17 de junio 1997, *Sodemare* (asunto C-70/95), en la que admitió excepciones al principio de libre competencia en el caso de contratos en el marco del sistema de la seguridad social en favor de entidades sin ánimo de lucro (apartado 32). Me remito a J.M. GIMENO FELIU, *La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales*, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 52, 2018, 12-66.

Como se explicaba, la creciente competencia internacional, la alta dependencia del mercado extranjero y el desabastecimiento de materias primas ha provocado que las principales voces del sector salud, públicas y privadas, así como la comunidad científica tanto en España como en Europa hayan advertido de la urgente necesidad de implementar un entorno normativo más flexible que haga pilotar los contratos públicos sobre la calidad y no sobre el precio y que fortalezca las cadenas de suministro, favorezca el acceso a la salud, la sostenibilidad, la innovación, la inversión industrial, la creación de un catálogo de medicamentos esenciales y la atracción y retención del talento.

El Informe de la Comisión Europea: Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior (COM/2021/245 final) de 20 de mayo de 2021 la Comunicación COM Informe (2021) 245 final, concluye que "*resulta fundamental aplicar de manera más estricta las consideraciones de la contratación pública estratégica a fin de contribuir a una recuperación integradora, promover una transición justa y fortalecer la resiliencia socioeconómica, en consonancia con el Pacto Verde Europeo como nueva estrategia de crecimiento para la UE*". Así, la necesidad de utilizar el contrato público para reactivar un nuevo modelo de adquisición pública en la salud, desde una perspectiva estratégica, debe ser una oportunidad para avanzar hacia un modelo productivo más sostenible y más "inteligente". Por ello, la estrategia y una eficiencia administrativa no unidimensional (que atienda a la idea de valor y no de mero gasto) deben prevalecer sobre una cruda consideración del precio como factor determinante en la compra pública en el sector salud. Además, una adecuada visión de futuro aconseja evitar un modelo desproporcionadamente economicista y avanzar hacia otro modelo que garantice una adecuada remuneración conforme a los precios del mercado y que fomente iniciativas de altos niveles de calidad con externalidades positivas en los objetivos ambientales y sociales.

En este nuevo contexto “interpretativo” debe insistirse en la idea de que el derecho a la salud (mejor, a su protección)<sup>27</sup>, como derecho constitucional de primer orden (consagrado como derecho fundamental en el artículo 35 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales<sup>28</sup>), desborda su dimensión personal y organizativo y un enfoque global del mismo puede ayudar a una mejor calidad asistencial sin barreras de accesibilidad<sup>29</sup>. Un derecho de la salud que se presenta como núcleo clave de la efectividad del derecho fundamental a una buena administración (artículo 41 Carta Europea de Derechos Fundamentales). Este nuevo enfoque implica un cambio de cultura que pivota sobre la naturaleza de inversión y de consecución de mejores resultados en la prestación asistencial: el énfasis no debe estar en la asunción como gasto y sí en que las inversiones que pueden rendir más que un recorte de costes en la atención sanitaria o en la reducción de precios a los proveedores. La nueva era de la asistencia sanitaria es una realidad que obliga a replantear nuestro modelo público de “compra de salud”. En la indiscutible misión de mejorar la salud individual y colectiva, es incuestionable el potencial de la tecnología actual y los nuevos servicios farmacéuticos, tanto a corto como a largo plazo, obligando a adoptar una más moderna mentalidad, centrada en el paciente con el aprovechamiento de la experiencia y la

---

<sup>27</sup> Por todos, J. PÉMAN GAVIN, *El derecho a la protección de la salud entre aspiraciones y realidades. Marco conceptual y perspectiva internacional*, en libro colectivo *Retos del derecho a la salud y de la salud pública en el siglo XXI*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, 25-75.

<sup>28</sup> Este precepto es elocuente: “*Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana*”. (negrita nuestra).

<sup>29</sup> El derecho a la salud supera las fronteras nacionales y se considera no solo una condición esencial para alcanzar el objetivo 3 de los ODS (Objetivos Desarrollo Sostenible) que específicamente se refiere a la salud y bienestar, sino para la totalidad de los 17 objetivos, ya que sin salud no hay desarrollo humano ni económico (algo que ha quedado muy patente con la pandemia).



aplicación necesarios para marcar la diferencia para los pacientes, los proveedores y los sistemas sanitarios en su conjunto<sup>30</sup>.

En consecuencia, conforme la previsión de la artículo 76 de la Directiva 2014/24/UE, es posible y muy conveniente establecer un régimen de especialidades para algunos contratos sanitarios en atención a las especiales características de los mismos que ponga en el acento en aspectos técnicos y de calidad, y a su vez posibilitar la reserva de contratos con los códigos de CPV siguientes: 751220007, 796220000, 796240004, 796250001 y desde 850000009 hasta 853230009, destinados a la atención a personas con la finalidad de promover la mejor calidad y mayor eficiencia<sup>31</sup>. De no afrontarse de forma adecuada, este contexto puede socavar el crecimiento y el desarrollo globales<sup>32</sup>.

La revisión del modelo de compra pública en salud, de la que el paciente es el principal pilar del sistema, resulta necesaria para conseguir una mejor calidad, una rápida respuesta terapéutica, una flexibilidad de soluciones atendiendo al resultado y una fácil incorporación de las innovaciones. El objetivo es conseguir la mayor eficacia sanitaria, que

---

<sup>30</sup> Me remito a J.M. GIMENO FELIU, *Los desafíos de la contratación pública en el ámbito de la salud en el siglo XXI: a propósito de la adquisición de medicamentos (y vacunas)*, en libro colectivo *Observatorio de contratación pública 2020*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, 23-50.

<sup>31</sup> El *Institute of Medicine* de Estados Unidos [IOM] señaló en el año 2001 (IOM, 2001) seis ejes de mejora en los sistemas sanitarios: seguridad, efectividad, foco en el paciente, puntualidad, eficiencia y equidad.

<sup>32</sup> Un sistema de subasta para la adquisición de medicamentos (o de servicios sanitarios de tecnología) vinculado en exclusiva al criterio precio carece de cobertura legal europea y nacional y puede poner en riesgo elementos esenciales del Sistema Nacional de Salud, dado que el medicamento no es un “simple” producto. **Este tipo de sistemas puede además falsear la competencia y obstaculizar la inversión privada en un sector estratégico, fomentando una indeseada deslocalización.** Además, pone en riesgo la calidad asistencial al “excluir” de la opción terapéutica a ciertos medicamentos y aumentar el riesgo efectivo a desabastecimiento. Finalmente, puede romper el principio de equidad social al excluir del sistema medicamentos que solo se podrán adquirir por centros privados o particulares que podrán pagar el precio libre que fije la empresa farmacéutica.

pivota sobre el principio de la atención al paciente, basada en valor (resultados) en un contexto también de necesidad de sostenibilidad económica (pero no necesariamente de ahorro en todo caso). Con este objetivo hay que defender la oportunidad de cambios tanto en la adquisición de servicios y tecnología sanitaria (superando los límites del contrato de suministro) como en la adquisición de medicamentos (o vacunas)<sup>33</sup>. Estos dos ámbitos son el principal caballo de batalla para avanzar en una nueva cultura de compra pública en los ámbitos de la salud que atienda al concepto de valor y fije la atención en el mejor servicio al paciente<sup>34</sup>.

La compra pública de servicios de tecnología sanitaria así como de medicamentos o vacunas (que también pueden incorporar servicios) en el marco del Sistema Nacional de Salud debe permitir preservar las notas de sostenibilidad financiera como la equidad del modelo, lo que exige una visión transversal del “mercado público de la salud y de la

---

<sup>33</sup> Las vacunas se configuran normativamente como un medicamento especial. Vid. L. AGRAZ PÉREZ-ENRIQUEZ, *Medicamentos especiales*, en la obra colectiva *Tratado de derecho farmacéutico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, 215 y ss.

<sup>34</sup> En septiembre de 2022, la Comisión Europea publicó un informe sobre la compra pública de medicamentos en Europa: *Study on Best Practices in the Public Procurement of Medicines. Final Report (European Commission, European Health and Digital Executive Agency, Vogler, S., Salcher-Konrad, M., Habimana, Study on best practices in the public procurement of medicines – Final report, Publications Office of the European Union, 2022, <https://data.europa.eu/doi/10.2925/044781>)*. En el Informe se pone de manifiesto que una mayoría de las adquisiciones de medicamentos se hace todavía basándose única o fundamentalmente en el precio (en torno al 70 por ciento), mediante procedimientos abiertos (más del 95 por ciento). Además, señala que una cuarta parte de las compras se hacen a través de acuerdos marco y que la compra se hace principal y mayoritariamente por cada hospital, aunque también se examinan experiencias de compra centralizada, nacionales e incluso internacionales, fundamentalmente aplicadas a compras de vacunas o medicamentos destinados a campañas nacionales. En el estudio se constata que las compras centralizadas requieren un esfuerzo intensivo, fundamentalmente basado en medios humanos especializados, aunque también que produce excelentes resultados. Las recomendaciones que se hacen se pueden resumir en la idea de que es preciso reorientar la compra pública de medicamentos, incorporando elementos de compra estratégica. La mejora del mercado farmacéutico que puede conseguirse por esa vía redundará en una mejora general de las posibilidades de atención médica.

---

adquisición de medicamentos” que se aleje de propuestas subordinadas a una errónea idea de ahorro económico a ultranza, lo que podría llegar a poner en riesgo notas esenciales de un modelo sanitario público como el español, caracterizado por la universalidad y calidad asistencial. El ahorro en la compra de servicios y suministros sanitarios, insistimos, debe contribuir a mantener e incluso a ampliar la cobertura, no a erosionar su calidad y sostenibilidad<sup>35</sup>.

**En este enfoque la creación de valor en los servicios sanitarios debe impulsar una nueva cultura contractual en el ámbito de la salud.** La creación de valor en salud (VBHC) debe ser parte de la estrategia de la contratación pública, armonizando tanto el valor clínico de las innovaciones terapéuticas promovidas por la industria, como un valor económico para el propio sistema sanitario<sup>36</sup>. De este modo, cada producto o servicio de salud que se adquiriera ha de proporcionar también un beneficio económico que puede consistir en mayor eficiencia, reducción del gasto para los sistemas sanitarios o la ampliación del acceso a las terapias para más pacientes que se puedan beneficiar de ellas. Y el “freno” que suponía

---

<sup>35</sup> La colaboración público-privada es de especial interés en la innovación de los medicamentos. Al respecto conviene destacar el Reglamento (UE) núm. 557/2014 por el que se establece la Empresa Común para la Iniciativa sobre Medicamentos Innovadores.

<sup>36</sup> El principio que define la estrategia colaborativa que atiende al VALOR se concentra en el desarrollo de una innovación significativa a nivel terapia, procedimiento y sistema; aprovechar las capacidades y experiencia de las empresas y centros hospitalarios para armonizar el valor entre los distintos participantes del sistema sanitario; y además ampliar el acceso global a las terapias. En ese contexto, **la adquisición de valor aconseja migrar del tradicional contrato de suministros al contrato de servicios que frente a la adquisición de cosas permite la compra de soluciones y de innovación al sistema.** Es decir, de un modelo de pago por volumen o procedimiento a un modelo de pago en salud por resultado conseguido, que permite facilitar la cooperación con una mayor integración de las empresas en los procesos internos y externos del control del paciente y los resultados en salud a la vez que focalizar los esfuerzos en aquellas áreas donde se pueda aportar mayor valor por parte de todos los *stakeholders* del proceso

el manejo de datos parece fácilmente superable en el actual escenario de digitalización y manejo de *big data*<sup>37</sup>.

Para preservar el equilibrio entre eficiencia y calidad del sistema de compra en el ámbito sanitario hay que explorar nuevas fórmulas de gestión contractual y de compra agregada que permitan implantar una nueva gobernanza en este ámbito de la salud (asumiendo cierto riesgo de fracaso)<sup>38</sup>. En esta nueva arquitectura de prestación de servicios sanitarios que incorporan innovación en la gestión o en la solución tecnológica, una posibilidad interesante ya aludida es, sobre la estructura de un contrato de servicios, articular acuerdos de riesgo compartido, que resultarán especialmente indicados en supuestos de compra de servicios sanitarios innovadores. En estos casos, la determinación del precio del servicio dependerá de los resultados de salud o del cumplimiento de objetivos previamente determinados, que operan como incentivos de una mejor ejecución que comporta mayor calidad de la prestación. La utilización de un sistema de retribución vinculado en el ámbito sanitario en el modelo del *Value-Based HealthCare* pasa no sólo por medir los resultados, sino por medir correctamente las cosas correctas, supondría abandonar en algunos casos el pago por volumen o procedimiento (*fee-for-service*) a favor de un modelo de “pago en salud por resultado conseguido”. Mecanismo que puede ayudar a conseguir una mejor calidad en prestaciones tan sensibles como son las sanitarias<sup>39</sup>. Como indicase M. PORTER, la mejora

---

<sup>37</sup> Especial repercusión ha de tener el internet de las cosas (IoT) en el ámbito sanitario, que ha de permitir que la asistencia sanitaria sea más eficiente, rápida y concreta y que los profesionales de la salud puedan extraer datos de dispositivos médicos, aplicaciones móviles e incluso chips integrados en nuestros cuerpos para ayudar a diagnosticar la salud del paciente de manera más rápida. Los datos clínicos agregados ayudan a llenar los vacíos en la memoria de eventos de los pacientes.

<sup>38</sup> Vid. AA. VV., *La gobernanza de los contratos públicos en la colaboración público-privada*, Cámara Comercio Barcelona/Esade, Barcelona, 2019.

<sup>39</sup> Esta opción no quiebra el mandato de que el precio sea cierto, pues en todo caso hay parámetros objetivos de determinación. Vid. A. PEÑA OCHOA, *Valor estimado, presupuesto y precio en la nueva Ley de Contratos del Sector*

en cualquier campo requiere medir los resultados, un principio bien conocido de gestión, lo que aconseja medidas rigurosas de valoración de resultados o “*outcomes*” y de costes, para asegurar la correcta calidad en la prestación del contrato<sup>40</sup>. En esta línea, contratos con riesgo compartido permiten eliminar las disfunciones existentes sobre efectividad de resultados terapéuticos y el precio satisfecho por servicios sanitarios que no han aportado mejoras.

Este modelo, con ejemplos de éxito que acreditan su viabilidad en España<sup>41</sup>, encuentra como principal dificultad, además de la tradicional resistencia a los cambios, la falta de información (por un alto volumen de datos) y la alta variabilidad y complejidad asistencial. Pero los resultados de mayor valor (mejor atención al paciente) y mejor sostenibilidad financiera deben servir de estímulo (por ello, no parece adecuada una política de precios de referencia, en tanto limita y condiciona la potencialidad del modelo).

Esta propuesta de una nueva arquitectura de la compra pública de salud alejada del simple precio y que pivota en el mayor valor de la prestación descansa en la visión del Estado garante de servicios públicos de calidad y no tanto en quién lo presta que es, en esencia, el

---

*Público de 2017*, libro colectivo *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 950.

<sup>40</sup> M. PORTER y T. LEE, *The strategy that will fix Health Care*, en *Harvard Business Review*, October 2013 issue, accessible en <https://hbr.org/2013/10/the-strategy-that-will-fix-health-care>. Propuesta iniciada por PORTER en su libro (con E. TEISBERG) *Redefining Health Care: Creating Value-based Competition on Results*, ed. Harvard Business Scholl Press, 2006.

<sup>41</sup> Entre otros, pero como “bandera” puede reseñarse la licitación por el Hospital de San Pau (2016) del Servicio de abordaje integral del procedimiento asistencial, mejorado con las tecnologías digitales, de pacientes con desfibriladores automáticos implantados (DAI), incluyendo la resincronización cardíaca. Otros ejemplos en la presentación de R. MEDINA, *El pago por resultados en las compras de salud, ¿Hacia un nuevo estándar?*, en el III Congreso anual del Observatorio de Contratos Públicos (Zaragoza, 2019). [http://www.obcp.es/sites/default/files/2019-11/Taller3\\_Roberto\\_Medina.pdf](http://www.obcp.es/sites/default/files/2019-11/Taller3_Roberto_Medina.pdf).

significado de la doctrina clásica del servicio público<sup>42</sup>. Y lo que importa, reiteramos, no es ahorrar sino conseguir, con los recursos disponibles, la mejor calidad de prestación (opción contemplada, como se ha explicado, en el artículo 67.2 de la Directiva de contratación pública)<sup>43</sup>.

#### **4. PROPUESTAS PARA UN NUEVO Y MODERNO MODELO DE ADQUISICIÓN DE PRESTACIONES EN SALUD ALINEADAS CON LA BUENA ADMINISTRACIÓN**

Hoy se necesita una visión transversal del “mercado público de la salud” que se aleje, como se ha indicado (y reiteramos) de propuestas desproporcionadamente subordinadas a una errónea idea de ahorro económico a ultranza, vinculado al precio más bajo, lo que podría llegar a poner en riesgo notas esenciales de un modelo sanitario público

---

<sup>42</sup> J. ESTEVE PARDO, *La Administración garante. Una aproximación*, en *Revista de Administración Pública*, 197, 2015, 11-39. *Ibidem*, *Estado garante. Idea y realidad*. Innap Investiga, Madrid, 2015. Frente a la óptica prestacional directa prevalece la función ordenadora y reguladora de las instituciones públicas, como bien advirtió el profesor S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, vol. I, Thomson Civitas, 2004, 1172 y ss.

<sup>43</sup> El precio predomina, sin ningún tipo de justificación, sobre los criterios técnicos. Por lo demás, una política desproporcionada basada en solo precio -tenemos numerosos ejemplos-, se suele traducir en sobre costes ya sea como consecuencia del desplazamiento terapéutico o por rotura de stock y desabastecimiento. Y en un modelo ideal y sostenible de compra pública de medicamentos y vacunas, los criterios técnicos de adjudicación deberían primar sobre los económicos, al contrario de lo que ocurre actualmente”. Así lo argumentan N. ZOZAYA GONZÁLEZ, I. CUESTA ESTEVE, A.J. GARCÍA ROJAS, F. MARTINÓN-TORRES, E. REDONDO MARGUÉLLO, S. TAMAMES GÓMEZ, *Análisis de criterios para la adquisición de vacunas en España: en busca de un modelo ideal sostenible*, Vacunas, volumen 20, suplemento 1, octubre 2019, 7-8.

como el español, caracterizado por la universalidad y calidad asistencial<sup>44</sup>. Se confunde el procedimiento con el fin y se imponen “rutinas” sin valorar su impacto efectivo sobre la salud real. Los retos derivados de la gestión de los fondos *next generation* son la oportunidad para migrar del modelo formal del procedimiento a un modelo que ponga el acento en el proyecto y sus resultados.

El contexto sanitario actual obliga a garantizar el equilibrio entre lo público y lo privado y preservar –por supuesto- los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima en inversiones de larga duración, que no son contrarios, sino complementarios, con los de control de la prestación y de adecuada regulación de los servicios públicos, de los que nunca podrá abdicar una Administración sanitaria diligente.

La nueva era de la asistencia sanitaria es una realidad que obliga a replantear nuestro modelo de “compra de salud”, en especial de tecnología sanitaria y de soluciones farmacéuticas<sup>45</sup>. Y para ello se presentan las siguientes PROPUESTAS:

a) La revisión del modelo de compra pública en salud, de la que el paciente es el principal pilar del sistema, resulta necesaria para conseguir una mejor calidad, una rápida respuesta terapéutica, una flexibilidad de soluciones atendiendo al resultado y una fácil incorporación de las innovaciones, especialmente en la gestión pública. En especial, debe promoverse

---

<sup>44</sup> En palabras de W. DEMING hay que “acabar con la práctica de comprar en función del precio más bajo” (dado que el coste de un producto no es su precio de compra, sino su precio de uso) en *Calidad, productividad y competitividad: la salida de la crisis*. Madrid, 1986.

<sup>45</sup> No se puede desconocer la Estrategia Farmacéutica Europea: a) Asegurar el acceso a medicamentos asequibles y abordar necesidades no cubiertas (enfermedades raras, cáncer infantil, resistencias antibióticas, etc. ); b) Mejorar la preparación y respuesta ante las crisis, diversificar y asegurar el suministro de medicamentos y abordar los desabastecimientos; c) Apoyar la competitividad, innovación y sostenibilidad de la IF Europea y el desarrollo de medicamentos seguros, efectivos y más responsables con el entorno; y d) Garantizar soberanía europea en materia de medicamentos.

elementos de sostenibilidad ambiental como aspectos irrenunciables<sup>46</sup>. De ahí el interés de, como ya se ha dicho, utilizar un modelo que ponga en valor, en línea con las Instituciones europeas, la responsabilidad estratégica de la empresa, utilizando para ello los conocidos indicadores ESG, promovidos por Naciones Unidas, que tienen por finalidad valorar inversiones en las que son determinantes los factores ambientales, junto de sostenibilidad social y de gobernanza.

b) El objetivo es conseguir el mayor valor en la prestación sanitaria (que pivota sobre el paciente), en un contexto también de necesidad de sostenibilidad económica. Con este objetivo hay que defender la oportunidad de cambios tanto en la adquisición de servicios y tecnología sanitaria (superando los límites del contrato de suministro) como en la adquisición de medicamentos o de tecnología sanitaria. La normativa sobre adquisición pública (y su concreta aplicación práctica) debe ser un instrumento para impulsar para la transformación y modernización de nuestro sistema sanitario, donde se debe incorporar criterios de calidad e innovación (en clave europea) que propicien una competencia sana en el mercado y aseguren la predictibilidad para garantizar la correcta prestación siempre, insistimos, desde la óptica de mejorar la calidad asistencial y la atención de los pacientes. Lo que aconseja incorporar como elemento de la decisión contractual la “solución asistencial” que comprende el conjunto de prestaciones que se contratan para obtener un resultado o efecto deseado que aporte una mejor respuesta o valor a un reto o necesidad del sistema sanitario, debiendo ese objetivo justificar la conveniencia y coherencia de la contratación conjunta de una pluralidad de prestaciones desde la perspectiva del mejor cumplimiento

---

<sup>46</sup> En el sector salud, la huella climática equivale a un 4,4% de las emisiones globales netas. La mayor parte de las emisiones, un 71 %, corresponde a la cadena de suministro del sector de la salud, es decir de la producción, el transporte, el uso y la disposición de bienes y servicios que el sector consume, tales como productos farmacéuticos y otras sustancias químicas, alimentos y productos agrícolas, dispositivos médicos, equipos hospitalarios e instrumentales. Por ello, en la adquisición de medicamentos y vacunas la reducción de este impacto debe ser un criterio determinante.



c) La compra pública de servicios de tecnología sanitaria y de medicamentos en el marco del Sistema Nacional de Salud debe permitir preservar las notas de sostenibilidad financiera como la equidad del modelo, lo que exige una visión transversal del “mercado público de la salud” que se aleje de propuestas desproporcionadamente subordinadas a una errónea idea de ahorro económico a ultranza, lo que podría llegar a poner en riesgo notas esenciales de un modelo sanitario público como el español, caracterizado por la universalidad y calidad asistencial. El “ahorro” en la compra de servicios y suministros sanitarios debe contribuir a mantener e incluso a ampliar la cobertura, no a erosionar su calidad y sostenibilidad. Por ello, el cálculo del valor estimado del contrato deberá atender al coste real de todas las prestaciones objeto del contrato atendiendo a su plazo y sus posibles prórrogas. En especial, atenderá al número real y actual de pacientes y a una previsión de crecimiento acorde a la realidad del servicio de que se trate cuando haya constancia de ello, previendo, en su caso, el pliego de cláusulas administrativas particulares las modificaciones contractuales necesarias para su adaptación.

d) La compra pública de servicios de tecnología innovadora y suministros de productos relacionados con la salud es una gran oportunidad para mejorar la asistencia sanitaria, ser más eficientes y promover una “nueva cultura, con riesgos compartidos desde lo público con el sector privado. Desde otra perspectiva, revisten especial interés los sistemas dinámicos de adquisición de compras, diseñados desde la óptica de la rentabilidad y la calidad, que pueden proporcionar un elemento de adecuado equilibrio de todos los intereses en juego: flexibilidad, rapidez de respuestas, confidencialidad, calidad de prestación y eficiencia.

e) Conviene “actualizar” los conceptos, en especial en la tipificación de las relaciones contractuales, y avanzar nuevas soluciones. En especial conviene pensar en clave de “rentabilidad”: ¿qué tipo de contrato? ¿suministro, o servicios, o concesión? ¿y por qué no un modelo de *renting* de servicios de salud? ¿Qué plazo? ¿Se puede transferir riesgos o son viables modelos de riesgo compartido que aseguran mayor calidad? Y, por supuesto, se trata de repensar ventajas en la ejecución que reportan calidad o eficiencia o “cierta innovación”.

f) Urge una nueva solución jurídica para adquirir medicamentos o servicios de tecnología sanitaria, ya sea como negocio excluido, ya lo sea como un proceso “singular”, que pivota

sobre el paciente y no sobre la gestión de la organización, para lo que parece adecuado “migrar” del tradicional contrato de suministros a un moderno contrato de servicios digitalizado (con capacidad de “medir”), con pago por resultados y riesgos compartidos y con plazos largos que garanticen predictibilidad (no puede desconocerse la complejidad de producción de ciertos medicamentos y en especial de las vacunas). Un modelo de contrato de servicios centrado en la idea del valor en la salud puede ayudar a una atención que mejore los resultados clínicos (excelencia) al tiempo que reduce los gastos generales (sostenibilidad). En concreto, se propone que, con la finalidad de preservar la mejor relación entre eficiencia y adecuada gestión sanitaria se regule un sistema de provisión de medicamentos donde no se licite, cuando ya exista un precio determinado mediante un procedimiento administrativo en cada país, negociado entre Administración y laboratorio farmacéutico, e incluso en algunos casos acuerdos de riesgo compartido o techo de gasto incorporados al mismo, desarrollando las condiciones de dicha adquisición -que atenderán a criterios de eficacia terapéutica y de eficiencia en la gestión y no al precio-, que se aplicarán a las adquisiciones por la entidades integradas en los sistemas públicos que constituyan poder adjudicador.

g) En todo caso, es claro que los objetivos estratégicos en la contratación pública de medicamentos o servicios de tecnología no deben limitarse a estimular la competencia para conseguir mejores precios en el medio y largo plazo, sino que es preciso asegurar el suministro, tener la preparación necesaria para afrontar crisis e incorporar criterios ambientales a la fabricación y distribución de medicamentos. Esta “relectura” exige un cambio de mentalidad de los distintos actores implicados para abandonar la práctica del precio más bajo como factor determinante para la selección de un único proveedor y avanzar hacia un modelo multi-criterio, apoyado en el valor, y multi-adjudicatario (opción que se postula en el citado informe sobre *Best Practices in Public Procurement of Medicines*), donde la decisión final se debe compartir entre el gestor público y el médico prescriptor con la mirada final en el paciente y su mejora atención<sup>47</sup>. Tras las lecciones aprendidas en la

---

<sup>47</sup> Los autores principales pertenecen a un instituto de investigación austriaco, presidido por el ministro de sanidad de ese país, el «Gesundheit Österreich Beratung GmbH». Por tanto, es un informe encargado por la Comisión

pandemia, debemos habilitar mecanismos (e interpretaciones) que posibiliten una adquisición pública “inteligente” en el ámbito de las prestaciones sanitarias para obtener más valor (en clave asistencial), preservando la sostenibilidad financiera del sistema. Y en la interpretación del marco normativo -también de sus principios- hay que estar, además de a las palabras, a la interpretación sistemática y teleológica (art. 3 Código Civil), evitando rígidas interpretaciones formales que pongan en riesgo la correcta ejecución de la prestación (máxime cuando está en riesgo el derecho a la salud). Por ello, la opción multi-adjudicatario permite, sin quebrar ni el principio de competencia ni de selección de la mejor oferta,

---

Europea a expertos del sector público, aunque hayan contando con colaboración de una consultora privada en su elaboración. Este estudio tiene por objeto las prácticas de licitación pública de adquisiciones de medicamentos en los países de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo, tanto en su realidad actual como en cuanto a sus posibilidades de mejora. Aunque no parece haber participado ningún experto español, las conclusiones son extrapolables.

El panorama descrito en el informe se caracteriza por ser manifiestamente mejorable: una mayoría de las adquisiciones de medicamentos se hace todavía basándose única o fundamentalmente en el precio (en torno al 70 por ciento), mediante procedimientos abiertos (más del 95 por ciento) en los que, por tanto, no se filtra previamente a los potenciales proveedores en función de su solvencia (la garantía de la calidad de los procesos de fabricación debería ser un elemento esencial de la compra de medicamentos). Aproximadamente una cuarta parte de las compras se hacen a través de acuerdos marco. La compra se hace principal y mayoritariamente por cada hospital o establecimiento, aunque también se examinan experiencias de compra centralizada, nacionales e incluso internacionales, fundamentalmente aplicadas a compras de vacunas o medicamentos destinados a campañas nacionales. En el estudio se constata que las compras centralizadas requieren un esfuerzo intensivo, fundamentalmente basado en medios humanos especializados, aunque también que produce excelentes resultados.

Las recomendaciones, como ha explicado G. GARCIA-ALVAREZ GARCIA (*Compra pública de medicamentos: regulación, realidad y alternativas*, Diario La Ley, ISSN 1989-6913, 10172, 2022), son, en realidad, bastante evidentes. Podría resumirse en que es preciso reorientar la compra pública de medicamentos, incorporando elementos de compra estratégica. La mejora del mercado farmacéutico que puede conseguirse por esa vía redundará en una mejora general de las posibilidades de atención médica e incluso en unos mejores precios de los medicamentos a medio y largo plazo.

---

disponer de una respuesta adecuada ante diferentes contingencias, funcionando como un modelo equivalente al de lotes.

En definitiva, en un sector tan complejo como el de la salud y el de la provisión de soluciones farmacéuticas eficaces, donde no existen enfermedades sino enfermos, y donde existen elementos de incertidumbre como las posibles rupturas de stock, la previsión referida de varios adjudicatarios debe ser la regla general, al margen del procedimiento o de la técnica de racionalización técnica que se utilice.

## **5. REFLEXIONES PROPOSITIVAS A MODO DE CONCLUSIONES**

La Unión Europea está preconizando una política industrial que asegure que el sector farmacéutico proporcione un suministro seguro, financieramente asumible y de calidad al sector sanitario europeo. Para conseguir ese objetivo es necesario revisar nuestro modelo de contratación en el ámbito de la salud y superar la inercia del “siempre se ha hecho así” y avanzar hacia una gestión diseñada desde la estrategia y no desde la burocracia<sup>48</sup>. Hay que dirigirse hacia una compra pública “inteligente” en el ámbito de las prestaciones sanitarias para obtener más valor y mejor sostenibilidad financiera del sistema.

---

<sup>48</sup> Se trata de evitar, como aconsejan las instituciones europeas, la sobrerregulación: avanzar en simplificación efectiva. “La Comisión debe introducir directrices detalladas sobre simplificación a fin de informar a los Estados miembros y a sus regiones acerca de su cometido de eliminar, o al menos de reducir significativamente, la carga administrativa y la sobrerregulación que se observan, a escala nacional y local, en los procesos de contratación pública, [...] intentando evitar cambios frecuentes en las normas, simplificar el lenguaje y uniformizar los procedimientos”, como se dice en la *Resolución del Parlamento Europeo de 26 de noviembre de 2015 [2015/2772 (RSP)]*. Vid. J. TEJEDOR BIELSA, *La contratación pública en España ¿sobrerregulación o estrategia?*, Civitas, Cizur Menor, 2018.

En la (re)construcción del nuevo modelo deben superarse apriorismos ideológicos que contraponen lo público y lo privado como formas de gestión incompatibles<sup>49</sup>. El interés público se puede satisfacer, como ya se ha explicado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la iniciativa privada. Esto plantea nuevos retos para la gestión de la contratación pública, utilizada como principal herramienta para la ejecución de las políticas públicas, lo que aconseja una reflexión sobre las formas de gestión de los servicios públicos y actividades de interés general y su encuadre en la lógica del Estado de bienestar. No se trata de “privatizar” la salud como derecho subjetivo de los ciudadanos, sino de mejorar la calidad “sumando” a la empresa privada, lo que permite alinear el valor tanto en interés del socio privado como del sistema sanitario y “caminar más lejos todos juntos”.

Como ya se ha señalado, la incorporación de la estrategia a la contratación pública es algo asumido en nuestra legislación de contratos europea y nacional. En ciertos sectores se han asumido estos elementos estratégicos como meros mecanismos para evitar el «dumping» social o ambiental que empresas situadas en países en vías de desarrollo hacen a las empresas europeas, también en el ámbito de la contratación pública. Sin embargo, en el ámbito de los medicamentos es evidente que la «estrategia» tiene que ir mucho más allá. En este sentido, es preciso tener en cuenta lo establecido en la Comunicación de la Comisión «Pharmaceutical Strategy for Europe» COM(2020) 761 final. Brussels, 25.11.2020 (énfasis añadido):

*«La estrategia farmacéutica para Europa se asentará sobre estas bases. Fomentará el acceso de los pacientes a medicamentos innovadores y asequibles, apoyará la competitividad y la capacidad de innovación de la industria farmacéutica de la UE, desarrollará la autonomía estratégica abierta de la UE y garantizará unas cadenas de*

---

<sup>49</sup> Me remito a mi trabajo *La colaboración público-privada en un contexto de moderna gobernanza económica al servicio de la ciudadanía*, en *Revista General de Derecho Administrativo*, 65, 2024.

*suministro sólidas para que Europa pueda cubrir sus necesidades, incluso en tiempos de crisis».*

Es decir, se está preconizando una política industrial que asegure que el sector farmacéutico -más bien, todo el sector salud- proporcione un suministro seguro y de calidad al sector sanitario europeo. Ciertamente, la preocupación medioambiental también es un elemento relevante en la Estrategia Farmacéutica para Europa, aunque aquí estamos hablando más de contaminación –protección de la salud humana y la biodiversidad– que de lucha contra el cambio climático:

*«La estrategia es también complementaria al Pacto Verde Europeo y, en específico, al objetivo cero en materia de contaminación para un entorno sin sustancias tóxicas, principalmente a través del impacto de las sustancias farmacéuticas en el medio ambiente».*

Una contratación pública estratégica y proactiva y no meramente reactiva, que ponga en valor la calidad de la prestación en clave de la mejor solución asistencial<sup>50</sup>. La normativa europea posibilita ya esta nueva “lectura” innovadora de cómo adquirir medicamentos y vacunas, ya sea como negocio excluido, ya lo sea como un proceso –que pivota sobre el paciente (y no sobre la gestión de la organización)– migrando del contrato de suministros a un moderno contrato de servicios digitalizado (con capacidad de “medir”), con pago por resultados y riesgos compartidos y con plazos largos que garanticen predictibilidad (no puede desconocerse la complejidad de producción de ciertos medicamentos y en especial de las vacunas)<sup>51</sup>. Esta “relectura” exige un cambio de mentalidad de los distintos actores

---

<sup>50</sup> En extenso, J.M. GIMENO FELIU, *Retos y desafíos de la compra pública de salud en el siglo xxi: a propósito de la adquisición de medicamentos (y vacunas) y la necesidad de actualizar la solución jurídica*, Congreso internacional: el desafío de la recuperación y el papel de la contratación pública (Dir.), Aranzadi, 2022, 35-70.

<sup>51</sup> La experiencia práctica nos ha permitido constatar que los sistemas de pago o reembolso de los proveedores sanitarios que descansan en el modelo de pago por actividad o pago por capitación presentan no pocas limitaciones e incluso distorsiones, pues ofrecen algunos “incentivos perversos” que pueden repercutir de forma negativa en la calidad o en la eficiencia de la protección de la salud pública y de la asistencia sanitaria. Para el caso de las vacunas,

implicados para abandonar la práctica del precio más bajo como factor determinante para la selección de un único proveedor y avanzar hacia un modelo multi-criterio, apoyado en el valor, y multi-adjudicatario, donde la decisión final se debe compartir entre el gestor público y el médico prescriptor, con la mirada final en el paciente y su mejor atención.

La salud, como comentábamos al principio, no tiene precio, es cierto, pero debemos cambiar ciertas rutinas e inercias para repensar nuevas formas de gestión de la sanidad que, desde una perspectiva holística centrada en el paciente como principal actor, permitan avanzar hacia modelos más eficientes, equitativos y con dinámica transformadora. Y el ámbito de la salud es una oportunidad para avanzar al cambio: del precio al valor, de la concepción como gasto a la de inversión, de la desconfianza al triple *win*: ente contratante, empresa contratista proveedora de soluciones y el ciudadano en ocasiones paciente) al que se dirige la prestación. Una oportunidad para un nuevo modelo de gestión que facilite avanzar del suministro al proceso, del procedimiento al proyecto (solución) con resultados. Anticipación, cooperación y colaboración, simplificación y agilidad como nuevos referentes, para consolidar los desafíos de una eficaz política de compra pública y salud.

Una nueva cultura de la adquisición pública de “prestaciones” en el ámbito de la salud como inversión y no como gasto (sirva de ejemplo la adquisición de vacunas COVID<sup>52</sup>). Como herramienta al servicio de políticas públicas y no como un fin en si mismo<sup>53</sup>. Una

---

por ejemplo, N. ZOZAYA GONZÁLEZ, B. ALCALÁ REVILLA, P. ARRAZOLA MARTÍNEZ, J. R. CHÁVARRI BRAVO, I. CUESTA ESTEVE, A. J. GARCÍA ROJAS, F. MARTIMÓN-TORRES, E. REDONDO MARGÜELLO, A. RIVERO CUADRADO, S. TAMAMES GÓMEZ, J. VILLASECA CARMENA y A. HIDALGO-VEGA, *Pathway towards an ideal and sustainable framework agreement for the public procurement of vaccines in Spain: a multi-criteria decision analysis*, *Human Vaccines & Immunotherapeutics*, 2020, 1-12.

<sup>52</sup> Vid. J.M. GIMENO FELIU, *La adquisición masiva de vacunas*, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 93-94, 2021, 80-88.

<sup>53</sup> Políticas públicas orientadas hacia los objetivos de desarrollo sostenible contenidos en la Agenda 2030 de Naciones Unidas para el desarrollo sostenible, se presenta, ante todo, como un nuevo contrato social global y local que obliga a todos los actores sociales y a todas las Administraciones públicas a trabajar de forma coordinada. *Vid.*

contratación pública de salud que articule de forma armónica los denominados círculos de excelencia: excelencia de servicios (pensar primero en las personas), excelencia de procesos (hacer lo que toca sin burocracia indebida) y excelencia técnica (tener talento y conocimiento). Y esa es la verdadera cuestión de fondo para la que, seguramente, convendría una solución a escala europea<sup>54</sup>.

Por ello resulta necesario un nuevo, moderno e inteligente modelo de compra pública en salud, en el que el paciente es el principal pilar del sistema. Solo así se puede conseguir una mejor calidad, una rápida respuesta terapéutica, una flexibilidad de soluciones atendiendo al resultado y una fácil incorporación de las innovaciones. El objetivo, inherente al contenido esencial del derecho a una buena administración, es conseguir la mayor eficacia sanitaria en equilibrio con la capacidad de sostenibilidad económica de cada modelo sanitario. Con este objetivo hay que defender la oportunidad de cambios tanto en la adquisición de servicios y tecnología sanitaria, superando los límites del contrato de suministro, como en la adquisición de medicamentos y vacunas. Estos dos ámbitos son el principal caballo de batalla para avanzar en una nueva cultura de compra pública en los

---

J.M. GIMENO FELIU, *La agenda de Naciones Unidas entorno a los objetivos de desarrollo sostenible y contratación pública. De las ideas a la acción*, en libro colectivo dirigido por J. ESTEVE PARDO, *Agenda 2030. Implicaciones y retos para las administraciones locales*, Serie Claves del Gobierno Local 32, Fundación y Democracia Gobierno Local, Madrid, 2021, 67-100. Los objetivos de desarrollo sostenible tienen, más allá de su marcado carácter didáctico, una clara incidencia en cómo los poderes adjudicadores deben diseñar la arquitectura de su contratación pública. Así, la Unión Europea ha decidido incluir los Objetivos de Desarrollo Sostenible en las políticas e iniciativas de la UE a todos los niveles, con el desarrollo sostenible como principio rector esencial de todas las políticas de la Comisión Europea.

<sup>54</sup> Quizá el próximo paquete legislativo europeo en la materia de contratos públicos (quinto) tenga que prestar especial atención a esta cuestión por su dimensión económica y social, donde la coordinación/armonización a nivel europeo se vislumbra como muy necesaria en el ámbito de la salud y de la adquisición de productos y servicios sanitarios.



ámbitos de la salud que atienda al concepto de valor y fije la atención en el mejor servicio al paciente.

La compra pública de salud debe permitir preservar las notas de sostenibilidad financiera como la equidad del modelo, lo que exige una visión transversal del “mercado público de la salud y de la adquisición de medicamentos” que se aleje de propuestas que descansan en el precio más bajo, lo que podría llegar a poner en riesgo notas esenciales de un modelo sanitario público como el español, caracterizado por la universalidad y calidad asistencial<sup>55</sup>. El ahorro en la compra de servicios y suministros sanitarios, insistimos, debe contribuir a mantener e incluso a ampliar la cobertura, no a erosionar su calidad y sostenibilidad.

En definitiva, las reflexiones propuestas pretenden facilitar soluciones (también una nueva visión menos burocrática y menos economicista) que permitan un adecuado equilibrio no sólo entre todos los intereses públicos con presencia inmediata en el ámbito de la compra pública de servicios de tecnología innovadora (y de terapias), sino también de intereses privados como colaboradores en la prestación del interés general, cuya colaboración es imprescindible si el fin es preservar la mejor calidad de la prestación sanitaria, compatible con la sostenibilidad financiera del sistema sanitario público en España y en los países de Europa.

---

<sup>55</sup> Desde la perspectiva del Derecho comunitario, el precio *per se* no es un elemento esencial del contrato público, aunque sí lo es el carácter oneroso de la prestación. El precio incluso podría no existir, como se admite en el artículo 67.2 de la Directiva de contratación pública de 2014. En consecuencia, en mercados regulados en los que hay una previa fijación administrativa (como sucede en España con la fijación administrativa, tras negociación, del precio de financiación para el conjunto del Sistema Nacional de Salud, podría incluso ser sustituido en las licitaciones por el concepto de rentabilidad o relación calidad-precio y decidir la adjudicación de las adquisiciones de medicamentos únicamente con base en otros criterios, como plazos de entrega, garantías de calidad, seguimiento de los resultados u otros.

**Abstract.** *Se analiza la necesidad de revisar un modelo compra pública en salud que atiende al resultado (paciente) y que promueva modelos de adquisición y colaboración pública-privada más eficientes y transparentes, diseñados desde la perspectiva de inversión y no de gasto.*

--

*This paper analyses the need to revise a public procurement model in health that focuses on the outcome (patient) and promotes more efficient and transparent public-private procurement and collaboration models, designed from the perspective of investment rather than expenditure.*