
LAS FORMAS DE GESTIÓN DE LA SANIDAD PÚBLICA EN ESPAÑA

Iñigo Cortázar Neira.

Jefe de Sección Jurídica en la Secretaría General de la Consejería de Agricultura

Finalización del trabajo: 30 de junio de 2014

Índice

1. INTRODUCCIÓN
2. LA SITUACIÓN PREVIA A LA REFORMA: LA LEY GENERAL DE SANIDAD Y EL INFORME ABRIL
3. LA REFORMA DE LA GESTIÓN DIRECTA: LA LEY 15/1997, EL ARTÍCULO 111 DE LA LEY 50/1998 Y EL REAL DECRETO 29/2000
4. LA GESTIÓN INDIRECTA EN EL ÁMBITO SANITARIO: CONCIERTOS, CONVENIOS Y CONCESIONES
5. LA GESTIÓN AUTONÓMICA DE LA ATENCIÓN SANITARIA: EXPERIENCIAS RELEVANTES Y RASGOS COMUNES
6. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

“De todos los empeños que se han esforzado en cumplir los poderes públicos desde la emergencia misma de la Administración contemporánea, tal vez no haya ninguno tan reiteradamente ensayado ni con tanta contumacia frustrado como la reforma de la sanidad”

(Preámbulo de la Exposición de Motivos de la Ley General de Sanidad)

El encabezado de esta introducción es muy ilustrativo de la actuación histórica de las Administraciones Públicas en relación a la gestión de la sanidad. Es este un ámbito que consume una ingente cantidad de recursos tanto materiales (en torno al 40% de los presupuestos públicos van destinados a este apartado en nuestro país) como humanos, y que ocupa un lugar central en las agendas públicas.

Esta importancia ha ido incrementándose progresivamente a nivel global desde el final de la Segunda Guerra Mundial, con el triunfo de la concepción keynesiana de la actuación estatal y la imposición del Estado de Bienestar, que daba un paso más allá del Estado Liberal clásico al preocuparse, no sólo de los derechos fundamentales y las libertades políticas, sino también de la esfera social y económica, resultando en el Estado Social, cuyos tres pilares son la educación, el sistema de pensiones y, precisamente, la sanidad.

En nuestro país, esta mayor preocupación por la sanidad en general, y por la asistencia sanitaria en particular, se tradujo aún en la época del franquismo en la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963, enfocada a superar las dificultades en la gestión de la multiplicidad de mutuas y seguros sociales surgidos en la primera mitad del siglo XX.

Un hito fundamental en este camino lo supuso la consagración de España como Estado Social (y Democrático de Derecho), con la consiguiente constitucionalización de, entre otros, el derecho a la protección de la salud (art. 43 de la Constitución –CE-) y del sistema público de seguridad social (art. 41), como principios rectores de la política social y económica que deben informar la actuación de los poderes públicos, así como la práctica legislativa y judicial.

Paradójicamente, y como muestra de que el ordenamiento jurídico va a remolque en numerosas ocasiones de la realidad socio-económica, el esfuerzo legislativo en España de articulación de un sistema público de salud (cuyo principal exponente es la Ley 14/1986, General de Sanidad -LGS-) coincidió en el

tiempo con el cuestionamiento del sustrato ideológico en el que se fundamentaba: el modelo keynesiano de Estado del Bienestar.

Esta puesta en cuestión, liderada por el pensamiento neoliberal articulado en torno a la Escuela de Chicago, fue articulada políticamente por los gobiernos conservadores de los países anglosajones en los años 80 del pasado siglo y motivó un cambio de paradigma: del Gobierno como solución se pasó al Gobierno como problema. En este contexto, las políticas de paulatino desmantelamiento del Estado Social se comenzaron a abrir paso con la privatización de servicios públicos como muestra más significativa.

Es evidente que la sanidad pública, con las necesidades de financiación que lleva aparejada, no iba a resultar ajena a esta nueva manera de gestión pública que se iba abriendo camino, y dentro del proceso de reflexión acerca de cómo adecuar la misma a los nuevos estándares, las formas de gestión ocupan un lugar central.

Constituye, de este modo, el objeto principal de este trabajo un somero estudio de las formas de gestión que se han ido ensayando en el Sistema Nacional de Salud (SNS) Podemos hablar de nuevas formas porque tienen una vida relativamente corta, apenas 11 años desde la regulación de las mismas en el Real Decreto 29/2000, sobre nuevas formas de gestión del INSALUD, si bien autonomías como Cataluña o Andalucía (que tenían en aquel momento las competencias de sanidad transferidas) habían legislado en ese sentido, pero la relevancia del citado Real Decreto, que desarrolla la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, hito fundamental en este proceso, radica en que posibilitó la generalización de las mismas.

Conviene matizar asimismo que se van a analizar las formas de gestión de la sanidad pública. Y es que, a pesar del carácter de servicio público de la atención sanitaria, no es un ámbito vedado a la iniciativa privada, y en él actúan entidades

privadas en el marco de la libertad de empresa consagrado en el artículo 38 de la CE. Pero la actuación de las mismas sólo va a interesar a los efectos del presente estudio en la medida en que colaboran con la Administración Pública para la prestación del servicio público sanitario a través de los diferentes sistemas de gestión indirecta.

2. LA SITUACIÓN PREVIA A LA REFORMA: LA LEY GENERAL DE SANIDAD Y EL INFORME ABRIL

2.1 La sanidad en la Constitución

La historia de la asistencia sanitaria española se ha caracterizado en el siglo pasado por un proceso progresivo de publicación e integración. La Constitución jugó un papel fundamental en el mismo al ocuparse de la sanidad tanto en su parte dogmática (arts. 41, 46 y 49), como en la organizativa (arts. 148.1.21 y 149.1, 16 y 17).

El precepto más relevante es el 43⁷², que reconoce el derecho a la protección de la salud, y que está configurado como un principio rector de la política social y económica. En él se contienen una serie de mandatos dirigidos a los poderes públicos para que hagan efectivas las prestaciones que se definen como contenidos del Estado Social y a las que los ciudadanos tendrán derecho a acceder en los términos que establezca la legislación positiva⁷³. De ahí que, aunque el citado artículo no configure un derecho subjetivo constitucional, de él

⁷² El artículo 43 de la CE dispone lo siguiente:

“1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.”

⁷³ En los términos del artículo 53.3 de la CE

resulta “*el derecho a que se establezcan derechos*”⁷⁴, que sí serán verdaderos derechos subjetivos conforme a la legislación que los regule. Son, de este modo, derechos de configuración legal.

Queda reflejado, de este modo, la importancia de la salud en el texto constitucional, ya que, aunque el constituyente no esté creando ni atribuyendo directamente un derecho individual, se refiere a la salud como un derecho y remite expresamente al legislador ordinario el establecimiento de los derechos y los deberes de todos al respecto.

Entre estos derechos, el más relevante es, sin duda, el derecho a la asistencia sanitaria, para cuya consecución los poderes públicos deben articular los centros, establecimientos y servicios pertinentes. La CE, aunque prejuzga la organización de un servicio público en sentido amplio, no determina necesariamente que su prestación se haya de realizar en régimen de monopolio, sin prever la forma de organización. De este modo, la gestión de los centros y establecimientos sanitarios no es contemplada en ningún sentido por la CE y se puede decir que “*el Servicio Nacional de Salud, público y de gestión oficial, no es una consecuencia ni obligada ni natural del precepto contenido en el artículo 43.2 de la Constitución*”⁷⁵

2.2 La Ley General de Sanidad

La LGS, que desarrolla el art. 43 CE en el ámbito de los derechos a la protección de la salud y a la asistencia sanitaria⁷⁶, tampoco establece de manera

⁷⁴ FERNÁNDEZ PASTRANA, JOSE M^º: “*El servicio público de la Sanidad: el marco constitucional*” Madrid, Cuadernos Civitas, 1984, p. 62

⁷⁵ En la reseña de BORRAJO DACRUZ, EFRÉN, al artículo 43 de la CE en los “*Comentarios a la Constitución Española de 1978*” dirigidos por ALZAGA VILLAAMIL, OSCAR. Madrid. Edersa. 1997

⁷⁶ Ver en este sentido la explicación del esfuerzo de la LGS en la explicación del derecho a la protección de la salud y la insuficiente distinción con respecto al de la asistencia sanitaria en el

expresa un modelo de gestión de los servicios sanitarios, en buena medida debido a que, conforme a lo establecido constitucionalmente, redistribuye las competencias sanitarias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, desplazando el centro del sistema a estas últimas, quedando reducido el Estado a la dirección en los aspectos considerados básicos y a la coordinación. Por lo tanto, una ley estatal no podría, en principio, no podría predeterminar el modelo y las formas de gestión que, de una forma mayoritaria, van a ser responsabilidad de los poderes autonómicos⁷⁷.

No obstante lo anteriormente expuesto, el criterio de la LGS parece ser que en los centros públicos las prestaciones sanitarias son objeto de gestión directa, mientras que la colaboración de los centros privados se instrumenta a través de los convenios de vinculación y los conciertos.

Esta opción implícita de la LGS por la gestión directa aparece recogida en la Exposición de Motivos de la Ley 15/1997, en donde se recoge que *“La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, incorporó al ámbito del Sistema Nacional de Salud, un modelo de organización de los centros y servicios caracterizado, fundamentalmente, por la gestión directa, tradicional en las instituciones sanitarias de la Seguridad Social”*

Esta apuesta por la prestación de los servicios sanitarios de forma directa obedece a razones históricas (asunción por la Seguridad Social de la prestación directa mediante la creación de una red propia), ideológicas (el rechazo a hacer dinero con la salud) y derivadas del carácter de obligación de medios de las prestaciones sanitarias.⁷⁸

prólogo de MENENDEZ REXACH, ANGEL a la obra de DOMÍNGUEZ MARTÍN, MÓNICA: *“Las formas de gestión de la sanidad pública en España”* Madrid, Ed. La Ley, 2006 (p. 24)

⁷⁷ Aunque posteriormente esta predeterminación sí que se produjo, en cierto modo, con la Ley 15/1997, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud.

⁷⁸ VILLAR ROJAS, F. *“La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales”* en *RAP*, nº 172, 2007, págs. 150-155, citado por FUENTETAJA PASTOR, J.A en *“La*

También se puede inferir esta elección legislativa de la configuración de las Áreas de Salud que efectúa la LGS como *“las estructuras fundamentales del sistema sanitario”*⁷⁹, al elegir como pieza fundamental de la organización a un órgano desconcentrado y especializado, pero sin personalidad jurídica diferenciada. Es decir, que entre todas las posibilidades organizativas, la LGS optó por una caracterizada por la gestión directa de los servicios de salud llevada a cabo sin entes instrumentales intermedios con personalidad jurídica.

De hecho, hay posturas que incluso consideran que la LGS va más allá, al considerar que ésta opta por un modelo caracterizado por *“la gestión directa de los servicios de salud llevada a cabo sin entes instrumentales intermedios dotados de personalidad jurídica”*⁸⁰

Otros autores en esta línea, mantienen que la LGS *“no deja de instaurar un modelo sólidamente asentado sobre la noción estricta u orgánica de servicio público, la tradicional en nuestro ordenamiento jurídico [...] un modelo inspirado en los principios de universalidad e integridad y configurado como un sistema nacional de salud.”*⁸¹ Esta corriente doctrinal está avalada por la práctica legislativa, ya que hasta la ley de habilitación de 1997 la gestión directa tradicional (sin entes intermedios) fue, en efecto, la forma de gestión.

intervención de la Administración en la sanidad”, en la obra colectiva coordinada por LINDE PANIAGUA, ENRIQUE *“Parte especial del Derecho Administrativo: La intervención de la Administración en la sociedad”* Madrid, Colex, 2007

⁷⁹ Art. 56.2 LGS

⁸⁰ SANCHEZ CARO, JAVIER : *“Régimen jurídico de las nuevas formas de gestión en la sanidad española (La perspectiva del Instituto Nacional de la Salud)”* en la obra colectiva *“La organización de los servicios públicos sanitarios”* coordinada por L.PAREJO, F.LOBO y M.VAQUER, Madrid, Marcial Pons, 2000, pág. 145

⁸¹ VAQUER CABALLERÍA, MARCOS: *“Las nuevas formas de organización instrumental de la Administración sanitaria”* en la revista *“Boletín Aranzadi Administrativo 2/1999”* Pamplona, Ed. Aranzadi. 1999. pp 1-2

De lo anteriormente expuesto, resulta de este modo evidente que, aunque fuese de manera implícita, la LGS consagró en todo el SNS (que ella misma creó y configuró inicialmente como el conjunto de los servicios de salud autonómicos y estatal) un modelo de gestión directa a través de pautas y grandes líneas, al no poder ir más allá de acuerdo al reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Los ejemplos más claros los encontramos en artículos como el 45 que señala que el SNS integra todas las funciones y prestaciones sanitarias responsabilidad de los poderes públicos o el 46, que señala las características fundamentales del SNS, entre las que se encuentra la integración de todos los recursos públicos en un único dispositivo. Es decir, que se rigen por los principios de universalidad e integración, que conectan dificultosamente con una hipotética intención del legislador de dejar una puerta abierta a nuevas formas de gestión directa que redundarían en un mayor particularismo.

No obstante, la LGS no excluye la participación privada a través de la gestión indirecta, al admitir la vinculación de los hospitales generales de carácter privado mediante convenios singulares y conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos, como ya veremos más adelante.

En cuanto al régimen jurídico y la autonomía de los centros hospitalarios, la LGS no dispuso ningún precepto, pero sí lo hizo el Real Decreto 521/1987 que aprueba el Reglamento sobre estructura, organización y funcionamiento de los hospitales gestionados por el INSALUD. Su artículo 4 dispone que *“se instrumentarán las fórmulas administrativas precisas tendentes a proporcionar al hospital la mayor autonomía en la gestión y utilización de los recursos”*, pero sin dotarlos de personalidad jurídica. Así pues, las instituciones sanitarias entran en la clasificación de *“establecimiento público”*⁸², entendido como una unidad orgánica, con o sin personalidad jurídica, dotada de medios materiales, personales y técnicos para la realización de una actividad prestacional a favor de los

⁸² VILLAR ROJAS, FRANCISCO JOSÉ: *“Responsabilidad en la gestión directa. Especial referencia a las nuevas formas de gestión: fundaciones”*, pág. 2

particulares en cumplimiento de un fin público determinado, que cuenta con un cierto grado de autonomía de gestión frente a la autoridad competente en razón al carácter técnico y material de su actividad.

Una de las líneas maestras de la reforma será, precisamente, la atribución de personalidad jurídica a estos establecimientos para avanzar en una mayor autonomía de gestión.

2.3 El informe Abril

La evolución legislativa española iba a contracorriente de las nuevas corrientes ideológicas en la gestión pública y experimentó en las últimas décadas del siglo XX una evidente inflexión, que suele explicarse como una manifestación de la crisis del Estado del bienestar, crisis que es sobre todo financiera, pero también de racionalidad y legitimación.

Desde entonces varios son los sistemas comparados que se han cuestionado los principios sobre los que se asentaban los sistemas sanitarios, proponiendo la sustitución de la concentración de funciones hasta ahora acumuladas en la Administración Sanitaria por la separación entre autoridad y asistencia sanitaria y por la diferenciación entre la financiación, la compra, y la prestación de los servicios sanitarios, con el objeto último de crear una cierta competencia en dicha prestación. De este modo, la competencia “planificada” se convierte en la verdadera idea clave de estas nuevas tendencias de reforma, y en torno a la misma se sitúan los principales paradigmas organizativos de la reforma: la descentralización y mayor autonomía de gestión de las organizaciones asistenciales y la flexibilización de dicha gestión mediante el recurso a formas empresariales o de Derecho privado.

En España, hubo que esperar hasta 1991, fecha en la que se publicó el conocido como Informe Abril⁸³. Dicho Informe defendió *“la introducción progresiva de la separación entre las competencias de financiación y compra de servicios sanitarios y las funciones de gestión y provisión”*, funciones estas para las que debiera promoverse por los compradores de los servicios una cierta competencia entre las unidades de provisión de los servicios (hospitales, centros de salud...)

Además de esta clara apuesta por la separación de funciones, en contraposición con el principio de integración de la LGS, el Informe Abril es demoledor con el Derecho público al afirmar que el mismo *“podría servir eventualmente para las funciones de financiación y compra, pero de ninguna manera puede adecuarse a la gestión, que precisa de una organización de carácter más empresarial”* Nos encontramos, de esta forma, ante una verdadera enmienda a la totalidad de las formas de gestión tradicionales experimentadas en nuestro ordenamiento jurídico.

Ahondando en esta línea, el Informe continúa afirmando que *“el Sistema Nacional de Salud está orientado básicamente al cumplimiento de los procedimientos formales de la función pública, antes que al logro de altos resultados”*

En cuanto al régimen jurídico, el Informe propone modificaciones introduciendo la distinción entre la estructura y la función del servicio público. De este modo *“el carácter de servicio público no está determinado por la forma*

⁸³Nos referimos al informe elaborado por la “Comisión de expertos para el estudio del Sistema Nacional de Salud y las tendencias de su entorno en el momento actual y cara al futuro”, que fue creada por iniciativa del Grupo Parlamentario CDS (25 de enero de 1990). Posteriormente, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en ejecución del acuerdo adoptado por el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión de 13 de febrero de 1990 (*Diario de Sesiones*, nº 4), con motivo del debate de la Proposición correspondiente, acordó crear la mencionada Comisión, que rindió su informe en julio de 1991.

jurídica en que se organiza, sino básicamente por la naturaleza de la función, por el origen público de los recursos que la financia y, en el caso concreto del Sistema Nacional de Salud, por la igualdad de todos los ciudadanos en el acceso a la asistencia...La Comisión entiende que el Sistema Nacional de Salud debe adoptar, por tanto, las formas jurídicas más adecuadas que promuevan dicha responsabilidad, la definan de modo concreto y la cultiven como virtud social”

Y la conclusión final afirma que *“los hospitales y otros centros de servicios sanitarios podrían transformarse en sociedades estatales que, en su funcionamiento, quedarían sometidos al Derecho privado”*

Este Informe Abril no tuvo una aplicación inmediata, de hecho fue largamente criticado con similares argumentos a los empleados para referirse a la habilitación establecida por la Ley 15/1997, basados fundamentalmente en una supuesta intención de privatizar la sanidad. La oposición con la que contó, unida al cambio de titular del Ministerio de Sanidad en aquel momento originó que hubiese que esperar 5 años y un cambio de signo del Gobierno de la Nación para que las conclusiones del Informe fueran tenidas en cuenta para un intento de reforma del SNS.

Este intento se tradujo en el Real Decreto-Ley 10/1996, de habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD, que vino a establecer que la administración de los centros sanitarios pudiera llevarse a cabo mediante cualesquiera entidades admitidas en Derecho, así como a través de la constitución de consorcios, fundaciones u otros entes dotados de personalidad jurídica, pudiéndose establecer, además, acuerdos o convenios con personas o entidades públicas o privadas, y fórmulas de gestión integrada o compartida, generalizando las previsiones contenidas en diversas leyes dictadas por las Comunidades Autónomas con competencia en la materia.

La entrada en vigor del citado Real Decreto-ley 10/1996 permitió al Instituto Nacional de la Salud la puesta en marcha de algunas iniciativas en materia de gestión y, en concreto, la constitución de fundaciones de naturaleza o titularidad pública para la gestión de nuevos hospitales.

Dicho Real Decreto – Ley fue tramitado como proyecto de ley y trajo como resultado la aprobación de la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, que pasamos a analizar a continuación.

3. LA REFORMA DE LA GESTIÓN DIRECTA: LA LEY 15/1997, EL ARTÍCULO 111 DE LA LEY 50/1998 Y EL REAL DECRETO 29/2000

3.1 La Ley 15/1997, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud

Esta Ley 15/1997 supuso un enorme cambio en el modelo organizativo de la sanidad pública, volcado como hemos visto en la gestión directa sin entes intermedios en consonancia con el espíritu de la LGS. Este cambio, a pesar de esa disonancia con la LGS, no se produjo a través de una reforma directa de ésta, sino mediante una reforma colateral con la aprobación de esta Ley 15/1997.

El texto sólo tiene un artículo, que dispone lo siguiente:

“Artículo único

- 1. En el ámbito del Sistema Nacional de Salud, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público, la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o socio-sanitaria podrá llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de la constitución*

de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho.

2. *La prestación y la gestión de los servicios sanitarios y socio-sanitarios podrá llevarse a cabo, además de con medios propios, mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas, en los términos previstos en la Ley General de Sanidad”*

En primer lugar, debemos matizar que el punto 2 del artículo, referido a la gestión indirecta, no supone novedad alguna en el ordenamiento sanitaria porque los acuerdos, convenios y conciertos ya estaban previstos en la LGS (tal y como, por otra parte, recoge el propio articulado) Pero sí que conviene apuntar la confusión terminológica que en el artículo 1.1 se produce cuando se establece que la gestión de los centros sanitarios podrá efectuarse *“directa o indirectamente a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho.”* Ya hemos analizado con anterioridad que la TRLCSP no será aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, cualquiera que sea la forma jurídica de esa entidad de titularidad pública, con lo que el término *“indirectamente”* de la Ley 15/1997 induce a error, ya que en todo momento el artículo 1.1 se está refiriendo a formas de gestión directa.

En segundo lugar, el rasgo más relevante de la Ley 15/1997 radica en que se produce una máxima liberalización de las formas organizativas y de gestión utilizables (*“cualquiera entidades”*) lo que equivale al establecimiento de la *“organización a la carta”*⁸⁴. En este contexto liberalizador, se produce una discutible operación de deslegalización, ya que, tal y como recoge el párrafo sexto

⁸⁴ PAREJO ALFONSO, LUCIANO: *“Constitución, Sistema Nacional de Salud”* en la obra colectiva citada de L.PAREJO, F.LOBO y M.VAQUER, pág. 14

de la Exposición de Motivos, *“se habilita expresamente al Gobierno y a los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas [...] para determinar reglamentariamente las normas jurídicas [...] de las entidades que se pudieran crear”* Si bien es cierto que esta habilitación proporciona mayor flexibilidad al sistema, también lo es que la reforma planteada por la Ley 15/1997 se encuentra, como ya queda referido, desligada totalmente de la LGS, a la que no reforma, por lo que aparece desconectada realmente de la función de desarrollo del programa legislativo de la prestación sanitaria a cuya ejecución debe servir.

Como contrapeso a este impulso liberalizador, otra característica importante de la Ley 15/1997 es la cláusula de salvaguarda del servicio público (*“garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público”*) con la que parece querer hacer frente a las críticas que apuntan a la privatización del sistema, advirtiendo de que la Ley contiene una reforma organizativa y sólo organizativa, si bien tal invocación no es garantía de mucho en el plano técnico-jurídico, pues sólo alcanza al compromiso del poder público de mantener la titularidad -que no necesariamente la gestión- de tal servicio público, a veces en coexistencia con actividades plenamente privadas con el mismo contenido.

Por último, resaltar el carácter básico de la Ley por el hecho de que el contenido de la Ley se refiere a un aspecto nuclear del Sistema. Además, el propio texto habla de que la reforma se produce *“en el ámbito del Sistema Nacional de Salud”*, superando el campo de actuación que correspondía al Estado a través del Insalud.⁸⁵ De hecho, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de diciembre de 2000 dispone, sobre este particular, que *“la Generalitat Valenciana, como el resto de las Comunidades, se integra en el Sistema Nacional de Salud, y puede adoptar las formas de gestión establecidas en dicha normativa [se refiere a la Ley 15/1997 y al RD 29/2000], sin perjuicio de la normativa que puedan establecer las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias”*

⁸⁵ De hecho, la Ley 15/1997 ya no habla de formas de gestión del INSALUD, como hacía el Real Decreto-Ley 10/1996 del que se origina, sino del Sistema Nacional de Salud

3.2 El artículo 111 de la Ley 50/1998.

Con el objeto de ampliar las posibilidades de gestión a las que pueden acceder los centros, el artículo 111 de la Ley 50/1998, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (ley de acompañamiento presupuestario) instituye las fundaciones públicas sanitarias⁸⁶. Este precepto extiende su ámbito

⁸⁶ El artículo 111 dispone

“1. De acuerdo con lo establecido en la Ley 15/1997 [...], para la gestión y administración de los centros, establecimientos, y servicios sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o socio-sanitaria podrán crearse cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho, y, entre ellas, las fundaciones públicas sanitarias, que se regulan por las disposiciones contenidas en el presente artículo, por lo que se refiere al ámbito del Instituto Nacional de la Salud, y por la normativa específica de cada Comunidad Autónoma, en lo referente a las fundaciones públicas sanitarias que se puedan crear en sus respectivos ámbitos territoriales.

2. Las fundaciones públicas sanitarias son organismos públicos, adscritos al Instituto Nacional de la Salud, que se regirán por las disposiciones contenidas en este artículo

3. La constitución, modificación y extinción de las fundaciones públicas sanitarias, así como sus correspondientes estatutos, serán aprobados por Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Sanidad y Consumo. Al proyecto de acuerdo se acompañará el plan inicial al que se refiere el apartado siguiente.

4. El plan inicial de actuación de las fundaciones públicas sanitarias será aprobado por la Presidencia Ejecutiva del INSALUD, e incluirá los siguientes extremos:

a. Los objetivos que la entidad pretenda alcanzar

b. Los recursos humanos, financieros, y materiales precisos para su funcionamiento.

5. El personal al servicio de las fundaciones públicas sanitarias, con carácter general, se regirá por las normas de carácter estatutario, relativas al personal de Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social.

Asimismo, podrá incorporarse personal que ostente vinculación de carácter funcional o laboral, al que le será de aplicación su propia normativa.

6. El personal directivo, que se determinará en los estatutos de la entidad, podrá contratarse conforme al régimen laboral de alta dirección, previsto en el Real Decreto 1382/1985. Si la designación recae en quien ostente vinculación como personal estatutario fijo o funcionario de carrera, podrá efectuarse nombramiento a través del sistema de libre designación.

7. El régimen de contratación respetará, en todo caso, los principios de publicidad y libre concurrencia, y se regirá por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

8. Las fundaciones públicas sanitarias dispondrán de su propio patrimonio y podrán tener bienes adscritos por la Administración General del Estado o por la Tesorería General de la Seguridad Social.

de aplicación al entero Sistema Nacional de Salud, configurando una nueva base de la organización sanitaria. Pero, en realidad, este alcance básico se circunscribe al apartado primero, que se limita a establecer el *nomen iuris* del nuevo ente, ya que la naturaleza y régimen jurídico recogidos en los epígrafes posteriores son sólo directamente aplicables a los centros del INSALUD, siendo supletorios para las entidades autonómicas.

Se trata de una figura de nueva creación, adaptada a las necesidades peculiares y propias del ámbito sanitario con la cual la Ley 50/1998 trata de escapar de la rigidez de la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), que intentó dejar reducidas las personificaciones jurídicas a dos categorías: los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales⁸⁷

Con la habilitación conferida por la Ley 15/1997 y con la creación de una forma específica de gestión sanitaria en el artículo 111 de la Ley 50/1998, los órganos de gobierno tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas tenían vía libre para configurar las nuevas formas de gestión sanitaria. Pasemos ahora a estudiar el ámbito estatal, plasmado en el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión en el INSALUD

En lo que respecta a su propio patrimonio podrán adquirir a título oneroso o gratuito, poseer, arrendar bienes y derechos de cualquier clase, que quedarán afectados al cumplimiento de sus fines. Las adquisiciones de bienes inmuebles, así como las enajenaciones de bienes inmuebles propios, requerirán el previo informe favorable de la Presidencia Ejecutiva del Instituto Nacional de la Salud

9. Los recursos económicos de las fundaciones públicas sanitarias podrán provenir de cualesquiera de las fuentes previstas en el artículo 65.1 de la LOFAGE

10. El régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero, será el establecido en la Ley General Presupuestaria para las entidades públicas empresariales

11. Las fundaciones públicas sanitarias se registrarán en lo no previsto en el presente artículo por lo dispuesto para las entidades públicas empresariales en la LOFAGE

⁸⁷ Así era antes de la reforma de 2006 en la que se incluyeron en la clasificación a las Agencias Estatales, lo que nos lleva a preguntar si no hubiese sido más recomendable la reforma directa de la LOFAGE antes que esta colateral, vía ley de acompañamiento presupuestario.

3.3 El Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de Salud.

Esta disposición reglamentaria supone la culminación de la reforma de las formas de gestión sanitaria en el ámbito estatal, por cuanto viene a cumplimentar la habilitación aprobada por la Ley 15/1997. Conviene recordar que, si bien el ámbito de aplicación se circunscribe al INSALUD, las Comunidades Autónomas que así lo han considerado conveniente, han podido emplear esta normativa

El RD 29/2000 desarrolla el régimen jurídico de cuatro formas de gestión: las fundaciones constituidas al amparo de la LF⁸⁸, los consorcios, las sociedades estatales, y las fundaciones públicas sanitarias. Con carácter previo a desarrollar cada una de ellas de manera específica cada una de ellas, establece una serie de disposiciones comunes, en relación a la autonomía de gestión, a las garantías, a la gestión, al régimen económico-financiero, al personal, a los órganos de gobierno y participación, y a las garantías a los ciudadanos. Analicemos los aspectos más relevantes de las mismas.

Las disposiciones comunes abogan por una conjunción entre la autonomía de gestión de las nuevas formas y la necesaria coordinación que la configuración del INSALUD como sistema requiere. Así, la autonomía de gestión está, en principio, condicionada por las características propias de cada una de las formas de gestión que adopten los centros sanitarios, y se concreta en diferentes aspectos: la estructura organizativa, la gestión de los planes de calidad total del centro, la elaboración y aplicación de las normas internas de funcionamiento, la gestión de sus recursos económicos, la gestión de la tesorería y patrimonio y, por

⁸⁸Entonces la Ley 30/1994, en la actualidad la Ley 50/2002

último, la gestión de los recursos humanos y el desarrollo de la carrera profesional.⁸⁹

En general, la autonomía de gestión supone un estatuto basado en dos pilares: la descentralización a favor de los entes interpuestos de la toma de decisiones, con base en su personalidad jurídica diferenciada, y la sujeción a un ordenamiento jurídico específico diferente de las normas comunes.

Dentro de las disposiciones comunes tiene especial relevancia la garantía y preservación de la condición de servicio público de las nuevas formas de gestión.⁹⁰ Además, se establece la sujeción de las nuevas entidades a los criterios generales de planificación del INSALUD, reforzándose los principios de coordinación y cooperación entre los distintos centros sanitarios y niveles asistenciales, de modo que se asegure plenamente el derecho de los ciudadanos a la protección de la salud. Por último, y en este ámbito, los criterios y principios mencionados se complementan con un amplio sistema de garantías de carácter general y particular a lo largo de su articulado. En tal sentido, se dispone el mantenimiento de la concepción integral de toda la red asistencia, garantizando la continuidad entre niveles y preservando el cumplimiento de los principios inspiradores del Sistema Nacional de Salud, tales como los de universalidad y equidad en el acceso. A lo anterior hay que añadir que todos los centros, cualquiera que sea su forma de gestión, proporcionan la prestación de asistencia sanitaria en idénticos términos y con el mismo alcance establecido para todo el Sistema Nacional de Salud, creándose una unidad de garantías para los ciudadanos, dotada de medios y procedimientos que coadyuven a hacer efectivo el ejercicio de los derechos.

En lo que al régimen económico-financiero se refiere, el RD 29/2000 regula con la amplitud posible las fuentes de las que pueden proceder los recursos

⁸⁹Ver art. 12 del RD 29/2000

⁹⁰Ver art. 3 del RD 29/2000

económicos, remitiéndose al régimen presupuestario y de contabilidad establecidos en las normas específicas de cada una de las nuevas formas de gestión. En todo caso, el control financiero se ajusta a lo previsto en la Ley General Presupuestaria y todas las entidades pondrán sus cuentas a disposición de la Intervención General de la Seguridad Social, a los efectos de su posterior rendición al Tribunal de Cuentas, integrándose en la Cuenta del Sistema de la Seguridad Social.⁹¹

La última disposición común relevante a analizar antes del estudio de cada una de las formas específicas hace referencia al personal. La regla general en este campo es que la relación jurídica del personal que preste sus servicios en estas entidades tendrá la naturaleza establecida en las normas específicas de cada una de las nuevas formas de gestión (estatutaria, funcionarial, o laboral)⁹² Al personal estatutario fijo que se incorpore a las plantillas de personal de las entidades que se constituyan y que no pueda conservar su régimen les será de aplicación la reserva de plaza, si bien en el caso del personal estatutario de los centros sanitarios que se conviertan en fundaciones públicas sanitarias o en consorcios conservarán su régimen jurídico, manteniendo inalterable la situación administrativa en la que se encontrasen.

Además, al personal que preste sus servicios en las nuevas formas de gestión les es de aplicación la legislación sobre incompatibilidades y en cuanto a la selección y provisión del mismo, la regla general es que las mismas se efectuarán mediante convocatoria pública ajustada a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, aunque cuando se trate de personal estatutario se acomodará a sus normas específicas. En todo caso, y para garantizar la pureza de los procedimientos, se aplican las normas relativas a la abstención y recusación de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

⁹¹Ver art. 14 del RD 29/2000

⁹²Ver art. 18 del RD 29/2000

Pasemos ahora al análisis individual de las nuevas formas de gestión sanitaria reguladas en el RD 29/2000, en la que seguiremos un esquema común: primero presentamos los rasgos fundamentales de su régimen específico fijados por el texto reglamentario para pasar a comentar a continuación los aspectos más relevantes del mismo.

3.3.a) Las Fundaciones privadas en mano pública

El RD 29/2000 define las fundaciones en mano pública como aquellas organizaciones sanitarias sin ánimo de lucro, constituidas por el INSALUD, que destinen y afecten un patrimonio a la realización de fines sanitarios de interés general y que tengan por objeto la gestión y administración de los centros sanitarios⁹³

Su creación se produce por Acuerdo del Consejo de Ministros, que aprueba sus estatutos, y se rigen por éstos, por el RD 29/2000 y, en todo caso por la LF y demás disposiciones estatales y autonómicas que les sean de aplicación⁹⁴.

El máximo órgano de gobierno es el Patronato, compuesto por un Presidente, de 6 a 8 vocales, un Secretario y los demás miembros previstos en sus estatutos⁹⁵, el personal será contratado de acuerdo al régimen laboral, la contratación se efectuará con arreglo al derecho privado con respeto a los principios de publicidad y concurrencia, mientras que en el régimen económico-presupuestario se estará a lo dispuesto en la Ley General Presupuestaria⁹⁶

⁹³Ver art. 38 del RD 29/2000

⁹⁴Ver art. 39 del RD 29/2000

⁹⁵Ver art. 42 del RD 29/2000

⁹⁶Ver arts. 43, 44 y 45 del RD 29/2000

En general, la LF admite en su artículo 8.4 que *“las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario”*⁹⁷

La posibilidad de constituir fundaciones privadas en el ámbito sanitario se prevé expresamente, por primera vez, en el artículo único del Real Decreto-Ley 10/1996, que recibe una nueva redacción por la Ley 15/1997 de la que cabe destacar en este asunto en concreto, que se suprime la mención explícita a las fundaciones entre las formas organizativas habilitadas, aunque sí que aparecen en la Exposición de Motivos de esta Ley.

El problema que suscita la aparición de las fundaciones en esta Exposición de Motivos en que, como ya queda analizado, la Ley 15/1997 habilita para emplear *“entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho”* y que las fundaciones regidas por la LF o son de naturaleza ni de titularidad pública. Para salvar este escollo, se puede interpretar el texto para entender que se refiere a una titularidad organizativa, no dominical, referida por tanto a la capacidad para su creación o a la iniciativa de su constitución.⁹⁸

En este ámbito particular subyace el debate doctrinal en el sentido de si la constitución de fundaciones por parte de las Administraciones supone una desnaturalización de la institución o si, por el contrario, la fundación es una nueva opción organizativa a añadir al repertorio de las que ya tenían cobertura en la legislación administrativa general.

⁹⁷Igual redacción observaba el artículo 6.4 de la Ley 30/1994 de Fundaciones, vigente durante la aprobación de la Ley 15/1997 y el RD 29/2000, a la que sustituyó la actual Ley 50/2002

⁹⁸En este sentido, el artículo 40 del RD 29/2000 atribuye al INSALUD capacidad para constituir fundaciones

La primera postura⁹⁹ parte de la constatación de que las fundaciones son organizaciones privadas, aunque sean de titularidad pública y que la atribución, sin más a la Administración del derecho de fundación implica una desnaturalización de este institución¹⁰⁰ A la fundación sigue siendo consustancial la objetivación de una actividad de interés general a través del negocio fundacional, que es un acto de liberalidad del que resulta la afectación permanente de un patrimonio al fin fundacional, y la diferenciación de la fundación (su voluntad y fines) del fundador (su voluntad y fines). La Administración no puede “objetivar” mediante acto propio un fin de interés general, diferenciándolo de los fines de interés general a los que ella misma sirve y afectando permanentemente un patrimonio público al mismo (en contra del régimen general de dicho patrimonio), ni desentenderse organizativa y funcionalmente de la actividad de interés general por descarga de ésta en una organización cuyo estatuto implica la separación de su creador.

En este sentido, se defiende que no sería jurídicamente admisible la constitución por una entidad pública de una fundación cuyos fines consistan en el ejercicio de funciones y cometidos que tenga asignados aquella entidad pública, en términos tales que la fundación sustituya a la entidad pública que la creó, dando lugar a un vaciamiento de la competencia. Estaríamos ante un *“ejemplo extremo de huida del Derecho Administrativo”*¹⁰¹

Además, y como cuestión conexas, se considera que la atribución de capacidad para constituir fundaciones atribuida por la LF a las Administraciones no es una habilitación en blanco para cualesquiera entes públicos para que

⁹⁹Defendida entre otros por PAREJO ALFONSO, LUCIANO y VAQUER CABALLERÍA, MARCOS

¹⁰⁰En este sentido, CAFFARENA, J. En la obra colectiva *“Comentarios a la Ley de Fundaciones y de incentivos fiscales”* Madrid, Escuela Libre y Marcial Pons. 1995, p. 50

¹⁰¹MENENDEZ REXACH, ANGEL, en la obra colectiva citada de L.PAREJO, F.LOBO y M.Vaquer, pág. 92

descentralicen cualquier actividad de su giro o tráfico propios en una fundación, salvo que sus normas reguladoras lo prohíban¹⁰².

Por el contrario, otro sector doctrinal¹⁰³ afirma que la LF configura expresamente las fundaciones privadas en mano pública sin necesidad de una habilitación ulterior. Conforme a esta interpretación, la capacidad de constitución es la regla, que solo puede quedar exceptuada por norma expresa y contraria y que, por tanto, no se produce desnaturalización alguna de la institución de la fundación.

En este sentido, tanto la jurisprudencia como el legislador han ido cargando de argumentos a esta segunda postura. En el primer caso, con pronunciamientos judiciales diversos en el sentido de considerar que las fundaciones son entes instrumentales a las que resultan aplicables las reglas y principios de Derecho Administrativo¹⁰⁴, y en el segundo, amparando la creación de fundaciones con diversas leyes posteriores¹⁰⁵

Otro aspecto discutible de la regulación de esta figura por el RD 29/2000 radica en que esta disposición reglamentaria invade materias sujetas a reserva de ley, quebrando el principio de jerarquía normativa, al regular aspectos ordenados

¹⁰²De hecho, no se constituyeron fundaciones en el ámbito sanitario hasta que se produjo la habilitación expresa por parte del Real Decreto-Ley 10/1996

¹⁰³Encabezado por J.L. PIÑAR MAÑAS

¹⁰⁴ Así, por ejemplo, el Auto 206/1999 del TC, en relación con la Fundación Teatro Lírico, establece que *“la empresa, si bien formalmente jurídico-privada, puede equipararse en realidad a un Ente público con capital y fines también públicos que actúa en el tráfico jurídico utilizando sólo de manera instrumental la veste fundacional [...] luego estamos en presencia [...] de un ente privado fundacional que, para lo que aquí interesa, actúa materialmente como un organismo público bajo la dependencia directa de dos Administraciones”*

¹⁰⁵ Como la Ley de Presupuestos de 1998 que introduce una rúbrica dedicada al *“régimen presupuestario de las fundaciones de naturaleza o titularidad pública”*, o la ley de acompañamiento presupuestaria 55/1999, cuyo artículo 43.6 dispone que *“se entenderá que son fundaciones de competencia o titularidad pública estatal, aquellas en cuya dotación participe mayoritariamente la Administración General del Estado”*

por la LF. Así, las prerrogativas de dirección y control que se reservan las autoridades sanitarias sobre las actividades de esas fundaciones, en particular para interpretar y modificar los fines fundacionales (lo que casa mal con la supuesta independencia entre fundación y fundador), la inexistencia de patrimonio dotacional propio, la falta de proporción entre patrimonio y actividad desplegada, suponen la infracción de la LF sin que el RD 29/2000 *“tenga el rango suficiente para salvar esos vicios”*¹⁰⁶ Este vicio solo puede ser salvado si se considera que las fundaciones privadas en mano pública son, ante todo, organizaciones instrumentales de la Administración más que fundaciones en sentido estricto, con lo que hay que aplicar con preferencia el bloque normativo regulador de la primera vertiente (las normas de Derecho administrativo) y sólo subsidiariamente el Derecho de fundaciones, lo que nos lleva a cuestionar la idoneidad de la habilitación de la fundación como forma de gestión administrativa si finalmente el régimen jurídico a aplicar va a ser el de los organismos administrativos.

Con todo, se puede concluir que, en el ámbito sanitario la fundación en mano pública se une al abanico de posibilidades organizativas de gestión sanitaria. Ejemplos paradigmáticos de este tipo de fundación son las de Alcorcón, Manacor o Calahorra, que fueron transferidas a sus respectivos servicios de salud autonómicos tras su creación por el INSALUD.

No obstante lo anteriormente expuesto, es cierto que la creación de la figura de la fundación pública sanitaria por el artículo 111 de la Ley 50/1998 como organismo específico de gestión sanitaria hace difícilmente entendible el criterio seguido por el RD 29/2000 en cuanto permite la utilización alternativa de una u otra modalidad funcional. En este sentido, parece más aconsejable la creación de fundaciones privadas en mano pública para la realización de actividades

¹⁰⁶ VILLAR ROJAS, FRANCISCO JOSÉ, obra citada, pág. 7. Respecto a este tema, VAQUER CABALLERÍA, MARCOS en obra colectiva citada de L.PAREJO, F.LOBO y M.VAQUER págs. 222-225, presenta varios ejemplos de violación de la LF por el RD 29/2000.

instrumentales conexas con la central de atención sanitaria como la investigación, formación, etc...¹⁰⁷

3.3.b) Los consorcios

El RD 29/2000 define los consorcios como las organizaciones comunes, dotadas de personalidad jurídica propia y suficiente para el cumplimiento de sus fines, que se constituyan a consecuencia de los convenios, cuyo objeto sea la gestión y administración de los centros sanitarios que suscriba el INSALUD con autonomías, entidades locales, y/o entidades privadas sin ánimo de lucro¹⁰⁸

Se registrarán por el convenio regulador correspondiente además de por el RD 29/2000, la Ley 30/1992, y el Real Decreto Legislativo 781/1986 por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local, y por el resto de disposiciones que les sean de aplicación¹⁰⁹.

La constitución inicial de los consorcios necesitará Acuerdo del Consejo de Ministros, en el cual se aprobarán inicialmente sus estatutos, cuyo contenido mínimo es establecido por el artículo 49 del RD 29/2000.

Su órgano de gobierno será el Consejo de Gobierno, que constará de Presidente, Secretario, y el número de vocales en función de la composición del consorcio, la actividad contractual del mismo se ajustará a lo dispuesto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, la relación jurídica del personal a su servicio será la que se establezca en los convenios y estatutos

¹⁰⁷ En esta línea se expresa MENÉNDEZ REXACH, ANGEL en la obra colectiva citada de L.PAREJO, F.LOBO y M.VAQUER pág. 94

¹⁰⁸ Ver artículo 46 RD 29/2000

¹⁰⁹ Artículo 47 RD 29/2000

correspondientes como también sucede con el régimen económico-presupuestario¹¹⁰.

De la regulación del consorcio, lo primero que llama la atención es que no se trata de una forma de gestión, sino un organismo público personificado que puede adoptar cualesquiera formas de gestión admitidas por el Derecho vigente¹¹¹. La creación de un consorcio no prejuzga, por sí sola, la opción por una determinada modalidad gerencial, sino que esta decisión se remite a un momento posterior.

En este sentido, la decisión de constituir de un consorcio no debería depender de la forma de gestión que se pretenda adoptar, sino del tipo de actividades a desarrollar, que deben estar atribuidas a las entidades potencialmente interesadas en la constitución de esta figura, por tratarse de actividades compartidas o sobre las que concurren las competencias propias de aquellas. Se da la existencia, pues, como sustrato básico del consorcio, de una *“comunidad de intereses”*¹¹².

De acuerdo a lo anteriormente expuesto no tiene sentido, en principio, la constitución de un consorcio para la gestión de centros o establecimientos cuya titularidad corresponda íntegramente a una sola entidad. Lo lógico sería que ésta adopte la forma de gestión que considere más adecuada, pero no que entre a formar parte de un consorcio. Cuestión distinta es que en los órganos de gobierno de la entidad gestora se dé representación a otras instituciones que puedan estar interesadas.

¹¹⁰Ver artículo 50, 51, 52 y 53 respectivamente del RD 29/2000

¹¹¹Un consorcio podría, de este modo, constituir una fundación privada en mano pública o una sociedad estatal

¹¹²En expresión de DOMÍNGUEZ MARTÍN, MÓNICA, obra citada, pág. 212

Por consiguiente, y centrándonos en el ámbito sanitario, la figura del consorcio parece tener mayor sentido para el desarrollo de actividades de investigación, difusión, docencia y otras semejantes en cuya realización están interesados, desde su competencia respectiva, diversos organismos o instituciones, pero no para la gestión de centros o establecimientos cuya titularidad pertenezca inequívocamente a una determinada entidad.

3.3.c) Las sociedades estatales

Aparecen conceptuadas en el RD 29/2000 como aquellas sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria o única la participación del INSALUD y que se constituyan para la gestión de centros sanitarios¹¹³.

La creación de las sociedades estatales se autoriza por el Consejo de Ministros a propuesta del titular del Ministerio de Sanidad. Igualmente, necesitarán Acuerdo del Consejo de Ministros los actos de modificación de la participación del INSALUD en la sociedad. Se atribuye la condición de máximo órgano de gobierno al Consejo de Administración, siendo el Presidente nombrado conforme a lo previsto en los estatutos respectivos y distribuyéndose la participación en él en función de la composición de los integrantes de la sociedad y su aportación.¹¹⁴

En primer lugar, cabe cuestionar la propia viabilidad de las sociedades estatales como formas organizativas de gestión del sistema sanitario público. La LOFAGE ha definido para toda la Administración el marco general a que la misma debe ajustarse en las materias que constituyen su objeto. De acuerdo al mismo,

¹¹³Artículo 54 del RD 29/2000. No obstante, debe tenerse en cuenta que la empresa pública solo será forma de gestión directa cuando el capital pertenezca íntegramente a la Administración. Si la participación de ésta es mayoritaria, la empresa será “pública”, pero la gestión del servicio será indirecta y tendrá que serle adjudicada mediante contrato administrativo.

¹¹⁴Artículos 56, 57 y 58 del RD 29/2000

las sociedades estatales no serían en la actualidad una opción organizativa válida para la prestación de servicios públicos ya que las organizaciones fruto de la descentralización funcional de actividades propias de la Administración se reducen a cuatro (tres en la LOFAGE -organismos autónomos, entidades públicas empresariales y agencias estatales- y las fundaciones públicas sanitarias configuradas por la Ley 50/1998) De ahí que:

- La Disposición Derogatoria de la LOFAGE derogue los artículos 4 y 6 (apartados 1.b y 5) de la Ley General Presupuestaria¹¹⁵
- La Disposición Transitoria de la misma LOFAGE obligue a la adecuación al marco legal general, concretamente al tipo de entidad pública empresarial, de las entidades incluidas en el derogado artículo 6.1.b, es decir, de las sociedades estatales

El RD 29/2000 intenta salvar este escollo a través de una referencia genérica al artículo 6 de la Ley General Presupuestaria (que no ha sido derogado en su totalidad) en su artículo 55, de una manera un tanto burda, infringiendo así el marco legal de organización administrativa que le vincula así como la Ley 15/1997, ya que ésta únicamente autoriza las formas que estén admitidas en Derecho y, como hemos visto, la sociedad estatal no es una forma organizativa admitida en Derecho para la gestión de un servicio público como el sistema sanitario.

De hecho, la única referencia en la LOFAGE a las sociedades mercantiles estatales la encontramos en la Disposición Adicional duodécima, donde se remite su régimen al Derecho privado y excluyendo que puedan disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, lo que responde a la necesidad de

¹¹⁵ Concretamente, el artículo 6.1.b de la Ley General Presupuestaria derogado establecía que eran sociedades estatales *“las entidades de Derecho público, con personalidad jurídica, que por ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado”*

diferenciar las actividades materialmente públicas o administrativas y las privadas aunque sean de titularidad pública total o parcialmente.¹¹⁶

Desde esa óptica, se ha defendido incluso la inconstitucionalidad del RD 29/2000¹¹⁷, y, sin llegar a este extremo, la inadecuación de la forma societaria mercantil para llevar a cabo actividades que no se desarrollan en régimen de mercado, debiendo quedar reservada a los supuestos en que exista una actuación sometida a real y efectiva competencia¹¹⁸

Quizá como consecuencia de todo lo anterior, esta opción organizativa no ha sido muy utilizada en el ámbito competencial de gestión del antiguo INSALUD. Sí que ha tenido más predicamento para llevar a cabo funciones accesorias a la prestación directa de los servicios sanitarios generales, esto es, funciones divulgativas, cuestiones relacionadas con una determinada enfermedad o grupo de enfermos, etc...

3.3.d) Las fundaciones públicas sanitarias

En relación a esta forma de gestión, el RD 29/2000, además de incidir en los aspectos del régimen jurídico de las fundaciones públicas sanitarias ya aprobados por la Ley 50/1998 (carácter de organismo público, creación por Acuerdo del Consejo de Ministros, personal con relación estatutaria, etc...) determina el contenido mínimo de de sus estatutos, las bases de su plan inicial de actuación y la composición, funciones y funcionamiento del Consejo de Gobierno, que será su órgano rector¹¹⁹

¹¹⁶La CE distingue las actividades administrativas de las actividades de contenido económico desarrolladas a iniciativa de la Administración Pública, cuyo estatuto es el común en el contexto del mercado: arts. 103 y 128.2

¹¹⁷PAREJO ALFONSO, LUCIANO, en la obra colectiva citada de L.PAREJO, F.LOBO y M.VAQUER pág. 41

¹¹⁸DOMÍNGUEZ MARTÍN, MÓNICA obra citada, pág. 129

¹¹⁹Ver art. 62 a 74 del RD 29/2000

Como cuestiones importantes suscitadas por la creación de esta figura por la Ley 50/1998, aclarar en primer término la confusión terminológica con las fundaciones previstas en el artículo 34 de la CE¹²⁰ y reguladas por la Ley 50/2002, de Fundaciones (LF). Esta confusión no puede ser tal, ya que sólo comparten el nombre y en que ambas son formas de descentralización funcional de los servicios sanitarios, y en que también se sujetan parcialmente al Derecho privado, aunque en distinta medida. Y es que las fundaciones públicas sanitarias son organismos públicos que se incardinan dentro de la estructura orgánica administrativa, mientras que las fundaciones privadas en mano pública, es decir, las fundaciones que se rigen por la LF tuteladas por una Administración Pública, son una forma de personificación jurídico-privada, de acuerdo a la clasificación de las formas de gestión directa descentralizadas presentada en el apartado 2.1 del presente estudio. De hecho, algunos autores hablan de que con la creación de las fundaciones públicas sanitarias con la Ley 50/1998 se produce una especie de “regreso al Derecho Administrativo”¹²¹ en contraposición a la huida del mismo, una de cuyas manifestaciones está constituida por la utilización por parte de las Administraciones de las fundaciones públicas en mano privada.

Siguiendo esta línea, cabe preguntarse por qué, siendo el régimen jurídico de las fundaciones públicas sanitarias tan similar a las entidades públicas empresariales, el legislador regula una nueva figura tan parecida a una ya existente. Se debe fundamentalmente a dos razones (que corresponden con las grandes diferencias entre ambos entes): el régimen de su personal y el rango de la norma de creación.

¹²⁰ Este precepto reconoce el “derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la Ley”

¹²¹ VAQUER CABALLERÍA, MARCOS, obra citada pág. 10

En cuanto al personal, las fundaciones públicas sanitarias *“solucionan la cuestión planteada por la LOFAGE”*¹²² en el sentido de que ésta exigía el carácter laboral al personal de las entidades públicas empresariales, mientras que el artículo 111 de la Ley 50/1998 permite una gran flexibilidad en este sentido a las fundaciones públicas sanitarias ya que, a pesar de que efectúa una clara opción por el régimen estatutario, que será el que por regla general regirá en estos centros, no cierra la puerta a la existencia en los mismos ni del régimen laboral ni del funcionario (*“podrá incorporarse personal que ostente vinculación de carácter funcionario o laboral”*) Además, hay una previsión adicional en materia de recursos humanos, al hacer referencia al personal directivo, que podrá ser contratado en virtud de los tres regímenes (estatutario, funcional o laboral) en función de si ostenta nombramiento en los dos primeros o no. Como se puede observar, la flexibilidad es máxima en este apartado, flexibilidad que no era posible con la regulación de las entidades públicas empresariales.

Este mismo objetivo, ser más ágil a la hora de proceder a la creación de nuevas fundaciones públicas sanitarias (y más teniendo en cuenta en el período de tránsito de antiguas a nuevas estructuras en el que se aprobó la Ley), se pretendió cuando se estableció el Acuerdo del Consejo de Ministros como la norma de creación de estas entidades. Esta posibilidad fue recurrida ante el Tribunal Supremo, con el objeto de que éste elevase una cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, al entender los recurrentes que el artículo 111 violaba el artículo 103.2 de la CE¹²³, ya que el artículo 61.1 de la LOFAGE dispone que *“la creación de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales se efectuará por ley”*. El TS entendió en este caso que la reserva de ley que establece la CE en relación con la creación de órganos de la Administración (la cual puede entenderse que comprende los entes instrumentales con personalidad jurídica propia que forman parte de la

¹²² SANCHEZ CARO, JAVIER, en la obra colectiva citada de L.PAREJO, F.LOBO y M.VAQUER, pág. 170

¹²³ *“Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la Ley”*

Administración del Estado) no tiene carácter absoluto, sino relativo, como se desprende de la expresión “*creados [...] de acuerdo con la ley*”. Esto es, no dice “*por ley*”, con lo que el TS estima que es suficiente, como ocurre en este caso, con que la ley establezca los rasgos fundamentales del régimen jurídico de la entidad y establezca las particularidades del procedimiento de creación, junto con los requisitos para que tenga lugar y el órgano competente para acordarla, que es lo que ocurre en el artículo 111 de la Ley 50/1998.

En cuanto a su extensión, cabe decir que la opción organizativa por la que se apostó desde la Administración General del Estado fue la fundación pública sanitaria, quedando patente en la Disposición Adicional Quinta del RD 29/2000 en la que se establece que los centros sanitarios existentes a la entrada en vigor del citado Real Decreto “*sólo podrán adquirir personalidad jurídica mediante su conversión en fundaciones públicas sanitarias [...] o a través de la constitución de consorcios*” y ello en base a “*preservar el régimen estatutario del personal que presta sus servicios en los actuales centros sanitarios*” En realidad, esta opción por una u otra figura no está situada en pie de igualdad, ya que, como hemos analizado, el consorcio, por definición, se caracteriza porque resulta de la agrupación de entidades públicas que compartirían la titularidad del centro. En consecuencia, si lo que la Administración titular del centro desea es dotarle de personalidad jurídica, sin necesidad de compartir su titularidad con ningún otro sujeto, la única opción que el Real Decreto le dejaba al INSALUD era la de la conversión en fundación pública sanitaria.

No obstante esta opción, ese intento de reconducir las formas de gestión al Derecho Administrativo es privado de gran parte de su sentido por el propio Real Decreto al dejar abierta la posibilidad de constituir tanto las fundaciones públicas sanitarias como las fundaciones privadas en mano pública.

Además, esta opción organizativa estatal nunca se llevó a cabo porque, antes de que ellos fuera posible, se produjo el traspaso a las Comunidades Autónomas

de las competencias sobre sanidad. Y para éstas, como ya queda indicado, la regulación de las fundaciones públicas sanitarias se limita a ser una categoría vacía cuyo régimen jurídico pueden configurar con entera libertad dentro de los límites -laxos- marcados por la Ley 15/1997 (naturaleza pública y admitidas en Derecho)

Dentro de las autonomías, Galicia ha sido la que más ha empleado esta fórmula, si bien se ha extendido a otras comunidades, como Asturias con la Fundación Pública Sanitaria del Hospital del Oriente.

4. LA GESTIÓN INDIRECTA EN EL ÁMBITO SANITARIO: CONCIERTOS, CONVENIOS Y CONCESIONES

4.1 Consideraciones generales

En primer lugar, antes de analizar las formas de gestión indirecta más empleadas en nuestro ordenamiento, cabe plantearse si la prestación de servicios sanitarios cumple con los requisitos para ser gestionado de manera indirecta. Dejando sentado el carácter de servicio público de esta prestación (entendiendo servicio público como una actividad que esté atribuida por Ley a los poderes públicos), el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) dispone que en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. En el caso que nos ocupa, no resulta un impedimento para acudir a estas formas de organización en el ámbito sanitario ya que la gestión de las prestaciones sanitarias no implica, en sí misma, ejercicio de dicha autoridad.

En este sentido se han producido varios pronunciamientos judiciales, siendo uno de los más explícitos la STSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de diciembre de 2001, que parte de que la Constitución no impone un determinado

modelo de gestión y prestación de la asistencia sanitaria, pudiendo el legislador optar por uno u otro (gestión totalmente pública, privada o mixta) siempre que, en todo caso, se garantice suficientemente la prestación del servicio sanitario. Además, en su Fundamento Jurídico 6º, afirma que *“las prestaciones sanitarias son necesarias e imprescindibles para la vida social y por ello las presta el Estado, lo que no implica ejercicio de soberanía, ni ejercicio de autoridad. Es decir, el Estado no impone coactivamente a los ciudadanos la asistencia sanitaria, simplemente como titular del servicio público ofrece unas prestaciones públicas que los ciudadanos pueden utilizar”*. El propio TC disponía en su sentencia 37/94 *“que el derecho de que los ciudadanos puedan ostentar en materia de seguridad social salvando el carácter indisponible para el legislador de la garantía constitucional de esta institución-, es un derecho de estricta configuración legal, y que el carácter público del sistema no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privada”*.

Del hecho de que la Administración sea titular del servicio se derivan importantes poderes necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate. Además, cuenta con unos poderes generales que le permiten incidir en la relación contractual, tales como interpretar los contratos, resolver las dudas que ofrezcan su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta. Por último, a la finalización del contrato se produce la reversión del servicio.¹²⁴

No obstante esta ausencia de ejercicio de autoridad en este servicio público, y como la gestión indirecta atiende preferentemente al contenido económico de la prestación (la posibilidad de aprovechamiento por parte de un particular), parece que deberían descartarse las modalidades de gestión indirecta que ponen el acento en el beneficio del gestor privado: gestión interesada y sociedad mercantil con participación pública minoritaria y retener

¹²⁴ Art. 283 del TRLCSP

preferentemente aquellas que excluyen el ánimo de lucro en la actuación de aquel¹²⁵

Un aspecto muy relevante a la hora de analizar la gestión indirecta es la responsabilidad por los daños causados, principalmente quién es el sujeto responsable que puede ser, en principio, la Administración titular del servicio o el sujeto que los gestiona. En nuestro ordenamiento, el contratista responde de los daños y perjuicios que origina a terceros por su culpa o negligencia, responsabilidad que se ha de ventilar ante la jurisdicción civil y conforme al Derecho privado. Sin embargo, esta responsabilidad del contratista puede trasladarse a la Administración cuando la lesión a terceros haya sido ocasionada como consecuencia inmediata y directa de una orden de ésta, o bien de los vicios del proyecto elaborado por ella en el contrato de obra o en el suministro de la fabricación. En estos supuestos, responderá la Administración, conforme al régimen contenido en la Ley 30/1992 y ante la jurisdicción contencioso-administrativa¹²⁶.

Es decir, como regla general se parte de la responsabilidad del gestor privado de los servicios públicos, si bien hay excepciones, que en el ámbito sanitario pueden ser fácilmente ampliadas, por la misma mecánica de los servicios sanitarios y por la forma en que normalmente intervienen en el tratamiento de los pacientes los centros concertados y otros gestores privados, que pueden motivar que en este terreno puede resultar más sencillo comprometer la responsabilidad administrativa ante daños causados material e inmediatamente por el sujeto privado. Con normalidad, los ciudadanos no reciben prestaciones sanitarias de los centros privados en un proceso exclusivamente dependiente de estos, con lo que

¹²⁵ Este es el criterio establecido en los arts. 67.3 y 90.2 de la LGS

¹²⁶ Artículo 214 de la TRLCSP

pueden surgir de manera frecuente supuestos de responsabilidad directa de la Administración sanitaria.¹²⁷

4.2 Convenios

En nuestro ordenamiento jurídico, los convenios que tiene por objeto la prestación de servicios sanitarios públicos (sin entrar en disquisiciones sobre la ambigüedad del concepto) se regulan con carácter general en los artículos 66 y 67 de la LGS.

El régimen jurídico de este mecanismo de gestión indirecta se articula sobre dos títulos: la vinculación y el convenio singular. La vinculación está sujeta a una condición previa que es la homologación técnica del centro sanitario de acuerdo con un protocolo definido. Se trata, por tanto, de una resolución administrativa que constata el cumplimiento de los requisitos técnicos establecidos para contratar con la Administración la prestación de servicios asistenciales. La homologación equivale a la clasificación del contratista en el TRLCSP y su consecuencia es la inclusión del centro hospitalario en la red de hospitales del sector público. No obstante, esta inclusión de entrada no supone ni la delimitación de las funciones asistenciales que han de desarrollarse, ni sus condiciones, ni su prestación efectiva.

Lo más característico del convenio es que, en virtud del mismo, el centro sanitario privado se somete al mismo régimen sanitario, administrativo y

¹²⁷ En este sentido, REBOLLO PUIG, MANUEL, *“La responsabilidad patrimonial en la gestión indirecta de los servicios públicos sanitarios: concesiones y conciertos”* en la revista *“Derecho y Salud”* vol. 8, núm. 1, Enero-junio 2000. págs. 26-27, donde además se ponen ejemplos de esta mayor facilidad a la hora de exigir responsabilidades administrativas, como un diagnóstico erróneo realizado en un centro público cuyo seguimiento posterior se efectúe en uno privado, o que el retraso en la asistencia causante de daños irreversibles sea imputable a la Administración aunque la lesión se manifieste en un centro privado

económico de los hospitales públicos. Estos, es produce una “*publificación*”¹²⁸ del régimen de organización y funcionamiento del hospital vinculado, salvo en lo que se refiere a la titularidad del centro, que continúa siendo privada, y a la relación laboral con el personal. En definitiva, los medios y recursos privados acceden al sector público.

En relación a los usuarios, las normas que rigen en su acceso y atención a un hospital privado vinculado no se diferencian de las que rigen en los hospitales públicos. La sujeción a las mismas normas de organización y funcionamiento alcanza también los derechos, deberes y garantías de los usuarios.

Con todos estos elementos, se puede concluir que la regulación contenida en la LGS de este figura, es confusa y no parece fácil llegar a una conclusión acerca de la naturaleza de esta opción de colaboración de los sujetos privados en la prestación de los servicios públicos que puede fluctuar entre una naturaleza contractual o como acto administrativo. Sobre todo, contribuye a esta confusión la introducción del término “protocolo”. Esta configuración exige, en primer lugar, suscribir un protocolo y después un convenio singular. Parece que ese protocolo es algo similar a la homologación, esto es, una regulación reglamentaria a la que se han de ajustar todos los centros privados susceptibles de vinculación a la red pública. Por tanto, el protocolo sería una disposición administrativa de carácter general que habría de suscribirse previamente a la aprobación de un convenio singular.

En principio, la vinculación de cada centro privado a la red pública es una “*típica operación de subsunción de un caso concreto en el supuesto de hecho abstracto regulado en la norma*”¹²⁹. En otras palabras, el convenio singular constata que el establecimiento que se quiere vincular cumple con las condiciones

¹²⁸ Según expresión de SÁNCHEZ-CARO, JAVIER, en la obra colectiva citada de PAREJO, L., LOBO, F. y VAQUER, M. pág. 175

¹²⁹ DOMÍNGUEZ MARTÍN, MÓNICA. Obra citada p. 196

establecidas con carácter general y es homologable. De ello se deduce que estos convenio, a pesar de las apariencias, no serían contractuales, sino resoluciones administrativas necesitadas de aceptación.

Este punto de vista parece coherente con el significado de la vinculación de los centros privados a la red pública. No se trata en estos casos de la prestación de servicios que los centros públicos no están en condiciones de realizar, sino de integrar o adscribir un establecimiento privado en su conjunto a la red asistencial pública. Esa vinculación del establecimiento entero debe hacerse en las mismas condiciones para todos, tanto en cuanto a las obligaciones que contraen como en cuanto a las facultades que asumen. Esta es, además, la mejor garantía de la igualdad de trato a los centros privados que se vinculen a la red pública, porque sería difícilmente aceptable que cada centro se vinculase en condiciones diferentes.

4.3 Conciertos

Esta modalidad de gestión indirecta, esta sí puramente contractual, tiene mayor predicamento desde el punto de vista de las prestaciones sociales competencia de las Administraciones Públicas en los ámbitos sanitario y educativo. Dentro del ámbito específicamente sanitario, la LGS enumera los siguientes supuestos en los que es posible la celebración de un concierto:

- Concierto sanitario cuyo objeto es la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a los que cuenta la Administración sanitaria
- Conciertos entre las Corporaciones Locales y el INSALUD, que no será objeto de análisis del presente trabajo al constituir herramientas de colaboración interadministrativa, no conciertos para instrumentar la colaboración de la iniciativa privada.

El régimen normativo, al igual que el convenio, también se construye sobre la concurrencia de dos títulos jurídicos: la homologación y el concierto. Los centros susceptibles de ser concertados deben ser previamente homologados según el procedimiento enunciado en el artículo 90.5 de la LGS. Al igual que en los convenios singulares, el legislador establece un trámite de clasificación que culmina en una resolución administrativa. La homologación es, por tanto, una condición previa para la concertación, y viene a ser una suerte de clasificación exigida a los contratistas en la legislación de contratos.

El contenido concreto de los conciertos se articula en un doble plano, de forma similar a lo que ocurre con los contratos administrativos típicos, en los que primero se elabora por parte de la Administración el Pliego de Condiciones Generales de los contratos, y en segundo lugar, se lleva a cabo el contrato propiamente dicho. Así, en primer lugar, los conciertos sanitarios son centros homologados están sujetos a un marco reglamentario: la Administración fija los requisitos y las condiciones mínimas, básicas y comunes aplicables a todos los conciertos (art. 90.4 LGS). Fijados sus presupuestos generales y constatada la necesidad asistencial, se pasa a la fase propiamente contractual, en la que en cada concierto se establecen los derechos y deberes de las partes.

En cuanto al usuario del servicio concertado, la LGS formula dos principios: el concierto debe asegurar el trato igual de todos los usuarios afectados por su aplicación y la Administración cuenta con los poderes de policía necesarios para garantizar el trato al paciente en las condiciones pactadas.

En resumen, el concierto sanitario es una modalidad de contrato administrativo para la gestión de servicios públicos. Su calificación como tal determina la integración de su régimen jurídico con las disposiciones que el TRLCSP dedica a esta clase de contrato administrativo típico. En este caso, además, y a diferencia de lo analizado en el convenio singular, no se produce la publicación de la organización y funcionamiento del centro concertado,

teniendo, eso sí, la Administración potestades de inspección y control en dicho hospital privado.

4.4 Concesión

Pese a tratarse de *“la forma de colaboración por excelencia entre el sector privado y el público para la prestación de servicios públicos”*¹³⁰, esta forma de gestión ha tenido un carácter casi inédito en nuestro país siendo como es una figura perfectamente utilizable para llevar a cabo la gestión indirecta de las competencias que las Administraciones sanitarias tienen encomendadas. De hecho, hay pocos ejemplos de su uso y estos únicamente se han dado por parte de las Comunidades Autónomas.

Esta figura de la concesión ha suscitado opiniones positivas, llegándose a afirmar que la misma *“combina lo mejor del ‘mundo público’ y del ‘mundo privado’”*¹³¹, al reservar por un lado la Administración la titularidad del servicio, lo que le permite a la Administración un control exhaustivo, pero sin tener que participar en la gestión. Por otro lado, se produce la gestión “empresarial” de la entidad, pero sin la titularidad de la misma, lo que garantiza el disfrute del derecho constitucional de la protección de la salud. Por lo tanto, se garantiza la equidad a través de la titularidad pública y el logro de la eficiencia a través de la gestión privada.

La concesión tiene dos variantes: la versión pura de gestión de servicio público y la de concesión de obra pública. En la primera de ellas, una vez construido, el inmueble es recibido por la Administración y se incorpora al patrimonio público, si bien, en virtud del contrato, se otorga su uso y el de sus instalaciones al concesionario. A partir de entonces, el empresario cobra una cantidad capitativa por cada uno de los habitantes a los que debe atender

¹³⁰ FUENTETAJA PASTOR, J.A, en la obra colectiva citada de LINDE PANIAGUA, ENRIQUE, pág. 1088

¹³¹ DOMÍNGUEZ MARTÍN, MÓNICA, obre citada, pág. 207

(población protegida), cantidad a la que se suma el importe de los servicios prestados a otros pacientes por motivos de urgencia y de la que se detrae la atención prestada por otros centros sanitarios. El objeto, pues de de la concesión sanitaria es doble: la construcción del centro sanitario y la prestación posterior de los servicios sanitarios. En el caso de la concesión de obra pública sanitaria, en cambio, no se incluye en el objeto del contrato la prestación de los servicios sanitarios, que son asumidos por la Administración sanitaria a través de la obra pública, limitándose aquel a la explotación de la obra en sentido estricto.¹³² Y es que en este último caso, el contrato de concesión de obra pública no sirve para gestionar servicios sanitarios públicos porque éstos no son “explotables”. La gestión con obra previa (primer caso) llama al contrato administrativo de gestión de servicios públicos, en su modalidad concesional.

Se podría decir, en este sentido, que la concesión de obra pública sanitaria “es una forma nueva de contratar lo mismo”¹³³, ya que en cualquier hospital público los servicios no sanitarios se prestan (cuando no de forma directa), mediante contratos administrativos de servicios (limpieza, seguridad, cafetería, aparcamiento...) La fórmula del contrato de concesión de obra pública reduce a un único contrato la prestación de todos esos servicios complementarios y comerciales, que concede a un único empresario, otorgándole un largo tiempo de explotación (40 años según el artículo 244.1 de la TRLCSP), para que pueda compensar la inversión previa de construir un inmueble de uso sanitario con recursos propios. Las prestaciones sanitarias quedan excluidas.

Un último apunte interesante a la hora de estudiar esta figura es su distinción respecto al convenio singular, ya que ambas, a pesar de ser en cierta medida parecidas, presentan significativas diferencias. En el caso de los hospitales

¹³² FUENTETAJA PASTOR, J.A, en la obra colectiva citada de LINDE PANIAGUA, ENRIQUE, pág. 1088

¹³³ VILLAR ROJAS, FRANCISCO JOSÉ. “La concesión administrativa de obra pública como nueva fórmula de gestión de servicios sanitarios” en la revista “Derecho y Salud”, volumen 14 (Extraordinario XIV Congreso Derecho y Salud), marzo 2006, pág. 15

vinculados mediante convenio, la titularidad es privada y es la empresa la que efectúa el desembolso para la creación y puesta en funcionamiento del hospital, proporcionando después, a través del convenio, la asistencia sanitaria a la población protegida. Por el contrario, en el caso de las concesiones administrativas, la titularidad del hospital es pública, esto es, es la Administración la que proporciona los medios y recursos de su titularidad a la empresa privada que accede a la gestión y explotación del hospital garantizándole, igualmente, la fuente de ingresos, ya que la población asistencial está asegurada al ser la propia población que tiene derecho a asistencia sanitaria.

5. LA GESTIÓN AUTONÓMICA DE LA ATENCIÓN SANITARIA: RASGOS COMUNES

5.1 Distribución competencial de la sanidad

El modelo de descentralización sanitaria adoptado en España aparece diseñado en la CE y en los Estatutos de Autonomía que posteriormente fueron aprobados para las respectivas Comunidades Autónomas. La CE atribuye a las Comunidades Autónomas competencias exclusivas sobre *“sanidad e higiene”* (art. 148.1.21). En el artículo 149.1.16 se atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre sanidad exterior, así como sobre las *“bases y coordinación general de la sanidad”* y la legislación sobre productos farmacéuticos. El punto 17 del mismo artículo y párrafo atribuye también al Estado la competencia exclusiva en una materia con repercusiones sobre la organización de los servicios sanitarios: la relativa a la *“legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas”*

En esta materia, las reglas de distribución de competencias quedaron muy pronto asentadas por la STC 32/1983, de 28 de abril, que perfiló con precisión el alcance del art. 149.1.16. En su virtud, es competencia del Estado: la sanidad

exterior, la legislación sobre productos farmacéuticos, las bases de la sanidad interior (el mínimo común normativo que asegure la igualdad en el derecho a la protección de la salud en todo el territorio nacional), la coordinación sanitaria general (que persigue la integración de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones) y la alta inspección (competencia de vigilancia, de cumplimiento de las normas estatales, instrumento de comprobación y verificación).

La jurisprudencia constitucional ha establecido que las competencias sobre las bases permiten llevar a cabo la regulación de principio y general de las actuaciones públicas relativas a la tutela de la salud¹³⁴. Se interpreta por el TC que las indicaciones constitucionales imponen una regulación uniforme de un complejo organizativo y servicial coherente y racionalizado. Es decir, se apunta a la necesidad de que las bases no se desglosen en legislaciones particulares y segmentadas, sino que se conjuguen al servicio de un modelo sanitario único, en cuyo marco deben producirse de modo armónico todas las regulaciones precisas para la tutela de la salud.

En todo caso, puede concluirse que queda en manos de las Comunidades Autónomas un margen de actuación muy amplio, configurado por la atribución a las mismas del desarrollo legislativo y de la ejecución en materia de sanidad interior.

Desde un punto de vista organizativo, todos los Estatutos de Autonomía confieren las competencias sanitarias a las respectivas Comunidades Autónomas, y una vez habiendo adquiridas estas, pasan a ostentar una autonomía casi ilimitada en la formulación y ejecución de políticas sanitarias, disponiendo el Estado central de medios reducidos para controlar y evaluar la actividad política de estas comunidades en el ámbito sanitario.

¹³⁴ STC 32/1983, de 28 de abril, STC 1/1982, de 28 de enero, STC 42/1983, de 20 de mayo, STC 102/1985, de 4 de octubre; STC 111/1986, de 30 de septiembre, entre otras

La concreción organizativa de las competencias sanitarias tiende, en un primer momento, a la reproducción del modelo estatal para la organización de sus servicios asistenciales, agrupando en un organismo autónomo la red transferida de la entidad gestora, trasladando el modelo INSALUD. Esta situación se produjo en las siete Comunidades que asumieron en primer lugar las competencias sanitarias: Andalucía, Canarias, Cataluña, Comunidad Valenciana, País Vasco, Galicia y Navarra.

En todo caso, el comportamiento de las diferentes Comunidades Autónomas, sobre todo de estas primeras en asumir las competencias, no ha sido el mismo y desde comienzos de los años noventa del siglo pasado, se cuestiona abiertamente el modelo heredado y se buscan alternativas.

5.2 Rasgos comunes en la gestión sanitaria por parte de las Comunidades Autónomas

La reforma operada en el Estado fue influida por las experiencias de las autonomías que ya tenían transferidas las competencias sanitarias, pero resulta evidente que, al igual que éstas reprodujeron el modelo estatal con anterioridad, la reforma de 1997-2000 dejó su impronta no sólo en la organización de los servicios sanitarios de las autonomías que recibieron las transferencias sanitarias con posterioridad, sino en la totalidad del SNS.

De este modo, si bien hay diferencias entre los modelos organizativos, éstas, en muchas ocasiones, residen en las distintas denominaciones que se atribuyen a formas organizativas similares y, de otro lado, al hincapié o mayor uso que algunas Comunidades Autónomas han efectuado de ciertas formas de gestión.

De forma general, se pueden realizar las siguientes afirmaciones en torno a las diferentes formas de gestión previstas en la legislación autonómica:

- Lo más frecuente es optar por un prestador principal de los servicios públicos sanitarios que coincide con el servicio de salud personificado respectivo, ya que todas las autonomías han optado por formas de personificación pública de estos servicios, ya sea organismos autónomos o diversas denominaciones que se encuadran dentro de la figura de ente público que se somete al Derecho privado en ciertos aspectos

- Junto al prestador principal, frecuentemente se han constituido otras formas de personificación a la que se les encomiendan la prestación de servicios sanitarios, siendo las más usuales las entidades públicas de Derecho privado, empresas públicas o fundaciones privadas en mano pública.

- Lo que no se hace, prácticamente en ningún caso¹³⁵, es optar por atribuir a estos centros o establecimientos sanitarios forma jurídica de organismo autónomo. Es decir, fuera de la personificación del correspondiente Servicio de Salud, cuando se opta por dotar de personalidad jurídica a los centros o establecimientos sanitarios se hace para acudir a figuras jurídico-privadas o a formas jurídico-públicas, pero sometidas preferentemente al Derecho privado.

- Otra opción organizativa es la posibilidad del establecimiento de acuerdos, convenios, conciertos o fórmulas de gestión integrada o compartida con entidades públicas. En esta línea, resulta muy común que

¹³⁵ Únicamente se tiene constancia del organismo autónomo local Hospital Universitario de Canarias (HECIT) constituido por el Cabildo de Tenerife, cuya finalidad es la atención hospitalaria, citado por DOMÍNGUEZ MARTÍN, MÓNICA, en obra citada, pág 348

la legislación recoja una habilitación para la constitución de consorcios de naturaleza pública o, de manera innominada, de otras fórmulas de gestión integrada o compartida con entidades de naturaleza o titularidad pública o privada sin ánimo de lucro, con intereses comunes o concurrentes. A su vez, estos consorcios, que no constituyen una forma de gestión (ni directa ni indirecta) pueden dotarse de organismos instrumentales.

- En definitiva, la legislación autonómica apuesta claramente por las opciones organizativas de naturaleza o titularidad pública. Sin embargo, con más o menos restricciones, sólo excepcionalmente permite que la administración sanitaria acuda a fórmulas de gestión en la que intervengan entidades privadas con ánimo de lucro

- Por último, lo común es que se recoja una cláusula general que habilita para la creación o participación en cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho

6. CONCLUSIONES

La reforma acometida en el ámbito sanitario a partir de la Ley 15/1997 rompía con el esquema organizativo mantenido hasta el momento y con toda una cultura de gestión del servicio público cimentada a lo largo del siglo XX y cristalizada en la LGS. Por tanto, se encontró (y se sigue encontrando) con varias posturas críticas, de las que gran parte inciden en señalar la presunta intención privatizadora de este empeño.

Cabe decir que estas acusaciones son en cierta medida infundadas. En primer lugar, el significado y alcance de la expresión “privatización” no es en absoluto unívoco y puede comprender: la entrega al mercado de tareas que hasta un momento dado estaban reservadas a la Administración, la simple venta de acciones o participaciones en empresas de las que eran titulares organizaciones

jurídico-públicas a particulares, o la organización de una actividad hasta entonces desarrollada en régimen de Derecho público bajo una forma total o parcialmente regida por el Derecho privado, siendo éste el único reproche de privacidad que cabe hacer al empleo de nuevas formas de gestión, que constituyen por tanto una huida del Derecho Administrativo.

Este fenómeno en el ámbito sanitario ha sido justificado por dos razones fundamentalmente (que en realidad se pueden reconducir a una): la seguridad jurídica y la eficacia. En cuanto a la primera de ellas, ya hemos apuntado que el modelo de gestión directa consagrado, siquiera implícitamente, en la LGS fue superado por diversas regulaciones autonómicas (Cataluña, Andalucía...) En este contexto, se dictaron las normas estatales para evitar cualquier duda, establecer con claridad que la fórmula organizativa debe adecuarse a la realidad cambiante y recoger en las leyes del Estado los criterios adoptados por las Comunidades Autónomas. Pero comentaba que las dos razones se podían reconducir a una porque, si las autonomías citadas iniciaron su propio camino de reforma, en gran parte fue justificado debido al principio de eficacia.

Este principio está presente tanto en la CE¹³⁶, como en la LGS¹³⁷, entendiéndose que en contenido del mismo resulta de la suma de los siguientes elementos¹³⁸:

- Consagra un bien o interés jurídico de orden constitucional

¹³⁶ Art. 103.1.1 *“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*

¹³⁷ Art. 7 *“Los servicios sanitarios [...] adecuarán su organización y funcionamiento a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad”*

¹³⁸ SANCHEZ-CARO, JAVIER, en la obra colectiva citada de PAREJO, L., LOBO, F. y VAQUER, M. pág. 154

- Tiene un contenido amplio, capaz de permitir diversas opciones legislativas, de forma que su concreción corresponde al legislador ordinario en relación a lo que sea el interés general
- Obliga a todas las Administraciones Públicas
- Alcanza a la organización de la Administración, a su funcionamiento y se proyecta sobre todos los servicios públicos en un sentido amplio

En vista de lo anteriormente expuesto, la aparente contradicción que supone huir del Derecho administrativo pero mantener una personalidad de Derecho público responde a que ésta es la vía para lograr la máxima flexibilidad y libertad en su funcionamiento. En concreto, la personalidad pública libera de aspectos engorrosos de la legislación mercantil (control de la competencia desleal, normativa sobre el abuso de la posición dominante...) y permite ostentar potestades administrativas. Por otro lado, al tratarse de empresas públicas, pueden obviar las leyes generales sobre formación de la voluntad de las Administraciones Públicas y, sobre todo, sus mecanismos de control, recurrir a normas privadas en materia de contratación, personal y patrimonio, y actuar bajo un régimen presupuestario menos exigente, todo ello con vistas a *“mejorar la eficacia del Sistema Nacional de Salud”*¹³⁹

A este punto de vista se interponen dos objeciones básicas: en primer lugar, que trasluce un pesimismo radical en torno a la gestión pública o administrativa y las posibilidades de su actualización, y, en segundo lugar, la consagración de una libertad casi total de autoorganización administrativa, al permitir la utilización de cualesquiera formas de gestión de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho.

¹³⁹ Exposición de Motivos de la Ley 15/1997

En cuanto a la primera de ellas, se incurre en la “*creencia de (infundada e irreal) en la ausencia de verdadera especificidad en la gestión pública [...] y en la intercambiabilidad de la eficacia y eficiencia públicas y privadas, sumadas a la asunción de la segunda como modelo*”¹⁴⁰ De la misma se deduce sin más que sólo se puede ser eficaz y eficiente a través del pluralismo de los agentes gestores y de la dotación de éstos con una autonomía análoga a la privada. De esta forma, se alimenta el desprecio de las técnicas propiamente administrativas.

Gran parte de esta falsa suposición viene motivada por la confusión entre la capacidad jurídico-privada (que está basada en la autonomía de las personas y, por tanto, permite un ámbito más amplio de actuación) con la jurídico-pública que en realidad es la competencia. Mediante esta confusión se produce la situación en la que un órgano administrativo dotado de cierta competencia se entiende que puede, en ejercicio de esta capacidad de organización, crear otra organización que puede tener una forma que no sería posible en quien los crea¹⁴¹.

Es decir, y planteamos así la segunda objeción antes indicada, la potestad de autoorganización se entiende ilimitada, cuando la misma no deja de ser una potestad administrativa sujeta a los principios constitucionales, entre ellos la interdicción de la arbitrariedad y la proporcionalidad.

En este sentido, diversos pronunciamientos judiciales (principalmente en el ámbito de la responsabilidad patrimonial) han incidido en el hecho de que la creación de entidades públicas personificadas forma parte de la potestad de autoorganización, siendo por tanto legítima, pero su ejercicio no puede ocultar el

¹⁴⁰ PAREJO ALFONSO, LUCIANO, en la obra colectiva citada de PAREJO, LOBO Y VAQUER, pág. 34

¹⁴¹ Según PAREJO ALFONSO, LUCIANO (en la obra colectiva citada de PAREJO, LOBO Y VAQUER, pág. 32) “*Se admite que la Administración, por efecto taumatúrgico de la potestad de organización, puede crear órganos derivados que quedan exceptuados [...] de las exigencias del estatuto constitucional de la Administración*”

carácter ficticio de su personalidad, ni menos aún modificar las condiciones o el alcance de las obligaciones de la Administración matriz.¹⁴²

Se da la circunstancia adicional que, en el campo de la gestión sanitaria la reorganización de la gestión realizada configura un verdadero «subsistema», dotado de lógica propia, dentro del sistema sanitario público legalmente definido por la LGS y aún vigente, *“en términos tales que en modo alguno garantizan una inserción mínimamente adecuada de aquél en éste”*¹⁴³; y que si bien aspira a servir de modelo y, por tanto, a su generalización en todo el sistema, de hecho no se generaliza efectivamente y ni siquiera se garantiza que su generalización tenga lugar, es decir que el éxito de la reorganización esté en entredicho.

Además, el proclamado objetivo de la consecución de la autonomía de gestión aparece muy desdibujado por la regulación que de la misma hace el RD 29/2000 y es que esta autonomía que esta disposición reconoce a las entidades instrumentales sanitarias difiere poco del régimen jurídico de los centros sanitarios tradicionales al volver a consagrar la dependencia respecto al INSALUD, con lo que se da una incuestionable relación de instrumentalidad, deviniendo ficticia la autonomía de gestión.

A todo lo anteriormente expuesto hay que añadir que la opción de descentralización por la que se ha apostado de manera exclusiva es la funcional, sin tener en cuenta la preferencia constitucional de la descentralización territorial, sobre todo cuando habría tenido como destinatario potencial a la Administración local.

¹⁴² Se habla en este caso del *“levantamiento del velo de la personalidad”*, solución con amplio eco jurisprudencial. Dentro de las sentencias más significativas en este sentido, la Sala 3ª del TS en su sentencia de 4 de junio de 1992 dispone que *“la personificación como instrumento de la potestad organizativa de la Administración no puede utilizarse por los entes públicos para eludir el cumplimiento de sus obligaciones y derechos que consagra el ordenamiento jurídico”*

¹⁴³ BLASCO LAHOZ, J.F.: *“El Sistema Nacional de Salud y la ordenación de los servicios sanitarios”* en la revista *Aranzadi Social*, Ed. Aranzadi, Pamplona 2001, pág. 66

Cabe indicar, como consideración final, que esta reforma de la gestión de la sanidad se puede reconducir a través del camino esbozado por el artículo 111 de la Ley 50/1998 con la creación de la figura de la fundación pública sanitaria. Es decir, sin cerrar la puerta a la posibilidad de constitución de entidades con personalidad jurídica propia, encomendar la gestión directa a organismos públicos, limitando en la medida de lo posible el recurso a personificaciones jurídico-privadas que constituyen los más frecuentes ejemplos de intentos de huida del Derecho administrativo. Todo ello sin perjuicio de la gestión indirecta, para cuya implantación el modelo concesional se revela como el más adecuado.

BIBLIOGRAFÍA

- Alzaga Villaamil, Oscar (dir.) *“Comentarios a la Constitución Española de 1978”*. Madrid. Edersa. 1997
- Bauzá Martorell, Felio José *“La desadministración pública”* Ed. Marcial Pons, Madrid. 2001
- Blasco Lahoz, José Francisco: *“El sistema nacional de la salud y la ordenación de los servicios sanitarios”* en la revista *Aranzadi Social*, Ed. Aranzadi, Pamplona 2001
- Domínguez Martín, Mónica: *“Las formas de gestión de la sanidad pública en España”* Ed. La Ley, Madrid 2006
- Fernández Pastrana, José María: *“El servicio público de la Sanidad: el marco constitucional”* Cuadernos Civitas, Madrid, 1984
- Fuentetaja Pastor, Jesús Angel: *“La intervención de la Administración en la sanidad”*, en la obra colectiva coordinada por Linde Paniagua, Enrique *“Parte especial del Derecho Administrativo: La intervención de la Administración en la sociedad”* Colex, Madrid. 2007
- Lafarga i Traver, Josep Lluis: *“El consorcio: un instrumento al servicio del consenso en la gestión de los servicios sanitarios. La*

experiencia de Cataluña” Revista Derecho y Salud, vol. 2, Enero-diciembre 1994

- Lorenzo García, Rafael de (dir.) *“Comentarios a la Ley de Fundaciones y de incentivos fiscales”* Madrid, Escuela Libre y Marcial Pons. 1995

- Parejo Alfonso, Luciano, Lobo, Félix y Vaquer Caballería, Marcos (coord.) *“La organización de los servicios públicos sanitarios”*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000

- Rebollo Puig, Manuel, *“La responsabilidad patrimonial en la gestión indirecta de los servicios públicos sanitarios: concesiones y conciertos”* en la revista *“Derecho y Salud”* vol. 8, núm. 1, Enero-junio 2000

- Vaquer Caballería, Marcos: *“Las nuevas formas de organización instrumental de la Administración sanitaria”* en la revista *“Boletín Aranzadi Administrativo 2/1999”* Ed. Aranzadi. Pamplona. 1999

- Villar Rojas, Francisco José: *“Responsabilidad en la gestión directa. Especial referencia a las nuevas formas de gestión: fundaciones”*, VIII Congreso Derecho y Salud. Santiago de Compostela. 1999

- Villar Rojas, Francisco José. *“La concesión administrativa de obra pública como nueva fórmula de gestión de servicios sanitarios”* en la revista *“Derecho y Salud”*, volumen 14 (Extraordinario XIV Congreso Derecho y Salud), marzo 2006.