



FORMAS JURÍDICAS DE LA ORGANIZACIÓN SANITARIA

Derecho público y Derecho privado en la provisión pública de servicios sanitarios

José Luis Gómez de Hita

FORMAS JURÍDICAS DE LA ORGANIZACIÓN SANITARIA

Derecho público y Derecho privado en la provisión pública de servicios sanitarios

José Luis Gómez de Hita

2000



Catalogación por la Biblioteca de la EASP

GÓMEZ DE HITA, José Luis

Formas jurídicas de la organización sanitaria: derecho público y derecho privado en la provisión de servicios sanitarios/ José Luis Gómez de Hita. Granada: Escuela Andaluza de Salud Pública, 2000. - (Monografías; 25)

1. Legislación sanitaria. 2. Servicios de salud. I. Título. II. Serie.
NLM Classification WA 32

ESCUELA ANDALUZA DE SALUD PÚBLICA
Campus Universitario de Cartuja. Apdo. de Correos 2070
18080 Granada España

ISBN: 84-87385-49-4



Depósito Legal: GR-568/00

Maquetación y cubierta: Cristina Pando Letona

Imprime: Gráficas Alhambra

Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida ni transmitida en ninguna forma ni por ningún medio de carácter mecánico ni electrónico, incluidos fotocopia y grabación, ni tampoco mediante sistemas de almacenamiento y recuperación de información, a menos que se cuente con la autorización por escrito de la Escuela Andaluza de Salud Pública.

Las publicaciones de la Escuela Andaluza de Salud Pública están acogidas a la protección prevista por las disposiciones del Protocolo 2 de la Convención Universal de Derechos de Autor.

Las denominaciones empleadas en esta publicación y la forma en que aparecen presentados los datos que contiene no implican, de parte de la Escuela Andaluza de Salud Pública, juicio alguno sobre la condición jurídica de los países, territorios, ciudades o zonas citados o de sus autoridades, ni respecto a la delimitación de sus fronteras.

La mención de determinadas sociedades mercantiles o del nombre comercial de ciertos productos no implica que la Escuela Andaluza de Salud Pública los apruebe o recomiende con preferencia a otros análogos.

De las opiniones expresadas en la presente publicación responden únicamente los autores.

FORMAS JURÍDICAS DE LA ORGANIZACIÓN SANITARIA

Derecho público y Derecho privado en
la provisión pública de servicios sanitarios

José Luis Gómez de Hita

con prólogo de
José Luis García de Arboleya

y

preámbulo de
José Martínez Olmos

José Luis Gómez de Hita

Licenciado en Derecho. Universidad de Córdoba
Master en Salud Pública y Administración Sanitaria. EASP
Técnico Función Administrativa.
Servicio Andaluz de Salud
Jefe de Servicio de la Consejería de Salud.
Junta de Andalucía
Profesor Colaborador. EASP

José Luis García de Arboleya

Excmo. Sr. Consejero de Salud de la Junta de Andalucía

José Martínez Olmos

Licenciado en Medicina y Cirugía. Universidad de Granada
Master en Salud Pública y Gestión Sanitaria. EASP
Profesor Área de Gestión Sanitaria. EASP
Coordinador del Master en Salud Pública
y Administración Sanitaria. EASP

A mis padres,
ejemplo y estímulo constante

A la memoria de
José Luis Miño Fugarolas

«Una generación construye las ciudades;
una hora las destruye.
Las cenizas se hacen en un instante;
un bosque, en mucho tiempo.»

Séneca
(Cuestiones naturales, 3,27,2)

ÍNDICE

Agradecimientos	15
Prólogo	17
I. Introducción	21
A. Preámbulo	21
1. Las reformas sanitarias y sus razones	21
2. Lo relevante y lo accesorio en las reformas sanitarias	27
3. La organización sanitaria como condicionante de los enfoques empresariales	33
B. Objetivos. El caos terminológico	36
C. Metodología de exposición	38
D. Delimitación. La provisión pública de servicios sanitarios	39
1. Financiadores	39
2. Compradores	39
3. Proveedores	40
II. Análisis histórico. Por qué existen tantas Administraciones	43
A. Situación de partida	44
B. Primer cambio	45
C. Segundo cambio	50
III. Situación actual. Las formas jurídicas de provisión pública de servicios sanitarios. El <i>menú</i>	55

A. Gestión directa	62
B. Gestión indirecta	74
C. Gestión mixta	75
D. Formas de vinculación	75
E. <i>Menú</i> disponible	76
IV. Estudio descriptivo de las formas jurídicas	79
A. Formas de gestión directa	80
1. Las formas sin personalidad diferenciada	80
2. El organismo autónomo	91
3. La entidad pública empresarial	110
4. El organismo autónomo de carácter administrativo... ..	117
5. El organismo autónomo de carácter comercial, industrial, financiero o análogo	127
6. El ente de Derecho público o ente público	134
7. La sociedad mercantil de titularidad mayoritariamente pública	146
8. La Administración independiente	176
9. Los entes atípicos	186
10. El consorcio	190
11. La fundación creada por entidad pública	207
12. La fundación pública sanitaria	245
B. Formas de gestión indirecta	261
1. La cooperativa	261
2. La sociedad laboral	274
3. La sociedad mercantil de titularidad mayoritariamente privada	283
4. La fundación creada por persona privada	296
C. Formas de gestión mixtas	297
1. La gestión interesada	297
2. La sociedad de economía mixta	298

D. Formas de vinculación	301
1. El convenio	301
2. El concierto	311
3. La concesión	324
4. El arrendamiento	328
E. Otras formas de gestión	330
1. Tipología de formas jurídicas en las Comunidades Autónomas que han aprobado regulación específica..	330
2. Otras formas de organización	338
3. Resumen y conclusiones de las formas de gestión ...	339
V. Estudio descriptivo de los regímenes jurídicos	347
A. Régimen jurídico público	348
1. Recursos humanos	348
2. Adquisición de bienes y servicios	350
3. Régimen financiero	352
B. Régimen jurídico privado	354
1. Recursos humanos	354
2. Adquisición de bienes y servicios	356
3. Régimen financiero	356
VI. Esbozo de estudio crítico	359
A. Aspectos generales	360
B. La gestión de recursos humanos	368
C. La gestión de recursos materiales	377
D. La gestión de recursos financieros	380
E. La posición del usuario	383
F. La viabilidad del modelo	389
Conclusiones	397
Bibliografía	403

Normas jurídicas citadas	421
Abreviaturas utilizadas	425
Glosario de términos	431

AGRADECIMIENTOS

A la Escuela Andaluza de Salud Pública, por la posibilidad que me brinda de desarrollar y publicar este estudio. Especialmente a Natxo Oleaga, a Pepe Martínez Olmos, a Manuel Bobenrieth y a Giulia F. Avagliano.

A la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía y al Servicio Andaluz de Salud, donde desarrollo mi vida profesional y donde he aprendido mucho de lo que aquí se contiene.

Muy especialmente a Ana, por su apoyo y paciencia infinitas, y a mis hijos, José Luis y Ana, por las muchas horas que les he robado por dedicarlas a esta publicación.

PRÓLOGO

Durante la última década, uno de los aspectos de la sanidad que han sido más controvertidos, que han sido objeto de debate profesional y también social ha sido sin duda ninguna el de la introducción en el sistema de nuevas formas de gestión. Nuevas formas de gestión que han apuntado en general a cambios en la forma jurídica de los servicios de salud o de alguna de sus partes con el objetivo de lograr una mayor efectividad en el cumplimiento de sus fines y una mejor capacidad para controlar sus costes.

Diversas Comunidades Autónomas, hace ya algunos años, comenzamos con estas experiencias singulares. En Galicia se iniciaron algunas fundaciones sobre hospitales o servicios de nueva creación; en Cataluña fueron formas de gestión privada sobre la base de consorcios públicos; y en Andalucía constituimos algunas empresas públicas para hospitales de nueva creación (Costa del Sol, Poniente de Almería y Andújar en Jaén) y para nuevos servicios como son los que se integran en EPES-061. La experiencia es variada y la casuística ha permitido que se hayan podido evaluar estas experiencias desde diferentes puntos de vista.

No voy a entrar en estas limitadas líneas a detallar los aspectos de la evaluación de nuestras nuevas formas de gestión. Pero sí es importante resaltar que lo más relevante, desde mi punto de vista, no es qué ventajas o desventajas aporta tal o cual forma jurídica. Todas tienen fortalezas o debilidades. Para mí lo más relevante es si la fórmula elegida permite garantizar correctamente un control público y social de las instituciones, así como el contexto estratégico donde se ubican o las orientaciones

estratégicas que van a marcar su funcionamiento. Por ello, en Andalucía, hemos optado por dos estrategias diferenciadas pero complementarias.

Por una parte introducir la figura de la empresa pública en centros de nueva creación, aprovechando las ventajas de poder llevar adelante una gestión empresarial junto a una garantía de control público de las mismas, ya que obligan a una creación por Ley, sus presupuestos son aprobados y se da cuenta de ellos al Parlamento, son regidas por verdaderos Consejos de Administración y no puede ser fragmentado al control privado ni un ápice de su capital o patrimonio. Por otra, a través del Plan Estratégico del Servicio Andaluz de Salud y de la coordinación que permite el sistema sanitario público de Andalucía bajo la tutela directa de la Consejería de Salud, ofrecer un entorno estratégico de cooperación y colaboración entre las instituciones. Todo ello sin intercambios mercantiles y sin promover la competencia financiera entre instituciones, paso peligroso por cuanto fomenta una cultura de insolidaridad que sólo puede ir en perjuicio de los ciudadanos.

Esta obra, que tengo el placer de prologar, nos ofrece un abordaje muy interesante del estado de la cuestión en nuestro país, ofreciendo una panorámica para el debate técnico de las diferentes opciones que en mi opinión es brillante y exhaustiva. Por ello quiero felicitar a la Escuela Andaluza de Salud Pública y a sus autores, por la aportación que hacen a la reflexión y al debate. Sin embargo también quiero llamar la atención sobre lo que les he comentado: ningún instrumento de gestión, entiéndase forma jurídica, es en sí mismo bueno o malo. Todos aportan ventajas e inconvenientes, lo cual no significa que sean inocuos. Los hay que son más frágiles a la hora de garantizar la adecuada integración de nuestro sistema sanitario y de reforzar su carácter público. Ésta es a mi entender una razón de peso para no optar por ellos, ya que existen orientaciones estratégicas diferentes.

Aquellos que apuesten por la introducción de mercados internos, la competencia a ultranza y el mercantilismo en las relaciones de servi-

cio está abonando el terreno para la fragmentación y la privatización de nuestra sanidad, como lo demuestra ya la experiencia de otros países.

Nosotros apostamos firmemente desde Andalucía por un sistema público de salud bien integrado, cooperativo, pero a la vez moderno y lleno de nuevas oportunidades de mejora. Creemos que esto será clave para el futuro y en estos escenarios deberán enjuiciarse las nuevas formas de gestión de la sanidad.

Recomiendo, por tanto, la lectura de esta obra que no sólo es rigurosa sino también interesante y estimulante para todos los que nos encontramos comprometidos por una sanidad más justa, más equitativa, más solidaria y más sensible a los deseos y expectativas de nuestros ciudadanos.

Febrero de 2000

José Luis García de Arboleya Tornero
Consejero de Salud de la Junta de Andalucía

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

A. PREÁMBULO

1. Las reformas sanitarias y sus razones

En los últimos años los países desarrollados, en general, han iniciado procesos de reformas y de cambio en sus sistemas de salud que han generado grandes debates e importantes análisis en relación con los contenidos, el alcance, las limitaciones y las consecuencias de las diversas medidas aplicadas.

La necesidad de dar respuesta a problemas financieros que dificultaban atender el continuo crecimiento de los costes sanitarios, la escasa implicación y motivación de los profesionales de la salud (con especial preocupación en médicos y enfermeras), y la creciente insatisfacción de los ciudadanos con determinados aspectos del funcionamiento de los servicios sanitarios tales como listas de espera, dificultades en la elección de médico, centro o servicio, originaron, entre otras razones, cambios y reformas en el funcionamiento de los servicios de salud

En general, las medidas de reforma desarrolladas han tenido exageradamente denominadores comunes para todos los países inmersos en este tipo de transformaciones, aunque es cierto que también pueden apreciarse en su concreción peculiaridades específicas propias de la realidad y la idiosincrasia de cada uno de ellos (M. Olmos, 1998; Martín Martín, 1998; Irigoyen, 1999; López-Casasnovas, 1999).

Así, medidas del tipo de la separación de las funciones de financiación, compra y provisión de servicios, la introducción o incremento de la competencia en el interior del sistema sanitario, los incrementos

reales o ficticios en la capacidad de elección de los ciudadanos respecto a profesionales y servicios, la mejora y formalización de la autonomía de los profesionales médicos, el incremento de los niveles de riesgo en la gestión de los recursos o la búsqueda de la eficiencia en la gestión, son los principales elementos que forman parte de los denominadores comunes del menú de reformas aplicadas desde finales de los años ochenta hasta la actualidad.

En nuestro país, desde que en 1978 la Constitución Española, que da soporte al actual régimen democrático, estableció el derecho a la protección de la salud como uno de los derechos fundamentales recogido en su artículo 43.1 y hasta la actualidad, puede decirse que el sistema sanitario público ha tenido un desarrollo y una expansión de tal magnitud, que han hecho que hoy sea uno de los sistemas públicos de provisión de servicios con mayor complejidad en el panorama de las organizaciones públicas españolas.

Es por ello que en los últimos 20 años puede decirse que se ha producido un impresionante crecimiento de recursos de todo tipo; tanto recursos humanos como materiales, centros hospitalarios y de atención primaria, tecnologías y equipamientos cuya expansión ha propiciado, en definitiva, un gran desarrollo y una gran extensión del sistema

En grandes cifras podemos decir que en poco menos de un cuarto de siglo, se ha incrementado el gasto en salud en términos de PIB pasando de 3,7 a un 7,5%; tenemos muchos más hospitales y más centros de atención primaria, se ha incrementado la cobertura del sistema de aproximadamente un 80% a finales de los años setenta a la practica totalidad de ciudadanos a finales de los noventa y tenemos más médicos y más profesionales de enfermería, al tiempo que han aparecido nuevas profesiones cuyas actuaciones se identifican claramente como parte de la oferta del actual sistema sanitario (Elola, 1991).

El gran incremento en los costes del sistema, la gran cantidad de recursos humanos que gestiona, la importante cualificación de los mis-

mos, los grandes y continuos avances tecnológicos de la medicina, la aparición continua de nuevos problemas de salud, el envejecimiento de la población, las nuevas demandas y expectativas de los ciudadanos y otras muchas cuestiones, han condicionado la aparición de una reflexión. Ha habido debates sobre los problemas de nuestro sistema sanitario y principalmente, sobre las soluciones a dichos problemas dada la evidente necesidad de adaptarse ante todos estos cambios ocurridos en el entorno más inmediato de los sistemas de salud.

Las características propias de nuestra peculiar evolución política que hace que hasta principios de los años ochenta no comencemos la construcción paulatina de nuestro actual sistema político democrático, y con él el actual Estado de las Autonomías (que al estar aún inconcluso condiciona también la financiación y la organización del sistema sanitario), ha condicionado incorporarnos a la reflexión y al debate sobre la problemática del sistema de salud algunos años después que lo hicieran otros países desarrollados tales como Reino Unido, Holanda, Suecia o Canadá, entre otros.

No obstante lo anterior, nuestra trayectoria de cambios y reformas sanitarias no se diferencia en lo esencial de la iniciada y desarrollada por dichos países, de cuyas experiencias se han nutrido las propuestas y las iniciativas que han caracterizado los procesos de reforma en España

De este modo fue en 1991 cuando por primera vez se produjo una respuesta formal a la preocupación de las autoridades ante los problemas del sistema sanitario español con la constitución por acuerdo parlamentario, de la Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional de Salud presidida por D. Fernando Abril Martorell; esta Comisión realizó el primer diagnóstico de situación riguroso de nuestro sistema sanitario con el cual muchos de los actores principales de la sanidad española, (profesionales, sindicatos, asociaciones científicas, usuarios y partidos políticos), mostraron un acuerdo generalizado (Comisión de Análisis y Evaluación del SNS, 1991).

Las medidas que esta Comisión propuso no gozaron sin embargo de idéntico consenso dada las valoraciones que se realizaron sobre la naturaleza, los contenidos, el alcance, las limitaciones y las consecuencias de las mismas.

En síntesis, se proponía un cambio profundo en la organización general del sistema al recomendar cuestiones tales como la separación de funciones, la limitación en el crecimiento de los costes, la delimitación de un catálogo básico de prestaciones, la transformación de los centros sanitarios en organizaciones de carácter empresarial, la desaparición del régimen funcionarial en las relaciones laborales de los profesionales sanitarios y su sustitución por el régimen laboral común, el establecimiento de *copagos* en el coste de medicamentos a jubilados y pensionistas o el incremento del peso del sector privado en la provisión de servicios sanitarios, entre otras muchas recomendaciones.

De esta manera nos incorporamos con cierto retraso al debate sanitario prevalente en Europa ya que, al parecer, según opinión de los expertos compartíamos problemas y soluciones con muchos de los países desarrollados; pero es la primera vez que en la historia reciente de la sanidad española se argumenta la necesidad de acometer transformaciones radicales para conseguir “supuestamente” la consolidación del sistema y evitar su desaparición.

Concretamente, el Informe Abril y las recomendaciones abren la puerta a la denominada segunda reforma sanitaria que se caracterizó por sus contenidos *gerencialistas* y por el intento de incorporar herramientas propias de la gestión empresarial al trabajo directivo de los servicios sanitarios (Irigoyen, 1996).

La apocalíptica visión que sobre el sistema sanitario español se transmitía en el citado informe y sobre todo, los desafortunados debates que prosiguieron a la publicación del mismo, no contribuyó a hacer viables de inmediato el conjunto de cambios propuestos.

No obstante, fue a partir de la publicación del Informe cuando se produjeron los cambios más relevantes en el sistema sanitario español desde la promulgación de la Ley General de Sanidad en 1986.

Así, la separación de funciones, (aunque en muchos casos “virtual”), la introducción de sistemas de dirección por objetivos mediante el establecimiento de contratos programa entre los servicios centrales de los órganos de dirección de los servicios de salud y los directivos de hospitales y unidades de gestión de atención primaria o los contratos entre gerencias hospitalarias y de primaria y servicios clínicos, ligando resultados a incentivos más o menos potentes y atractivos, son algunas de las medidas introducidas en la gestión de los servicios de salud en los primeros años de la década de los noventa.

Este tipo de reformas e innovaciones en la gestión de los servicios, que podemos denominar “reformas marginales” se hicieron de manera generalizada y coincidieron con la introducción de reformas e innovaciones en la gestión de los servicios más radicales cuya expresión más evidente fue la aparición de “experiencias piloto” que dieron lugar a la configuración de diversos centros hospitalarios y servicios de atención sanitaria de emergencias bajo fórmulas organizativas empresariales al amparo de la legislación vigente para la gestión empresarial pública.

Aparecieron así a mediados de los noventa hospitales y otros servicios sanitarios con forma organizativa de empresa pública y fundación, cuya normativa de funcionamiento permite una gestión de recursos humanos basada en relaciones contractuales regidas por el Derecho laboral común y una gestión de recursos económicos y materiales con mayor flexibilidad y agilidad en la gestión; su característica fundamental es la de ser organizaciones sometidas a controles públicos del tipo de las auditorías que evitan dificultades en la gestión por los tradicionales controles previos de la administración pública, que son valorados en muchos foros como una de las rémoras más importantes a la eficacia y a la eficiencia de los servicios públicos de salud españoles.

Al mismo tiempo, al ser factible en este tipo de organizaciones empresariales la disposición de tesorería propia, se considera que la gestión de los fondos económicos, (además de incentivar claramente la mejor gestión dado que los excedentes serían revertidos al propio centro), puede ser en estos casos más adecuada a las necesidades organizativas y por lo tanto, más proclive a la eficacia y eficiencia en el uso de los recursos públicos

Puede decirse que el denominador común de ambos tipos de planteamientos de reforma (las reformas marginales y las reformas radicales) ha sido la introducción de criterios de gestión empresarial en los servicios sanitarios, con mayor o menor profundidad y con mayor o menor fortuna en términos de eficacia, eficiencia y resultados.

En cualquier caso parece indudable que han producido uno de los cambios organizativos más relevantes ocurridos en los servicios públicos en general y en los servicios sanitarios públicos en particular en muchos años (M. Olmos, 1998; Martín Martín, 1998).

En España, a partir de la realización del Informe y de las recomendaciones de la Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional de Salud de 1991, se inicia la nueva reforma sanitaria que se caracteriza por la reorientación de los principios de la anterior reforma (que se fundamentaba en las bases de la Atención Primaria de Salud definidas en la Conferencia de Alma Ata de 1978), hacia los principios gerenciales que desde mediados de los ochenta comienzan a impregnar los cambios y las reformas sanitarias en Europa (Irigoyen, 1999).

Desde entonces nada es igual en el interior de los servicios sanitarios españoles; muchos esfuerzos de todo tipo (de imagen, de comunicación, de formación y divulgación entre los profesionales sanitarios, de debate político sectorial e incluso de investigación), han girado en torno a estas innovaciones que paulatinamente han introducido principios y herramientas de gestión empresarial en los servicios de salud.

Posteriormente a los efectos derivados del debate generalizado tras la publicación del Informe y las recomendaciones de la Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional de Salud, otro hito importante ha sido el intento de las autoridades sanitarias de nuestro país por realizar un nuevo ejercicio de reflexión conjunta sobre los problemas y las soluciones del sistema sanitario español.

Surge así de nuevo otra iniciativa del Parlamento Español por la que se propicia la creación de una Subcomisión para la modernización y consolidación del Sistema Nacional de Salud, que en diciembre de 1997 produce una serie de conclusiones asumidas en pleno del Congreso de los Diputados por todos los grupos parlamentarios excepto PSOE e IU (Revista de Administración Sanitaria, 1998).

Aun cuando la metodología de trabajo y los actores consultados en 1991 y en 1997 han sido diferentes y aún cuando las conclusiones tienen también algunas diferencias, puede decirse que hay un parecido muy importante entre las recomendaciones de ambos informes.

De esta forma puede apreciarse que este nuevo informe parlamentario arrastra el "pecado original" aparecido en el anterior Informe de argumentar abundantemente sobre la necesidad de transformar los centros sanitarios en organizaciones empresariales; de hecho pone más énfasis, si cabe, que el anterior informe por transformar la gestión de los centros sanitarios en una gestión empresarial recomendando la utilización de las diversas fórmulas jurídicas factibles en el panorama legal de nuestro país, reformado al efecto por la Ley 15/97 de 25 de abril sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud.

2. Lo relevante y lo accesorio en las reformas sanitarias

Debe señalarse que este debate sobre el tipo de reformas en gestión se ha mezclado sistemática e inevitablemente con un debate más

trascendente sobre la privatización del sistema sanitario público, tanto en lo que se refiere a las funciones de aseguramiento, como a las de financiación y provisión.

A ello es debido que no han faltado propuestas de reforma en la gestión de los servicios sanitarios que incluyeran medidas favorables al incremento del peso del sector privado en alguna o en todas las funciones señaladas

Bajo estas premisas, las propuestas de reformas y actuaciones que favorecen en alguna medida el incremento del peso del sector privado en las funciones del sistema de salud garantizan que el debate y la polémica, así como, las resistencias a los cambios estén servidos y además con argumentos sólidos y contundentes desde cualquiera de las posiciones en confrontación.

Algunos quieren hacer ver y argumentan que lo importante de las innovaciones en la gestión de los servicios de salud es considerar a éstas como meras reformas instrumentales que pretenden configurar a los centros sanitarios como estructuras organizativas con agilidad de gestión y, por lo tanto, capacitadas para mejorar la eficacia y la eficiencia en la gestión de los recursos.

Pretendemos con esta obra ayudarle a conocer el alcance y las limitaciones que tienen en términos normativos las organizaciones empresariales constituidas actualmente al amparo del Derecho público español así como aquellas que se puedan constituir en el futuro sujetas a la actual normativa vigente.

Se analizan por tanto estas organizaciones considerándolas en términos puramente instrumentales aún cuando sabemos que estrictamente no lo son.

Para que las organizaciones públicas de carácter empresarial pudieran considerarse realmente “meros instrumentos” de gestión y dejen

por tanto de ocupar el debate central sobre el presente y el futuro del sistema sanitario habría que cumplir previamente el requisito de que determinados principios y valores esenciales estén asegurados política, legal y socialmente; y esto no es así hoy en España.

Esta es una cuestión muy importante cuando se considera que la salud y el trabajo por mejorar la salud de las personas debe estar alejado del beneficio económico privado y que los avances de la medicina, tanto en términos preventivos como en términos asistenciales, curativos y de rehabilitación, han de ser accesibles a todas las personas sin discriminación alguna.

Es por eso que la pretensión de introducir dosis de gestión empresarial en la gestión de los servicios sanitarios tipo sistemas nacionales ha de considerar que los objetivos de equidad, universalidad, gratuidad en el acceso a las prestaciones y provisión pública deben ser preservados por encima de cualquier otra consideración.

Ello es así porque, aun con defectos y sin pretender negar la existencia de carencias que hay que afrontar, parece demostrado que los sistemas nacionales de salud son la única fórmula organizativa en la prestación de servicios sanitarios que se muestra capaz de conseguir niveles de salud cada vez mejores y por supuesto, desconocidos en la historia de la humanidad desde el punto de vista de la equidad y con un gasto en términos de producto interior bruto menor que sistemas basados en seguridad social o en sistemas privados. Para el caso de Andalucía, el impacto de su primer plan de salud en términos de esperanza de vida e indicadores de morbimortalidad es muy relevante e ilustrativo al respecto.

La aspiración de hacer extensivos al conjunto de los ciudadanos los beneficios de los avances médicos es ampliamente sentida en la sociedad española; no obstante los problemas que nuestro sistema sanitario tiene y el eco que los sectores contrarios a su consolidación dan a los mismos, hacen mella en la legitimidad social del propio sistema.

Asimismo, los problemas de gestión que el marco jurídico y administrativo español ocasiona son, junto a otros elementos, un importante condicionante de los bajísimos niveles de eficiencia en la gestión y de la desmotivación profesional que contribuyen también a deslegitimar socialmente la validez del sistema nacional de salud.

Estas son cuestiones muy relevantes que hay que considerar para la consolidación de un sistema con las características de aseguramiento único, que garantice universalidad, gratuidad, equidad, eficacia y eficiencia y cuyos principios están en juego con algunas de las actuales reformas.

Por ello, analizar en profundidad el alcance y las limitaciones que las diferentes fórmulas jurídicas vigentes en nuestro país ofrecen para la gestión sanitaria y, en su caso, decidir si ese camino emprendido a principios de los noventa debe ser recorrido por todos los centros sanitarios en España requiere a nuestro juicio cumplir con el requisito de asegurar la garantía de permanencia de los valores fundamentales que permitan disponer de un sistema nacional de salud a las actuales y futuras generaciones.

Estos valores de aseguramiento único y público, financiación pública, cobertura universal y gratuita y provisión mayoritariamente pública deben continuar siendo las claves para asegurar la equidad y el derecho constitucional a la salud en España. Son, además, los valores que tras la promulgación de la Ley General de Sanidad en 1986 han permitido a los españoles disponer del mejor sistema sanitario que jamás hayan podido tener y con indicadores de salud que soportan y superan la comparación con los del mundo desarrollado.

A partir de aquí, mejorar la eficacia y la eficiencia de los servicios sanitarios es además de un instrumento necesario para hacer mejor el trabajo de los servicios, una obligación y una exigencia de justicia social. Si frecuentemente la eficiencia está justificada, aún más debería estarlo

con la garantía de aseguramiento único y público, equidad y eficacia; nos referimos a la eficiencia en el uso de recursos de carácter público.

Se trataría, por tanto, de introducir más ética en la gestión de lo público a fin de hacer del uso eficaz y eficiente de los recursos públicos un valor permanente, pretendiendo modificar la trayectoria clara de ineficiencia que ha caracterizado hasta ahora a las organizaciones públicas de carácter burocrático.

Responder, como dice Irigoyen, a los renovados retos de incrementar la legitimidad del sistema, mejorar sus resultados y hacerlo viable en términos financieros es tremendamente difícil; sobre todo porque no existen modelos bien definidos ni estrategias de cambio claramente formuladas. Y además porque muchos de los cambios organizativos propuestos ponen en cuestión (o pueden ponerlos) los fundamentos de un sistema nacional de salud.

Dada la experiencia reciente de los cambios, los sistemas sanitarios han generado siempre expectativas desmesuradas respecto a sus resultados; se ha producido una especie de “vacunación anti-reformas” que hoy se manifiesta en un generalizado y patente escepticismo, así como una gran indiferencia ante la actual reforma en marcha que bien podría denominarse “tercera reforma sanitaria”. Tercera reforma que incluye tanto a los postulados gerenciales de la segunda reforma (con propuestas viejas del tipo de transformación de los centros sanitarios en organizaciones empresariales), como a los nuevos postulados basados en lo que se ha dado en denominar gestión clínica.

Se trataría así de realizar un nuevo tipo de reformas “discretas”, capaces de ser implementadas sin crear alarma con propuestas supuestamente cercanas a la naturaleza del trabajo de los profesionales sanitarios y en las que se trataría de impulsar un lenguaje y una actuación más cercana a la de los profesionales; el “nuevo” paradigma de la medicina basada en la evidencia es una clara prueba de ello.

Este nuevo enfoque de reformas “discretas” donde el impulso de la gestión clínica tiene un fuerte protagonismo, no requiere aparentemente la transformación radical de la organización burocrática hacia una formulación empresarial, aún cuando la gestión continúe teniendo su protagonismo como herramienta al servicio de la tercera reforma sanitaria en marcha.

Pero, en realidad, es una apuesta de transformación radical y, supuestamente, puede beneficiarse de la transformación de los actuales centros sanitarios en organizaciones de carácter empresarial.

La formulación de estas nuevas iniciativas de reforma que enfatizan en la generalización de relaciones contractuales entre estructuras desagregadas constituye la principal característica del enfoque de reforma actual. La consecuencia principal sería la transferencia de poder a gestores y el incremento de competencia entre unidades y servicios a fin de conseguir más y mejores resultados y, por lo tanto, (en la lógica empresarial), más y mejores recursos.

Surgen aquí los interrogantes respecto a las consecuencias posibles en los niveles de equidad, de eficiencia y de eficacia de los servicios sanitarios; también las consecuencias en lo que se refiere al papel del Estado en este nuevo escenario organizativo; y finalmente, sobre la viabilidad (sobre todo la necesidad real de hacerlo) de modificar una sólida y arraigada cultura profesional y organizativa que, basada en la ética imperante y aún con sus inconvenientes, ha sido motor de transformación y avance para el disfrute generalizado de los continuos y nuevos conocimientos médicos por el conjunto de la sociedad.

Es por tanto legítimo cuestionarse sobre los porqué de esta reforma y sobre los para qué de la misma; pero sobre todo sobre su viabilidad en términos de cambio organizacional.

3. La organización sanitaria como condicionante de los enfoques empresariales

Junto a los principios en los que se basa los sistemas nacionales de salud, las fórmulas organizativas vinculadas a la gestión empresarial pública han de ser capaces de responder a las peculiaridades que la organización sanitaria ofrece desde el punto de vista organizacional; lo habitual ha sido tratar de introducir miméticamente elementos de gestión empresarial que han funcionado tradicionalmente en el mundo empresarial, sin valorar que la organización sanitaria es, en muchos aspectos, radicalmente diferente a una empresa tal como la concebimos generalizadamente.

La difícil definición y medición del producto sanitario, la gran cualificación de sus profesionales que caracteriza a la organización sanitaria como organización profesional y que condiciona fuertes asimetrías de información entre ellos y los usuarios y entre ellos y los gestores, tiene como consecuencia la aparición de una relación de agencia de los profesionales con los usuarios, que a su vez se traduce en una gran capacidad de asignación de recursos. Estas son algunas cuestiones a considerar para valorar si este tipo de reformas empresariales son válidas para la naturaleza del trabajo que los centros sanitarios deben desarrollar a través de sus profesionales. Y todo ello con una población considerada como clientela, pero que sin embargo es propietaria del sistema en la medida que son titulares del derecho constitucional a la salud y partícipes de su financiación mediante el pago de impuestos.

Estas características, brevemente reseñadas, hacen necesaria una organización capaz de dotar de suficiente poder a los responsables de la misma para fijar los objetivos. Estos objetivos han de responder con equidad a las necesidades de salud de la población en el marco de una planificación en salud definida por la autoridad sanitaria con amplia participación política, profesional y ciudadana. Y a su vez, la nueva organización ha de ser capaz de dotar de suficiente autonomía a los profesionales para desempeñar su trabajo en las mejores condiciones

para hacer posible los mayores niveles de eficacia aplicando entre otras medidas, la medicina basada en la evidencia y tratando a los ciudadanos y pacientes como los elementos centrales de la organización.

Se trata, por tanto, de resituar el papel de todos los actores del sistema sanitario para que así, tanto directivos y gestores del sistema como profesionales y ciudadanos, encuentren una organización que sepa articular sus esfuerzos en la dirección de los principios, los valores y los objetivos de un sistema nacional de salud que beneficie al conjunto de la población.

En la actualidad, la apuesta más decidida en buena parte del territorio es la creación y generalización de las Fundaciones Públicas Sanitarias para la transformación de los hospitales del INSALUD en este tipo de organizaciones. De nuevo se está produciendo un debate en torno a la idoneidad de estas reformas para conseguir superar los desafíos que los servicios sanitarios tienen ante sí.

En cualquier caso, siendo cierto que la forma organizativa de los servicios sanitarios tiene su trascendencia para la eficacia, efectividad y eficiencia de la organización, también es cierto, como hemos comentado con anterioridad, que las transformaciones que suponen estos cambios no sólo afectan a las relaciones internas entre los principales actores organizativos (gestores, profesionales y usuarios) sino que también elementos de cultura organizacional y corporativa muy arraigados entre dichos actores.

El fundamento de este tipo de reformas constituido por núcleos de conocimiento gerenciales y empresariales parece más una moda sin espacio para matices y diferencias que un elemento que sea germen para la reflexión y para la acción y reacción a las innovaciones producidas. Tiene, por el contrario, características de “pensamiento único” capaz de olvidar cuestiones obvias ante toda estrategia de cambio: la necesidad de tener en cuenta los intereses prevalentes de los actores organizativos y las singularidades y especificidades de los lugares donde dicho cambio se pretende aplicar (Irigoyen, 1999).

Las características de los procesos de cambio vigentes en España desde hace una década hacen imposible disponer de espacios para el análisis y la consideración de realidades locales que siempre son capaces de condicionar y hacer fracasar propuestas de cambio que (con acierto por parte de los actores organizativos) son percibidas como remedios universales con virtualidad planetaria y fundamentadas en lógicas de pensamiento alejadas a las de los profesionales.

Surgen así estrategias por parte de dichos actores organizativos que el tiempo ha demostrado capaces de neutralizar e invalidar los contenidos esenciales del cambio propuesto haciendo realidad la máxima de cambiar todo para que nada cambie.

La experiencia ha demostrado que cualquier cambio organizativo juega sus posibilidades de viabilidad y éxito no en la explicitación de un modelo organizativo determinado tal como sucede en los planes estratégicos tan de moda en el sector sanitario en la actualidad, sino en disponer de una gran capacidad de administración del cambio entendiendo este como un proceso en el cual lo realmente importante es la dirección del cambio (Irigoyen, 1999).

Y ésta es una cuestión para la cual las administraciones públicas han dado sobradas pruebas de incapacidad para afrontar los retos que supone la propia consecución de los objetivos propuestos, dado que el éxito de estos objetivos produciría una enorme redistribución de poder a favor de gestores y directivos lo que evidentemente daría lugar a una enorme hostilidad en la organización sanitaria, como organización profesional que es.

Pero quizás el principal elemento a considerar estriba en el hecho de que una organización sanitaria tan fragmentada constituida por un conjunto heterogéneo de microorganizaciones implica, además de una novedad organizativa inédita, muchos riesgos.

El más relevante de los cuales está constituido por la hipotética reducción de los beneficios sanitarios obtenidos actualmente por los

usuarios si llega a operar realmente la tan temida selección de riesgos que ayudaría a incrementar la brecha de la desigualdad para la que generalmente los sectores sociales más desfavorecidos se muestran en peores posibilidades de actuar para neutralizar sus efectos adversos (M. Olmos, 1998; Martín Martín, 1998; Irigoyen, 1999).

Si consideramos que los sistemas sanitarios modernos no son fruto de una formulación puramente técnica sino del esfuerzo colectivo impulsado por determinados referentes políticos y sociales, las reformas sanitarias no deben tener sólo fundamentos técnicos, dado que la viabilidad de las mismas, y sobre todo sus consecuencias, se miden también en términos políticos y sociales.

En la medida en que la naturaleza de los sistemas sanitarios modernos, y en concreto nuestro sistema nacional de salud, albergan componentes técnicos, políticos y sociales que han dado lugar al actual estado del sistema, con sus luces y sombras, las reformas organizativas de las que trata esta publicación habrán de estar y estarán inevitablemente inmersas e impregnadas de argumentos técnicos, políticos y sociales.

Y lo menos a que debemos aspirar es a que sean argumentos explícitos y transparentes para la sociedad a la que un sistema sanitario tiene que servir. A ello pretendemos contribuir modestamente. Esperamos conseguirlo.

B. OBJETIVOS. EL CAOS TERMINOLÓGICO

En este debate se habla en términos no siempre claros para todos los actores; se habla de *privatizar* sin explicar qué se entiende por tal; se exalta la palabra *gestión* sin llenarla antes de contenido. Y cuando se es más preciso en el uso del lenguaje, la necesaria utilización de tecnicismos jurídicos (personalidad jurídica, régimen jurídico, servicio público, empresa pública, ente público, consorcio, fundación, sociedad estatal, etc.), lo único que consigue es confundir y enrevesar aún más el

debate. Para mayor dificultad, estos tecnicismos suelen ser polisemáticos: ni la legislación estatal, ni la autonómica o la local coinciden en sus terminologías ni en las regulaciones de fondo (Parada, 1991).

Con estas premisas, podemos enunciar los objetivos de este estudio, que son:

Objetivos generales:

- a. Ofrecer una visión básica, accesible, completa, rigurosa y crítica de las diferentes formas de organizar, desde el punto de vista jurídico, las organizaciones provisoras de servicios sanitarios públicos en nuestro país, con un enfoque eminentemente pedagógico y divulgativo.
- b. Facilitar el conocimiento de uno de los aspectos principales del debate sanitario, para enriquecerlo y acotarlo.

Objetivos específicos:

- a. Enumerar los fundamentos históricos de las alternativas existentes; las razones de por qué las cosas son hoy como son.
- b. Inventariar los modelos organizativos teóricos posibles en nuestra sociedad.
- c. Describir el régimen jurídico por el que se rige cada modelo (“las reglas del juego”).
- d. Hacer un esbozo de estudio crítico de los modelos enumerados desde diferentes puntos de vista, básicamente:
 - viabilidad del modelo desde la situación actual de partida;
 - organización interna;
 - gestión de recursos;
 - posición del usuario.

C. METODOLOGÍA DE EXPOSICIÓN

En primer lugar, en este capítulo I, centramos nuestro ámbito de estudio, explicando los motivos que lo justifican, y delimitándolo entre la enorme extensión del debate sobre la reforma sanitaria.

En el capítulo II explicaremos muy brevemente y desde un punto de vista histórico, cómo se alcanza la situación actual; ¿por qué las cosas son hoy como son y están organizadas como lo están? Este análisis histórico nos permitirá conocer los valores y principios que subyacen y condicionan los diferentes modelos, y su razón de ser.

A continuación (capítulo III) enumeraremos, a la vista de esa evolución histórica, las posibles formas jurídicas que pueden adoptar las organizaciones sanitarias, a la luz del Derecho actual. ¿Cuál es el *menú* de modelos para organizar la sanidad? ¿Qué modelos están en el debate y tenemos que conocer?

En cuarto lugar, en el capítulo IV llenaremos de contenido cada una de esas formas descritas: cómo nacen y mueren esas organizaciones, cómo se organizan, cómo funcionan, quién las dirige, cómo gestionan los recursos que poseen (personas, bienes, dinero), de dónde vienen esos recursos, etc.

Posteriormente, en el capítulo V haremos un estudio descriptivo del régimen jurídico público y del régimen jurídico privado en la gestión de recursos de los sistemas de provisión de servicios sanitarios. Aunque esto supone una excesiva simplificación del debate, permitirá una clara primera aproximación al tema para quienes desconozcan la gestión de recursos sanitarios desde una óptica jurídica.

Por último, en el capítulo VI, realizaremos un esbozo de análisis crítico, valorando la viabilidad, fortalezas y debilidades, amenazas y oportunidades y situación del usuario, ante cada uno de estos modelos organizativos.

Finalizaremos destacando algunas ideas básicas que se han vertido en el estudio durante su desarrollo y que interesa reafirmar y esbozaremos algunas conclusiones provisionales.

D. DELIMITACIÓN. LA PROVISIÓN PÚBLICA DE SERVICIOS SANITARIOS

En la organización y estudio de los sistemas sanitarios públicos suelen distinguirse varias funciones diferentes. Normalmente se habla de financiación, compra y provisión de servicios. Las funciones asignadas a cada nivel varían según el modelo sanitario de cada país. En general, y para delimitar nuestro estudio, se distingue:

1. Financiadores

¿Quiénes deben ser? Los financiadores principales son la Administración General del Estado y los Gobiernos Autonómicos.

¿Qué función deben realizar? Estas autoridades administrativas establecen las normas generales reguladoras de la asistencia sanitaria y asignan los recursos financieros disponibles (obtenidos vía impuestos), a los que han de actuar como compradores de servicios para la población afiliada en su territorio.

2. Compradores

¿Quiénes deben ser? Las Áreas de Salud.

¿Qué función deben realizar? Deben definir las necesidades de la población y sus prioridades. Conforme a la 9ª recomendación del *Infor-*

me Abril, con los recursos que le asigna el financiador, contratan (“compran”) con proveedores la prestación de servicios sanitarios, con el objetivo principal de conseguir para su población “afiliada” la mejor calidad en los servicios con los recursos disponibles. En los contratos se especificaría la calidad, cantidad y precio de los servicios previstos. Mediante ellos, los “compradores” podrían, progresivamente, responsabilizar a los proveedores de su rendimiento, mientras el Área se convierte en una especie de “Ombudsman” de la población asignada.

Además de esta función, fiscalizan el mantenimiento de las circunstancias de acreditación y el cumplimiento escrupuloso de los contratos y los contratos, y ejecutan las normas recibidas en materia de salud pública, prevención y promoción.

3. Proveedores

¿Quiénes deben ser? Los hospitales, centros de salud, médicos en equipo, o incluso, individualmente y oficinas de farmacia serían proveedores (por tanto, tanto públicos¹ como privados²).

¿Qué hacen? Cada proveedor presta determinados servicios sanitarios a población del Área. La determinación exacta de cuál es esa población, esa clientela, se hará, bien en el propio contrato firmado con el Área (por ejemplo, municipios “x” e “y”), o por la simple elección del cliente entre los proveedores contratados).

¹Consideramos *públicos* todos aquellos modelos organizativos que se incluyen en el concepto de *gestión directa de servicios públicos* según veremos en los siguientes capítulos.

²Para Saltman (1992b), en un contexto de competencia, es indiferente que la institución privada tenga o no ánimo de lucro pues, según el autor, de cara al responsable sanitario, ambas se comportan como si se tratara de instituciones con ánimo de lucro.

En este estudio se analizarán las diferentes formas jurídicas utilizadas por los poderes públicos en la provisión de servicios sanitarios. Sólo tangencialmente se hará alguna referencia a la forma de organización de las funciones de financiación y compra de servicios.

CAPÍTULO II

ANÁLISIS HISTÓRICO

Por qué existen tantas Administraciones

¿Por qué existen tantísimos órganos administrativos? Todos, como usuarios de servicios públicos, nos hemos sentido alguna vez perdidos en un mare mágnam burocrático³ de oficinas públicas y siglas que no entendemos, pero con el que, irremediabilmente, hemos de convivir. Dos ejemplos: Si, como buenos ciudadanos, intentamos cumplir diligentemente con nuestras numerosas, variadas y esotéricas obligaciones tributarias, acudimos a la oficina que estimamos correspondiente, donde un/a solícito/a funcionario/a nos matiza: “Esto no es la Delegación de Hacienda de la Junta de Andalucía; es la de la Administración del Estado. Pero lo suyo tampoco es aquí; eso lo debe Vd. presentar en la Agencia Estatal de Administración Tributaria”.

En el ámbito sanitario, en alguno de nuestros centros sanitarios, un diligente empleado de la Gestoría de Usuarios, inasequible al desaliento, puede llegar a explicar a un usuario pertinaz cosas como estas: “Esto no es la Seguridad Social, señora; tampoco es el INSALUD. Es lo mismo pero aquí se llama SAS; lo suyo, sin embargo, tampoco es en el SAS; es en la Delegación Provincial de la Consejería de Salud, que es parecido pero no es lo mismo, aunque está casi en el mismo sitio”.

¿Por qué lo hemos hecho todo tan complicado?

³“Burocrático” en el sentido en que emplea Niskanen este término, y no tal como es concebida por Mintzberg.

A. SITUACIÓN DE PARTIDA

Para tratar de entender esto (si es que tiene explicación) vamos a hacer un breve análisis histórico, dado que las cosas son así porque con el tiempo se han ido formando de esta manera. Como hemos visto, consideramos que la organización de los servicios públicos —tanto sanitarios como de cualquier otro orden— no es producto de una formulación teórica de carácter más o menos técnico, sino que es el resultado de esfuerzos colectivos desarrollados en el transcurso del tiempo en contextos políticos, sociales y económicos muy distintos. El análisis crítico de los modelos organizativos y las propuestas de reforma actuales sólo es posible si se conoce como se formó la situación actual.

Nuestro desarrollo histórico comienza en 1789, año por antonomasia de la Revolución Francesa. El alcance jurídico-político o jurídico-público de la Revolución fue muy diferente del alcance económico-social y en un sentido diametralmente opuesto. Desde el primer punto de vista, la Revolución Francesa supuso un vuelco en los valores prevalentes en la sociedad, y esos valores se han mantenido hasta nuestros días y siguen siendo los principios rectores de nuestra convivencia.

Hasta entonces, la sociedad tenía estructura piramidal con un vértice en la parte superior —el Rey— y unos de sus lados en la inferior —los súbditos—. El monarca es el soberano y tiene poder casi absoluto. Los súbditos carecen prácticamente de cualquier derecho en el orden público, debiendo casi exclusivamente sometimiento y obediencia (Garrido Falla, 1985). No existe separación de poderes que límite y controle el ejercicio del poder; un monarca absoluto dicta las reglas del juego, las ejecuta y juzga los posibles incumplimientos que los súbditos puedan hacer de estas reglas.

B. PRIMER CAMBIO

La Revolución Francesa supone la inversión de esa pirámide. En este sentido, García de Enterría (1994) recoge la siguiente expresión de Groethuysen: “Lo que primero se exige, es que el hombre no dependa del hombre, sino solamente de la ley impersonal”. Esta expresión recoge el espíritu del dogma Rousseauiano de la voluntad general, desarrollado en su *Contrato Social*, y origen de todo el pensamiento revolucionario, según el cual, la única posibilidad de encadenamiento del hombre, supuesto su nacimiento libre, es que la autoridad pública resida en la comunidad entera. Sobre la base del pacto social, actúa la voluntad general del cuerpo colectivo. Esa nota de generalidad es predicable, entre otras causas, por el carácter general de sus determinaciones, que es lo que resuelve el problema de la legitimidad: obedeciendo la voluntad general, no hago más que obedecerme a mí mismo, “seguir mi propio sentir vertido a lo general, el único sentir que me hace verdaderamente libre”. La voluntad general se manifiesta pues, en determinaciones generales; sólo la ley general es legítima como expresión de la voluntad general, y en esta voluntad general se incardinan, en cuanto poder soberano, todas las funciones públicas.

En esta situación, la soberanía ya no pertenece al Monarca, sino a la Nación —otra cosa es lo que se entiende por Nación; el sufragio universal llegaría mucho después— que se expresa a través del Parlamento. El Parlamento dicta las leyes (de ahí su nombre de *poder legislativo*), que son expresión de la voluntad nacional y controla la acción del Gobierno. El Gobierno sólo puede gobernar si cuenta con la confianza de la Nación, expresada en el Parlamento. El Gobierno se somete — como cualquier otro ciudadano — a las normas emanadas del Parlamento, y sólo puede actuar “en nombre de la ley. La función del Gobierno es ejecutar las leyes emanadas del Parlamento (de ahí su nombre de *poder ejecutivo*). La separación de poderes se completa con un *poder judicial* independiente respecto al ejecutivo y al legislativo, cuyos miembros son reclutados mediante criterios profesionales (oposiciones o sistema aná-

logo), y cuya función es resolver las controversias entre ciudadanos o entre estos y la Administración Pública por la aplicación de las leyes. En este contexto de división de poderes, ya no se habla de súbditos, sino de ciudadanos o de administrados. Se produce en definitiva —y esto es lo que nos interesa— un sometimiento del Estado al Derecho.

Conviene aquí abrir un paréntesis en nuestra línea argumental. La separación estricta de poderes tal como se concebía por los teóricos de la época —principalmente Montesquieu en su “El espíritu de las leyes” o Locke en “Ensayo sobre el Gobierno Civil”— nunca fue plenamente aplicada. La teoría entró en crisis desde el mismo momento en que se elaboró. Así, el Gobierno nunca ha sido sólo un mero ejecutor de las leyes dictadas por el Parlamento; por contra, hace funciones de Parlamento —dicta reglamentos⁴—, ejerce el Gobierno y la Administración sin que esa acción sea sólo “ejecución” de las leyes emanadas del Parlamento, incluso ejerce parte del poder judicial —resuelve recursos administrativos—. La justificación de esta “desvirtuación” del principio de separación de poderes es doble: por un lado, se explica por el carácter residual de los poderes del ejecutivo (Gobierno) que eran los que no habían sido arrebatados a la corona. En segundo lugar, se explica por una razón puramente práctica: el parlamento es demasiado lento y carece de formación técnica adecuada para adoptar determinadas decisiones, que son adoptadas por el Gobierno, ante necesidades perentorias, aun cuando implique inmiscuirse en la función del poder legislativo.

Pero volvamos al hilo de nuestro argumento. Si el Estado se somete a las normas, como lo hace cualquier particular, es preciso dotarlo de similar capacidad de actuación a la que tienen en el mundo del Derecho las personas físicas —los seres humanos—. Si el Estado ya no es el

⁴Como dice Cosculluela (1995) los reglamentos son las normas que aprueban el Gobierno y la Administración Pública. A diferencia de las Leyes no emanan de la voluntad popular dictada por los representantes directos del Pueblo. Por esta razón, los reglamentos tienen valor subordinado, no sólo a la Constitución sino también a las Leyes.

soberano, sino que obedece y debe cumplir las normas como otro particular, debe instrumentarse una forma para que ese “Estado”, que es algo intangible a diferencia de un ser humano, pueda firmar contratos, ser llevado a los tribunales, comprar y vender, etc.

¿Y cómo se consigue esto? Dotando a una parte del Estado —la Administración Pública— de personalidad jurídica. ¿Y qué es una *persona jurídica*? Según Albaladejo (1980), es una “organización humana encaminada a la consecución de un fin, a la que el Derecho acepta como miembro de la Comunidad, otorgándole capacidad jurídica”.

Como dice el mismo autor, no se trata de crear seres que no existen realmente, sino de atribuir (por razones de conveniencia u oportunidad) personalidad (capacidad jurídica, aptitud para ser titular de relaciones jurídicas —comprar, arrendar, invertir, etc.—) a ciertos entes, organizaciones, que tienen una realidad social (un municipio, un club deportivo, una sociedad anónima, un servicio regional de salud, un hospital), distinta a la de las personas físicas (seres humanos) que lo integran (los vecinos, los socios, los accionistas, los profesionales). Esta capacidad otorgada a organizaciones tiene, como es natural, las limitaciones propias de no ser un ser humano: una organización no puede, por ejemplo, hacer testamento, ni contraer matrimonio, que son instituciones reservadas a las personas físicas.

Conviene hacer aquí otra pausa en el hilo expositivo para definir y diferenciar entre sí dos conceptos que nos van a acompañar durante todo el estudio, y que aparecen ahora por primera vez; son los conceptos de *ente* y *órgano*. Aunque las teorías son infinitas y los significados también, generalmente se habla de *ente* para referirse a una organización dotada de personalidad jurídica. Por su parte, un *órgano* es “la unidad diferenciada del aparato organizativo de una persona jurídica a la que se atribuyen un conjunto de funciones para su resolución o gestión” (Coscolluela, 1995). De esta forma podemos decir que el *ente* es el género y el *órgano*, la especie.

La Administración General del Estado tiene personalidad jurídica única y está constituida por órganos jerárquicamente ordenados, según el artículo 2.2. de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (Ley 6/1997, de 14 de abril, que denominaremos en adelante, LOFAGE). Por tanto, toda la Administración General del Estado es una sola persona (un ente), y los ministerios, direcciones generales, servicios, etc. son sólo órganos (sin personalidad jurídica propia, distinta de la de la Administración General del Estado). Así pues, el Ministerio de Sanidad —por ejemplo— no compra bienes o contrata servicios, aunque tramite los expedientes; quien compra o contrata es la Administración General del Estado. Algo parecido ocurre en las Comunidades Autónomas. Así, por ejemplo, el artículo 34.2 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía dispone que la Administración de la Comunidad Autónoma actúa, para el cumplimiento de sus fines, con personalidad jurídica única.

Si, como hemos dicho, la Administración Pública —dotada de personalidad jurídica— se relaciona con un particular en plano de paridad, se aplican las mismas normas que en las relaciones entre particulares. Así, si la Administración de una Comunidad Autónoma quiere alquilar varias cocheras para resguardar de la intemperie sus vehículos, firmará un contrato civil con el propietario de las cocheras⁵, y esa Administración autonómica tendrá, en esa relación, la misma posición de arrendatario que si quien quisiera alquilar esas cocheras fuera un particular.

Sin embargo, no siempre es así. Si la Administración defiende en esa relación el interés general, la posición que ocupa ya no es la misma que la del particular que está al otro lado en la relación, sino que se sitúa

⁵En este caso, la preparación y adjudicación del contrato (toda la actuación interna de la Administración previa a la firma del contrato) se regulará por normas de Derecho público. Sus efectos y extinción (las relaciones con el propietario de las cocheras) se sometan al Derecho privado. Es la llamada teoría de los actos separables. Así queda recogida el artículo 9.1 de la Ley 13/95 de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

en una posición superior, con mayores poderes que le vienen dados por normas distintas a las que regulan las relaciones entre particulares; en estos casos, para mantener el equilibrio de poder entre las dos partes, también las garantías y derechos de quien se relaciona con la Administración son superiores. Por ejemplo, para construir un hospital de un servicio regional de salud, se expropian los terrenos de varios particulares; el interés público determina que sean precisamente esos terrenos y que se adquieran ya, mediante expropiación —compra forzosa—.

Como vemos el poder de la Administración es mayor que el de una persona *normal*; si lo necesita, puede comprar el terreno de quien quiera y cuando quiera, y lo compra aunque no se lo quieran vender. Paralelamente a este mayor poder de la Administración, el particular que lo sufre también tiene mayores garantías que el particular que vende su terreno en una compraventa civil (“normal”): se necesita que se declare el interés público para justificar ese poder exorbitante, se debe pagar el precio justo del bien antes de que sea ocupado por la Administración, si el bien deja de ser utilizado para el fin para el que se expropió debe revertir a su anterior propietario, etc.

La institución expropiatoria es sólo un ejemplo de este poder exorbitante que reviste a la Administración Pública cuando actúa con *imperium*. Otros poderes similares podrían ser: la potestad de dictar reglamentos de obligado cumplimiento, la de sancionar, la de modificar —con limitaciones— unilateralmente los contratos administrativos que firma, etc. Estas potestades no son un invento reciente; la mayoría surgen con la Administración moderna a partir de la Revolución Francesa y algunas, como la potestad expropiatoria vista en el ejemplo, se desarrollaron y se aplicaron en el Derecho romano.

C. SEGUNDO CAMBIO

Hemos visto cómo surge la Administración moderna a finales del S.XVIII por inversión de la pirámide de poder vigente hasta entonces, y hemos visto como se atribuye personalidad jurídica a esa Administración para que actúe en el tráfico jurídico con el sometimiento al Derecho que se le exige. Hemos visto asimismo que, en función del interés que represente en cada caso concreto, la Administración se somete a las mismas normas que los particulares o a normas diferentes y exorbitantes, y que su poder, y las garantías de la otra parte de los contratos, son diferentes en uno y otro caso. Pero nuestra evolución histórica no ha hecho más que empezar. Sólo hemos puesto las bases —vigentes aun hoy en su mayoría— de lo que ha venido después.

Desde comienzos del presente siglo, y principalmente desde el final de la Segunda Guerra Mundial, el papel de la Administración Pública ha cambiado radicalmente. Hasta esas fechas, la corriente de pensamiento dominante en el ámbito jurídico-político había sido el liberalismo, que había impregnado todo el S.XIX. En ese Estado Liberal de Derecho la característica que mejor definía la Administración Pública era la subsidiariedad. La Administración sólo debía actuar en aquellos aspectos que, considerándose necesarios, no eran asumidos por la iniciativa privada. Se trataba, básicamente, de los servicios de policía, justicia, defensa y representación exterior.

En materia de sanidad y en nuestro país, la Administración sólo ejerce las funciones de policía sanitaria, control de aguas, o salud pública. Tan es así, que la Administración sólo asume la beneficencia como una obligación cuando la Iglesia, por la desamortización, pierde la posibilidad de realizar estos cometidos (Muñoz Machado, 1995b; Martín Retortillo, 1991).

La grave crisis del Estado Liberal de Derecho del XIX y las amenazas de las dictaduras centroeuropeas, por un lado, y los regímenes

socialistas del Este por otro, exigen como única solución para salvar al Estado Democrático de Derecho llenarlo de contenido social⁶.

La teoría del Estado Social comienza a desarrollarse por Von Stein en 1850⁷ Su pleno desarrollo teórico se realiza por Hermann Heller en el período de entreguerras⁸ y su desarrollo práctico se realiza en las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial⁹. El Estado Social parte de la experiencia de que la sociedad, dejada total o parcialmente a sus mecanismos autorreguladores conduce a la pura irracionalidad, y que sólo la acción del Estado hecha posible por el desarrollo de las técnicas administrativas, económicas, de programación de decisiones, etc. puede neutralizar los efectos disfuncionales de un desarrollo económico y social no controlado (García Pelayo, 1985). La Administración Pública del Estado Social es intervencionista por definición, frente

⁶Sobre el paso del Estado Liberal de Derecho al Estado Social de Derecho, y sobre el concepto de Estado del Bienestar, la bibliografía es ingente. Por su extraordinaria calidad recomendamos García Pelayo, Manuel: *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*. Alianza Universidad. 2ª edición. 1985. En el ámbito de los sistemas sanitarios Muñoz Machado, Santiago: *La formación y crisis de los sistemas sanitarios públicos*. Alianza Editorial. Madrid. 1995.

⁷Ese año, Von Stein escribía que había terminado la época de las revoluciones (se refería a las de 1830 y 1848) y de las reformas políticas, para comenzar la de las revoluciones y reformas sociales.

⁸Heller se enfrenta a la crisis de la democracia y del Estado de Derecho que se ha convertido en una idea que, o no significa nada, o es incapaz de encarar los dos frentes en que se despliega la irracionalidad: por un lado, la irracionalidad del sistema capitalista, generadora de un nuevo feudalismo económico, del que es encubridor el Estado *formal* de Derecho. De otro, la irracionalidad fascista. La solución no está en renunciar al Estado de Derecho, sino en darle un contenido económico y social.

⁹La idea de Estado social fue constitucionalizada por primera vez en 1949 por la Ley Fundamental de Bonn (Constitución de la República Federal de Alemania —RFA—), al definir la RFA, en su artículo 20, como un “Estado federal, democrático y social” y en su artículo 28 como un “Estado democrático y social de Derecho”. Por su parte la Constitución española de 1978 establece en su artículo 1.1: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho”.

al carácter subsidiario visto, y beligerante en el orden social y económico. Hoy el papel de la Administración en materia sanitaria dista mucho del carácter de subsidiariedad visto. Hoy la Administración asume la protección de la salud, su organización y tutela, como un mandato constitucional¹⁰.

El aumento continuado del papel que la Administración Pública ha ido asumiendo en materia sanitaria desde comienzos del siglo XX en España, trajo como primera consecuencia organizativa, la imposibilidad de un crecimiento constante con única personalidad jurídica. Se hace ineludible diversificar los centros de toma de decisiones y los centros de responsabilidad de gestión.

Esta es una necesidad extrajurídica, inherente a toda organización, y queda claramente expuesta en el modelo de crecimiento organizacional desarrollado por Greiner (fig. 1).

Greiner desarrolla un modelo teórico de crecimiento y crisis de las organizaciones. Cada etapa de crecimiento de la organización es protagonizada por un elemento que actúa como motor de la organización (actividad, dirección, delegación, coordinación, etc.). El crecimiento de la organización en cada etapa va desbordando las posibilidades del elemento que actúa como motor (cuando la actividad aumenta se hace patente la falta de liderazgo; cuando la organización crece con una dirección fuerte, la crisis es por falta de autonomía, por excesiva centraliza-

¹⁰En desarrollo de la definición de España como Estado social, y en materia de nuestro estudio, el artículo 43 de la Constitución Española establece: "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 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". Por su parte, el artículo 41 dispone: "Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres".

ción en la toma de decisiones; cuando se resuelve ésta mediante técnicas de delegación, el crecimiento de la organización revela falta de control por descoordinación entre las unidades delegadas, etc.). En esta situación, o la organización soluciona cada crisis (creando dirección donde hay falta de liderazgo; delegando si hay excesiva descentralización; introduciendo fórmulas de coordinación donde la delegación ya es excesiva para el tamaño de la organización) o declinará.

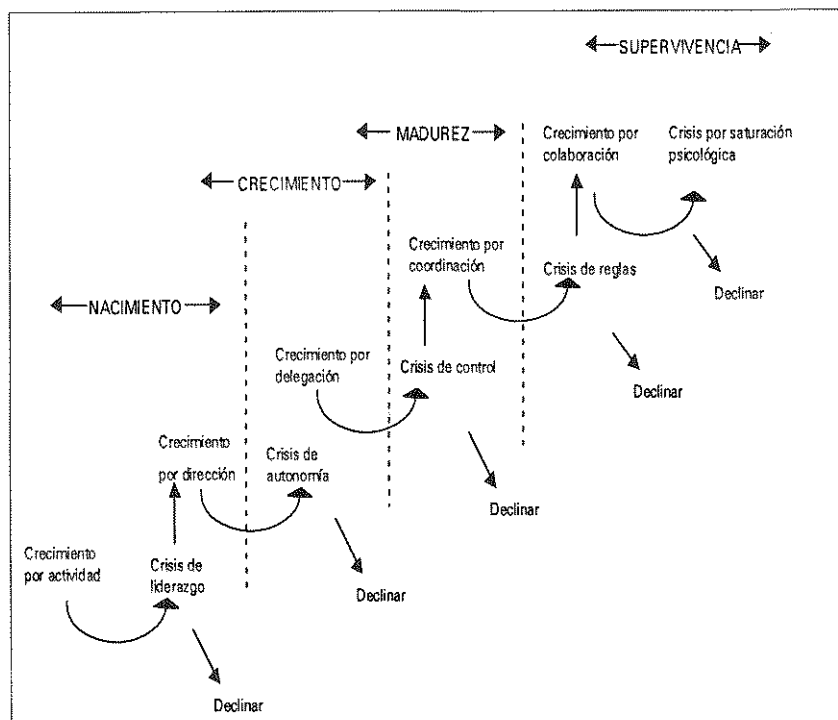


Figura 1. Crecimiento - Crisis

Modelo de crecimiento organizacional de Greiner (Robey, 1986)

Este modelo es aplicable también al desarrollo de las Administraciones Públicas y explica muy bien el porqué de muchas de las herramientas que veremos en los siguientes capítulos.

La crisis organizacional por complejidad, unido a las necesidades técnicas de gestión (introducir centros de decisión en grupos sociales parciales) y el argumento utilizado —que ya a comienzos de siglo comienza a ser generalizado— de que el Derecho público existente no permite la prestación óptima del servicio público encomendado, lleva ineludiblemente a la descentralización. La descentralización no supone la fragmentación, y sí la diversificación de Administraciones Públicas y entes públicos: el establecimiento de un “pluricentrismo” en el cumplimiento de las funciones que la Administración Pública tiene encomendadas¹¹ (Nieto, 1988).

En el ámbito sanitario, como en otros sectores de intervencionismo administrativo, hoy son apreciables dos modalidades de descentralización diferentes y coordinadas:

- Descentralización territorial: el Título VIII de la Constitución consagra el Estado Autonómico, y la Ley General de Sanidad afirma en su exposición de motivos que “el eje del modelo que la ley adopta son las Comunidades Autónomas”.
- Descentralización funcional: cada Administración crea una o varias personas jurídicas nuevas para la gestión de los dispositivos sanitarios. Así, la Administración del Estado crea el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD); las diferentes Comunidades Autónomas crean el Servicio Andaluz de Salud, OSAKIDETZA (País Vasco), el Servicio Catalán de Salud, OSASUNBIDEA (Navarra), SERGASA (Galicia), etc.

De esta forma, mediante la descentralización, mediante la creación de otras personas jurídicas integradas en el concepto genérico *Estado*, se ha ido organizando el Estado del Bienestar en España hasta hoy.

¹¹Nieto llama a este fenómeno “feudalización” de la Administración Pública. “Cada ministro —dice Nieto— dispone de un cortejo de Organismos Autónomos, a veces económicamente más ricos que su propio departamento, con cuyos cargos de dirección puede recompensar...”.

CAPÍTULO III

SITUACIÓN ACTUAL

Las formas jurídicas de provisión pública de servicios sanitarios

El *menú*

Como acabamos de ver, la creación de la Administración Pública moderna, la idea de Estado Social y el fenómeno de la descentralización funcional y territorial son las tres bases de la diversificación de Administraciones Públicas existente hoy. Con lo explicado hasta ahora, vamos a tratar en este capítulo de componer un esquema descriptivo de la situación actual, enumerando las formas jurídicas de la organización sanitaria.

Es necesario comenzar diciendo que en nuestro Derecho no ha existido y no existe, un esquema clasificador completo de la Administración Institucional ni del sector empresarial público, pese a los numerosos intentos legislativos. De este modo, actividades similares —por ejemplo, transportes— se han organizado en ocasiones a través de Entidades de Derecho público —RENFE— y en otras por medio de sociedades mercantiles —IBERIA, S.A.—. Se trata en definitiva del principio de intercambiabilidad de las formas jurídicas, conforme al cual, la elección de una u otra forma organizativa tiene siempre un valor relativo, puramente convencional (De la Serna, 1995).

Pero esta no es una carencia exclusiva de la Administración del Estado, producto de su largo devenir histórico. En la mayoría de las Comunidades Autónomas creadas desde la vigencia de nuestra Constitución, no existe una norma jurídica que, con carácter integral, establezca una clasificación general de la Administración Institucional y del sector empresarial público. Sólo cuatro comunidades autónomas han elaborado leyes en este sentido: Cataluña, Madrid, Baleares y País Vas-

co. Andalucía elaboró en 1989 un anteproyecto de *Ley de Estatuto de la Empresa Pública de Andalucía* que no llegó a ver la luz. Al final del siguiente capítulo dedicaremos un epígrafe a esbozar el contenido de estas disposiciones autonómicas (Montoya Martín, 1996).

Con todo, no faltan opiniones como la de Martín Retortillo (1988) que pongan de relieve la inutilidad de elaborar una *Ley General de la Empresa Pública*, a la vista de la heterogeneidad de formas jurídicas — que deben adaptarse a los fines asignados por la Administración—, así como a la subordinación a las más variadas coyunturas que caracterizan la intervención pública en la economía.

Consciente de la inexistencia de un catálogo cerrado de formas jurídicas de prestación de servicios públicos, la Ley 15/1997 de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, establece, con el ánimo de abrir la provisión de servicios sanitarios a todas las posibilidades organizativas admitidas en nuestro ordenamiento, dos únicas limitaciones: por un lado, mantener el carácter de servicio público de la asistencia; por otro, que las formas jurídicas de provisión de servicios han de tener en todo caso naturaleza pública o ser de titularidad pública.

La Ley 6/1997 de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) supone un avance muy importante en la racionalización de la Administración Institucional. Como dice su exposición de motivos, la Ley nace con la voluntad de regular en una sola Ley el régimen, la organización y los criterios de funcionamiento del aparato administrativo estatal; esto es, de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, para el desarrollo de su actividad. La Ley agrupa bajo el nuevo concepto de *organismos públicos* todas las entidades de Derecho público dependientes o vinculadas a la Administración General del Estado. El artículo 1.2 define los organismos públicos como las entidades de Derecho público que desarrollan actividades derivadas de

la propia Administración General del Estado, en calidad de organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes de ésta. Tienen por objeto la realización de actividades de ejecución o gestión tanto administrativas de fomento o prestación, como de contenido económico, reservadas a la Administración General del Estado. Pese a su indudable importancia, la Ley no agota la totalidad de las formas jurídicas de prestación de un servicio público como puede ser el sanitario; no constituye un inventario completo de modelos de organización.

Para cumplir la multitud de funciones que han ido y continúan asumiendo en los últimos cincuenta años, los poderes públicos han utilizado una gran variedad de modelos¹², con y sin personalidad jurídica propia. Estos modelos se han ido desarrollando según las necesidades de cada momento histórico y abarcan multitud de formas, y se relacionan entre sí en base a varios criterios o principios que presiden la organización administrativa. Entre estos principios destacamos cuatro, por la especial incidencia que tendrán en este estudio¹³:

¹²Debemos de partir, como dice De la Serna (1995) de la consideración de que la Administración Pública ejerce actividades denominadas de servicio público (a las que nos vamos a referir) junto a actividades ordinarias. La diferencia entre ambas formas de actuación está en que en la prestación de servicios públicos la Administración Pública ejerce actividades en ejercicio de la *publicatio*, que significa que la Administración Pública asume la titularidad de esa actividad, que consecuentemente queda excluida de la esfera de actuación de los particulares. En este tipo de actividades, los particulares tienen vedado el derecho propio y originario de los sujetos económicos a emprender la actividad. En el segundo caso (actividades ordinarias) no existe esa prohibición, y los particulares pueden, por tanto, junto a los poderes públicos, asumir la realización de la actividad.

¹³Además de los tres que desarrollamos, son también principios de la organización administrativa (Coscolluela, 1995): – La eficacia de entes y órganos de la Administración, u orientación de la actividad a la consecución de los objetivos marcados; – La coordinación, o actuación funcionalmente coincidente de varios órganos dentro de sus respectivas competencias en un marco finalista único que incumbe a la Entidad en la que todos ellos están integrados; – La desconcentración (como alternativa a la concentración), es la atribución genérica de las competencias resolutorias a los órganos inferiores de la

- Competencia. Es el conjunto de poderes de actuación o de funciones, en relación con determinadas materias, atribuido por las normas a cada órgano o ente. Utilizando un ejemplo, diremos que entre el Estado y una Comunidad Autónoma no existe relación de jerarquía, sino de competencia. Si, por ejemplo, el Estado es quien se ocupa de la sanidad exterior, no es porque el Estado *sea más* que la Comunidad Autónoma y *no la deje* intervenir en esto, sino porque la Constitución, en el reparto de competencias, decidió que esto debía hacerlo el Estado.
- Jerarquía. Es el principio que liga a los órganos inferiores con los superiores en el seno de un mismo ente. No supone desplazamientos en el ejercicio de la competencia. Sólo se da entre órganos de la misma división de la organización, y dentro de la misma persona jurídica (por ejemplo, es la relación que liga a un Consejero con los directores generales de *su* Consejería, y que no existe respecto de los directores generales de otra consejería). Los caracteres principales de la jerarquía son:
 - Los órganos ligados por jerarquía tienen competencias comunes.
 - El superior puede dictar órdenes al inferior que son de obligado cumplimiento.
 - Si el inferior incumple las ordenes recibidas, es responsable disciplinariamente de ese incumplimiento.
- Descentralización. Es la atribución genérica de las competencias resolutorias a las Entidades —personas jurídicas— creadas por una Entidad matriz. La diferencia principal de la descentralización respecto de la desconcentración es que la descentralización se produce entre diferentes personas jurídicas y la

organización, siempre dentro de la misma Entidad, de la misma persona jurídica; – La autonomía, que es la capacidad de gestión independiente de una esfera de asuntos propios. – La colaboración entre entidades públicas, dado que todas ellas desempeñan funciones que integran el conjunto de los intereses públicos de un Estado. Se desarrolla a través de las técnicas de coordinación, colaboración y cooperación.

desconcentración se da siempre entre órganos de la misma entidad, de la misma persona jurídica.

- Control o tutela¹⁴. Es el principio que liga a un ente personificado filial con su ente matriz (por ejemplo, es la relación que une al Servicio Andaluz de Salud —ente filial— con la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía —ente matriz—).

 - A diferencia del principio de jerarquía, las competencias aquí no son comunes, lo que se demuestra porque el ejercicio de las competencias del ente filial no puede ser sustituido por lo órganos directos del ente matriz (por ejemplo, el Ministerio de Trabajo no podría liquidar las cuotas de la seguridad social, sustituyendo al Instituto Nacional de la Seguridad Social —INSS—, aunque éste sea un ente adscrito a aquel).
 - El ente matriz no dicta ordenes singulares, sino mediante la definición de una política específica, de unos objetivos a alcanzar, para cuya consecución el ente filial goza de autonomía (los contratos-programa entre Consejería de Salud y SAS son ejemplos claros de esto).
 - Los responsables superiores del ente filial no incurrir en responsabilidad disciplinaria por incumplir las directrices que le marca el ente matriz (aunque como éste los nombra, puede igualmente cesarlos, al tratarse habitualmente de una relación de confianza).

Recordemos, como ya vimos en el capítulo II, que la ciencia jurídica mayoritariamente habla de ente para referirse a una organización dotada de personalidad jurídica (la Junta de Andalucía o el Servicio Vasco de Salud, por ejemplo), mientras que órgano hace referencia a un elemento sin personalidad jurídica propia integrado en un ente (la

¹⁴La denominación tradicional de *tutela* es cada vez menos utilizada al entenderse que contiene connotaciones peyorativas de sumisión. Además, el término *control* permite realzar la autonomía de los entes sometidos a estas técnicas.

Consejería de Salud de la Junta de Andalucía o una Dirección General de OSAKIDETZA serían órganos, por ejemplo).

Partiendo de la inexistencia en nuestro Derecho de una clasificación tasada y completa de modelos organizativos, y esbozados los principios básicos de la organización administrativa, podemos comenzar a diseñar nuestro inventario teórico de formas jurídicas de la organización sanitaria. El esquema que desarrollamos a continuación, como todo esquema, es excesivamente simplista. La casuística es mucho más amplia, borrando en muchos casos las fronteras entre los modelos que vamos a definir que, cada vez con menor frecuencia, se presentan en estado puro¹⁵. La clasificación que hacemos es tan convencional como cualquier otra, pero puede cumplir adecuadamente nuestro propósito expositivo.

El criterio más extendido para clasificar las modalidades de prestación de servicios públicos es el criterio del riesgo económico y, bajo este prisma, distinguimos tres categorías (figura 2):

- Supuestos en que la Administración presta con sus propios medios el servicio de que se trate, asumiendo el coste económico de la prestación;
- Supuestos en que acude a la iniciativa privada que, asumiendo el riesgo económico, se implica en la prestación de los servicios públicos.
- Supuestos en que el riesgo es asumido por Administración e iniciativa privada conjuntamente.

¹⁵Ariño (1985) pone de manifiesto cómo frente a la relativa simplicidad de los “tipos” que circulaban en nuestro derecho público hace no demasiado tiempo, hoy asistimos a una situación que puede calificarse de caótica. Se ha abusado —dice el autor— de las formas jurídicas hasta el extremo de que en ocasiones el legislador parece uno de esos científicos de laboratorio, empeñado en experimentar con extraños “cruces”, que a veces dan lugar a híbridos o criaturas monstruosas o inviábiles. Hay sociedades de titularidad pública que en realidad son simples centros administrativos encubiertos o disfrazados, y últimamente van apareciendo ejemplos de corporaciones de derecho público que en realidad son organismos autónomos controlados por la Administración.

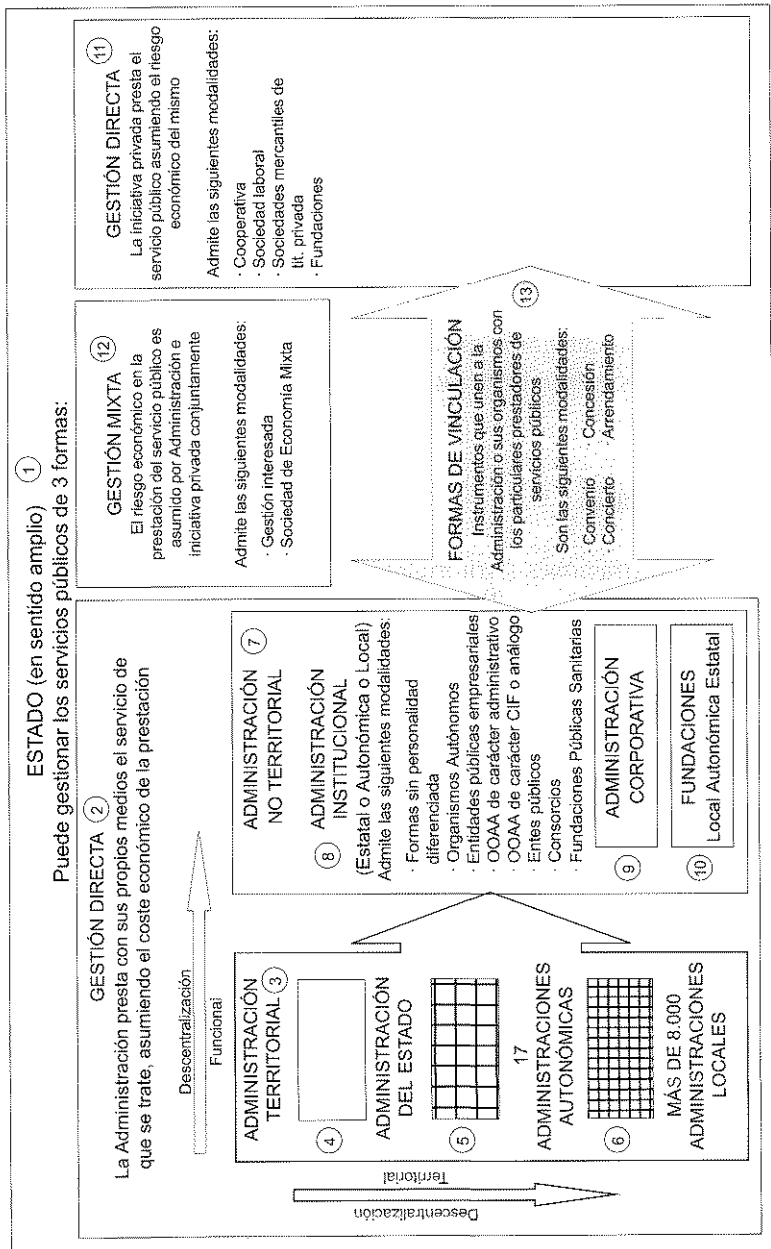


Figura 2. Esquema del Sector Público Español (Elaboración propia)

A. GESTIÓN DIRECTA

Dentro del concepto genérico *Estado* (nº 1 de la figura 2) como sinónimo de *poderes públicos*, existe una primera forma de prestación de los servicios públicos: la gestión directa de éstos por la Administración Pública (nº 2 de la figura 2). La nota distintiva de los supuestos de gestión directa de servicios públicos es que la Administración asume el riesgo económico que tal servicio conlleva.

Dentro de esta categoría, existen unas Administraciones llamadas territoriales y otras Administraciones llamadas no territoriales.

1. Territoriales

Las Administraciones territoriales (nº 3 de la figura 2) son de tres tipos¹⁶:

- a. Administración del Estado (nº 4 de la figura 2). El término *Estado* se utiliza aquí en sentido estricto. Tiene personalidad jurídica única¹⁷. Esto significa que toda la Administración del Estado

¹⁶El artículo 2.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone que “se entiende a los efectos de esta Ley por Administraciones Públicas:

- a) La Administración General del Estado.
- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
- c) Las Entidades que integran la Administración Local.”

El artículo 3.4 de la misma Ley establece que “cada una de las Administraciones Públicas actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única”. Similar concepto de Administración Pública se contiene en el artículo 1.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJ).

¹⁷El artículo 2.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, establece que “la Administración General del Estado, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, actúa con personalidad jurídica única”.

es una sola persona que incluye a todos los ministerios. Un ministerio no es una persona, sino un órgano de la persona Administración del Estado¹⁸. Los bienes, la responsabilidad, etc. no son de un ministerio, sino de la Administración del Estado. La Administración del Estado cuenta con órganos centrales (ministerios) y con órganos territoriales (periféricos) de cada uno de ellos (Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas y Subdelegados del Gobierno en las provincias).

- b. Administraciones de las Comunidades Autónomas. El nuevo modelo de organización territorial diseñado en el Título VIII de la Constitución ha permitido la creación de 17 Comunidades Autónomas (más dos ciudades autónomas: Ceuta y Melilla) (ver nº 5 de la figura 2). La Administración de cada Comunidad Autónoma tiene personalidad jurídica única¹⁹. Es válido aquí lo dicho antes para los ministerios respecto de la Administración del Estado, pero referido en este caso a las consejerías respecto a la Administración autonómica. También se organizan mediante órganos centrales (consejerías) y periféricos (delegaciones provinciales).
- c. Entidades que integran la Administración Local (nº 6 de la figura 2). La Administración de cada municipio, provincia (diputaciones), isla, etc. tiene atribuida personalidad jurídica propia²⁰.

¹⁸Recordemos los conceptos de *ente* y *órgano* expuestos en el apartado 2 del capítulo segundo de este estudio.

¹⁹Por ejemplo, en el caso de Andalucía en la Ley 6/1983 de 21 de julio, de Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma, en su artículo 34.2 dice que “para el cumplimiento de sus fines (la Administración de la Comunidad Autónoma) actúa con personalidad jurídica única”.

²⁰El artículo 140 de la Constitución establece: “La Constitución garantiza la autonomía de los municipios. Estos gozarán de personalidad jurídica plena”.

Por su parte, el artículo 141 establece: “La provincia es una entidad local con personalidad jurídica propia”.

En la actualidad son más de 8.100 las personas jurídicas que componen la Administración Local.

¿Cuáles son las notas distintivas comunes a las Administraciones Territoriales, que las diferencian de los otros tipos que veremos a continuación? Cosculluela (1995) establece las siguientes:

- Tienen capacidad para autodefinir los intereses públicos que van a servir, dentro del ámbito natural de intereses que le son propios (por ejemplo: el Ayuntamiento de Teruel no puede regular el estacionamiento de vehículos en las calles de Pontevedra, pues excede los límites de su término municipal; el Ayuntamiento de Teruel tampoco puede gestionar el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de los habitantes de Teruel, pues la competencia para ello corresponde a las Administración del Estado).
- Tienen atribuidas la generalidad de las potestades públicas propias de las Administraciones públicas (las principales potestades son: la reglamentaria, la sancionadora, la organizatoria, la tributaria, la expropiatoria, la de ejecución forzosa, la de coacción, la de investigación, deslinde y recuperación de oficio de sus bienes, y la de revisión de oficio de los actos administrativos).
- Extienden sus competencias potencialmente a todos los sujetos que se encuentran en su territorio.

Además del municipio y la provincia, tienen la consideración de entidades locales: la isla (en los archipiélagos balear y canario), las Entidades de ámbito territorial inferior al municipio (concejos, villas, etc. cuando se constituyan por las comunidades autónomas), las comarcas, las áreas metropolitanas y las mancomunidades de municipios (artículo 3 de la Ley 7/1985 de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local).

La normativa fundamental en materia de régimen local esta constituida por la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, y por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, que aprueba el texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local.

Como veremos más detenidamente en el capítulo siguiente, las Administraciones Territoriales pueden ser prestadoras de servicios sin necesidad de crear para ello personas jurídicas nuevas. Lo hacen a través de órganos (sin personalidad jurídica propia) que son parte de la Administración matriz; son las formas sin personalidad que estudiaremos en primer lugar.

2. No Territoriales

Un segundo grupo de Administraciones Públicas son las no territoriales (nº 7 de la figura 2). Estas son consecuencia no tanto de decisiones políticas de organización territorial del Estado, cuanto de las necesidades de gestión, por crecimiento de la persona jurídica matriz que las crea.

Cada Administración territorial (la Administración del Estado, o cada Comunidad Autónoma, o cada municipio, o cada provincia, etc.) puede crear, si las necesidades de descentralización o cualquier otra razón lo hacen conveniente, una o más personas jurídicas que pueden adoptar diversas formas.

La Administraciones no territoriales son creadas por las territoriales para el desarrollo de las funciones concretas que se le encomienden. Están sometidas al control (tutela) de estas. Básicamente son:

- a. La Administración Institucional (nº 8 de la figura 2). Como dice Cosculluela (1995) tiene su origen en el concepto de fundación, elaborado por el Derecho privado²¹. La Administración

²¹El Derecho privado (civil) define una fundación como un ente que no está constituido por un conjunto de personas, sino por una organización de bienes creada por una persona —fundador— (que en adelante queda fuera de aquel), para perseguir el fin que, dentro de los que la ley admite, éste le marque, según las directrices que le fije (Albaladejo, 1980). Las fundaciones también se conocen con el nombre de establecimientos.

Institucional está integrada por personas jurídicas creadas por otra Administración Pública para el ejercicio de parte de sus competencias.

Su regulación ha sido tradicionalmente muy dispersa: con carácter general se contiene básicamente en los títulos I y III de la LOFAGE, el artículo 2.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPC), en el artículo 1.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (en adelante, LJ), en la Ley General Presupuestaria (en adelante, LGP) y en la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante LSA), para los entes que adoptan este modelo²².

En el ámbito de la Administración del Estado (sólo supletoriamente aplicable al resto de las Administraciones territoriales vistas), la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, realiza una importante racionalización y actualización de la Administración Institucional.

Los fines de la Administración Institucional son los que la Administración matriz establezca en las normas de creación (y no otros).

En el Derecho público (administrativo), Parejo (1992) explica el origen fundacional de los entes que integran la Administración Institucional, por ser creados por un ente matriz que es el que determina todos los elementos del nuevo ente. Profundizaremos más en estos temas al tratar, en el siguiente capítulo las *fundaciones privadas creadas por entidades públicas* y las *fundaciones públicas sanitarias*.

²²Para mejor entendimiento explicamos a continuación a qué corresponde la legislación citada:

- La Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (Ley 6/1997 de 14 de abril) regula en el marco del régimen jurídico común a todas las Administraciones Públicas, la organización y funcionamiento de la Administración General del Estado y los Organismos Públicos vinculados o dependientes de ella, para el desarrollo de su actividad.

En sus relaciones *ad extra* (hacia el exterior, en su funcionamiento) tienen plena operatividad jurídica. Sin embargo, en sus relaciones *ad intra* (con la Administración matriz) la personalidad jurídica ve atenuada su significación y salta al primer plano el encuadramiento organizativo de la nueva entidad en la Administración matriz de la que proviene. La Administración matriz no puede desentenderse de estas nuevas entidades porque la acti-

-
- La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992 de 26 de noviembre —BOE del 27—) es la Ley que desarrolla el artículo 149.1.18 de la Constitución. Los artículos 148 y 149 de la Constitución definen el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. El artículo 149.1 dispone: “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) 18. Las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (...); el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas”. Por tanto la Ley 30/92 es la que define el *mínimo* común a todas las Administraciones Públicas sobre su organización (régimen jurídico) y sobre su forma de actuación (procedimiento). Siempre que respeten lo establecido en esta Ley, cada Comunidad Autónoma podrá establecer sus especialidades.
 - Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Ley 29/1998, de 13 de julio (BOE nº 167, del 14 de julio de 1998) —LJ—. Al igual que los conflictos entre particulares se resuelven en la Jurisdicción civil y se regulan por la Ley de Enjuiciamiento Civil, los conflictos sobre delitos y faltas se resuelven por la Jurisdicción Penal y se regulan por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o los conflictos sobre cuestiones laborales se resuelven por los jueces de la Jurisdicción Social y se regulan por la Ley de Procedimiento Laboral, la Jurisdicción Contencioso Administrativa regula los procedimientos de reclamación ante los tribunales especializados de las pretensiones relacionadas con actos de las Administraciones Públicas sometidos al Derecho Administrativo. La Ley comienza definiendo que entiende por Administraciones Públicas, lo que afecta a nuestro estudio.
 - La Ley General Presupuestaria (el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre —BOE del 29, aprueba su texto refundido) —LGP— es la norma central que regula la gestión que de los fondos públicos realizan los poderes públicos: regula como se confeccionan y aprueban los presupuestos generales del Estado, como se ejecutan (como se gasta el dinero), quien controla y cómo lo hace, y como se contabiliza todo el proceso.
 - La Ley de Sociedades Anónimas (el Real Decreto Legislativo 1564/1989 de 22 de diciembre aprueba su texto refundido —BOE del 27) —LSA— regula la creación, régimen de funcionamiento y extinción de éstas.

vidad de éstas se encuadra en las competencias de aquella, que conserva la plena responsabilidad política y organizativa sobre los resultados de la actividad. Este tipo de relaciones *ad intra* se conocen con el nombre de *relación de instrumentalidad* y se manifiesta en varios aspectos:

- Cada ente institucional se adscribe a un órgano de la Administración matriz. Este órgano tiene con ello la responsabilidad política directa de la actividad del ente institucional y, en consecuencia, detenta sobre ella ciertas potestades de dirección y control (así, por ejemplo, el Servicio Andaluz de Salud es un organismo autónomo *adscrito* a la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía).
- Desde el punto de vista jurídico, pueden establecerse los llamados recursos de alzada impropios, o sea, que las decisiones de los órganos rectores del ente instrumental sean recurribles ante la Administración matriz.
- Desde el punto de vista organizacional, la Administración matriz nombra a los titulares o miembros de los órganos de gobierno de sus entidades institucionales, bien mediante normas de Derecho público —nombramientos—, bien mediante normas de Derecho privado —como dueño del capital social, en el caso de las sociedades anónimas—.
- Desde el punto de vista económico-financiero, la Administración matriz ejerce el control financiero de los entes institucionales, bien a través de técnicas presupuestarias y de control del gasto, o mediante la aprobación previa de sus planes o programas de actuación e inversiones.
- En caso de extinción del ente institucional, su aparato organizativo y patrimonial retornan al seno de la entidad matriz, que le sucede en todos sus derechos y obligaciones.

Dentro de este grupo de la Administración Institucional, existen modelos organizativos que gozan de gran tradición en nuestro

Derecho —aun cuando su última regulación pueda ser muy reciente— junto a otros que constituyen verdaderas novedades surgidos en las últimas décadas. Dentro del primer grupo —formas tradicionales— estudiaremos las siguientes formas jurídicas: las formas sin personalidad propia, los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, y las sociedades mercantiles de titularidad pública (básicamente sociedades anónimas). Aun cuando han sido derogadas para la Administración del Estado por la LOFAGE, estudiaremos también los organismos autónomos de carácter administrativo, los organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo y los comúnmente llamados entes públicos, pues estas tres formas organizativas siguen existiendo en numerosas comunidades autónomas²³.

El gran desarrollo de la Administración Institucional y la búsqueda de formas organizativas más adecuadas a las expectativas de servicio que demandan los usuarios ha llevado a desarrollar nuevos modelos de provisión pública de servicios sanitarios que también analizaremos: la Administración independiente, los Entes atípicos, los Consorcios y las Fundaciones Públicas Sanitarias.

En este grupo, y como categoría independiente, podríamos situar la Seguridad Social (Parejo, 1992), cuyos bienes y derechos constituyen un patrimonio único afecto a sus fines, distinto del Patrimonio del Estado (art. 5 LGP). Su enorme relevancia eco-

²³Por ejemplo, la Ley 5/1983 de 19 de julio, de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, dispone una tipología de formas jurídicas similar a la contenida en los artículos 4 y 6 de la LGP antes de su derogación parcial por la citada Ley 6/1997 (LOFAGE). Así, la Ley andaluza define en su artículo 4 dos tipos de organismos autónomos (administrativos por un lado, y de carácter comercial, industrial, financiero o análogo, por otro); en su artículo 6 incluye en el concepto de *empresas de la Junta* las sociedades mercantiles de un lado, y las entidades de derecho público con personalidad jurídica que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado, por otro.

nómica y prestacional contrasta con la poca importancia que se le ha dado a su régimen organizativo, posiblemente por ser una materia a caballo entre dos disciplinas: el Derecho administrativo y el Derecho del trabajo²⁴. Su estructura reciente se definió en 1978²⁵ y actualmente se regula en el R.D. 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE de 29 de junio) (en adelante LGSS), según el cual la gestión y administración se efectúa por las siguientes entidades gestoras:

- El Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), encargado de las prestaciones económicas (salvo las adscritas a IMSERSO e INEM)²⁶.
- El Instituto Nacional de la Salud (INSALUD), encargado de la gestión de las prestaciones y servicios sanitarios²⁷.
- El Instituto Nacional de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO), encargado de los servicios complementarios,

²⁴A esta vida independiente de la Seguridad Social —ignorada por la desaparecida LEEA y sólo levemente tratada por la LGP y la LOFAGE (véase su disposición adicional sexta)— no es ajeno el hecho de que el sistema de seguros sociales se asentara originalmente sobre una base mutualista, financiada con las cuotas de empresarios y trabajadores, y sólo mínimamente con aportaciones de los Presupuestos Generales del Estado.

²⁵El Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo, puso las bases de la estructura organizativa actual del sistema de Seguridad Social. Creó el INSALUD y derogó el Instituto Nacional de Previsión (INP).

²⁶Ver artículo 57.1.a. de la LGSS. Ver también el RD 2583/1996, de 13 de diciembre (BOE de 3 de enero de 1997) regula su estructura orgánica y funcionamiento.

²⁷Ver artículo 57.1.b. de la LGSS. Ver también RD 1855/1979 de 30 de julio (BOE del 31) modificado parcialmente por el RD 1893/1996, de 2 de agosto (BOE del 6), regula la estructura y competencias del INSALUD. Recordemos que las competencias del INSALUD han sido transferidas a varias Comunidades Autónomas. En este sentido, la Disposición Transitoria 3ª de la Ley General de Sanidad de 1986 dispone que: “El INSALUD continuará subsistiendo y ejerciendo las funciones que tiene atribuidas, en tanto no se haya culminado el proceso de transferencias a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia”.

especialmente de las minusvalías, y de determinadas prestaciones no contributivas²⁸.

- El Instituto Social de la Marina, que se encarga del régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores del mar²⁹.
- El Instituto nacional de Empleo (INEM) gestiona la prestación por desempleo³⁰.
- Las entidades gestoras de los regímenes especiales de funcionarios: MUFACE (funcionarios civiles del Estado), ISFAS (Fuerzas Armadas) y MUGEJU (Justicia).
- La Tesorería General (TGSS) no es propiamente una entidad gestora; es el servicio común que centraliza los aspectos financiero, de recaudación y de pago de prestaciones³¹.

La Disposición Adicional sexta de la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) establece cuál es el régimen jurídico de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social:

²⁸Ver artículo 57.1.c. de la LGSS. Ver también el RD 140/1997, de 31 de enero (BOE del 6 de febrero) que transforma el Instituto Nacional de Servicios Sociales, manteniendo sus competencias, que han sido transferidas a diversas Comunidades Autónomas.

²⁹Ver Disposición Adicional 19ª de la LGSS. Los Reales Decretos 1414/1981 de 3 de julio (BOE del 16) y 2358/1982, de 27 de agosto (BOE de 23 de septiembre) definen su estructura y funciones.

³⁰Ver artículo 226 de la LGSS. La Disposición Adicional 18ª de la Ley 39/1992, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1993 atribuyó, previa determinación reglamentaria, la gestión de las prestaciones al INSS y su pago a la TGSS. Esta determinación reglamentaria no se ha llegado a producir. El RD. 1458/1986, de 6 de junio (BOE de 6 de julio) establece su estructura y competencias.

³¹La TGSS se creó por RD 2318/1978, de 15 de septiembre (BOE del 28). El RD 1314/1984, de 20 de junio (BOE del 11 de julio) regula su estructura y competencias aunque ha sufrido modificaciones posteriores (RD 1619/1990, de 30 de noviembre y RD 2583/1996, de 13 de diciembre).

“A las Entidades gestoras y la Tesorería General de la Seguridad Social les serán de aplicación las previsiones de esta Ley, relativas a los organismos autónomos, salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente.

El régimen de personal, económico-financiero, patrimonial, presupuestario y contable de las Entidades gestoras y la Tesorería General de la Seguridad Social, así como el relativo a la impugnación y revisión de sus actos y resoluciones y a la asistencia jurídica, será el establecido por su legislación específica, por la Ley General Presupuestaria en las materia que sean de aplicación y supletoriamente por esta Ley.”

- b. Administración Corporativa³² (nº 9 de la figura 2). Representa una opción de organización social, tradicionalmente admitida y que reconoce la capacidad de determinados sectores sociales para organizarse, representar sus intereses ante los poderes públicos y desempeñar las funciones públicas de ordenación del sector más directamente vinculado a la actividad que les es propia. Desde el punto de vista jurídico son asociaciones³³; por tanto tienen como base una comunidad de personas. Podemos distinguir dos tipos:

³²Santamaría (1991) afirma que la denominación de *Administración Corporativa* es equívoca, por cuanto induce a suponer que se trata de verdaderas Administraciones Públicas. Hoy sin embargo —continúa este autor— la tendencia dominante es a clasificarlas de organizaciones privadas, que sólo se someten al Derecho administrativo en cuanto afecta al ejercicio de las competencias públicas que ejercen por delegación de los auténticos entes administrativos; en lo demás, son puras entidades privadas que actúan, como las particulares, sometidas al Derecho común.

³³El Derecho civil concibe una asociación como un ente constituido por una pluralidad de personas —miembros— agrupadas (la fundación veíamos que era un conjunto de bienes organizado). La vida del grupo se rige normalmente por la voluntad general de sus componentes (mientras que la fundación veíamos que se regía por la voluntad del fundador). La asociación tiende a satisfacer el interés común de los miembros (la fundación tiende a cumplir los fines que el fundador le marcó al crearse).

- Las que tienen carácter sectorial de base privada y representan intereses profesionales (colegios profesionales), económicos (cámaras de industria, comercio y navegación, por ejemplo) o sociales (ONCE).
- También tienen base corporativa (asociativa) las corporaciones locales (de ahí su nombre de *corporaciones*), las áreas metropolitanas y las mancomunidades de municipios (García de Enterría, 1989; Cosculluela, 1995), pero al tener carácter territorial, las incluimos entre estas últimas³⁴.

La regulación general de la Administración corporativa se contiene en el artículo 1.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJ), en la Ley General Presupuestaria (LGP) y, según cada caso, la Ley de Colegios Profesionales, de Cámaras Agrarias, etc.

Sólo nos interesa, a los efectos del presente estudio, conocer la existencia de esta Administración Corporativa, y su imbricación en el esquema general del sector público que estamos haciendo. Sin embargo, no la desarrollaremos pues no afecta a la provisión de servicios sanitarios³⁵.

c. Fundaciones. Dentro de las formas de gestión directa realizadas mediante modelos de Administración no territorial, estudiaremos las Fundaciones reguladas por la Ley 30/1994 creadas por Entidades Públicas (nº 10 de la figura 2). Aunque, como veremos, la normativa más reciente asimila estas fundaciones a las modalidades de la Administración Institucional, en realidad no

³⁴Algunos autores incluyen entre las formas de la Administración Corporativa la figura del Consorcio. Haremos mención a este debate en el siguiente capítulo, en el epígrafe dedicado a esta modalidad.

³⁵Las Asociaciones de Usuarios de la Sanidad, las Entidades sin ánimo de lucro y las Cooperativas de tipo sanitario a que se refiere el artículo 92 de la Ley General de Sanidad, no integran la Administración Corporativa.

forman parte de esta Administración Institucional. En puridad, las fundaciones de la Ley 30/1994 creadas por Entidades públicas no son en sí entidades públicas, no son Administración, sino que son creadas por la Administración, pero tienen naturaleza jurídica privada. A pesar de ello las incluimos entre las formas de gestión directa por cuanto se están convirtiendo en una forma habitual de gestión de servicios públicos.

B. GESTIÓN INDIRECTA

Existe una segunda forma de prestación de servicios públicos diferente de la que acabamos de comentar (gestión directa). En este segundo supuesto (nº 11 de la figura 2) la Administración, aun manteniendo la titularidad del servicio y definiendo las condiciones en que el mismo ha de explotarse, hace que la prestación efectiva del servicio corra a cargo de un particular, que asume el resultado económico de su explotación.

La doctrina del Derecho administrativo, con carácter general incluye dentro de las formas de gestión indirecta de servicios públicos las figuras que aquí denominamos *formas de vinculación*. El objeto de este estudio es conocer todas las posibles formas de organización, por ello nos interesa destacar los sujetos provisoros de servicios sanitarios y no sólo las formas en que estos se relacionan con la Administración Pública, cuando son personas jurídica privadas. Por esto incluimos aquí, como modelos de gestión indirecta, las formas más habituales de crear personas jurídicas de carácter privado, dejando para otro grupo (*formas de vinculación*) el análisis de los instrumentos que conectan a éstas con las Administraciones Públicas.

En este grupo incluimos, por tanto, las formas más comunes de organización privada que nuestro Derecho admite para la prestación de servicios. Estudiaremos la cooperativa, la sociedad laboral, las sociedades mercantiles de titularidad mayoritaria privada y las fundaciones privadas.

C. GESTIÓN MIXTA

Son supuestos (nº 12 de la figura 2) en los que el riesgo económico que la prestación del servicio público supone, es asumido por la Administración y por el particular que, junto con la Administración, presta el servicio.

Nuestro Derecho establece dos modalidades de gestión mixta de servicios públicos: la gestión interesada, y la sociedad de economía mixta.

Además de estas modalidades *de origen legal* de gestión mixta, muchas otras modalidades de las incluidas como de gestión directa o indirecta pueden, por la vía de los hechos, convertirse en formas de organización mixta: así ocurre, por ejemplo, en aquellas sociedades mercantiles donde la Administración no es el único socio o también en aquellas cooperativas asistenciales en las que la Administración participa como socio colaborador.

D. FORMAS DE VINCULACIÓN

En los supuestos de gestión indirecta de servicios públicos, es necesario establecer unos mecanismos de vinculación entre las personas jurídico-privadas (empresas) proveedoras de la asistencia sanitaria, por un lado, y la Administración por otro, que, como hemos dicho, mantiene la titularidad del servicio, a fin de definir con precisión las condiciones en que el mismo ha de explotarse.

La forma y el contenido de estos mecanismos de vinculación varían en función, por un lado, de la diferente implicación del particular en la provisión del servicio, y por otro, en la causa que lleva a la Administración a adoptar esta forma de gestionar un servicio público.

En este grupo estudiaremos el Convenio, el Concierto, la Concesión y el Arrendamiento (nº 13 de la figura 2). Estas cuatro figuras no

son propiamente formas de organización como los vistos con anterioridad, no son sujetos, personas jurídicas, sino mecanismos de vinculación, nexos de unión de estos sujetos, de estas organizaciones de carácter privado, con la Administración Pública. Su finalidad es pues, definir las condiciones en que la prestación del servicio público se va a ofrecer por un particular.

E. MENÚ DISPONIBLE

Estamos ya en condiciones de confeccionar un *menú* de las diversas formas jurídicas que puede adoptar la provisión de servicios sanitarios en nuestro país.

Como ya indicamos antes, la realidad, por criterios de oportunidad más o menos justificados, fuerza en muchas ocasiones las fronteras entre estos modelos, difuminándolas. Este hecho debe ser considerado a la hora de analizar y evaluar una determinada organización de prestación pública de servicios sanitarios, pues su régimen jurídico, y con él una parte importante de sus potencialidades y estilos de gestión, estará condicionado por la naturaleza jurídica *real* que subyace al ropaje formal de la organización.

En el primero de los grupos vistos (gestión directa) distinguimos aquellos modelos *clásicos* en la teoría jurídica, de aquellos modelos que recientemente se están incorporando a la práctica organizativa del sistema sanitario público o de otras ramas del intervencionismo administrativo.

El *menú* disponible se compone de formas de gestión directa, formas de gestión indirecta, formas de gestión mixta y formas de vinculación.

- (1) Las formas de gestión directa podemos agruparlas en dos: modelos tradicionales y nuevos modelos.

- (a) *Los modelos tradicionales de gestión directa incluyen:*

- Formas sin personalidad jurídica propia;

- Organismos autónomos, de la LOFAGE (en el ámbito de la Administración General del Estado);
- Organismos autónomos de carácter administrativo, de la LGP (desaparecidos en la Administración General del Estado; vigentes en el ámbito autonómico);
- Organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo, de la LGP (desaparecidos en la Administración General del Estado; vigentes en el ámbito autonómico);
- Entidades públicas empresariales, de la LOFAGE;
- Entes de Derecho público (desaparecidos en la Administración General del Estado; vigentes en el ámbito autonómico);
- La sociedad mercantil de titularidad mayoritaria pública.

(b) *Los nuevos modelos de gestión directa comprenden:*

- La Administración independiente;
- Los entes atípicos;
- El consorcio;
- La fundación privada creada por entidad pública;
- La fundación pública sanitaria.

(2) Las formas de gestión indirecta abarcan:

- La cooperativa;
- La sociedad laboral;
- Las sociedades mercantiles de titularidad mayoritariamente privada;
- Las fundaciones privadas creadas por personas físicas o jurídicas privadas.

(3) Las formas de gestión mixta engloban:

- La gestión interesada;

- La sociedad de economía mixta.
- (4) Las formas de vinculación constan de:
- El convenio;
 - El concierto;
 - La concesión;
 - El arrendamiento.

CAPÍTULO IV

ESTUDIO DESCRIPTIVO DE LAS FORMAS JURÍDICAS

En los capítulos anteriores hemos acotado el ámbito de nuestro estudio centrándolo en la provisión pública de servicios sanitarios. A continuación, hemos analizado brevemente la evolución histórica del sector público para conocer por qué las cosas son hoy como son, por qué existen tantas modalidades de gestión y qué motivó su creación.

Una vez que hemos conocido el menú de formas de organización, estamos ahora en disposición de estudiar detenidamente cada una de estas modalidades, para conocer qué son, qué normas las regulan, cómo se crean y se organizan y cómo gestionan sus recursos para la prestación del servicio que tienen encomendado. Así podremos comenzar a valorar las fortalezas y debilidades de cada modelo, comparándolos entre sí.

En el estudio de las modalidades de gestión directa e indirecta, se seguirá el mismo esquema para la descripción de cada modelo, a fin de facilitar la comparación. Este esquema es:

- a. Introducción: cuál es el origen del modelo; finalidad (teórica y real) del mismo; naturaleza; ejemplos de su aplicación.
- b. Regulación: cuáles son las disposiciones de carácter general que definen el modelo en nuestro ordenamiento.
- c. Creación y extinción: qué hay que hacer para crearlo, modificarlo y suprimirlo.
- d. Organización: cuáles son las relaciones *ad intra* de la organización: sus relaciones con la administración matriz; los órganos rectores y su funcionamiento; su nombramiento y remoción; los controles a que se somete la organización.

- e. Gestión de recursos: cuáles son las relaciones *ad extra*, gestión de los recursos humanos, materiales (bienes, servicios y patrimonio) y financieros (ingresos y gastos).
- f. Conclusión: breve valoración general del modelo.

En la descripción de las demás formas de gestión, salvo en las de utilización más común en la gestión de servicios sanitarios, nos limitaremos a realizar una definición del modelo y a describir sus caracteres diferenciadores.

A. FORMAS DE GESTIÓN DIRECTA

1. Las formas sin personalidad diferenciada

a. Introducción

Como decíamos en el capítulo anterior, las Administraciones territoriales pueden ser prestadoras de servicios públicos sin necesidad de acudir a la creación de otras personas jurídicas. En términos de teoría organizacional, según el modelo de Greiner comentado previamente, esta opción estaba tradicionalmente justificada en supuestos de servicios que carecían de contenido económico relevante, en los que el volumen de la inversión necesaria para prestar el servicio era muy pequeño. La doctrina admite tradicionalmente dos modalidades (Garrido Falla, 1985):

- (1) La denominada gestión indiferenciada. La prestación del servicio se realiza por los órganos ordinarios que constituyen la burocracia administrativa de la Administración territorial de que se trate. En ellos se descarta toda idea de beneficio económico. Un ejemplo clásico son los servicios de publicaciones de los ministerios, consejerías, diputaciones o ayuntamientos.
- (2) Los llamados establecimientos propios y las empresas propias. Las primeras se refieren a servicios asistenciales (educación,

servicios sociales, etc.) y los segundos a actividades de contenido económico³⁶ (transportes, producción de bienes para el mercado, etc.). Unos y otras se caracterizan por la existencia de un principio de diferenciación, que determina la aparición de unos órganos de gestión distintos de los encuadrados en la común organización burocrática. Se caracterizan, asimismo, por la existencia de cierta autonomía financiera³⁷. Los institutos de bachillerato o los mataderos municipales han sido tradicionalmente una manifestación de estas formas de prestación de servicios.

Respecto a la vigencia del modelo en el ámbito sanitario, hay que decir que estas fórmulas fueron muy utilizadas —mientras la Administración tuvo un carácter subsidiario, durante el siglo XIX principalmente, como vimos— para la prestación de servicios de beneficencia. También se utilizaron estas fórmulas para la organización de la provisión de servicios sanitarios dependientes de las Corporaciones Locales (casas de socorro, hospitales municipales y provinciales). La integración de servicios establecida en la Ley General de Sanidad hizo que su utilización se redujera. Sin embargo, nunca han dejado de ser utilizadas³⁸. De hecho, el INSALUD carece aun en la actualidad de personalidad jurídica propia, a pesar de su denominación de *Instituto*. Este hecho, que de por sí llama la atención, habida cuenta del enorme volumen del *Institu-*

³⁶Las empresas propias no suelen ser frecuentes, pues las actividades y servicios económicos, por la importancia que suele alcanzar su volumen, tienden a desbordar las posibilidades del ente matriz (Administración territorial) configurándose dentro de las formas con personalidad que veremos a continuación.

³⁷Así, los Institutos de bachillerato han venido tradicionalmente disfrutando de esta autonomía financiera: contaban con presupuesto propio, su propio interventor, el director del instituto actuaba como ordenador de pagos y el secretario, como tesorero y administrador.

³⁸Así, por ejemplo, los Laboratorios Provinciales de Salud Pública, integrados en el organigrama de las Delegaciones Provinciales de Salud de la Junta de Andalucía, son una expresión de estas modalidades de gestión de servicios.

to, resulta aún más curioso cuando se propone atribuir personalidad jurídica a cada hospital o dispositivo de atención primaria, sin dotar previamente de personalidad al conjunto del INSALUD. Un importante sector de la doctrina considera, sin embargo, al INSALUD como un organismo autónomo y como tal dotado de personalidad jurídica (Coscolluela, 1995).

Actualmente parece que esta fórmula ha vuelto a considerarse como apta para la organización y gestión de los servicios regionales de salud. Así, el proyecto de Ley de Ordenación Sanitaria de Canarias definía el Servicio Canario de Salud como servicio autónomo sin personalidad; el texto que se aprobó como Ley —no sin muchas discusiones previas— configuró, sin embargo, el Servicio Canario de Salud como un organismo autónomo de carácter administrativo.

En Andalucía, el Decreto 318/1996, de 2 de julio, crea la Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias de Andalucía como “Servicio Administrativo sin personalidad jurídica propia, adscrita a la Viceconsejería de Salud”. Pero sin duda el caso más llamativo e innovador en este sentido es el del Servicio Valenciano de Salud. El *Servei* es un órgano sin personalidad jurídica propia integrado en la Consejería de Sanidad y Consumo de la Generalitat Valenciana por mandato de los artículos 46 y 47 de la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad para 1994 (Ley 6/1993, de 31 de diciembre).

El Real Decreto ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD, en su exposición de motivos, citaba entre las *nuevas* formas de gestión las “opciones derivadas de la utilización de otras formas de gestión sin interposición de personalidad jurídica”. Sin embargo, estas “otras formas de gestión sin interposición de personalidad jurídica” que en la exposición de motivos se citaban junto a los consorcios y fundaciones, no aparecen en el texto del artículo único, que tras la *amplia* corrección de errores publicada el 20 de junio, mantiene, en este punto, la redacción original: “así como a través

de la constitución de consorcios, fundaciones *u otros entes dotados de personalidad jurídica...*” Por su parte, el artículo único de la Ley 15/1997 de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud —que sustituyó al citado Real Decreto ley— tampoco hace ninguna referencia a formas sin personalidad.

La reforma de la estructura organizativa sanitaria que se realiza en la Comunidad Autónoma andaluza está potenciando, junto a la creación de varias entidades de Derecho público, la dotación a los hospitales y distritos de atención primaria de mayor autonomía de gestión sin necesidad de dotarlos de personalidad jurídica distinta de la del Servicio Andaluz de Salud, ni modificar su régimen jurídico.

Asimismo, dentro de algunos Hospitales y Distritos de Atención Primaria —tanto en Andalucía como en otros Servicios de Salud— se están desarrollando *Unidades Clínicas de Gestión*, que son organizaciones sin personalidad jurídica propia que aglutinan a profesionales de diferentes categorías y con un campo de trabajo común, y que tienen como objetivo aumentar la calidad global en la atención del usuario, para lo que cuentan con capacidad —aunque limitada— para decidir sobre los recursos que utilizan, buscando una mayor corresponsabilización de los profesionales que integran la unidad.

b. Regulación

No existe para estas formas sin personalidad otra normativa específica, diferente de la que regula la Administración territorial que las crea y en cuya estructura organizativa se incardinan. Así, en la Administración General del Estado, estas formas sin personalidad diferenciada se regulan por los preceptos de la LOFAGE. En el ámbito autonómico se regulan por las disposiciones de organización general de cada Administración autonómica. Así, por ejemplo, en la Comunidad Autónoma de Andalucía, las formas sin personalidad creadas por la Junta de

Andalucía se regularían por la Ley 6/1983 de 21 de julio, de Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma, al igual que toda la Administración de la Comunidad Autónoma.

c. Creación y extinción

¿Qué hay que hacer para crear o suprimir una organización de este tipo? Paradójicamente, a pesar de ser modelos más sencillos que los que veremos a continuación, la regulación es más dispersa.

Con carácter general —vinculante para todas las Administraciones Públicas—, el artículo 103.2 dispone que “los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley”. Este precepto no nos aporta mucha luz, pues sólo es una reafirmación del principio de legalidad constitucionalizado en el artículo 9 y de reserva de ley.

Un escalón más abajo en la pirámide normativa, el artículo 11 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece —para todas las Administraciones Públicas— como requisitos para la creación de cualquier órgano administrativo:

- (1) Determinar su forma de integración en la Administración Pública de que se trate y su dependencia jerárquica.
- (2) Delimitar sus funciones y competencias.
- (3) Dotar los créditos necesarios para su puesta en marcha y funcionamiento.

Añade el mismo precepto que no podrán crearse órganos que supongan duplicación de otros ya existentes si al mismo tiempo no se suprime o restringe debidamente la competencia de estos.

En el ámbito de la Administración General del Estado, la LOFAGE (Ley 6/97 de 14 de abril) regula la creación, modificación y extinción de los órganos de la Administración General del Estado:

- (1) Corresponde al Presidente del Gobierno mediante real decreto, la determinación del número, la denominación y el ámbito de competencias respectivo de los órganos superiores (ministerios y las secretarías de Estado) (art. 6.2.a. y 8.2).
- (2) Los órganos directivos (las Subsecretarías, las Secretarías Generales, las Secretarías Generales Técnicas, las Direcciones Generales, las Subdirecciones Generales y órganos similares a los anteriores) se crean, modifican y suprimen por real decreto del Consejo de Ministros, a iniciativa del Ministro interesado y a propuesta del Ministro de Administraciones Públicas (art. 6.2.b. y 10.1).
- (3) Los órganos de nivel inferior a Subdirección General se crean, modifican y suprimen por Orden del Ministro respectivo, previa aprobación del Ministro de Administraciones Públicas (art. 10.2).
- (4) Las unidades que no tengan la consideración de órganos³⁹ se crean, modifican y suprimen a través de las relaciones de puestos de trabajo, que se regularán de acuerdo con su regulación específica.

³⁹El artículo 5.2 de la propia LOFAGE dispone: “Tendrán la consideración de órganos las unidades administrativas a las que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo”.

El artículo 7.1 establece: “Las unidades administrativas son los elementos organizativos básicos de las estructuras orgánicas. Las unidades comprenden puestos de trabajo o dotaciones de plantilla vinculados funcionalmente por razón de sus cometidos y orgánicamente por una jefatura común. Pueden existir unidades administrativas complejas que agrupen dos o más unidades menores.” Según el mismo precepto, las unidades administrativas se integran en un determinado órgano (art. 7.3).

La Constitución admite a las Comunidades Autónomas asumir competencias sobre la organización de sus instituciones de autogobierno (art. 148.1.1º). Por tanto cada Administración territorial podrá regular estos extremos.

Así por ejemplo, en Andalucía, el Estatuto de Autonomía (Ley Orgánica 6/1981 de 30 de diciembre) atribuye, en su artículo 13.1, a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva sobre la organización y estructura de sus instituciones de autogobierno⁴⁰. En desarrollo de este precepto se dictó la Ley 6/83, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma. En ella se regula la creación, modificación y extinción de los órganos integrados en la Junta de Andalucía:

- (1) Corresponde al Parlamento de Andalucía, mediante ley, la variación en el número, denominación y competencias de las distintas consejerías, así como toda modificación sustancial de las mismas, siempre que estas actuaciones supongan aumento del gasto (art. 36.2).
- (2) Corresponde al Presidente de la Junta de Andalucía, mediante decreto del Presidente, la creación de consejerías, la modificación en la denominación de las existentes, en su distribución de competencias o su orden de prelación, así como la extinción de las mismas, dentro de las disponibilidades presupuestarias, esto es, siempre que no suponga aumento de gasto, por lo que se hará mediante un procedimiento en el que conste el estudio económico correspondiente (art. 16.4 y 36.2).
- (3) Corresponde al Consejo de Gobierno, mediante decreto, aprobar la estructura de las consejerías y la creación, modificación o supresión de los órganos superiores a sección⁴¹ (art. 26.12).

⁴⁰En el mismo sentido, por citar sólo algunos ejemplos, artículo 10.2 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, artículo 9.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña o artículo 27.1 del Estatuto de Autonomía de Galicia.

⁴¹La Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias de Andalucía se define en su artículo 1º como “Servicio Administrativo (...) adscrito a la Viceconsejería de Salud”, y se crea efectivamente mediante Decreto.

- (4) Corresponde a los Consejeros, mediante orden de la Consejería, la creación, modificación o supresión de los niveles orgánicos inferiores a sección (art. 38).

d. Organización

Al estar integradas en la estructura de la Administración Pública, las formas jurídicas sin personalidad se organizan en su totalidad bajo fórmulas de Derecho público, pues son Administración Pública y están en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

A diferencia de los supuestos que veremos a continuación, no existe aquí relación de instrumentalidad, ni ejercicio del principio de tutela. Al constituir estas formas sin personalidad meros órganos integrados en la estructura de una Administración territorial, el principio de jerarquía es el que define las relaciones *ad intra* de la organización⁴².

Como escribe Entrena Cuesta (1994), la jerarquía es la técnica más antigua empleada para reducir a la unidad la multiplicidad de órganos. Este mismo autor define la jerarquía administrativa como “aquella especial estructuración que se efectúa de los distintos órganos de un mismo ramo de la Administración dotados de competencia propia, mediante su ordenación escalonada, en virtud de la cual los superiores podrán dirigir y fiscalizar la conducta de los inferiores, resolviendo, en su caso, los conflictos entre los mismos, al objeto de conseguir la unidad en la actuación de todos ellos”.

El principio de jerarquía inunda por tanto la organización de estas formas sin personalidad. Sus manifestaciones principales son:

⁴²Sobre el principio de jerarquía y los demás principios de organización administrativa, véase lo dicho en el Capítulo III.

- (1) El órgano subordinado no tiene fines propios. Los fines son comunes para todos los órganos incluidos en la persona jurídica (ente), e incluyen tanto al órgano superior como al inferior.
- (2) El órgano subordinado no goza de autonomía para la consecución de sus fines. El órgano superior dirige, impulsa y fiscaliza al inferior.
- (3) En consecuencia, el órgano superior dictará y fijará criterios para la ejecución de sus subordinados mediante, entre otros medios, instrucciones y ordenes de servicio (art. 21.1 de la Ley 30/1992).
- (4) El incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio supone responsabilidad disciplinaria (art. 21.2 de la Ley 30/1992).
- (5) Habitualmente, el órgano superior nombra y separa a los titulares de los órganos subordinados, cuando así esté previsto por la ley.
- (6) Los actos emanados de los máximos responsables del órgano inferior y que sean recurribles, lo serán ante el órgano jerárquico superior⁴³.

Junto a la jerarquía, el principio de desconcentración⁴⁴ ocupa un lugar importante en la organización de estas formas sin personalidad. La desconcentración supone el cambio de atribuciones desde un órgano superior a un órgano inferior, pertenecientes ambos al mismo ente, a la misma persona jurídica. Esta regulada en el artículo 12.2 de la LRJPC, Ley 30/1992.

⁴³Sobre recursos administrativos, véanse los artículos 107 y siguientes de la Ley 30/1992 citada.

⁴⁴Entre los principios esenciales de la organización administrativa en nuestro Derecho (ver Capítulo III), existen tres cuyos significados se confunden habitualmente.

- Autonomía. La autonomía significa que determinados entes (Comunidades autónomas, ayuntamientos, etc.) tienen unas funciones inherentes que cumplir, funciones que

e. Gestión de recursos

La gestión de los recursos de estas formas sin personalidad está regida en todo caso por el Derecho público. Así se concluye de la lectura de los artículos 1 y 2 de la LRJPC (Ley 30/1992). El artículo 2.2 admite que, dentro de la Administración Pública, sólo las entidades de Derecho público pueden, en algunos supuestos (cuando no ejerzan potestades públicas), someter su actividad a normas diferentes a la de Derecho público.

La expresión *entidades de Derecho público* del artículo 2.2 incluye a los organismos públicos (término que según la terminología de la

son propias porque así lo ha determinado la fuente primigenia del sistema, es decir, la Constitución. La autonomía no consiste, por tanto, en un traspaso de funciones, generalmente del Estado a otro ente, en virtud de una voluntad política expresada por Ley o reglamento (Baena del Alcázar, 1992). Así, la Constitución en su artículo 2 dispone: "La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran, y la solidaridad entre todas ellas". El artículo 137 (primero del Título VIII, dedicado a la organización territorial del Estado) establece que "el Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses".

- Descentralización. Es el fenómeno en virtud del cual se transfieren competencias de un ente público (persona jurídica) a otros entes públicos (otras personas jurídicas distintas) o se aumenta de cualquier forma la posibilidad de que estos entes realicen eficaz y libremente dichas competencias. Ya vimos (ver nota a pie de página nº 70) las dos modalidades en que se desarrolla este principio. Aunque descentralización y autonomía implican un reconocimiento de competencias a entes públicos diferentes del Estado, ambas se diferencian en que mientras la descentralización supone un traspaso de funciones de un ente a otro, en la autonomía no existe ese traspaso, sino que originariamente las funciones se distribuyeron de esa forma.
- Desconcentración. A diferencia de la autonomía y a semejanza de la descentralización, la desconcentración supone un traspaso de funciones de un ente a otro. Pero mientras la descentralización implica un cambio de competencias entre sujetos administrativos (de una persona jurídica a otra), en la desconcentración lo que se produce es un cambio de atribuciones entre órganos del mismo sujeto (dentro, pues, de la misma persona jurídica).

Ley 6/1997 comprende organismos autónomos y a las entidades públicas empresariales), por lo que las formas sin personalidad, integradas en el concepto de Administración Pública y excluidas del concepto *entidades de Derecho público* deben someter en todo caso su actividad al Derecho público.

- (1) Gestión de recursos humanos. El personal que presta servicios se somete al régimen funcional o al estatutario. Sólo en los casos en que las relaciones de puestos de trabajo o las plantillas así lo establezcan se admitirá la vinculación de personal en régimen de Derecho laboral, sometido a su contrato de trabajo y a convenio colectivo.
- (2) Gestión de recursos materiales. Salvo que las normas de creación establezcan otra cosas, los establecimientos o empresas sin personalidad no cuentan con patrimonio propio, sino que disponen para la consecución de sus fines de los bienes del ente en el que se integran.

En cuanto al régimen de contratación de bienes y servicios, la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, dispone el pleno sometimiento de estas formas sin personalidad a sus disposiciones.

- (3) Gestión de recursos financieros. Ya hemos visto como tradicionalmente se atribuye a estas formas de organización cierta autonomía financiera. Someten su actuación al régimen de presupuesto establecido con carácter general en la LGP (art. 48 a 84).

f. Conclusión

Como hemos visto, estas modalidades de organización, cuya utilización había quedado reducida a casos residuales en beneficio de otras formas dotadas de personalidad jurídica, ha visto en los últimos años

cómo empiezan a reconocerse los grandes puntos fuertes de una modalidad organizativa de gran simplicidad y perfectamente incardinada en la estructura de la Administración Pública. Con ello parece cuestionarse el mito de la personalidad jurídica como elemento indispensable para una gestión eficaz y eficiente.

2. El organismo autónomo

a. Introducción

Como veíamos al comienzo, a principios del siglo XX se inicia en nuestra Administración un fuerte proceso de descentralización de carácter funcional o por servicios. Las razones que motivan este fuerte proceso son variadas y complejas:

- (1) En primer lugar, la complejidad y volumen alcanzado por la Administración hacen imposible mantener la personalidad jurídica única.
- (2) Paralelamente se plantea la necesidad de acercar la Administración al administrado, mediante la creación de centros de decisión en grupos sociales parciales. Una importante razón para el desarrollo de estos organismos, fue la necesidad de crear organizaciones no estrictamente burocráticas, en las cuales pudiera darse entrada, en un nivel de responsabilidad, a asociaciones o corporaciones de carácter privado. Esta participación, de imposible establecimiento en los esquemas orgánicos clásicos de la Administración central, resulta indispensable para la gestión de determinados servicios. La creación de estos organismos permitía introducir un cierto grado de autoadministración en la gestión de los fines públicos (Santamaría, 1991).

- (3) En tercer lugar, se busca la salida del Derecho general que regula a la Administración, hacia un Derecho especial; asimismo, con el pretexto de prestar un mejor servicio, se persigue autonomía financiera y de caja (parafiscalidad). En la aparición de estos organismos jugó un papel relevante el fenómeno de las *cajas especiales*. El siglo XIX es un período en el que el Ministerio de Hacienda mantiene una pugna constante con los restantes departamentos para implantar la centralización en el Tesoro de todos los ingresos y gastos del Estado (la *unidad de caja*, que constituye hoy uno de los principios básicos del régimen presupuestario) y para controlar su manejo. Esta pugna tuvo resultados desiguales: la resistencia de los centros de poder burocrático de los diversos ministerios a ceder a un departamento ajeno el manejo de los fondos recaudados por ellos mismos, utilizó como procedimiento el adscribir estos fondos como recursos propios de organismos creados *ad hoc*.

En este contexto, la atribución de personalidad jurídica a tales organismos, reforzaba la postura negativa a la integración de sus fondos en la Caja central del Tesoro, por cuanto la separación de personalidades conllevaba como consecuencia apriorística, la separación de recursos financieros y patrimonios (Santamaría, 1991). García de Enterría (1994) pone de manifiesto como este fenómeno de las *cajas especiales* estaba con frecuencia plenamente justificado en los supuestos de verdaderas explotaciones industriales, que requiere una contabilidad industrial, incompatible con los rigores de la contabilidad pública. En las demás ocasiones —dice el autor— las autonomías financieras resultan con frecuencia más difícilmente justificables y buscan, sencillamente, una huida del Derecho presupuestario general, bien en los ingresos, bien en el control del gasto.

- (4) Un último motivo, y no el menos importante en sus orígenes, fue la intención de estimular las liberalidades privadas (he-

rencias, legados, donaciones) en favor de determinados fines servidos por la Administración. Los particulares no harían esas liberalidades si el beneficiario fuera el conjunto del Estado y sus múltiples finalidades, y no la Institución concreta que motiva su generosidad. Por esta razón aparecen en el s. XIX los primeros *establecimientos públicos* para la gestión de servicios públicos asistenciales de carácter benéfico, sanitario o docente. En el ámbito sanitario, estos primitivos *establecimientos* permitían conciliar la subordinación jerárquica a la autoridad ministerial con una relativa independencia en la gestión del servicio de la que se responsabiliza a los propios funcionarios técnicos (médicos) quienes normalmente forman un órgano colegiado (Junta) en cuyo seno eligen a los responsables (director) del establecimiento (Parada, 1991; Santamaría, 1991).

Como respuesta a estos problemas, se produce este fuerte movimiento de descentralización de carácter funcional o por servicios, como alternativa a una descentralización territorial —no deseada, por razones políticas— (García de Enterría, 1989; Santamaría, 1991). Parada (1991), citando a Benoit, afirma que descentralización territorial y descentralización funcional obedecen a razones diferentes. Mientras la territorial es un fenómeno esencialmente político y constituye una fórmula de concebir el Estado en su conjunto, provocada por la presión de la población y su forma de asentamiento, la denominada descentralización funcional es un fenómeno de distribución interna de los órganos públicos que depende del arte administrativo, fundamentado en razones técnicas, y en el que los administrados no se interesan directamente.

Esta descentralización funcional se materializa en la creación de organismos autónomos de carácter administrativo⁴⁵ (en adelante

⁴⁵El modelo de Organismo autónomo de carácter administrativo se estudiará más adelante, en el epígrafe 4 de este capítulo. La referencia que se hace aquí está motivada por ser el organismo autónomo de carácter administrativo (OAA) el antecedente del actual organismo autónomo (OA) regulado en la LOFAGE que estudiamos en este epígrafe.

OOAAA), modelo que, dotado de personalidad jurídica, daba, en su origen, solución a las necesidades vistas. Durante muchos años se crearon infinitos OOAAA⁴⁶, dotados de verdadera autonomía, lo que dificultaba seriamente el control y la dirección del sector público.

El comentado modelo de crecimiento organizacional de Greiner podría también explicar la reacción del poder político ante una situación que ya era límite en los años 50. Igual que en la mitología clásica Saturno devoraba a sus hijos para no ser destruido por ellos, el Estado hubo de imponer determinado régimen jurídico y económico a todos estos organismos, para restablecer su pleno control sobre los mismos. La aprobación de la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958 (en adelante LEEA) y sobre todo de la Ley General Presupuestaria (en adelante LGP) supusieron la desfiguración completa del modelo OAA.

La LEEA supuso la creación de un “Derecho especial general” que vaciaba el Derecho especial del que disfrutaban y lo equiparaba en la práctica al Derecho general del que habían conseguido huir mediante la forma OAA. Por su parte, la LGP —veinte años después— somete a los OOAAA a los mismos controles económicos que la administración matriz⁴⁷, manteniendo además los controles propios del ejercicio de la tutela que ejerce la administración matriz, con lo que el control al que se

⁴⁶Santamaría (1991) matiza que, con todo, el proceso de creación siguió un ritmo moderado durante los primeros años. Aun cuando el antecedente más remoto de estas figuras se remonta al siglo XVIII -las Reales Fábricas de tapices, de porcelanas, de armas, de tejidos, etc. (Parada, 1991)-, no es hasta el presente siglo cuando el modelo se generaliza. Una primera oleada de organismos aparece en la primera década del siglo (entre ellos el Instituto Nacional de Previsión -INP- creado en 1908) y una segunda tiene lugar en la etapa de la dictadura de Primo de Rivera. Sin embargo, el número de estos organismos creció exponencialmente a partir de 1939 al calor de la política económica de autarquía, hasta el punto de que en 1962 pudieron censarse más de mil.

⁴⁷Con la creación de estos organismos se pretende una huida del control parlamentario sobre sus presupuestos, con la consiguiente creación de reductos exentos de fiscalización política en favor del Gobierno. Este es un hecho inequívoco, como lo demuestra la

somete a estos organismos puede ser mayor que el control al que se somete a la administración matriz. Estas medidas supusieron, en la práctica, la anulación del modelo: estos organismos —hoy— siguen teniendo carácter administrativo pero, desde luego, ya no son autónomos⁴⁸, como veremos a continuación. Como dice Nieto (1988) con la solución dada por la LEEA y la LGP se deja sin resolver el problema general por no quererlo abordar y buscar sólo salidas falsas.

La LGP introdujo una novedad más en la regulación de los organismos autónomos (OOAA), la creación de un nuevo modelo organizativo: el organismo autónomo (OA) de carácter comercial, industrial, financiero o análogo (que por la longitud del nombre

evolución normativa en la materia: la LEEA sujetó a los organismos autónomos al control interno del Ministerio de Hacienda pero sus presupuestos, en cambio, no se sometían a la aprobación parlamentaria junto con los Presupuestos Generales del Estado; antes bien, el artículo 32.1 de la LEEA estableció que su aprobación se llevaría a cabo por el Consejo de Ministros. Años más tarde, la LGP de 1977 ordena incluir en los Presupuestos Generales del Estado los de los organismos autónomos de carácter administrativo y un llamado *presupuesto-resumen* de los organismos autónomos de carácter industrial, comercial, financiero o análogo (se estudiarán más adelante), así como de la Seguridad Social. Paralelamente, sin embargo, la LGP crea las figuras de las sociedades estatales (también veremos el significado de este término), cuyos presupuestos no se someten a aprobación parlamentaria; de ahí que la tendencia de estos últimos años, haya sido la creación de sociedades estatales y de organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo, cuando no de entidades inclasificables en los conceptos legales (Santamaría, 1991).

⁴⁸Parada (1991) explica la irrealidad de denominación de *autónomos*, en los siguientes términos: No son autónomos si por autónomo se entiende la posibilidad de dotarse a sí mismos de un estatuto propio, ya que estos organismos son creados íntegramente por el Estado, junto con la aprobación de su estatuto que las regula. Tampoco son autónomos si por tal entendemos autogobierno o la posibilidad de nombramiento de sus cargos directivos, dado que ésta la realiza normalmente la administración matriz o los cargos se ocupan por los mismos titulares de la administración matriz. Tampoco son autónomos si autonomía es el reconocimiento de una potestad normativa propia, dado que la eventual potestad normativa que se les pueda reconocer está subordinada a las normas de la administración matriz. A todo esto hay que añadir -concluye Parada- la existencia de una intensa tutela y subordinación de sus actos a la administración matriz.

adjetivaremos CIFA). El modelo OA CIFA tuvo una gran difusión ante el fracaso visto de los OOAA, incluso entre organizaciones que no tenían carácter comercial, ni industrial, ni financiero. Esta diversificación de los tipos de OOAA fue reproducida en muchas Comunidades Autónomas por sus propias normas organizativas o financieras⁴⁹.

La utilización abusiva e injustificada de este modelo con la única finalidad de huir de la aplicación de las normas de Derecho público, la dificultad de establecer diferencias claras entre los OOAA CIFA y el modelo definido en el artículo 6.1.b. de la LGP (los *entes públicos*)⁵⁰, y la mayor complejidad del sistema de fuentes del Derecho desde la creación del sistema autonómico entre otras razones, aumentan la confusión y la irracionalidad en la administración institucional.

Con la finalidad, entre otras, de racionalizar y actualizar la normativa dedicada a la Administración Institucional, se aprueba la Ley 6/1997 de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), que supone un paso fundamental en la regulación de la Administración Institucional en nuestro país. Veamos los aspectos principales de la ley en materia de Administración Institucional.

- (1) Los *organismos públicos*. La regulación que la ley hace de la Administración Institucional parte de un concepto genérico: los organismos públicos.
 - (a) Definición. Los artículos 2.3 y 41 los definen como entidades de Derecho público creadas bajo la dependencia o

⁴⁹Así ocurre, por ejemplo, en la Comunidad Autónoma de Andalucía, con el artículo 4 de la Ley 5/1.983 de 19 de julio, de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma, que establece las mismas categorías vistas para la Administración del Estado.

⁵⁰Hasta su derogación parcial por la LOFAGE, el artículo 6.1 de la LGP disponía: "Son sociedades estatales a efectos de esta Ley: (...) b). Las entidades de Derecho público, con personalidad jurídica, que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado". Son los comúnmente conocidos como entes de Derecho público o, más resumidamente, entes públicos. La LOFAGE derogó este apartado b) del artículo 6.1.

vinculación de la Administración General del Estado (toda la Administración Institucional del Estado salvo las sociedades mercantiles y algunas formas atípicas que comentaremos) para la realización de actividades de ejecución o gestión, tanto administrativas de fomento o prestación, como de contenido económico, cuyas características justifiquen su organización o desarrollo en régimen de descentralización funcional.

- (b) Características. Conforme al artículo 42, los organismos públicos tienen personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión en los términos de la ley.

Dentro de su esfera de competencia, les corresponden las potestades administrativas precisas para el cumplimiento de sus fines, en los términos que prevean sus estatutos, salvo la potestad expropiatoria.

Los estatutos podrán atribuir a los organismos públicos la potestad de ordenar aspectos secundarios del funcionamiento del servicio encomendado, en el marco y con el alcance establecido por las disposiciones que fijen el régimen jurídico básico de dicho servicio.

- (c) Clasificación. Conforme al artículo 43.1, los organismos públicos se clasifican en:

- Organismos autónomos (a secas, sin adjetivos) (en adelante, OOAA). Como dice resumidamente la exposición de motivos “realizan actividades fundamentalmente administrativas y se someten plenamente al Derecho público.
- Entidades públicas empresariales (en adelante EEPPEE), que realizan actividades de prestación de servicios o producción de bienes susceptibles de contraprestación económica y, aun cuando son regidos en general por el Derecho privado, les resulta aplicable el régimen de

Derecho público en relación con el ejercicio de potestades públicas y con determinados aspectos de su funcionamiento.

(d) Adscripción. Dispone el artículo 43.2 y 3:

- Los OOAA dependen de un ministerio al que corresponde la dirección estratégica, la evaluación y el control de los resultados de su actividad a través del órgano al que esté adscrito el organismo.
- Las EEPPEE dependen de un ministerio o un OA correspondiendo las funciones aludidas al órgano de adscripción del ministerio u organismo.
- Excepcionalmente podrán existir EEPPEE cuyos estatutos les asignen la función de dirigir o coordinar a otros entes de la misma naturaleza.

(e) Régimen jurídico general. Según el artículo 45, los organismos públicos se ajustarán al principio de instrumentalidad respecto de los fines y objetivos que tengan específicamente asignados.

Además, en su organización y funcionamiento:

- Los OOAA se atenderán a los criterios dispuestos para la Administración General del Estado en el Título I de la ley.
- Las EEPPEE se regirán por los criterios establecidos en el Título I de la LOFAGE, sin perjuicio de las peculiaridades contenidas en su regulación específica en esta ley.

(2) *Derogaciones.* La ley hace desaparecer en su ámbito de aplicación —la Administración General del Estado— la duplicidad de tipos de organismos autónomos y los ya comentados entes públicos del artículo 6.1.b de la LGP, y deroga —entre otras disposiciones— lo que aun quedaba vigente de la LEEA. Sin embargo, se establece un período transitorio para la adaptación efectiva a la nueva tipología a lo establecido en la LOFAGE.

- (3) Visto el régimen general que de los organismos públicos contiene la Ley 6/1997, y antes de concluir este epígrafe, debemos hacer una advertencia sobre el ámbito de aplicación de la Ley 6/97. La ley delimita su ámbito de aplicación en la Administración del Estado. Por tanto, las categorías que establece dentro de su Administración Institucional no son aplicables directamente en la Administración Institucional de las Comunidades Autónomas. Éstas, si sus respectivos estatutos de autonomía lo contemplan, podrán desarrollar en su propia normativa su tipología de formas jurídicas de su Administración Institucional.

Sin embargo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.3. *in fine* de la Constitución (“*El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas*”), en aquellas Comunidades Autónomas que no tengan reconocida en su Estatuto competencia sobre esta materia, o en las que, aun teniéndola reconocida, no hayan aprobado normas definiendo las formas jurídicas de su Administración Institucional, será plenamente de aplicación lo dispuesto en la Ley 6/1997.

Centrándonos ya en el primer modelo organizativo de los contenidos en la Ley 6/1997 (LOFAGE), podemos definir los organismos autónomos como aquellos organismos públicos (según la definición del artículo 45.1 de la ley) que se rigen por el Derecho administrativo y a los que se encomienda, en régimen de descentralización funcional y en ejecución de programas específicos de la actividad de un ministerio, la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos.

Para el desarrollo de sus funciones, los OOAA dispondrán de los ingresos propios que estén autorizados a obtener, así como de las restantes dotaciones que puedan percibir a través de los Presupuestos Generales del Estado (art. 45.2).

Como ejemplo de OA creado al amparo de la LOFAGE en el ámbito sanitario, podemos citar la Agencia Española del Medicamento⁵¹, adscrita al Ministerio de Sanidad y Consumo y que entre sus funciones tiene la concesión de autorización de comercialización de medicamentos, la planificación y evaluación de éstos o la autorización y evaluación de ensayos clínicos.

Aunque la regulación de esta forma organizativa es muy similar a la del antiguo OAA (que sigue existiendo en muchas comunidades autónomas) los organismos de este tipo aún son pocos.

b. Regulación

Los OOAA que analizamos en este epígrafe se regulan por las disposiciones de la Ley 6/1997 de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE).

c. Creación y extinción

La creación de OOAA se efectuará por ley. La ley de creación establecerá:

- (1) El tipo de organismo público que crea, con indicación de sus fines generales, así como el ministerio u organismo de adscripción.
- (2) En su caso, los recursos económicos, así como las peculiaridades de su régimen de personal, de contratación, patrimo-

⁵¹ Creada por la Ley 66/1997, de 30 de marzo, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (ésta es la *Ley de acompañamiento* a la de los Presupuestos Generales del Estado para 1998).

nial, fiscal, y cualesquiera otras que, por su naturaleza, exijan norma con rango de ley.

El anteproyecto de Ley de creación del OA que se presente al Gobierno deberá ser acompañado de una propuesta de estatutos y del Plan inicial de actuación (art. 61).

Los estatutos del OA regularán los siguientes extremos:

- (1) La determinación de los máximos órganos de dirección del organismo, ya sean unipersonales o colegiados, así como su forma de designación, con indicación de aquellos cuyos actos y resoluciones agoten la vía administrativa.

Los estatutos regularán, asimismo, la configuración de los órganos colegiados, si los hubiere, conforme a la regulación contenida en la Ley 6/1997 para estos órganos.

- (2) Las funciones y competencias del OA con indicación de las potestades administrativas generales que este puede ejercitar, y la distribución de las competencias entre los órganos de dirección, así como el rango administrativo de los mismos.
- (3) El patrimonio que se les asigne para el cumplimiento de sus fines y los recursos económicos que haya de financiar el organismo.
- (4) El régimen relativo a recursos humanos, patrimonio y contratación.
- (5) El régimen presupuestario, económico-financiero, de intervención, control financiero y contabilidad, que será, en todo caso, el establecido en la LGP.
- (6) La facultad de creación o participación en sociedades mercantiles cuando ello sea imprescindible para la consecución de los fines asignados.

El plan inicial de actuación del OA, que será aprobado por el titular del departamento ministerial del que dependa, deberá contar con el previo informe favorable de los Ministerios de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda, y su contenido, que se determinará reglamentariamente, incluirá en todo caso, los siguientes extremos:

- (1) Los objetivos que el organismo deba alcanzar en el área de actividad encomendada.
- (2) Los recursos humanos, financieros y materiales precisos para el funcionamiento del organismo.

Los estatutos se aprobarán por real decreto del Consejo de Ministros, a iniciativa del titular del ministerio de adscripción y a propuesta conjunta de los Ministros de Administraciones Públicas y Economía y Hacienda.

Los estatutos deberán ser aprobados y publicados con carácter previo a la entrada en funcionamiento efectivo del OA (art. 62).

La modificación o refundición de OOAA deberá producirse por ley cuando suponga la alteración de sus fines generales, del tipo de organismo público, o de las peculiares relativas a los recursos económicos, al régimen de personal, de contratación, patrimonial, fiscal y cualesquiera otras que exijan norma con rango de ley.

Las modificaciones o refundiciones de OOAA no comprendidas en el párrafo anterior, se llevarán a cabo, aunque supongan modificación de la ley de creación, por real decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta conjunta de los Ministerios de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda, y a iniciativa del Ministro o Ministros de adscripción o, en todo caso, de acuerdo con el mismo.

Cuando la modificación afecte únicamente a la organización del OA se llevará a cabo por real decreto, a iniciativa del Ministro de adscripción y a propuesta del Ministro de Administraciones Públicas.

En todos los casos de refundición de organismos, el ministerio que adopte la iniciativa deberá acompañar el plan de actuación del organismo en los términos definidos más arriba (art. 63).

La extinción de los OOAA se producirá:

- (1) Por determinación de una ley.
- (2) Mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros a propuesta conjunta de los Ministros de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda, y a iniciativa del Ministro de adscripción o, en todo caso, de acuerdo con el mismo, en los casos siguientes:
 - (a) Por el transcurso del tiempo de existencia señalado en la Ley de creación.
 - (b) Porque la totalidad de sus fines y objetivos sean asumidos por los servicios de la Administración General del Estado o por las Comunidades Autónomas.
 - (c) Porque sus fines hayan sido totalmente cumplidos, de forma que no se justifique la pervivencia del OA.

La norma correspondiente establecerá las medidas aplicables al personal del OA afectado en el marco de la legislación reguladora de dicho personal. Asimismo determinará la integración en el Patrimonio del Estado de los bienes y derechos que, en su caso, resulten sobrantes de la liquidación del OA, para su afectación a servicios de la Administración General del Estado o adscripción a los organismos públicos que procedan conforme a lo previsto en las disposiciones reguladoras del Patrimonio del Estado, ingresándose en el Tesoro Público el remanente líquido resultante, si lo hubiere (art. 64).

d. Organización

La relación de instrumentalidad, que comentamos en el capítulo anterior, se manifiesta en estos organismos en los siguientes aspectos:

Ya hemos comentado cómo, según el artículo 2.3, dependen de la Administración General del Estado y se adscriben, directamente o a través de otro organismo público, al ministerio competente por razón de la materia, a través del órgano que en cada caso se determine.

El nombramiento de los titulares de los órganos de los OOAA se regirá por las normas aplicables a la Administración General del Estado (art. 46).

Los OOAA están sometidos a un control de eficacia, que será ejercido por el ministerio al que están adscritos, sin perjuicio del control establecido al respecto por la LGP. Dicho control tendrá por finalidad comprobar el grado de cumplimiento de los objetivos y la adecuada utilización de los recursos asignados (art. 51).

Los actos y resoluciones de los órganos de los OOAA son susceptibles de los recursos administrativos previstos en la LRJPC.

Las reclamaciones previas en asuntos civiles y laborales serán resueltas por el órgano máximo del OA, salvo que su estatuto asigne la competencia a uno de los órganos superiores del ministerio de adscripción (art. 52).

Ya hemos visto en el apartado anterior como, en caso de extinción del OA, los bienes y derechos sobrantes de la liquidación se integran en el Patrimonio del Estado.

e. Gestión de recursos

- (1) Gestión de recursos humanos. El personal al servicio de los OOAA será funcionario o laboral, en los mismos términos que los establecidos para la Administración General del Estado.

El titular del máximo órgano de dirección del OOAA tendrá atribuidas, en materia de gestión de recursos humanos, las facultades que le asigne la legislación específica.

No obstante lo establecido al comienzo de este párrafo 2.5.1, la Ley de creación podrá establecer excepcionalmente peculiaridades del régimen de personal del OA en las materias de oferta del empleo, sistemas de acceso, adscripción y provisión de puestos y régimen de movilidad de su personal.

El OA estará obligado a aplicar las instrucciones sobre recursos humanos establecidas por el Ministerio de Administraciones Públicas y a comunicarle cuantos acuerdos o resoluciones adopte en aplicación del régimen específico de personal establecido en su Ley de creación (art. 47).

- (2) Gestión de recursos materiales. Incluimos en este ítem el régimen del patrimonio del OA, por un lado, y el régimen de la contratación de sus bienes y servicios, por otro.

- (a) Patrimonio

Los OOAA además de su patrimonio propio, podrán tener adscritos, para su administración, bienes del patrimonio del Estado.

Respecto de su patrimonio propio, podrán adquirir, a título oneroso o gratuito, poseer, arrendar bienes y derechos de cualquier clase, incorporándose al Patrimonio del Estado los bienes que resulten innecesarios para el cumplimiento de sus fines, salvo que la norma de creación o, en su caso, la de adecuación o adaptación⁵² disponga expresamente lo contrario.

⁵²La disposición transitoria tercera de la Ley dispone que los OOAA y las demás entidades de Derecho público existentes, se seguirán rigiendo por la normativa vigente a la entrada en vigor de la Ley *hasta tanto se proceda a su adecuación* a las previsiones contenidas en la misma.

Las adquisiciones de bienes inmuebles requerirán el previo informe favorable del Ministerio de Economía y Hacienda. En los supuestos de no incorporación al Patrimonio del Estado, la enajenación de los bienes patrimoniales propios que sean inmuebles se realizará previa comunicación al Ministerio de Economía y Hacienda que, en su caso, llevará a cabo las actuaciones precisas para su posible incorporación y afectación a cualquier servicio de la Administración General del Estado o para su adscripción a otros organismos públicos en los términos y condiciones que se establecen en las disposiciones reguladoras del Patrimonio del Estado.

La afectación de bienes y derechos patrimoniales propios, a los fines y servicios públicos que presten los OOA será acordada por el ministerio del que dependan, a propuesta de los órganos de gobierno del OA, entendiéndose implícita la afectación a dichos fines al acordarse la adquisición y salvo que la Ley de creación disponga otra cosa.

La modificación del destino de estos bienes, cuando se trate de inmuebles o derechos sobre los mismos, una vez acreditada su innecesariedad y disponibilidad, dará lu-

Dicha adecuación según los casos se realizará por real decreto o por ley:

<u>DESDE:</u>	<u>A:</u>	<u>RANGO:</u>
OAA	OA	Real Decreto
OACIFA	OA	Real Decreto
OACIFA	EPE	Ley
Ente Público	EPE	Real Decreto

Cuando la norma de adecuación incorpore peculiaridades respecto del régimen general de cada tipo de Organismo en materia de personal, contratación y régimen fiscal, la norma deberá tener rango de Ley. La Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (*Ley de Acompañamiento a la de Presupuestos del Estado para 1999*) establece en su artículo 60 y siguientes la adaptación de numerosos organismos autónomos a los preceptos de la Ley 6/1997.

gar a la desafectación de los mismos, que será acordada por el Departamento del que dependa el OA correspondiente, previo informe favorable del Ministerio de Economía y Hacienda. Producida la desafectación, los bienes adquirirán de nuevo la condición de bienes patrimoniales propios.

Los bienes y derechos que la Administración General del Estado adscriba a los organismos autónomos conservarán su calificación jurídica originaria y únicamente podrán ser utilizados para el cumplimiento de sus fines. Los OOAA ejercerán cuantos derechos y prerrogativas relativas al dominio público se encuentren legalmente establecidas, a efectos de la conservación, correcta administración y defensa de dichos bienes. La adscripción de los mismos será acordada por el Ministerio de Economía y Hacienda, de conformidad con la Ley de Patrimonio del Estado y legislación complementaria.

Los OOAA formarán y mantendrán actualizado su inventario de bienes y derechos, tanto propios como adscritos, con excepción de los de carácter fungible. El inventario se revisará, en su caso, anualmente, con referencia al 31 de diciembre y se someterá a la aprobación del órgano de gobierno del organismo.

A los efectos de la permanente actualización y gestión del Inventario General de Bienes y Derechos del Estado, el inventario de bienes inmuebles y derechos de los OOAA y sus modificaciones se remitirán anualmente al Ministerio de Economía y Hacienda (art. 48).

(b) Contratación

En cuanto al segundo aspecto de la gestión de recursos materiales, la contratación de bienes y servicios, la Ley 6/97 establece que se rige por las normas generales de la

contratación de las Administraciones Públicas, esto es, por la Ley 13/95 de 18 de mayo y disposiciones complementarias.

El titular del ministerio al que esté adscrito el OA autorizará la celebración de aquellos contratos cuya cuantía exceda de la previamente fijada por aquel (art. 49).

- (3) Gestión de recursos financieros. Los recursos económicos de los OAAA podrán provenir de las siguientes fuentes:
- (a) Los bienes y valores que constituyen su patrimonio.
 - (b) Los productos y rentas de dicho patrimonio.
 - (c) Las consignaciones específicas que tuvieren asignadas en los Presupuestos Generales del Estado.
 - (d) Las transferencias corrientes o de capital que procedan de las Administraciones o entidades públicas.
 - (e) Los ingresos ordinarios y extraordinarios que estén autorizados a percibir, según las disposiciones por las que se rijan.
 - (f) Las donaciones, legados y otras aportaciones de entidades privadas y de particulares.
 - (g) Cualquier otro recurso que pudiera serles atribuido (art. 65).

El régimen presupuestario, económico financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero de los organismos autónomos será el establecido por la LGP (art. 50).

f. Conclusión

La LOFAGE supone, en general, un importante paso en la racionalización del régimen jurídico de la Administración Institucional, unificando criterios anteriormente dispersos en normativa de muy dis-

tinto origen y finalidad, como comprobaremos en el estudio de los sucesivos modelos organizativos.

Pero la LOFAGE, simultáneamente, puede también introducir mayor confusión en algunos supuestos, y ello por dos razones:

- (1) Una primera razón de carácter estructural, ya comentada, por la definición de su ámbito de aplicación (art. 1) y su posible aplicación supletoria en las Comunidades Autónomas —fuera del ámbito de la Administración General del Estado— por el juego del artículo 149.3 *in fine* de la Constitución.
- (2) Una segunda razón, de carácter coyuntural, por la necesidad de que los organismos de todo tipo que integran la Administración Institucional del Estado adecuen régimen a las previsiones de la LOFAGE.

De la disposición transitoria tercera de la ley se desprende el siguiente régimen de adaptación:

- Adecuación de los OOAAA a OOAA: mediante real decreto a propuesta conjunta de los Ministerios de Administraciones Públicas y Economía y Hacienda, de acuerdo con los ministerios de los que dependan las entidades afectadas.
- Adecuación de los OOAAA a EEPPEE: mediante ley.
- Adecuación de los OOAA CIFA a OOAA: mediante real decreto a propuesta conjunta de los Ministerios de Administraciones Públicas y Economía y Hacienda, de acuerdo con los ministerios de los que dependan las entidades afectadas.
- Adecuación de los OOAA CIFA a EEPPEE: mediante ley.
- Adecuación de los entes públicos a OOAAA: mediante ley.

- Adecuación de los entes públicos a EEPPEE: mediante real decreto a propuesta conjunta de los Ministerios de Administraciones Públicas y Economía y Hacienda, de acuerdo con los ministerios de los que dependan las entidades afectadas.
- Cualquier otro supuesto de adecuación se producirá por ley.

La autonomía de los OA fue recortada desde mediados de este siglo en aras de un mayor control del sector público, lo que inutilizó el modelo como forma de gestionar servicios públicos con mayor autonomía. La regulación nueva introducida por la LOFAGE evita la dispersión normativa preexistente, y dota a esta modalidad organizativa de mayor claridad y seguridad jurídica, pero no de mayor autonomía. Por esta razón, aun después de la publicación de la LOFAGE, se siguen creando nuevos modelos organizativos para la gestión eficiente de servicios públicos asistenciales.

3. La entidad pública empresarial

a. Introducción

Como hemos visto antes, las entidades públicas empresariales (EEPPEE) son la segunda modalidad de la Administración Institucional regulada por la Ley 6/1997 (LOFAGE) dentro del concepto general de organismos públicos. Por su naturaleza, esta modalidad organizativa refundirá dos de los modelos existentes con anterioridad —los OOAA CIFA del derogado artículo 4.1.b. de la LGP y los entes públicos del también derogado artículo 6.1.b de la LGP—, que estudiaremos en siguientes epígrafes (dado que en muchas comunidades autónomas siguen existiendo estos modelos) y que presentaban, en la práctica dificultades para diferenciarlos entre sí.

Las EEPPEE son organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación.

Las EEPPEE se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria (art. 53).

Las potestades administrativas atribuidas a las EEPPEE sólo pueden ser ejercidas por aquellos órganos de éstas a los que en los estatutos se les asigne expresamente esta facultad.

No obstante, y a los efectos previstos en la Ley 6/1997, los órganos de las EEPPEE no son asimilables en cuanto a su rango administrativo a los órganos de la Administración General del Estado, salvo las excepciones que, a determinados efectos, se fijen, en cada caso, en sus estatutos (art. 54).

Al igual que en el modelo anterior no existen en el ámbito sanitario ejemplos de EEPPEE constituidas desde la aprobación de la Ley 6/1997.

b. Regulación

Los EEPPEE que analizamos en este epígrafe se regulan por las disposiciones de la Ley 6/1997, de 14 de abril (LOFAGE).

c. Creación y extinción

El régimen de creación, modificación, refundición, extinción y liquidación de las EEPPEE es el mismo que el visto para los OOAA (art.s 61 a 64 de la LOFAGE) con las siguientes diferencias:

- (1) Los estatutos deben contener la determinación de los órganos que, excepcionalmente, se asimilen a los de un determinado rango administrativo (dado que sus órganos, a diferencia de los de los OOAA no tienen *per se* rango alguno).
- (2) Los estatutos también determinarán los órganos a los que se confiera el ejercicio de potestades administrativas.

Por lo demás, vale lo comentado para los OOAA.

d. Organización

Con pequeñas diferencias, las relaciones *ad intra*, esto es, la relación de instrumentalidad, se regula para estos organismos en términos similares a los vistos para los OOAA:

Las EEPPEE dependen de la Administración General del Estado y se adscriben, directamente o a través de otro organismo público, al ministerio competente por razón de la materia, a través del órgano que en dicho caso se determine (art. 2.3).

Las EEPPEE están sometidas a un control de eficacia que será ejercido por el ministerio y, en su caso, por el organismo público al que estén adscritas, sin perjuicio del control establecido al respecto por la LGP. Dicho control tiene por finalidad comprobar el grado de cumplimiento de los objetivos y la adecuada utilización de los recursos asignados.

El control del cumplimiento de los compromisos específicos que, en su caso, hubiere asumido la entidad pública en un convenio o contrato programa, corresponderá además a la comisión de seguimiento regulada en el propio convenio o contrato programa, y al Ministerio de Economía y Hacienda en los supuestos previstos al efecto por la LGP (art. 59).

Contra los actos dictados en el ejercicio de potestades administrativas por las EEPPEE caben los recursos administrativos previstos en la LRJPC.

Las reclamaciones previas a la vía judicial, civil o laboral, serán resueltas por el órgano máximo del organismo salvo que, por sus estatutos, tal competencia se atribuya al ministerio u Organismo Público al cual esté adscrito (art. 60).

En caso de extinción de la EPE los bienes y derechos sobrantes de su liquidación se integran en el Patrimonio del Estado.

A diferencia de lo que hace para los OOAA, la LOFAGE no contiene ninguna mención expresa sobre el régimen de nombramiento de los titulares de los órganos de las EEPPEE.

e. Gestión de recursos

- (1) Gestión de recursos humanos. El personal de las EEPPEE se rige por el Derecho laboral, con las especificaciones que a continuación señalamos y las excepciones relativas a los funcionarios públicos de la Administración General del Estado y, en su caso, de otras Administraciones Públicas, quienes se regirán por la legislación sobre función pública que les resulte de aplicación.

La selección del personal laboral de estas entidades se realizará conforme a las siguientes reglas:

- (a) El personal directivo, que se determinará en los estatutos de la entidad, será nombrado atendiendo a los criterios de competencia profesional y experiencia, atendiendo a la experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada.

- (b) El resto del personal será seleccionado mediante convocatoria pública, basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad.

La determinación y modificación de las condiciones retributivas tanto del personal directivo como del resto del personal, requerirán el informe conjunto, previo y favorable de los Ministerios de Administraciones Públicas y Economía y Hacienda.

Los ministerios a que se refiere el apartado anterior efectuarán, con la periodicidad adecuada, controles específicos sobre la evolución de los gastos de personal y de la gestión de sus recursos humanos, conforme a los criterios previamente establecidos por los mismos.

La ley de creación de cada EPE deberá determinar las condiciones conforme a las cuales los funcionarios de la Administración General del Estado y, en su caso, de otras Administraciones Públicas, podrán cubrir destinos en la referida entidad, y establecerá, asimismo, las competencias que a la misma correspondan sobre este personal que, en todo caso, serán las que tengan legalmente atribuidas los OOAA (art. 55).

- (2) Gestión de recursos materiales. Como en el modelo anterior, incluimos aquí el régimen del patrimonio por un lado, y el régimen de la contratación de bienes y servicios, por otro.

- (a) Patrimonio.

Las EEPPEE, además de patrimonio propio, pueden tener bienes adscritos por la Administración General del Estado.

La ley se remite para el régimen de gestión de los bienes patrimoniales propios de la EPE a lo regulado para los OOAA, salvo lo que se disponga en la ley de creación de estas entidades o, en su caso, en la norma de adecuación que se habrá de dictar para adaptar el organismo a la

tipología y disposiciones de la Ley 6/97, en atención a las peculiaridades de su actividad.

Los bienes y derechos que la Administración General del Estado adscriba a las EEPPEE conservarán su calificación jurídica originaria y únicamente podrán ser utilizados para el cumplimiento de sus fines. Las EEPPEE ejercerán cuantos derechos y prerrogativas relativas al dominio público se encuentren legalmente establecidas, a efectos de la conservación, correcta administración y defensa de dichos bienes. La adscripción y reincorporación de los mismos al Patrimonio del Estado será acordada por el Ministerio de Economía y Hacienda, de conformidad con la legislación reguladora del Patrimonio del Estado.

Las EEPPEE formarán y mantendrán actualizado su inventario de bienes y derechos, tanto propios como adscritos, con excepción de los de carácter fungible. El inventario se rectificará, en su caso, anualmente, con referencia al 31 de diciembre, y se someterá a la aprobación del órgano de gobierno del organismo.

A los efectos de la permanente actualización y gestión del Inventario General de Bienes y Derechos del Estado, el inventario de bienes inmuebles y derechos de las EEPPEE y sus modificaciones se remitirán anualmente al Ministerio de Economía y Hacienda (art. 56).

(b) Contratación

En cuanto a la contratación de bienes y servicios en las EEPPEE, la ley indica que se regirá por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

Será necesaria la autorización del titular del ministerio al cual se encuentren adscritas para celebrar contratos de cuantía superior a la previamente fijada por el mismo (art. 57).

- (3) Gestión de recursos financieros. Las EEPPEE deberán financiarse con:
- (a) Los ingresos que se deriven de sus operaciones.
 - (b) Los bienes y valores que constituyen su patrimonio.
 - (c) Los productos y rentas de dicho patrimonio.
 - (d) Los ingresos ordinarios y extraordinarios que estén autorizados a percibir, según las disposiciones por las que se rijan.
 - (e) Cualquier otro recurso que pudiera serles atribuido (art. 65.2).

El régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y control financiero de las EEPPEE será el establecido en la LGP (art. 58).

f. Conclusión

Como ya hemos comentado para los OOAA, la LOFAGE ha supuesto la clarificación y simplificación del régimen jurídico de la Administración Institucional en nuestro país. La LOFAGE crea esta modalidad organizativa nueva —la EPE— y acaba con la duplicidad sin sentido que significaba mantener dos formas organizativas independientes entre sí, pero de contenido y régimen jurídico similar: los organismos autónomos comerciales, industriales, financieros o análogos y las entidades de Derecho público. La posibilidad de encomendar a las EEPPEE la realización de actividades prestacionales, o la gestión de servicios públicos (además de actividades de carácter comercial o industrial) hace de la EPE un modelo organizativo interesante ante el reto de una Administración más eficiente.

4. El organismo autónomo de carácter administrativo

a. Introducción

Hemos comentado, al tratar el modelo de organismo autónomo regulado en la LOFAGE, cómo al iniciarse el siglo XX se produce en la Administración Pública española un fuerte movimiento de descentralización funcional que se transforma en la creación del modelo organismo autónomo de carácter administrativo (OAA), al que más tarde se añadió el modelo organismo autónomo CIFA. Hemos comentado asimismo el desarrollo y crisis de estos modelos, que concluyó con su desaparición en la LOFAGE de 1997.

Sin embargo, la desaparición de las dos modalidades de organismos autónomos creadas por la LGP no ha sido completa. Como ya comentamos, el *corpus* legislativo que desarrollaron las Comunidades Autónomas durante los años 80 reprodujo en gran medida la estructura organizativa heredada de la Administración central. Así, en la mayoría de las Comunidades Autónomas se establecieron como categorías propias o por aplicación supletoria de la legislación del Estado, los dos modelos de organismos autónomos que existían en la Administración central. El ámbito de la LOFAGE es la Administración General del Estado⁵³ y su disposición derogatoria única deroga —entre otros— los artículos 4 y 6,1,b de la LGP, de aplicación en la Administración del Estado. No deroga, por no ser de su competencia, las disposiciones de las Comunidades Autónomas que, en ejercicio de sus competencias, crean y regulan estas modalidades organizativas en sus respectivos ámbitos territoriales. Por ello, debemos entender que el modelo OAA continúa vigente en el ámbito autonómico⁵⁴.

⁵³El artículo 1 de la LOFAGE define su ámbito de aplicación: “La presente Ley regula, en el marco del régimen jurídico común a todas las Administraciones Públicas, la organización y el funcionamiento de la Administración General del Estado y los Organismos públicos vinculados o dependientes de ella, para el desarrollo de su actividad.”

⁵⁴La Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, —posterior a la LOFAGE que es de 1997— califica al Servicio Andaluz de Salud como Organismo Autónomo de carácter administrativo.

Paralelamente, la propia LOFAGE establece en su Disposición transitoria tercera y en el ámbito de la Administración del Estado, un período transitorio de dos años como máximo para la adaptación de “los organismos autónomos y demás entidades de Derecho público” a las previsiones de la ley. Efectivamente, la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1998 mantiene invariada la tipología de los organismos públicos, “a la espera de efectuar la adaptación de la normativa reguladora de los mismos a los preceptos de la Ley 6/1997”. La Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social realiza la adaptación de gran parte de la Administración Institucional del Estado a los preceptos de la LOFAGE.

Por estas dos razones debemos continuar estudiando las modalidades organismo autónomo de carácter administrativo, organismo autónomo de carácter comercial, industrial, financiero o análogo y el ente de Derecho público.

Podemos definir los organismos autónomos de carácter administrativo, tal como lo hacía el artículo 2 de la derogada LEEA, como entidades de Derecho público creadas por ley, que tienen personalidad jurídica y patrimonio propio, que actúan en régimen de descentralización administrativa y que tienen como función la organización y administración de un servicio público, de los fondos que tienen adscritos, y de actividades y bienes⁵⁵.

Al disfrutar de personalidad jurídica, el OAA ostenta legitimación procesal activa y pasiva para estar en toda clase de procesos y ejercer todo tipo de acciones. Sin embargo esa legitimación no es plena, pues no cabe, en general, que un OAA impugne los actos dictados por el ente matriz que lo crea, dirige y alimenta.

⁵⁵La definición que damos es de una gran vaguedad. Ello es debido a la profunda diversidad de identidades a que tuvieron que hacer frente los redactores de la Ley: la LEEA es posterior a la creación de los OAAA a los que regulaba, y existía una gran disparidad de características entre ellos, lo que hacía difícil establecer una definición común a todos ellos.

Ejemplos de OOAAA en el ámbito sanitario son el Servicio Navarro de Salud (art. 45 de la Ley Foral 10/90 de 23 de noviembre), el Servicio Regional de Salud de Madrid (art. 1 de la Ley 9/84 de 30 de mayo), el Servicio Andaluz de Salud (Ley 2/1998, de 15 de junio), el Servicio Gallego de Salud (art. 1 de la Ley 1/89 de 2 de enero), el Servicio Aragonés de Salud (art. 1 de la Ley 2/89 de 21 de abril), el Servicio de Salud de la Región de Murcia (art. 1 de la Ley 2/90 de 5 de abril), el Servicio Riojano de Salud (art. 9 de la Ley 4/91 de 25 de marzo), el Instituto de Salud "Carlos III" (art. 111.2 de la Ley 14/86 de 25 de abril, General de Sanidad), el Instituto de Estudios de Salud de Cataluña (art. 70.2 de la Ley 15/90, de 9 de julio) o el Servicio Canario de Salud (Ley 11/94, de 26 de julio)⁵⁶. Asimismo la extinta *Administración Institucional de la Sanidad Nacional*⁵⁷ tenía este carácter.

b. Regulación

Como hemos comentado, los OAA existen únicamente en las disposiciones de carácter autonómico. Su regulación es habitualmente, escasa. En general, un OAA se regula por lo que establezca su ley de creación que constituye sus estatutos⁵⁸.

Los estatutos son su norma reguladora básica. Contienen las funciones que debe realizar, las competencias que se le atribuyen para ha-

⁵⁶Todas las referencias que se hacen en este párrafo a Leyes, lo son a Leyes de las respectivas Comunidades Autónomas, a excepción de la referencia a la Ley General de Sanidad.

⁵⁷La *Administración Institucional de la Sanidad Nacional* (AISNA) gestionaba los establecimientos sanitarios que dependían del antiguo Ministerio de Gobernación. Fue suprimido por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1985.

⁵⁸En el ámbito autonómico, la legislación sobre el régimen de los OOAA (de ambos tipos) es, en general, pobre. Entre la más desarrollada se encuentra la Ley 1/84, de 19 de enero, reguladora de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid y la Ley 4/85, de 29 de marzo, del Estatuto de la empresa pública catalana (Coscolluela, 1993). En menor medida, la Ley 12/83 de 22 de junio, de principios ordenadores de la Hacienda General del País Vasco.

cerlo, el órgano de la administración matriz del que dependen, las bases generales de su organización, el régimen de acuerdos de sus órganos colegiados, la forma de designación y remoción de sus cargos directivos, los bienes y recursos económicos que se le asignan y el régimen jurídico de su gestión.

A diferencia de las Administraciones Territoriales que, como veíamos, tienen capacidad para autodefinir los intereses públicos que van a servir, dentro del ámbito natural de intereses que le son propios, en los organismos autónomos de carácter administrativo la definición de fines y competencias condiciona absolutamente su actuación: no pueden ir más allá⁵⁹.

c. Creación y extinción

Los OOAAA se crean siempre por ley^{60, 61}. Así lo establecía el artículo 6 de la derogada LEEA (“La creación de los organismos autónomos habrá de ser autorizada siempre por una ley”).

⁵⁹Las Leyes citadas en el epígrafe anterior, de creación de los diferentes servicios regionales de salud que adoptan el modelo de organismo autónomo de carácter administrativo, contienen claramente todas estas manifestaciones de la relación de instrumentalidad.

⁶⁰Como vimos anteriormente, todos los Servicios Regionales de Salud que adoptaban la forma de OAA eran creados por normas con rango de Ley de las respectivas Comunidades Autónomas.

⁶¹La LEEA supuso la exigencia de una norma de rango de Ley para la creación de organismos autónomos, lo que frenó cuantitativamente el proceso de formación de estos (Santamaría, 1991). Sin embargo se producía el absurdo de que, al ser la LEEA una Ley ordinaria, podía ser derogada parcialmente -y de hecho lo fue- por las Leyes de creación de los organismos autónomos que debían someterse a sus preceptos (Parada, 1991). Además muchos organismos consiguieron mantenerse fuera del ámbito de la LEEA, so pretexto de una supuesta singularidad (García Trevijano calificaba a estos organismos como *apátridas*). Entre los casos más destacados, y en nuestro ámbito, está el Instituto Nacional de Previsión.

Por coherencia jurídica, lo que se crea por ley, se extingue también por ley. Pero además, el artículo 14 de la LEEA establecía otras formas de extinción además de la ley: por el transcurso del tiempo de existencia señalado en la ley fundacional y por el cumplimiento del fin para el que fueron creados.

Era habitual que las leyes de presupuestos de cada año incluyeran un artículo en el que se autoriza al Gobierno para que, durante el año de vigencia de la ley, y mediante real decreto, procediera a:

- Suprimir organismos autónomos y entidades públicas creadas por ley si sus fines se han cumplido o si, permaneciendo sus fines, estos pueden ser atribuidos a órganos de la Administración centralizada.
- Refundir o modificar la regulación de los organismos autónomos y entidades públicas creadas por ley, respetando, en todo caso, los fines que tuvieran asignados y los ingresos que tuvieran adscritos como medios económicos para la obtención de los fines mencionados.

En los últimos años, esta disposición se encontraba en las *Leyes de Acompañamiento* que cada año se tramitan en las Cortes paralelamente a las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y que contienen las modificaciones de otras normas, necesarias para hacer efectivas las previsiones de los Presupuestos⁶².

Mediante esta autorización se cumplía el precepto de que la extinción se hiciera por ley (dado que la extinción que realice el Gobierno la hace sólo en base a una autorización que las Cortes realizan mediante

⁶²Por ejemplo, el artículo 76 de la Ley 42/1994 de 30 de diciembre (BOE del 31), de medidas fiscales, administrativas y de orden social, incluía la referida autorización de las Cortes al Gobierno, bajo el epígrafe “reordenación de organismos autónomos y entidades públicas”. Por esta razón, tal reordenación no figuraba en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1995.

ley), a la vez que se agilizaba la ordenación del ingente aparato de las Administraciones Públicas.

d. Organización

Con carácter general podemos decir que la organización de los OOAAA se realiza por Derecho público.

Como todos los entes que integran la Administración Institucional, cada OAA se encuentra adscrito a un órgano de la administración matriz⁶³. Esto implica que, a pesar de tener carácter autónomo, estos organismos no están desvinculados de los ministerios, consejerías, etc. Por esta razón, los decretos orgánicos de los ministerios, consejerías, etc. incluyen en su *estructura orgánica* la mención de los organismos autónomos adscritos a los mismos.

Los actos emanados de los máximos responsables del OAA y que sean recurribles, lo serán ante la administración matriz⁶⁴, como mani-

⁶³ Así, por ejemplo, el artículo 54 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, define el Servicio Andaluz de Salud como “Organismo Autónomo de carácter administrativo de la Junta de Andalucía adscrito a la Consejería de Salud”. En el mismo sentido se expresan: artículo 70.2 de la Ley de Ordenación Sanitaria de Cataluña; artículo 45.2 de la Ley Foral de Salud, de Navarra; artículo 1.2 de la Ley del Servicio Vasco de Salud-Osakidetza; artículo 1 de la Ley de creación del Servicio Regional de Salud, de Madrid; artículo 1 de la Ley de creación del Servicio Valenciano de Salud; artículo 1 de la Ley de creación del Servicio Gallego de Salud; artículo 1 de la Ley de creación del Servicio Aragonés de Salud; artículo 1 de la Ley de creación del Servicio de Salud, de Murcia; artículo 9 de la Ley de creación de Servicio Riojano de Salud.

⁶⁴ El artículo 20.3 de la Ley 8/86 de 6 de mayo del SAS, dispone que “contra los actos emanados del Director Gerente y del Consejo de Administración que sean susceptibles de ello, podrá interponerse recurso de alzada ante el Consejero de Salud...”. Véase asimismo, a título de ejemplo, artículo 64 de la Ley Foral 10/90 de Navarra, artículo 10 de la Ley 10/83 del País vasco, artículo 37.3 de la Ley 8/87 de la Comunidad Valenciana, artículo 18.3 de la Ley 1/89 de Galicia, artículo 34.2 de la Ley 2/90 de Murcia, o artículo 47.2 de la Ley 4/91 de la Rioja.

festación de la tutela administrativa que rige las relaciones de los OOAAA con la administración matriz.

La designación y separación de los titulares de los órganos de gobierno del OOAAA se realiza libremente por el ente matriz⁶⁵. En ocasiones, la autoridad de la administración matriz (ministro, consejero, por ejemplo) ostenta al mismo tiempo la condición de máxima autoridad directiva del OOAAA.

Otra manifestación del estrecho control ejercido por la administración matriz sobre el OOAAA es el control económico-presupuestario al que se le somete mediante técnicas presupuestarias y de intervención del gasto⁶⁶.

Cuando se extingue el OAA, todos sus bienes pasan a la administración matriz, que se subroga en sus derechos y obligaciones.

e. Gestión de recursos

En las relaciones *ad extra*, o sea en su funcionamiento, en la gestión de sus recursos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 2.2 de la LRJPC, será de aplicación el Derecho Administrativo siempre que ejer-

⁶⁵Véase por ejemplo, artículo 50.2 de la Ley Foral 10/90 de Navarra, artículo 3.2.h. de la Ley 10/83 del País Vasco, artículo 3.2.i. de la Ley 8/86 de Andalucía, artículo 2.2.7. de la Ley 8/87 de la Comunidad Valenciana, artículo 4.g. de la Ley 1/89 de Galicia, artículo 16 de la Ley 2/89 de Aragón, artículo 9 de la Ley 2/90 de Murcia, o artículo 11.i. de la Ley 4/91 de la Rioja.

⁶⁶Véanse los artículos 68 y 69 de la Ley Foral 10/90 de Navarra, artículos 20 a 22 de la Ley 10/83 del País Vasco, artículos 18 y 19 y disposición adicional 1ª.2 de la Ley 8/86 en Andalucía, artículos 34 a 36 de la Ley 8/87 de la Comunidad Valenciana, artículo 17 de la Ley 1/89 de Galicia, artículo 54 de la Ley 2/89 de Aragón, artículos 32 y 33 de la Ley 2/90 de Murcia y artículos 53 a 55 de la Ley 4/91 de la Rioja.

zan potestades administrativas, pero cuando no las ejerzan pueden regirse por normas de Derecho privado, si así lo establecen sus normas de creación.

Esta nueva regulación contenida en la LRJPC modifica sustancialmente la regulación existente hasta finales de 1992, según la cual, las relaciones *ad extra* de los OOAAA se sometían siempre al Derecho Administrativo. Por esta razón, todos los OOAAA creados en el ámbito sanitario hasta esa fecha (la práctica totalidad de los existentes) se someten, en la gestión de sus recursos, al Derecho Administrativo.

Veamos a continuación en qué se traduce esta regulación:

- (1) Gestión de recursos humanos. Según la regulación anterior, el régimen jurídico del personal de OOAAA era siempre público, de carácter funcionarial o estatutario. Ya hemos comentado el cambio que supone la nueva LRJPC. Las principales consecuencias en nuestro ámbito son:
 - (a) La inmensa mayoría de los servicios regionales de salud (con transferencias en la materia) y el propio INSALUD gestión directa, mantienen con sus empleados una relación de Derecho público, heredada de la regulación anterior a la LRJPC de 1992.
 - (b) Las posibilidades de modificación del régimen jurídico de este personal son muy limitadas, aun cuando sus normas de creación dispongan otra cosa, por la existencia de derechos adquiridos y la imposibilidad de *expropiar* el régimen jurídico de los trabajadores.
 - (c) En los servicios de salud de otras Comunidades Autónomas que en el futuro asuman competencias en la materia, el margen de maniobra será igualmente mínimo.
 - (d) Es admisible que las leyes de creación de servicios regionales de salud establezcan otro régimen distinto para su

personal. En estos casos, coexistirán dos o más regímenes (estatutario para el transferido y laboral para el de nuevo acceso, por ejemplo).

(e) La opción por una gestión de recursos humanos en régimen de Derecho privado supone asumir que ese organismo autónomo no ejercerá ninguna potestad pública. Así, por ejemplo, no sería posible atribuirle competencias de salud pública, pues suponen el ejercicio de potestades públicas (por ejemplo, la potestad sancionadora) y éstas sólo pueden ser realizadas por personal funcionario que, por la propia naturaleza jurídica de la relación de servicios, es a quién corresponde el ejercicio del poder público, de las potestades públicas.

(2) Gestión de recursos materiales. Incluimos en este ítem el régimen de los bienes del OAA, por un lado, y el régimen de la contratación de bienes y servicios, por otro.

(a) Patrimonio

Los OOAAA pueden ser titulares de bienes propios o tenerlos cedidos por la Administración territorial de que dependan. Los bienes que les sean adscritos conservarán la naturaleza (dominio público o patrimonial⁶⁷) que tuvieran en origen, sin que los adquieran en propiedad, y debiendo utilizarlos directamente o por cesión a tercero para el cumplimiento de los fines encomendados al OAA. Los bienes propios sí pueden ser enajenados (vendidos) por el OAA, devolviéndolos al tráfico jurídico.

(b) Contratación

Cuando el OAA precise adquirir bienes o contratar servicios, podría pensarse que cabe la huida del Derecho pú-

⁶⁷Se llaman bienes de dominio público los de propiedad pública que están adscritos a un uso o servicio público. Los bienes propiedad de la Administración que no están adscritos a un uso o servicio público se llaman patrimoniales. El régimen jurídico de los bienes es distinto en cada caso.

blico por la vía del comentado artículo 2.2 de la LRJPC (en cuanto estos actos no suponen ejercicio de potestades públicas). Y así sería si no fuera porque una ley posterior —la Ley 13/95, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCCAAPP)— establece la aplicación de las disposiciones de contratación administrativa “para los organismos autónomos en todo caso”. Sin admitir excepciones. Debemos concluir pues, que el régimen jurídico para la contratación de bienes y servicios es siempre público.

- (3) Gestión de recursos financieros. Los OOAAA cuentan con presupuestos propios, aunque estos presupuestos integran los Presupuestos de la administración matriz (art. 50 LGP). Los OOAAA se someten al régimen de presupuestos que con carácter general regula la LGP (art. 48 a 84) que es común para estas entidades y la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma correspondiente. No está prevista la posibilidad de endeudamiento mediante créditos, préstamos u otras operaciones financieras.

f. Conclusión

La gran expansión de este modelo durante todo el siglo XX hizo necesario, como vimos al comienzo, poner freno a la disolución de sus controles. La LEEA y la LGP supusieron en algunos casos más controles que los que existían para la propia administración matriz. Hoy no puede decirse que los OOAAA existentes sean realmente autónomos.

La LOFAGE ha sustituido la dualidad de OOAA por un modelo único, que ya hemos comentado, y por las que denomina entidades públicas empresariales, que también hemos analizado. Los antiguos modelos de la Administración del Estado —entre ellos, este OAA— permanecen en aquellas comunidades autónomas que las aplicaron como categorías propias.

La derogación que la LOFAGE hace de la LEEA y de algunos preceptos de la LGP han dejado a los OOAAA autonómicos huérfanos de regulación, pues no es aplicable en el ámbito autonómico el régimen transitorio establecido en la Disposición Transitoria Tercera de la LOFAGE⁶⁸. Esto puede ser fuente de inseguridad jurídica respecto al régimen de los OOAAA que carezcan de regulación propia.

5. El organismo autónomo de carácter comercial, industrial, financiero o análogo

a. Introducción

Como ya hemos comentado, la LEEA sólo hablaba de OOAA, sin establecer tipos dentro de esta categoría. La LGP, sin embargo, distinguía dos tipos de OOAA: junto a los de carácter administrativo, establecía los que denomina organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo (que por la longitud del nombre denominaremos CIFA). El fracaso de los OOAAA hizo que durante años se produjera una huida hacia la definición del OA como CIFA de OOAA que no tienen ese carácter, ya que —al diferencia de lo que ocurría en los OOAAA— podían regular su actividad por normas de Derecho privado. Suponía un paso más en la huida del Derecho público hacia fórmulas más próximas a las reglas del mercado. Sin embargo, aun antes de la desaparición de este modelo en la Administración Central por efecto de la LOFAGE, y debido a las últimas modificaciones legislativas (LRJPC y LCCAAPP), la huida del Derecho público a través de este modelo dejó de tener sentido, por las razones que expondremos en este epígrafe.

⁶⁸La Disposición Transitoria tercera de la LOFAGE dispone que “los Organismos autónomos (...) existentes, se seguirán rigiendo por la normativa vigente a la entrada en vigor de esta Ley hasta tanto se proceda a su adecuación a las previsiones contenidas en la misma”.

Un ejemplo muy conocido de este modelo organizativo y de esta evolución es el servicio de correos, que pasó de ser un órgano (sin personalidad jurídica) de una Administración Territorial (la Dirección General de Correos y Telégrafos) a un organismo autónomo de carácter comercial, industrial, financiero (OACIFA), buscando una mayor eficiencia y agilidad en su gestión que le permita competir con el dinámico sector del transporte urgente de mercancías. La LOFAGE (véase la disposición adicional undécima), lo ha transformado en una entidad pública empresarial.

Como dice Alejandro Nieto (1988) en relación con la génesis de este modelo, “la gran cuestión del estado moderno no es ya la cantidad de las tareas que ha asumido, sino el estilo de su gestión”. Se modifica el régimen jurídico pensando que basta con ello para cambiar la gestión.

La definición de un OAAA CIFA coincide exactamente con la dada para el OAAA: entidad de Derecho público creada por ley, que tiene personalidad jurídica y patrimonio propio, que actúa en régimen de descentralización administrativa y que tiene como función la organización y administración de un servicio público, de los fondos que tiene adscritos, y de actividades y bienes.

Antes de entrar en el estudio de esta modalidad organizativa, debemos preguntarnos si la provisión de servicios sanitarios es efectivamente una actividad comercial que justifique por tanto la utilización de este modelo. Frente a una tradicional corriente que defiende el carácter administrativo, de prestación social, de la provisión de servicios sanitarios públicos, Ortún (1992) y López Casanovas propugnan su indudable naturaleza mercantil, calificando este último autor de esquizofrénica la postura contraria.

Sin embargo, esta discusión es irrelevante a efectos jurídicos, pues basta la calificación de la prestación como mercantil en la ley de creación del organismo autónomo para que éste se configure como CIFA.

b. Regulación

Al igual que veíamos en el modelo anterior, los OOAA CIFA, se regulan por su ley de creación, que constituyen sus estatutos, debiendo estos respetar lo establecido en las disposiciones generales con rango de ley.

El régimen explicado para los OOAAA es, en general, válido para estos, más aun cuando una de las principales diferencias entre ambos —la posibilidad que se otorgaba a los OOAA CIFA de someter la gestión de sus recursos a normas de Derecho privado, posibilidad que no se admitía para los OOAAA— ha dejado de existir como vimos al estudiar el modelo OAA.

Sin embargo, aun cuando la LEEA nunca estableció diferencias entre ambos tipos de OOAA y la LRJPC ha asimilado ambos modelos, la LGP mantuvo diferencias entre ambos, estableciendo un régimen especial para los OOAA CIFA en lo referente al régimen de presupuestos (art. 85 y 86 LGP), la intervención de sus fondos (art. 17 LGP) y el control de su actividad. Algunas disposiciones autonómicas han hecho suya esta diferencia.

c. Creación y extinción

El régimen de creación y extinción es común para los dos tipos de organismos autónomos. Nos remitimos, por tanto, a lo expuesto en el apartado 4.c. de este capítulo.

d. Organización

También aquí es válido lo expuesto para los organismos autónomos de carácter administrativo, pues no hay diferencias entre ambos

tipos de organismos autónomos sobre aspectos de organización interna. Nos remitimos, por tanto, a lo expuesto en el apartado 4.d. de este capítulo.

e. Gestión de recursos

Como veíamos, el artículo 2.2 de la LRJPC exigía la aplicación del Derecho Administrativo sólo en aquellos aspectos que fueran ejercicio de potestades administrativas, admitiendo que cuando no las ejerzan puedan regirse por Derecho privado, si así lo establecen sus normas de creación.

Esto parece suponer la posibilidad de que estos organismos autónomos regulen su actividad por Derecho privado, como venía siendo hasta ahora. La realidad, sin embargo, es diferente, por la incidencia de la LCAAPP y de la LGP.

- (1) Gestión de recursos humanos. Dado que el ordenamiento jurídico admitía ya antes de la LRJPC —Ley 30/92— que su personal se sometía a Derecho privado (régimen laboral), es probable que no se produzcan aquí los problemas que veíamos en el estudio del OAA, ya que en la mayoría de los supuestos en que se utilizaba este modelo se buscaba la gestión de los recursos en régimen de Derecho privado.

Por lo demás vale aquí lo dicho en el punto 4.e.(1) de este Capítulo para el organismo autónomo de carácter administrativo, en especial lo referido al ejercicio de potestades públicas.

- (2) Gestión de recursos materiales. Comprende el régimen de sus bienes y la contratación de bienes y servicios.

(a) Patrimonio

El régimen de los bienes de los OAAA CIFA es idéntico al que ya hemos visto para los OAAA, por lo que nos remitimos al apartado 4.e.(2) de este Capítulo.

(b) Contratación

En cuanto a la contratación de bienes y servicios, hasta la publicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAAPP), Ley 13/95, de 18 de mayo, los OOAA CIFA se sometían al Derecho privado si así lo establecían sus estatutos.

Desde la aprobación de la citada ley se someten al Derecho público, contenido en sus propios preceptos. Vale aquí también lo dicho para los OOAAA en el punto 4.e.(2) de este capítulo.

Sin embargo, por el carácter económico de la actividad que estos OOAA CIFA realizan, la propia LCAAPP (art. 3.1.f.) deja fuera de su ámbito de aplicación:

“Los contratos de suministro relativos a actividades directas de los organismos autónomos de las Administraciones Públicas de carácter comercial, industrial, financiero o análogo, si los bienes sobre los que versan han sido adquiridos con el propósito de devolverlos, con o sin transformación, al tráfico jurídico patrimonial de acuerdo con sus fines peculiares, y siempre que tales organismos actúen en ejercicio de competencias específicas a ellos atribuidas por la ley.”

En este caso, por tanto, no se cumple la doctrina de los actos separables⁶⁹.

⁶⁹La *doctrina de los actos separables* establece que la Administración ha de someter en todo caso a normas de Derecho público (jurídico-administrativas) el proceso de formación de su voluntad (la preparación del expediente y la adjudicación del concurso), tanto si la voluntad administrativa desemboca en un contrato público como privado.

Así, el artículo 9 de la LCAAPP dispone: “Los contratos privados de la Administraciones Públicas se registrarán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo, y en cuanto a sus efectos y extinción por las normas de derecho privado”.

En consecuencia, el mismo artículo en su número 2 establece que la jurisdicción civil es la competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos

- (3) Gestión de recursos financieros. Aquí están las principales diferencias entre ambos tipos de OOAA. Al igual que en el OAA, la actividad del OACIFA se encuentra sometida al régimen de presupuesto, que se integra en los Presupuestos Generales de la administración matriz.

En este caso, la LGP determina que, a sus presupuestos, los OOAA CIFA deberán acompañar los siguientes estados:

- Cuenta de operaciones comerciales.
- Cuenta de explotación (cuenta de resultados).
- Cuadro de financiación.
- Estado demostrativo de variación del fondo de maniobra.

Por otro lado, las operaciones de la cuenta de operaciones comerciales no se encuentran sometidas a las limitaciones que la LGP establece para los créditos incluidos en el estado de gastos del presupuesto, lo que se traduce en menor limitación en la ejecución presupuestaria.

La actividad económica de los OOAA CIFA está sometida al control previo de la Intervención. A diferencia de lo visto en el OAA, en los OOAA CIFA el control previo sólo alcanza a las dotaciones que tengan carácter limitativo o ampliable y a los fondos de libre disposición, mientras que las demás serán objeto de comprobaciones periódicas o de auditoría.

Por tanto, como dice Parada Vázquez (1991) citando a Jiménez de Cisneros, la distinción entre unos y otros organismos autónomos “no produce un régimen distinto aplicable a cada organismo, ni tampoco

privados que celebre la Administración, y que la jurisdicción contencioso-administrativa será la competente respecto a las controversias relativas a la preparación y adjudicación del contrato.

La excepción contenida en el artículo 3.1.f. de la LCAAPP permite que la preparación y adjudicación de los contratos a que se refiere no se haga conforme a la LCAAPP, sino conforme al Derecho privado.

implica —según estos autores— el sometimiento al Derecho privado de los OOAA CIFA. Sucede únicamente que la LGP ha flexibilizado el régimen de contabilidad, control y presupuesto para este tipo de entes, en función de los objetivos y tareas a ellos encomendados”.

f. Conclusión

Como hemos visto, el modelo OACIFA se utilizó como forma de huir al Derecho privado en la gestión de servicios públicos.

Su desaparición en la Administración del Estado desde la publicación de la LOFAGE ha reducido su existencia a determinado ámbito autonómico. Incluso en este ámbito, la utilización de este modelo como forma de huir del Derecho público ha dejado, en parte, de tener sentido por varios motivos:

- (1) El artículo 2.2 de la nueva LRJPC, como vimos anteriormente, impone a los OOAAA. aplicar el Derecho administrativo sólo cuando ejerzan potestades administrativas. En los demás casos pueden regirse por normas de Derecho privado, si así lo establecen sus normas de creación. Por tanto, ya no es necesario acudir al modelo OACIFA para someterse al Derecho privado.
- (2) El OACIFA, como organismo autónomo que es, mantiene su organización pública, similar en todo a los OOAAA. Con ello, mantiene también el sistema de controles financieros rígido creado por la LGP, que supone un obstáculo a la flexibilidad de los OOAA que realmente tienen un carácter CIFA. Aun cuando no se agota el modelo como en el caso de los OOAAA, se recorta considerablemente la flexibilidad del modelo.
- (3) La LCAAPP impone a los OOAA CIFA sus disposiciones, salvo las excepciones vistas (art. 3.1.f.). Aun con estas ex-

cepciones, la aplicación del régimen jurídico público en los demás aspectos de contratación puede limitar la utilización del modelo.

Por lo demás, es aplicable aquí lo dicho en el epígrafe 4.f.

6. El ente de Derecho público o ente público

a. Introducción

Como hemos visto con anterioridad, la LEEA sólo contemplaba dos formas organizativas dotadas de personalidad jurídica, y ambas ofrecían inconvenientes: por un lado, la sociedad mercantil que denominaba *empresa nacional*, que no parecía la más adecuada para el ejercicio de determinadas funciones públicas ni valía para entidades que, junto a actividades puramente empresariales, eran también titulares de funciones o prerrogativas de autoridad (por ejemplo, el Banco de España). Por el otro lado, la forma organismo autónomo, según hemos visto, tampoco era adecuada, tanto por los estrictos controles presupuestarios y de intervención a que la LEEA les sometía, cuanto por la ambigüedad de ésta a la hora de admitir que dichos organismos se sujetaran al Derecho privado en su actividad.

Como dice Santamaría (1991), la salida de este círculo vicioso exigía romper la ecuación clásica, creando una personificación de Derecho público, que, no obstante, se sometiera globalmente al Derecho privado en su actividad. La rotura de esta ecuación se realiza caso a caso (Banco de España en 1962, RENFE en 1964, o los puertos autónomos en 1968). Fue la LGP la que, en 1977, creó la categoría formalmente, unificando su régimen jurídico, e incluyéndola, junto con las sociedades mercantiles públicas bajo la impropia denominación de *sociedades estatales*, dado que estos entes no son sociedades. Como dice Parejo (1992) son el último de los modelos clásicos en ser reconocido legalmente como categoría general.

Tradicionalmente, este modelo se utilizaba para la ordenación de sectores determinados: hidrocarburos (Instituto Nacional de Hidrocarburos, INH), exportación (Instituto Español de Comercio Exterior, ICEX), nuevas tecnologías (Centro para el Desarrollo Tecnológico Industrial, CEDETI), ahorro de energía (Instituto para la Diversificación y Desarrollo de la Energía, IDAE), crédito oficial (Instituto de Crédito Oficial, ICO), etc. En el ámbito sanitario mantiene esta finalidad y se utiliza como ordenador de los servicios sanitarios en algunas de las comunidades autónomas que crean sus servicios de salud bajo esta fórmula. Así: artículo 4 de la Ley 15/1990 de Ordenación Sanitaria, de Cataluña; artículo 5 de la Ley 1/1992 de 2 de julio, de creación del Servicio de Salud del Principado de Asturias; o artículo 5 de la Ley 4/1992 de 15 de julio, de creación del Servicio Balear de Salud. La Ley de Ordenación Sanitaria del País Vasco de junio de 1997 transforma el Servicio Vasco de Salud en un ente público⁷⁰.

En los últimos años, sin embargo, este carácter exclusivo de ordenador de un sector comenzó a perderse, y unidades prestadoras de servicios sanitarios de cualquier nivel adoptaron este modelo organizativo⁷¹. Así, por ejemplo,

En Andalucía:

- El *Hospital de la Costa del Sol* (Marbella).
- El *Hospital de Poniente* (Almería).

⁷⁰Aunque fuera del ámbito sanitario, por su relevancia hay que citar el artículo 59 de la Ley General de la Seguridad Social que calificaba las Entidades Gestoras de la SS (INSS, IMSERSO, ISM, principalmente) como entidades de Derecho público. La LOFAGE, al derogar esta modalidad, establece que serán de aplicación e estas Entidades gestoras las disposiciones de la propia ley relativas a los organismos autónomos, salvo algunas especialidades que relaciona.

⁷¹Villar Rojas (1994) lo califica como el modelo más usado en la gestión de servicios de salud, tanto para la prestación de un servicio público como para el ejercicio de funciones de autoridad sanitaria.

- *La Empresa Pública de Emergencias Sanitarias (061).*
- *El Hospital “Alto Guadalquivir” de Andújar (Jaén).*

En Cataluña:

- *El Instituto de Diagnóstico por la Imagen (antes Centro de resonancia magnética de Vall d’Hebrón).*
- *Gestión de Servicios Sanitarios*, adscrita al *Servicio Catalán de Salud*, tiene por objeto mantener los servicios de promoción, prevención, asistencia y atención socio-sanitaria traspasados por la *Diputación de Lleida* a la *Generalitat*.
- *Instituto de Asistencia Sanitaria*, similar a la anterior en el ámbito de Girona.
- *Gestión y Prestación de Servicios de Salud*, similar a las anteriores en el ámbito de Tarragona.
- *Agencia de Evaluación de tecnología Médica.*
- *Banco de Sangre.*
- *Instituto Catalán de Oncología.*
- *Hospital de Pallars.*
- *Hospital de Mora de Ebre.*

En el País Vasco:

- *Diagnóstico por la Imagen (OSATEK).*
- *Centro de transfusión.*

En Canarias:

- *Gestión Sanitaria Canaria.*

En otros países, esta modalidad —personificación pública, actuación privada— es la normal en las empresas públicas. En el Reino Uni-

do se conocen como *public corporations* y en Francia como *établissement public industriel et commercial*. También existe en el Derecho alemán (García de Enterría, 1989).

La denominación habitual de esta forma de organización (*ente de Derecho público* o simplemente *ente público*), sin ser mentira, induce a equívocos. Su nombre completo es el de *entidades de Derecho público, con personalidad jurídica, que por ley hayan de ajustar su actividad al ordenamiento jurídico privado*, que es la denominación legal que incluía el artículo 6.1.b. LGP.

Como este nombre es muy largo se resume habitualmente hablando de *entes de Derecho público* o *entes públicos*, lo que puede inducir a confusión (Santamaría, 1991) por que estos conceptos incluyen a muchas otras de las modalidades de organización que estamos analizando (un organismo autónomo —de cualquier tipo— es un *ente de Derecho público* y sin embargo es diferente a la modalidad que estudiamos en este epígrafe). Lo más característico de este modelo organizativo se contiene en la segunda parte de la denominación (la que normalmente no se cita), o sea, *que por ley hayan de ajustar su actividad al ordenamiento jurídico privado*.

Como ya hemos visto en los modelos anteriores, la LOFAGE ha derogado, entre otras muchas disposiciones, el artículo 6.1.b. de la LGP. Durante el período transitorio necesario para la adaptación de todos los organismos públicos a la LOFAGE, este modelo seguirá existiendo en la Administración del Estado. Además, este modelo continúa existiendo en aquellas comunidades autónomas que, como la andaluza, han creado esta modalidad organizativa en sus propias disposiciones⁷².

⁷²Véase, por ejemplo, el artículo 6.1.b. de la Ley 5/1983, de 19 de julio, de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma Andaluza, que reproduce en idénticos términos la definición del derogado artículo 6.1.b. de la LGP, o el Decreto 9/1999, de 19 de enero, sobre régimen presupuestario, financiero, de control y contable de las empresas de la Junta de Andalucía (BOJA nº 13, de 30 de enero), que recoge ambas modalidades (sociedades mercantiles y entidades de Derecho público).

Para concluir esta introducción podemos definir el ente público como una organización con personalidad y organización jurídico-pública, pero que actúa en la gestión de sus recursos conforme al ordenamiento jurídico-privado, creada para la prestación de un servicio público o para el ejercicio de funciones de autoridad (Villar Rojas, 1994a).

b. Regulación

El ente de Derecho público se regula por lo que establezca su ley de creación, con respeto siempre a lo establecido para esta forma organizativa en la legislación general.

El artículo 155.2 de la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas establece que no serán aplicables las disposiciones de este título (el título II: del contrato de gestión de servicios públicos) “a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de Derecho público destinadas a este fin”.

La legislación autonómica sobre este tema es aún escasa. Sólo la normativa madrileña y catalana —sobre todo esta última— detallan más el régimen de esta forma de organización (Santamaría, 1991).

c. Creación y extinción

La LGP no decía nada expresamente en cuanto a su creación o extinción. La analogía con los OOAA parece apoyar la tesis de que debe hacerse por ley. Sin embargo hay casos en que se ha hecho por decreto (Santamaría, 1991).

Lo dicho respecto a los OOAA es válido para este modelo. Nos remitimos, por tanto, a las páginas anteriores.

d. Organización

Tiene forma organizativa pública. Su organización se regula por su ley de creación. Como Administración Institucional que es, se adscribe a un órgano de la administración matriz. Es posible el establecimiento de un recurso de alzada impropio (aunque con carácter general sólo se contempla para los OOAA).

Suelen tener al frente a un presidente o director, nombrado por decreto u orden, y un consejo de administración⁷³.

La administración matriz ejerce un control financiero del ente de Derecho público mediante el Programa de Actuación, Inversiones y Financiación. Este programa juega un doble papel: por un lado, es una herramienta de gestión del ente, y por otra, una herramienta de control de la administración matriz.

Como en toda la Administración Institucional, cuando se extingue el ente, su patrimonio revierte al órgano matriz.

e. Gestión de recursos

Como ya hemos comentado, el rasgo definitorio de este modelo organizacional es la ruptura de la ecuación clásica *personificación de Derecho público implica actuación sometida a Derecho público*. El ente de Derecho público mantiene su personificación de Derecho público, como hemos visto en el epígrafe anterior, pero el régimen jurídico de su actividad está, en general, sometido a Derecho privado. En su relaciones *ad extra*, o sea, en la gestión de sus recursos, su régimen jurídico es

⁷³Véanse a título de ejemplo los artículos 7 y siguientes de los estatutos del Hospital de la Costa del Sol, y artículos 9 y siguientes de los estatutos de la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias (EPES-061) en Andalucía.

muy similar al visto para los OOAA CIFA (salvo determinadas especialidades en materia de contratación administrativa o régimen financiero que comentaremos a continuación).

El sometimiento de la actividad de estos entes al Derecho privado se establecía en el propio artículo 6.1.b. de la LGP como ya vimos en la introducción a este modelo. Pero ese sometimiento no es total por el comentado efecto del artículo 2.2 de la LRJPC: a veces se les reservan poderes públicos en el orden externo (por ejemplo, el caso del Banco de España), y cuando ejercen esos poderes públicos, se regulan por Derecho público, y el control del ejercicio de estos poderes también es público. Además, en ocasiones, las propias normas constitutivas de estos entes imponen la aplicación de determinadas normas o regímenes de Derecho público (por ejemplo, en materia funcionarial).

- (1) Gestión de recursos humanos. El ordenamiento jurídico admitía antes, y admite ahora (art. 2.2. de la LRJPC), que su personal se someta a Derecho privado (en régimen laboral). Por esta razón, no se darán aquí los problemas que veíamos en el estudio del OAA.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía se han constituido, como ya hemos comentado, diversas empresas públicas sanitarias con forma de entes públicos creadas al amparo de lo establecido en el artículo 6.1.b de la Ley 5/1983, de 19 de julio, de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Estos entes públicos son Hospital de la Costa del Sol de Marbella, el Hospital Poniente de Almería, el Hospital Alto Guadalquivir de Andújar y la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias –061– En todos estos casos, el artículo 60 de la Ley 2/1998, de Salud de Andalucía, dispone que al personal estatutario con plaza en el Servicio Andaluz de Salud que se incorpore a las plantillas de personal laboral de los entes públicos sanitarios que se creen, se les reconoce el tiempo de servicios prestados a efectos de la retribución que

le corresponda por antigüedad, así como a efectos de acceso a plazas selectivas por procesos selectivos. Además, este personal permanecerá en su plaza de origen en la situación especial en activo o en la de excedencia especial en activo, según los casos, por un período máximo de tres años. Durante este período podrá volver a ocupar su puesto de origen. Transcurrido dicho plazo sin haber ejercitado esta facultad, pasará a la situación de excedencia voluntaria, de conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas⁷⁴.

Además de este supuesto –personal cuyo régimen jurídico se modifica a consecuencia de su incorporación a las plantillas de estas entidades– la Ley 2/1998, de Salud de Andalucía, en su artículo 59 contempla también la situación del personal estatutario con plaza en propiedad en centros, servicios o establecimientos sanitarios que pasen a ser gestionados por entidades de naturaleza o titularidad pública creadas a tal efecto. Este personal se mantendrá en situación de activo, si bien se le ofertará la posibilidad de incorporarse voluntariamente al régimen jurídico de personal de la entidad creada.

⁷⁴Esta especialidad en el acceso a las plantillas de entes públicos sanitarios de Andalucía ya venía aplicándose con anterioridad a la Ley 2/1998. Así, el apartado quinto de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 9/1996, de 26 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales en materia de hacienda pública, contratación administrativa, patrimonio, función pública y asistencia jurídica a entidades de Derecho público, establece un régimen similar. En el mismo sentido se pronunciaba el punto 5 de la Disposición Adicional decimoctava de la Ley 4/1992, de 30 de diciembre, de Presupuestos para la Comunidad Autónoma de Andalucía para 1993, donde se crea el ente público “Hospital Costa del Sol”, la Disposición transitoria única de la Ley 2/1994, de 24 de marzo, que crea la “Empresa Pública de Emergencias Sanitarias”, el artículo 3 del Decreto 131/1997, de 13 de mayo, por el que se constituye la Empresa Pública “Hospital de Poniente de Almería” y se aprueban sus estatutos, o la Disposición Adicional primera de la Ley 11/1999, de 30 de noviembre, de creación de la Empresa Pública “Hospital Alto Guadalquivir” de Andújar.

- (2) Gestión de recursos materiales. Al igual que en los modelos anteriores distinguimos el régimen aplicable a sus bienes y el régimen de contratación de bienes y servicios.

(a) Patrimonio

En cuanto a la gestión de sus bienes, los entes públicos pueden ser titulares de bienes propios o tenerlos cedidos por la Administración territorial de que dependan.

(b) Contratación

En lo referente a la contratación de bienes y servicios, tradicionalmente resultaba aplicable, sin limitaciones, el régimen mercantil (Derecho privado). Hoy, sin embargo, crear un ente de Derecho público no es suficiente para gestionar conforme a Derecho privado sus recursos materiales. Es necesario distinguir tres supuestos distintos:

- El artículo 1.3. de la LCAAPP establece que “deberán (...) ajustar su actividad contractual a la presente ley (...) las entidades de Derecho público, con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, siempre que se den los siguientes requisitos:
 - Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil⁷⁵.
 - Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente *financiada* por las Administraciones Públicas u otras entidades de Derecho público; o bien, cuya gestión se halla sometida a un *control* por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compues-

⁷⁵Volvemos aquí al debate comentado en páginas anteriores sobre si la asistencia sanitaria pública es o no, en primer lugar, una actividad mercantil. La diferencia es que en esta ocasión, el debate tiene importantes consecuencias prácticas para la gestión.

tos por *miembros* más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de Derecho público”.

Las entidades de Derecho público que cumplan estos dos requisitos someterán todo su régimen de contratación de bienes y servicios al Derecho público.

La mayoría de las organizaciones sanitarias que siguen este modelo cumplen la segunda condición, dado que la ley sólo exige que se cumpla uno sólo de los tres aspectos (financiación, control o nombramientos públicos). El tema pues se centra en el primer guión: si consideramos que su actividad tiene carácter mercantil no se someten a LCAAPP y si consideramos que su actividad tiene carácter asistencial sí se someten.

- Los que no cumplan las condiciones del apartado anterior, según el artículo 2 de la LCAAPP, se someterán al régimen de la LCAAPP en lo referente a la capacidad de las empresas, a la publicidad y procedimientos de licitación y a las formas de adjudicación respecto de los contratos en que concurran los siguientes requisitos:
 - Que se trate de contratos de obras y de contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales relacionados con los primeros, siempre que superen un importe fijado por la ley.
 - Que la principal fuente de financiación de los contratos proceda de transferencias o aportaciones de capital provenientes directa o indirectamente de las Administraciones Públicas⁷⁶.

⁷⁶En Andalucía, el artículo 3.2 del Decreto 104/1993 de 3 de agosto, que aprueba los estatutos del Hospital de la Costa del Sol, y el artículo 3.2 del Decreto 88/1994 de 19 de abril, que aprueba los estatutos de la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias, suponen un antecedente a lo dispuesto después por la LCAAPP, pues en ambos casos se somete la actuación de estos entes a los principios de publicidad y concurrencia.

- Si no se dan estos requisitos, la contratación de bienes y servicios se regulará por Derecho privado mercantil (pero no por el Derecho de sociedades, pues en estos entes no hay socios).
- (3) Gestión de recursos financieros. Se someten al Derecho mercantil (art. 6.2. de la LGP), salvo lo que para ellos dispone la LGP, que es:
- (a) No hay régimen de presupuesto, sino programa de actuación, inversiones y financiación⁷⁷ (art. 87 y siguientes de la LGP). Estos programas deberán ser aprobados por el gobierno, y su contenido básico es:
 - Estado de inversiones reales y financieras a realizar durante el ejercicio.
 - Estado de fuentes de financiación de inversiones.
 - Objetivos del ejercicio y previsión de rentas.
 - Memoria de evaluación económica de la inversión/es.
 - (b) El régimen de control por la Intervención es el de auditoría. Habitualmente las leyes de creación y los estatutos de los entes públicos reproducen el régimen de la LGP. Los estatutos de los entes de Derecho público suelen admitir la posibilidad de endeudamiento del ente mediante operaciones financieras⁷⁸.

⁷⁷Véase por ejemplo, el artículo 18 de los estatutos del Hospital de la Costa del Sol (Decreto 104/1993, de 3 de agosto) o el artículo 22 de los estatutos de la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias (Decreto 88/1994, de 19 de abril).

⁷⁸Así, en la Comunidad Autónoma de Andalucía, el artículo 16,b. del Decreto 104/1993, de 3 de agosto, por el que se constituye la empresa pública *Hospital de la Costa del Sol* y se aprueban sus estatutos (BOJA nº 92 de 24 de agosto de 1993), el artículo 20,c. del Decreto 88/1994, de 19 de abril, por el que se constituye la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias y se aprueban sus estatutos (BOJA nº 54 de 23 de abril), el artículo 18,c. del Decreto 131/1997, de 13 de mayo, por el que se constituye la Empresa Pública *Hospital de Poniente de Almería* y se aprueban sus estatutos (BOJA nº 65, de 7 de junio de 1997), o el artículo 6 del Decreto 9/1999, de 19 de enero, sobre régimen presupuestario, financiero, de control y contable, de las empresas de la Junta de Andalucía (BOJA

f. Conclusión

Esta modalidad organizativa ofrece una vía interesante para conseguir altos niveles de flexibilidad y libertad en el funcionamiento de la organización (Villar Rojas, 1994), al tomar lo mejor de lo público y lo mejor de lo privado⁷⁹:

- (1) El tener personalidad pública, permite obviar los aspectos más enojosos de la normativa mercantil, como el control de la competencia desleal o la normativa sobre abuso de la posición dominante, aspectos que sí son de aplicación a las sociedades mercantiles. Tener personalidad pública permite, además, ostentar potestades administrativas.
- (2) En cambio, su calificación como *empresa* pública, le permite cierta huida de las leyes generales sobre formación de la voluntad de la Administración y sobre sus mecanismos de control. Además puede someterse, al menos parcialmente, a normas privadas de contratación de bienes y servicios o de gestión de personal, y actuar bajo un régimen presupuestario menos exigente.

En otro orden de cosas, y para concluir, hay que advertir que las diferencias de este modelo organizativo con el OACIFA no son siempre claras (Parejo, 1992). Santamaría (1991) entiende que no existe en este

nº 13, de 30 de enero de 1999). Admiten que las empresas públicas de la Junta, adscritas a la Consejería de Salud obtengan sus recursos a partir de “créditos, préstamos y demás operaciones financieras que la empresa pueda concertar, dentro de los límites señalados por las Leyes de Presupuestos, con entidades financieras públicas y privadas, tanto nacionales como extranjeras. En cualquier caso, no podrá contraer obligaciones financieras a largo plazo”.

⁷⁹Según las Exposiciones de Motivos de los ya comentados Decretos 104/1993 y Ley 2/1994 de la Junta de Andalucía, por los que se crean, respectivamente, el Hospital de la Costa del Sol y la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias, con este modelo organizativo puede conseguirse una “equilibrada combinación entre las técnicas públicas y privadas de la administración”.

modelo nada que permita diferenciarlo *sustancialmente* de la categoría de los organismos autónomos. Para este autor, esta categoría responde a un puro voluntarismo legal y no a una diferencia de naturaleza. La única salvedad que este autor plantea para la no desaparición del modelo en favor de los OOAA CIFA es la diferencia de controles que existe entre ambos.

La solución adoptada por la LOFAGE acaba con este problema de diferenciación entre OOAA CIFA y los entes públicos, al unificarlos en el modelo entidad pública empresarial.

7. La sociedad mercantil de titularidad mayoritariamente pública

a. Introducción

Las sociedades mercantiles son, como su nombre indica, sociedades reguladas esencialmente por el Derecho mercantil, basadas en títulos representativos del capital (llamados *acciones* o *participaciones*), cuya titularidad pertenece a una Administración Pública territorial, o a un organismo autónomo, o a un ente público empresarial, o a un ente de Derecho público, en cuantía mayoritaria⁸⁰. A diferencia del modelo anterior, las sociedades mercantiles públicas cuentan, como dice Villar Rojas (1994), con dilatada tradición en nuestro país, fundamentalmente en el ámbito de la administración local.

Originariamente la LEEA, en 1958, las denominó como *empresas nacionales*. Como esta denominación no era del todo clara, posterior-

⁸⁰La escasa normativa autonómica sobre este tema mantiene, en general, el mismo concepto: sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación de la comunidad autónoma o de sus organismos autónomos (o entidades autónomas). Solo la Ley 4/1985 de Cataluña, y la Ley 12/1983 del País Vasco, introducen alguna modificación relevante (Santamaría, 1991).

mente la LGP de 1977 las denominó con su actual nombre de *sociedades mercantiles*, englobándolas junto a los ya vistos entes de Derecho público dentro del término *sociedades estatales* del artículo 6.1. Muchas de ellas aun mantienen en su nombre las reminiscencias de la antigua denominación de la LEEA: ENDESA, *empresa nacional* de electricidad sociedad anónima, ENAGAS, ENSIDESA, etc. García de Enterría (1989), con mayor rigor terminológico, las denomina *sociedades de ente público* en el sentido de sociedades que pertenecen a un ente público (entendiendo la expresión ente público en sentido amplio, tal como vimos en el epígrafe anterior).

¿Cuál es la razón que lleva a los poderes públicos a intervenir en las sociedades mercantiles? Como vimos, tras la segunda guerra mundial el Estado, definido como Estado social, desarrolla un fuerte intervencionismo administrativo en todos los sectores de la economía y la sociedad. Así ocurre en casi todos los países occidentales. Los poderes públicos, cuando se estima conveniente, compran o venden participaciones de sociedades mercantiles consideradas estratégicas social o económicamente.

Pero además, la organización del sector público empresarial mediante sociedades mercantiles, ofrece una gran movilidad operativa, que se instrumenta, sencillamente, por los negocios de transmisión de los títulos representativos del capital (compra o venta de acciones en bolsa, fundamentalmente). Esto permite expansionar o restringir fácilmente el sector público económico, adaptándolo a la coyuntura económica o a los planteamientos políticos de cada momento.

Aun cuando desde el punto de vista económico está plenamente justificada la existencia de las sociedades mercantiles públicas, desde el punto de vista jurídico su justificación no está tan clara. Hay quienes, como López Ramón (1993), entiende que, para actividades comerciales o industriales, no sólo se encuentran plenamente justificadas por la naturaleza de su actividad, sino que debe imponerse este modelo organizativo porque garantiza la libre competencia.

Otros autores, como García de Enterría (1989), entienden que con la utilización por la Administración de la forma de sociedad anónima en la que entra como socio único, se excede notoriamente el funcionalismo propio de esta forma de personificación. Una sociedad mercantil —continúa este autor— responde al principio asociativo o corporativo; varios socios “ponen en común” sus capitales con vistas a la constitución de una empresa de la que serán miembros en el sentido propio de este concepto.

Este principio falta cuando la Administración no pone capitales en común con otros socios, sino que ya inicialmente aparece como socio exclusivo. En vez del principio corporativo, lo que se manifiesta aquí, obviamente, es el principio institucional de personificación. La sociedad aparece como una simple forma (un *método*, como decía la ley constitutiva del INI), para encubrir la creación de un ente filial puro y simple, en el sentido exacto de los entes institucionales, esto es, una organización convencional con fines instrumentales de gestión de algo que es propio y no de un conjunto de personas.

El autor apoya su tesis con los ejemplos de países como Reino Unido, Francia y Alemania donde no se utiliza la forma de sociedad anónima pública, pues cuando es creada por una Administración Pública —concluye García de Enterría— ni es sociedad, ni es realmente mercantil⁸¹

Cuando, por el contrario, la Administración no actúa como socio único, el papel de la Administración Pública en la sociedad mercantil —según el mismo autor—, puede ser diverso:

⁸¹Las vigentes leyes de Sociedades Anónimas (Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989 de 22 de diciembre) y de sociedades de responsabilidad limitada (Ley 2/1995 de 23 de marzo), admiten la figura de la sociedad unipersonal. La anterior redacción del artículo 14 de la Ley de Sociedades Anónimas admitía, como excepción al requisito general de la constitución de sociedades con un mínimo de tres socios, que se pudieran crear con uno sólo cuando fueren promovidas por “organismos estatales, provinciales o municipales” (Parada, 1991).

- (1) De *accionariado gestor*, asumiendo (bien por porcentaje de capital, bien por ley, bien por precepto estatutario), la responsabilidad principal de la gestión.
- (2) De *accionariado fiscal*, en que la Administración Pública adopta una posición estricta de socio privado (que busca la obtención de beneficios), sin que pueda hablarse entonces de la sociedad como un verdadero ente institucional.
- (3) De *accionariado de presencia* o *accionariado testigo*, justificado en un interés público de estar presente en la gestión de empresas significativas dentro de la economía general, para poder fiscalizar internamente su actuación, fórmula a la que se ha ido inclinando el socialismo europeo como alternativa a la nacionalización. En este supuesto, la participación pública, tampoco convierte la sociedad en un ente institucional.

Debemos hacer una precisión que estimamos importante: en el caso que analizamos —sociedades mercantiles—, no estamos ante organismos administrativos (como son los supuestos vistos hasta ahora: OOAAA, OAAA CIFA y entes públicos), sino frente a una sociedad de la que es propietario un ente público (en sentido amplio). De aquí se desprende una importante consecuencia: la relación entre la Administración Pública y las sociedades mercantiles por ella creadas no es de tipo orgánico, sino que se explica como cualquier relación entre un propietario y la cosa que le pertenece. Estas sociedades *no son* el Estado (o la Comunidad Autónoma, o la provincia o el municipio) sino que son *propiedad* del mismo.

En el ámbito sanitario público, esta modalidad organizativa está siendo frecuentemente utilizada. Veamos algunos ejemplos:

En Cataluña:

- *Energética de Instalaciones Sanitarias, S.A. (EISSA)* (1991), propiedad del Servicio Catalán de Salud, cuyo objeto es lograr la mejora de la eficiencia energética en los centros sanitarios del SCS.

- *Sistema de Emergencias Médicas, S.A. (SEMSA)* (1992), propiedad del Servicio Catalán de Salud, que tiene por objeto la atención de las emergencias médicas.
- *Gestión de Infraestructuras, S.A.*, propiedad de la Generalitat y encargada, mediante un convenio firmado con la propia Generalitat, de la contratación de los proyectos y la construcción de centros de atención primaria de la comunidad autónoma.
- Sociedad Anónima Municipal *San Juan de Reus*.
- *Hospital San Jaime de Calella*.
- *C Gest, S.L.*, una empresa propiedad del Consorci Hospitalari de Catalunya, que gestiona —mediante un contrato de gestión—, los dos hospitales del Consorci Sanitari de Mataró y mediante una filial —BC Gest, S.L.— los hospitales de Blanes, Calella y el Centro de Atención primaria de Lloret de Mar.
- *Cegesa* gestiona los hospitales de Viella y Tremp.

En Andalucía:

- *La Escuela Andaluza de Salud Pública, S.A. (EASP)* (1985) creada por el ejecutivo andaluz, para la formación de profesionales en salud pública y administración sanitaria, la investigación y la asesoría.

En el País Vasco:

- *Alta Tecnología Sanitaria, S.A.* (1992). Su objeto es la gestión, administración y explotación de servicios de diagnóstico y tratamiento sanitario que conlleven la aplicación de alta tecnología.

En Galicia:

- El *Instituto Gallego de Medicina Técnica —MEDTEC, S.A.—*.

El Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud (en lo sucesivo, RDNFG), que desarrolla la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, incluye esta modalidad organizativa dentro de su ámbito, con la denominación de *Sociedades estatales*, denominación coincidente con la del artículo 6.1. de la LGP.

El RDNFG, en su artículo 54, denomina *Sociedades estatales*, en su ámbito, a las sociedades en cuyo capital sea mayoritaria o única la participación del INSALUD y que se constituyan para la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria.

b. Regulación

Derogado por la LOFAGE los preceptos aun vigentes de la LEEA, las sociedades mercantiles públicas vienen reconocidas legalmente, como hemos visto, en el artículo 6.1.a. y 87 y siguientes de la LGP. Compar-tían con los entes de Derecho público gran parte de su régimen jurídico, ya que la LGP establecía un régimen común para las que denomina *sociedades estatales*, categoría integrada por estas dos formas organizativas, hasta la aprobación de la LOFAGE. Para las sociedades mercantiles del Estado, además de la LGP, rige también lo dispuesto en la Ley de Patrimonio del Estado. La disposición adicional duodécima de la LOFAGE dispone que “las sociedades mercantiles estatales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en las que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y contratación. En ningún caso podrá disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública.” En el ámbito de las Comunidades Autónomas, son pocas las comunidades que han dictado su propia legislación sobre este tema. Las principales son:

- (1) Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco (Ley 12/1983, de 22 de junio).
- (2) Ley de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma Andaluza (Ley 5/1983, de 19 de julio).
- (3) Ley de Gestión Económica y Financiera Pública de Galicia.
- (4) Ley de Administración Institucional de la Comunidad de Madrid (Ley 1/1984, de 19 de enero).
- (5) Estatuto de la Empresa Pública Catalana (esta ley —Ley 4/1985, de 29 de marzo— es la que presenta mayores particularidades respecto a la legislación estatal, admitiendo sociedades de carácter civil, o las que denomina sociedades vinculadas, en las que no es precisa que la participación de la Comunidad Autónoma en el capital sea mayoritaria).
- (6) Ley de Entidades Autónomas y Empresas Públicas de la Comunidad de las Islas Baleares (Ley 3/1989, de 29 de marzo).

En aquellas Comunidades Autónomas que carezcan de normativa propia al respecto se aplica supletoriamente la comentada del Estado.

La mayor diferencia entre este modelo organizativo y el ente de Derecho público se produce en la regulación de ambos. Mientras los entes de Derecho público se rigen en primer lugar por su ley de creación, como ya vimos, las sociedades mercantiles, al ser fruto de un contrato de sociedad mercantil, se rige, en primer lugar, por la legislación que, según su tipo societario, le sea aplicable (Ley de Sociedades Anónimas⁸², Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada⁸³, Código de Comercio⁸⁴, etc.) (Coscolluela, 1995; Parada, 1991).

⁸²Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

⁸³Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

⁸⁴Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio.

El artículo 155.2 de la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas establece que no serán aplicables las disposiciones del Título II (del contrato de gestión de servicios públicos, a los supuestos en que la gestión del servicio público se atribuya a una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva o mayoritaria la participación de la Administración o de un ente de la misma.

El RDNFG que hemos citado en la introducción, establece en su capítulo II una regulación común a todas las que denomina *nuevas formas de gestión*, y que son además de éstas (que denomina *Sociedades estatales*), los consorcios (se estudiarán en el apartado 10 de este capítulo), las fundaciones creadas al amparo de la Ley 30/1994 (se estudiarán en el apartado 11 de este capítulo) y las Fundaciones Públicas Sanitarias (apartado 12 de este capítulo). Además de esta regulación común, el RDNFG recoge una serie de disposiciones específicas de esta forma organizativa en la sección III del capítulo II (artículos 54 a 61).

El RDNFG establece en su artículo 55 que las Sociedades estatales se registrarán por las disposiciones del propio real decreto, por sus estatutos sociales y, en todo caso, por lo establecido en el artículo 6 del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre.

c. Creación y extinción

A diferencia de los modelos personificados de organización estudiados hasta ahora, las sociedades mercantiles públicas se crean por acuerdo del Consejo de Ministros⁸⁵, según establece el artículo 6.3 de la LGP⁸⁶.

⁸⁵Consejo de Gobierno, en las Comunidades Autónomas.

⁸⁶Así, por ejemplo, la Escuela Andaluza de Salud Pública (EASP) se crea por acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía de 2 de mayo de 1985.

La LGP establece como requisitos adicionales para su creación, la fundación simultánea⁸⁷, además del cumplimiento de los demás requisitos exigidos por la legislación mercantil para la constitución de cualquier sociedad.

El artículo 6.3 de la LGP exige también acuerdo del Consejo de Ministros para la adopción de aquellos actos que supongan la adquisición o pérdida de la posición mayoritaria de la Administración Pública.

La extinción de estas sociedades se produce por acuerdo social, con iguales garantías.

El RDNFG regula la creación de estas sociedades en su artículo 56. Según este precepto, la creación de las sociedades estatales y los actos de modificación de la participación del INSALUD, se autorizarán por el Consejo de Ministros, a propuesta del titular del Ministerio de Sanidad y Consumo. Igualmente, el Consejo de Ministros aprobará inicialmente los estatutos de las sociedades estatales y se publicarán en el Boletín Oficial del Estado.

Los estatutos de las sociedades estatales, según el RDNFG, regularán como mínimo las siguientes materias:

Los estatutos de las sociedades estatales, según los artículos 56.3 y 57 del RDNFG, regularán como mínimo las siguientes materias:

- (1) Denominación, objeto, fines, duración y domicilio.
- (2) Enumeración de los integrantes y normas para nuevas admisiones.

⁸⁷La Ley de Sociedades Anónimas distingue dos formas de fundación: en la fundación simultánea, los socios suscriben en un sólo acto la totalidad del capital social; en la fundación sucesiva, con anterioridad al otorgamiento de la escritura de constitución de la sociedad, se hace una promoción pública para la suscripción de acciones por cualquier medio de publicidad o por la actuación de intermediarios financieros.

- (3) Descripción de la participación de cada una de las entidades públicas o personas jurídicas societarias.
- (4) Definición del régimen jurídico aplicable.
- (5) Órganos de las sociedades estatales: representación, convocatorias, lugar de celebración, deliberación y adopción de acuerdos, delegación de facultades y responsabilidad.
- (6) Cuentas anuales, informes de gestión auditorías, formulación y aprobación de cuentas anuales y, en su caso, reserva legal.
- (7) Régimen de personal, patrimonial, financiero, presupuestario y de contratación y control.
- (8) Resolución de conflictos, modificación de estatutos y disolución y liquidación.
- (9) Las garantías, procedimientos de planificación, coordinación y de control de gestión y de funcionamiento por el INSALUD.
- (10) Y cuantos otros aspectos vengán establecidos en el ordenamiento jurídico.
- (11) Conforme al artículo 56.3, los estatutos iniciales determinarán los aspectos esenciales para cuya modificación será necesaria la autorización del Consejo de Ministros.

d. Organización

Como ya hemos comentado, el régimen jurídico de las sociedades mercantiles públicas es muy similar al de los entes de Derecho público, pues ambos integraban —hasta la desaparición de esta última categoría por la LOFAGE en el ámbito de la Administración del Estado— el concepto más amplio de *sociedades estatales* creado por la LGP. Posiblemente, las principales diferencias entre ambos modelos se producen en el ámbito de la organización interna: frente a la organización pública

del ente de Derecho público, la de las sociedades mercantiles es siempre privada. En consecuencia, su organización es la propia de una sociedad mercantil (normalmente anónima⁸⁸): junta general de accionistas, consejo de administración, presidente, etc.

Sin embargo, como dice Villar Rojas (1994) siempre hay un núcleo de Derecho público: el integrado por las normas que regulan su creación y otorgan potestades de dirección y control a la administración matriz, junto con los principios constitucionales que le son de aplicación en cuanto que poder público, pese a la vestidura mercantil.

En efecto, Cosculluela (1995) pone de manifiesto que “su inclusión entre las Administraciones Públicas obedece a que parte de su régimen jurídico, particularmente las relaciones con las entidades públicas matrices, se regula por el Derecho administrativo, si el capital es mayoritariamente público”.

Este núcleo irreductible de Derecho público se manifiesta en los siguientes aspectos:

- (1) Adscripción de la sociedad a un órgano de la Administración matriz.
- (2) Es posible establecer un recurso de alzada impropio (aunque en puridad, sólo se contempla para los OOAA).
- (3) El ente matriz no designa a los titulares de los órganos de gobierno. Lo harán los órganos sociales. En la práctica, si la posición de la Administración es mayoritaria, el resultado es el mismo que si el ente matriz realizará directamente los nombramientos.

⁸⁸Existen también sociedades de responsabilidad limitada de titularidad mayoritariamente pública en el ámbito socio-sanitario. Como ejemplo, citaremos la residencia asistida para ancianos promovida por el Ayuntamiento de Priego de Córdoba.

- (4) El régimen de control financiero previsto en la LGP se aplica sólo en los casos en que la posición de la Administración es mayoritaria. En estos casos, su régimen financiero es el visto para las entidades de Derecho público (ambas constituirían las *sociedades estatales* de la LGP). La simple titularidad minoritaria de títulos de una sociedad por parte de una Administración Pública no altera su régimen jurídico: el Derecho público considera que se trata de una mera participación accionarial integrada en el dominio patrimonial del Estado.
- (5) Cuando la sociedad se liquida, sus bienes pasan a la Administración matriz en proporción a su participación en el capital social.

La valoración que se haga del funcionamiento interno de estas sociedades varía sustancialmente según el volumen de participación pública en el capital (Santamaría, 1991):

- (1) La primera posibilidad es que el poder público sea propietario absoluto de la sociedad (o sea, titular del 100 por 100 del capital). En este caso la sociedad es una personificación estrictamente instrumental.
- (2) La segunda posibilidad es que el poder público sea socio mayoritario (esto es, sea titular de más del 50 por 100 del capital social). En esta situación, la instrumentalidad está matizada, pues el ente público mayoritario comparte su condición de accionista con otras personas. La empresa no puede limitarse, en este caso, a servir el puro interés general, sino que ha de atender también al interés particular de los restantes socios privados.
- (3) La última posibilidad es que el poder público sea un simple socio minoritario (o sea, tenga una participación inferior al 50 por 100 del capital). La relación de instrumentalidad cambia de sentido en este caso: la condición de instrumental pasa del ente a la participación en sí.

En casos de socio único, mayoritario o incluso minoritario hegemónico (por gran dispersión del resto de capital, estamos en los que Villar Palasí denominaba “accionariado gestor” y veíamos recogía García de Enterría. En el caso de socio minoritario estamos ante el “accionariado fiscal”.

Conforme a lo dispuesto en el punto 2 de la disposición adicional primera del RDNFG, a los hospitales que se acojan a este modelo organizativo no les será de aplicación lo previsto en el Real Decreto 521/1987, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre estructura, organización y funcionamiento de los hospitales gestionados por el INSALUD, a excepción de los artículos 2, 5, 28, 30 y 31, que les serán de aplicación.

- (1) Órganos de gobierno. El RDNFG establece en su artículo 58 una disposición específica sobre los órganos de gobierno de las sociedades estatales: el máximo órgano de gobierno de las sociedades estatales será el consejo de administración, que ostentará la representación de la sociedad y ejercerá todas las facultades que sean necesarias para la realización de sus fines sociales. El número de sus miembros estará en función de la composición de los integrantes de la sociedad y de su aportación. El presidente será nombrado según lo previsto en los estatutos respectivos.

Entre las disposiciones comunes a todas las nuevas formas de gestión (Capítulo II), el RDNFG atribuye en su artículo 23 al órgano de gobierno la función de establecer las directrices de carácter general y la planificación estratégica del centro sanitario, aprobar y modificar las normas internas de funcionamiento y la estructura de los órganos de dirección, conforme al propio real decreto y a los criterios generales del INSALUD, y velar por el correcto funcionamiento de los órganos de participación contemplados en el real decreto. En este mismo artículo se incluye también uno de los últimos aspectos incorpo-

radas al texto del real decreto: conforme al punto 4 de este artículo, el directivo médico máximo responsable de la actividad asistencial formará parte del órgano de gobierno con voz y voto.

- (2) Órganos de dirección. Junto al órgano de gobierno, en sus artículos 24 y 25, el RDNFG dispone, dentro de las disposiciones comunes a las nuevas formas de gestión (Capítulo II), que la dirección gerencia constituye en cada centro sanitario el órgano de dirección superior. Atribuye al órgano de gobierno la aprobación de la estructura directiva de cada centro, que deberá adaptarse a las características del mismo, debiendo posibilitar, por lo que respecta al área asistencial, dar una respuesta integrada y coordinada al paciente como protagonista y eje de un modelo asistencial orientado a la satisfacción de sus necesidades.

En los mismos preceptos, el RDNFG considera directivos a los responsables de las unidades orgánicas —que incluirán siempre a los responsables de los ámbitos clínico y de cuidados— y prevé la existencia de una comisión de dirección en cada centro sanitario. Todos los directivos responderán ante el órgano de gobierno y ante la Administración Sanitaria, con independencia de cualesquiera otras responsabilidades a que hubiera lugar. La designación y cese del director gerente del centro corresponde libremente al órgano de gobierno. La del resto de los directivos corresponde asimismo al órgano de gobierno, a propuesta del director gerente. La selección se realizará en base a perfiles genéricos aprobados previamente. Se establecerán programas de formación y actualización de directivos. Al personal directivo le serán de aplicación las normas sobre incompatibilidad en el sector público, así como las de abstención y recusación previstas en la LRJPC (Ley 30/1992).

(3) Órganos de participación. En los artículos 26 a 31 (sección 7ª del capítulo II), RDNFG prevé también, con régimen común para todos los nuevos modelos de gestión, la existencia de órganos de participación en cada centro sanitario. El RD parte de la libertad de los estatutos de cada entidad que se constituya de definir aquellos órganos de participación y asesoramiento que estime convenientes. Sin embargo desarrolla una serie de órganos que en todo caso deben existir.

(a) Comisión de Participación y Garantías de los Ciudadanos

- Concepto: a través de esta comisión se realiza la participación externa: es el órgano colegiado de participación en la evaluación de la asistencia sanitaria y en el asesoramiento al órgano de gobierno del centro sanitario (art. 26.2 y 27.1).
- Funciones: se enumeran en el artículo 27.2, y son:
 1. Conocer e informar los planes de actuación del centro sanitario, ya sean estratégicos, asistenciales, económicos o de inversiones.
 2. Conocer los objetivos y normas de funcionamiento del centro sanitario en lo que afecte al ciudadano.
 3. Conocer los presupuestos y balances anuales, así como sus fuentes de financiación.
 4. Velar por el bienestar y atención general del usuario.
 5. Recibir información sobre las actividades desarrolladas por la unidad de garantías a los ciudadanos, incluido el número y características de las reclamaciones presentadas.
 6. Proponer las medidas que se estimen oportunas en orden a la mejora de calidad asistencial y del servicio que preste el centro sanitario.

7. Seguimiento de los criterios y actuaciones en materia de calidad.

8. Emitir un informe anual sobre la memoria de gestión del centro sanitario.

· Composición: se describe en el artículo 27.3. Estará compuesta por los siguientes miembros:

1. Un presidente, designado por el órgano de gobierno del centro sanitario. En la redacción final del texto aprobado se añadió el requisito —que no figuraba en el texto del anteproyecto— de que debe ser persona de reconocida competencia profesional relacionada con el sector sanitario, en especial en sus ámbitos asistencial, técnico-jurídico, de gestión o de defensa de los derechos de los usuarios.

2. Un vicepresidente, que será elegido por la propia comisión entre sus miembros.

3. Los vocales, en número mínimo de diez y máximo de dieciséis —según lo que establezcan los estatutos— entre los que se incluirán:

- El director gerente del centro sanitario.
- El responsable de la unidad de garantías a los ciudadanos.
- Tres representantes de las asociaciones de consumidores y usuarios, nombradas por el Consejo de Consumidores y Usuarios.
- Un representante designado por el Consejo Estatal de Personas Mayores.
- Dos representantes designados por las organizaciones sindicales representadas en la Comisión Ejecutiva Provincial del INSALUD.

- Dos representantes designados por las organizaciones empresariales representadas en la Comisión Ejecutiva Provincial del INSALUD.

4. Un secretario, que será el secretario del órgano de gobierno, y actuará con voz y sin voto.

Los miembros de esta comisión no podrán tener vinculación mercantil con el centro sanitario. Tampoco podrán tener vinculación laboral con el centro, a excepción del director gerente, del responsable de la unidad de garantías a los ciudadanos, y del secretario.

· Funcionamiento: se describe en el artículo 27.5, según el cual:

1. Esta comisión se reunirá con carácter ordinario una vez cada tres meses, pudiéndose reunir también, en sesión extraordinaria a iniciativa del presidente o mediante petición razonada de, al menos, la mitad de sus miembros.

2. Las convocatorias de sus reuniones se efectuarán por los medios más idóneos para garantizar su recepción, con la debida antelación, que será de siete días como mínimo para las sesiones ordinarias y de dos para las extraordinarias.

La convocatoria deberá indicar el día, hora y lugar de la reunión, así como el orden del día, e incluir, en su caso, la documentación adecuada para el estudio de los temas.

3. La comisión se entenderá constituida válidamente en primera convocatoria cuando concurren las dos terceras partes de sus miembros. En segunda convocatoria será válida su constitución cualquiera que sea el número de asistentes.

4. Los acuerdos se adoptarán por mayoría simple de los miembros presentes. Sólo se podrán adoptar acuer-

dos sobre los temas que figuren inicialmente en el orden del día, o que, por unanimidad, se incorporen al mismo al inicio de la propia sesión.

5. De cada sesión se redactará un acta que recoja la relación de personas asistentes, el desarrollo sucinto de la misma, y en su caso, los acuerdos adoptados. El acta será suscrita por el secretario, con el visto bueno del presidente.

6. En lo no previsto en el RDNFG sobre estos temas, será de aplicación lo dispuestos en el capítulo II, Título II de la LRJPC, sobre órganos colegiados.

(b) Junta asistencial, comisión clínica y comisión de cuidados

- Concepto: conforme al artículo 28.1 y 2, la participación interna de los profesionales que presten servicio en las entidades que se constituyan al amparo del RDNFG, en lo referente a la actividad asistencial, se ejercerá a través de la junta asistencial, órgano colegiado de asesoramiento y consulta de los órganos de dirección.

Dependiendo de la junta asistencial se constituirán en los centros hospitalarios, con carácter permanente, la comisión clínica y la comisión de cuidados. La comisión clínica, conforme al artículo 29.1 es el órgano colegiado de los facultativos del centro sanitario para el estudio y propuesta de los asuntos propios de su ámbito. Por su parte, el artículo 30.1 define la comisión de cuidados como el órgano colegiado del centro sanitario para el estudio y propuesta de los asuntos referidos a la actividad de cuidados.

En el ámbito de la atención primaria, serán los estatutos de las entidades que se constituyan al amparo del

RDNFG los que determinen si, para la participación interna, se crean las comisiones clínica y de cuidados, o sólo la junta asistencial.

Tanto en el ámbito de atención primaria como de especializada podrán constituirse otras comisiones de carácter permanente o temporal en los términos previstos en los estatutos.

· Funciones: conforme al artículo 28.3 del RDNFG, se establecen las siguientes funciones de la junta asistencial:

1. Conocer, informar y evaluar los objetivos asistenciales, docentes y de investigación.
2. Asesorar a los órganos de dirección del centro sanitario en todas aquellas materias de incidencia directa en las actividades asistenciales del mismo.
3. Conocer e informar las normas de funcionamiento interno y la estructura de los órganos de dirección del centro sanitario, con carácter previo a su aprobación o modificación por el órgano de gobierno.
4. Conocer e informar los planes anuales de inversiones.
5. Proponer las medidas para la mejora de la organización, del funcionamiento y de la calidad.
6. Proponer la designación de los miembros de las comisiones técnicas de carácter clínico-asistencial y conocer e informar sus propuestas.
7. Conocer las propuestas y acuerdos de las comisiones clínica y de cuidados cuando aquellas tengan incidencia exclusiva en las actividades clínica o de cuidados respectivamente.
8. Conocer, y en su caso, aprobar las propuestas de las comisiones clínica y de cuidados, cuando aquellas tengan incidencia en otras actividades que no sean

exclusivas del ámbito específico de dichas comisiones. Igualmente conocerá, y en su caso, aprobará las propuestas de cualquier otra comisión que pueda crearse.

Las propuestas que formule la junta asistencial se pondrán en conocimiento de la representación legal de los trabajadores al objeto de que emita informe preceptivo, cuando dichas propuesta afecten al establecimiento y distribución de jornada y tiempo de trabajo, a las cantidades que se perciban en concepto de productividad, o a la implantación o revisión de sistemas de organización del trabajo.

Las funciones de la comisión clínica se relacionan en el artículo 29.2 se pueden resumir en analizar y asesorar, mediante informes y propuestas de todos los aspectos relacionados con la actividad clínica, la investigación, la calidad asistencial y la coordinación entre niveles asistenciales. Se le atribuyen también las funciones que vinieran siendo ejercidas por los órganos de participación de los facultativos actualmente existentes. Las funciones de la comisión de cuidados, que se definen en el artículo 30.2 del RDNFG, son similares a las de la comisión clínica pero referidas a la actividad de cuidados.

- Composición: en los centros hospitalarios tendrá la siguiente composición (art. 28.4):
 1. Un presidente, que será el director gerente del centro sanitario, que podrá delegar en el presidente de la comisión clínica.
 2. Los siguientes vocales:
 - El directivo facultativo que ostente la condición de máximo responsable de la actividad asistencial, que ejercerá de presidente de la comisión clínica.

- El directivo sanitario no facultativo que ostente la condición de máximo responsable de la actividad de cuidados, que ejercerá como presidente de la comisión de cuidados.
 - Un directivo del área de administración y servicios generales, designado por el director gerente.
 - Ocho facultativos, designados por votación directa por y entre todos los vocales de la comisión clínica.
 - Cuatro representantes del personal sanitario no facultativo, elegidos por votación directa por y entre todos los vocales de la comisión de cuidados, uno de los cuales será auxiliar de enfermería.
 - Un representante del resto del personal del centro sanitario, elegido por votación directa por y entre los colectivos del personal que no sean susceptibles de formar parte de las comisiones clínica y de cuidados, cuyo período de representación será el que se establezca en las normas de funcionamiento interno.
3. Un secretario, designado por el director gerente entre el personal del centro sanitario,, que actuará con voz y sin voto, y que ejercerá también como secretario de las comisiones clínica y de cuidados.
4. Podrá incorporarse a la junta asistencial, así como a sus comisiones, con voz y sin voto, el resto de los directivos del centro sanitario, cuando así lo considere el presidente.

En atención primaria, si se decide la existencia de comisiones clínica y de cuidados, la composición de la junta asistencial será similar a la de los hospitales. Cuando no existan las comisiones clínica y de cuidados, el artículo 28.5 del RDNFG establece la siguiente composición:

1. Un presidente, que será el director gerente, que podrá delegar en el primer vocal de los que se citan a continuación:
2. Los siguientes vocales:
 - Un facultativo, designado por el director gerente, entre los que desempeñen puesto directivo.
 - Un sanitario no facultativo, designado por el director gerente, entre los que desempeñen puesto directivo.
 - Un directivo del área de gestión y servicios generales, designado por el director gerente.
 - El coordinador docente de atención primaria.
 - Tres coordinadores de equipos de atención primaria, elegidos por votación directa por y entre ellos.
 - Tres facultativos de atención primaria, elegidos por votación directa por y entre ellos.
 - Los facultativos responsables de urgencias y de calidad.
 - Dos coordinadores de enfermería, elegidos por votación directa por y entre ellos.
 - Dos ATS-DUE, matronas o fisioterapeutas, elegidos por votación directa por y entre ellos.
 - Un representante del resto de personal sanitario no facultativo, elegido por votación directa por y entre ellos.
 - Un representante del personal no sanitario, elegido por votación directa por y entre el colectivo de personal no sanitario.
3. Un secretario, designado por el director gerente entre el personal del área sanitaria, que actuará con voz y sin voto.

4. Podrán incorporarse a la junta asistencial, así como a sus comisiones si existieran, con voz y sin voto, el resto de los directivos.

La comisión clínica, presidida por el directivo facultativo vocal de la junta asistencial, está compuesta, según el artículo 29.3 del RDNFG, como vocales, por cuatro jefes de servicio (uno de cada área asistencial), cuatro facultativos (uno de cada área asistencial), los coordinadores de urgencias, docencia, trasplantes, formación continuada y calidad, el responsable de investigación, los directores de las áreas clínicas funcionales que se constituyan (junto con los jefes de servicio, su número no podrá exceder de ocho) y un facultativo residente.

Por su parte, la comisión de cuidados, conforme al artículo 3º.3 del RDNFG, estará presidida por el directivo sanitario no facultativo vocal de la junta asistencial, e integrada, como vocales, por cuatro supervisores de enfermería (uno por área de actividad), cuatro ATS-DUE, fisioterapeutas o matronas (uno por área de actividad), los coordinadores de calidad, docencia y trasplantes de enfermería, cuatro auxiliares de enfermería y un enfermero especialista en formación (en centros de gran volumen).

- Funcionamiento: el artículo 31 del RDNFG establece normas de funcionamiento comunes para la junta asistencial y las comisiones clínica y de cuidados.
 1. La junta asistencial se reunirá con carácter ordinario una vez cada tres meses, y sus comisiones, una vez al mes. Además, todos estos órganos podrán reunirse, en sesión extraordinaria, a iniciativa de su presidente o mediante petición razonada de, al menos, la mitad de sus miembros.
 2. Las convocatorias de la reuniones se efectuarán por los medios más idóneos para garantizar su recepción

con la debida antelación, que será de cinco días como mínimo para las sesiones ordinarias y de veinticuatro horas para las extraordinarias.

La convocatoria deberá indicar día, hora y lugar de la reunión e incluir, en su caso, la documentación necesaria para el estudio de los temas.

3. La secretaría de la junta asistencial y de sus comisiones, para un correcto funcionamiento, contará con una estructura administrativa y física suficiente y diferenciada.
4. El régimen de acuerdos y actas y la normativa supletoria coincide con lo visto más arriba para la comisión de participación y garantías de los ciudadanos, a donde nos remitimos.

e. Gestión de recursos

El régimen de gestión de los recursos de las sociedades mercantiles públicas es muy similar al visto para los entes de Derecho público, con algunas salvedades importantes. La principal es que, a diferencia de los entes de Derecho público, las sociedades mercantiles públicas quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 2.2 de la LRJPC. Este artículo decía que todas las entidades de Derecho público⁸⁹ tienen la consideración de Administración Pública, y que, en consecuencia, se someten a la LRJPC cuando ejerzan potestades públicas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación. Como las sociedades mercantiles públicas no entran en el concepto de *entidades de Derecho público* no se someten por tanto a la LRJPC, a

⁸⁹En sentido amplio, comprensivo, por tanto, de las Administraciones territoriales, los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales y las entidades de Derecho público en sentido estricto.

diferencia de lo que ocurría en los modelos organizativos analizados hasta ahora. Como hemos visto, la LOFAGE dispone que las sociedades mercantiles estatales en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública.

- (1) Gestión de recursos humanos. Como en cualquier sociedad mercantil del tráfico jurídico privado, su personal se somete a Derecho laboral, y su régimen jurídico viene determinado por lo que regule la normativa laboral, el convenio colectivo y su contrato de trabajo individual. Así lo determina, además, expresamente el artículo 60 del RDNFG.

Conforme al artículo 19 del RDNFG, al personal estatutario fijo del Sistema Nacional de Salud que se incorpore a las plantillas de personal de las sociedades estatales que se constituyan al amparo del RDNFG, al no poder conservar su régimen estatutario dentro de la nueva sociedad estatal, le será de aplicación lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. Según esta disposición este personal pasará, en relación con su plaza estatutaria de origen, a la situación de excedencia voluntaria por incompatibilidad, situación administrativa establecida en el artículo 10 de la Ley 53/1984 de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Durante un período máximo de tres años, desde la declaración de excedencia voluntaria por incompatibilidad, podrá volver a ocupar su puesto de origen.

El personal que, una vez transcurrido el referido plazo de tres años, deje de prestar servicios en dichas entidades, podrá reincorporarse con carácter provisional a una plaza de su categoría en la misma área de salud y en la correspondiente modalidad (atención primaria o atención especializada) en que fue concedida la excedencia. En el supuesto de que no existan vacantes en dicha Área en su correspondiente modalidad, el interesado podrá solicitar el reingreso en cualquier otra. A es-

tos efectos, tendrán la consideración de vacantes las plazas básicas de la categoría desempeñadas por personal temporal.

A diferencia de los casos anteriores, aquí no es posible la existencia de personal en régimen administrativo (funcionario o estatutario). El personal de estas sociedades no podrá en ningún momento ejercer potestades públicas.

Al personal de las sociedades estatales le será de aplicación el régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, según dispone el artículo 20 del RDNFG.

El mismo RDNFG dispone en su artículo 21 que la selección de personal de estas Sociedades se efectuará mediante convocatoria pública ajustada a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, siguiendo los criterios generales que emanen del INSALUD para garantizar una actuación coordinada, y acomodándose a lo dispuesto en la Ley 30/1999, de 5 de octubre, de Selección y Provisión de Plazas de Personal Estatutario de los Servicios de Salud. Los órganos de representación del personal son los previstos con carácter general en el ámbito laboral: delegados de personal y comités de empresa.

- (2) Gestión de recursos materiales. Al igual que en los casos anteriores distinguimos el régimen aplicable a sus bienes y el régimen de contratación de recursos.

- (a) Patrimonio

Las sociedades mercantiles pueden ser titulares de bienes propios o tenerlos cedidos por la Administración territorial o institucional de que dependan.

En su artículo 16, el RDNFG (entre las disposiciones comunes a las nuevas formas de gestión) prevé que estos centros dispondrán de patrimonio propio y podrán tener

bienes cedidos por la Administración General del Estado o por entidades territoriales, o adscritos por la Tesorería General de la Seguridad Social.

En cuanto al patrimonio propio, el RDNFG contempla que podrán adquirir, a título oneroso o gratuito, poseer o arrendar, bienes o derechos de cualquier clase que quedarán afectos al cumplimiento de sus fines.

Las adquisiciones, enajenaciones y gravámenes de bienes inmuebles propios requerirán informe favorable de la presidencia ejecutiva del INSALUD y acuerdo del órgano de gobierno del centro sanitario.

Los bienes adscritos por la Tesorería General de la Seguridad Social, se regirán por lo establecido en el Real Decreto 1221/1992, de 9 de octubre, sobre patrimonio de la Seguridad Social y demás legislación específica sobre el mismo.

Los bienes inmuebles del patrimonio de la Seguridad Social que le sean adscritos, serán objeto de administración ordinaria, a cuyos efectos se les atribuyen los mismos derechos y obligaciones que a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social. A diferencia de los anteriores, estos bienes no podrán ser enajenados por la sociedad.

Todos los bienes patrimoniales serán objeto de inventario, consignándose en el mismo el carácter y la procedencia de dichos bienes, así como el destino específico de los inmuebles adscritos propiedad de la Tesorería General de la Seguridad Social.

(b) Contratación

Como veíamos, la aplicación de la normativa mercantil a la contratación de recursos materiales de los entes de Derecho público venía fuertemente condicionada por su condición de *entidades de Derecho público* (en sentido am-

plio), tal como se deduce de la redacción vista de los artículos 1.3 de la LCAAPP y 2.2 de la LRJPC.

Las sociedades mercantiles, al quedar, como hemos visto, fuera del ámbito de las *entidades de Derecho público* (en sentido amplio) someten la gestión de sus recursos materiales a la normativa civil y mercantil de sociedades, con carácter general.

Esta misma conclusión se recoge en el artículo 59 del RDNFG que, sin embargo, introduce una matización importante. Este precepto dispone que las sociedades estatales ajustarán su actividad contractual al derecho civil y mercantil y estarán sujetas —matiza— a los principios de publicidad y concurrencia, salvo en los casos no exigidos en la legislación sobre contratos de las Administraciones públicas. Estos principios se materializarán —concreta el precepto— en la obligación de publicar un anuncio, al menos en un periódico de ámbito estatal y en otro local, y en la concesión de un plazo mínimo de diez días para la presentación de ofertas a contar desde la fecha del anuncio.

- (3) Gestión de recursos financieros. El RDNFG, en su artículo 61 dispone que el régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y control financiero será el establecido para estas sociedades en la Ley General Presupuestaria.

En este sentido, la LGP establece un régimen financiero común para todas las *sociedades estatales*, tanto sociedades mercantiles, como entes de Derecho público. Respecto a los entes de Derecho público, este régimen financiero de los artículos 87 y siguientes de la LGP era de aplicación siempre. Respecto a las sociedades mercantiles, este régimen financiero sólo es de aplicación si la posición de la Administración respecto al capital social es mayoritaria.

Si la participación es mayoritaria estas especialidades:

- (a) No tienen régimen de presupuesto, sino programa de actuación, inversiones y financiación. Estos programas deberán ser aprobados por el gobierno, y su contenido básico es:
 - Estado de inversiones reales y financieras a realizar durante el ejercicio;
 - Estado de fuentes de financiación de inversiones;
 - Objetivos del ejercicio y previsión de rentas;
 - Memoria de evaluación económica de la inversión/es.
- (b) Tienen régimen de control por la intervención mediante auditoría.

Si la participación pública es minoritaria se aplica el Derecho Mercantil de Sociedades, con carácter general.

En cualquier caso, las sociedades mercantiles de titularidad parcialmente pública, podrán financiarse mediante créditos, préstamos u otras operaciones financieras concertadas con entidades financieras⁹⁰.

Entre las disposiciones comunes a todas las nuevas formas de gestión, el RDNFG recoge, en su artículo 14, las posibles precedencias de los recursos de estas entidades, que incluyen aportaciones del INSALUD, aportaciones de cualesquiera personas jurídicas o entidades de naturaleza o titularidad pública que participen o se integren en las nuevas formas de gestión, ingresos de terceros obligados al pago por prestación de servicios sanitarios, otros ingresos, bienes y valores que constituyen su patrimonio, rentas de estos, donaciones y legados y cualesquiera otros admitidos por la ley.

⁹⁰En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, véase el capítulo III (artículos 6 a 8) del Decreto 9/1999, de 19 de enero, sobre régimen presupuestario, financiero, de control y contable, de las empresas de la Junta de Andalucía (BOJA nº 13, de 30 de enero).

En cuanto a las formas de control de su gestión económica, el artículo 15 del RDNFG dispone el control financiero permanente del artículo 17 de la LGP, para estas sociedades. Estas sociedades —continúa el mismo artículo— pondrán sus cuentas a disposición de la Intervención General de la Seguridad Social a los efectos de su posterior rendición al Tribunal de Cuentas. El Ministerio de Economía y Hacienda podrá dictar las instrucciones necesarias para la ejecución y desarrollo de estas formas de control económico.

En el mismo Capítulo II (“Disposiciones comunes”), el artículo 17 del RDNFG dispone que las sociedades estatales remitirán al INSALUD la documentación económico-financiera requerida para que el INSALUD y el Ministerio de Economía y Hacienda realicen el seguimiento económico de las mismas. El INSALUD arbitrará los mecanismos que sean precisos en orden a garantizar el normal funcionamiento económico de esas sociedades.

f. Conclusión

A diferencia de las formas jurídicas de organización vistas con anterioridad, las sociedades mercantiles admiten que terceras personas (públicas y/o privadas) sean cotitulares de la organización junto con la administración matriz.

Esta fórmula permite —para eso está pensada, y no para la prestación de servicios públicos asistenciales— al Gobierno intervenir de forma potente y rápida en el mundo financiero o comercial: un sólo acuerdo del Consejo de Ministros puede expandir o disminuir el sector público considerablemente.

Sin duda el aspecto más relevante de este modelo organizativo es que queda fuera del concepto amplio de entidades de Derecho público y, por ello, no son consideradas *Administraciones Públicas*. Son como vimos *de* las Administraciones Públicas. Por tanto parece que deberían

quedar excluidas de la categoría de la Administración Institucional, grupo en el que sin embargo las hemos integrado desde el primer momento. La explicación de esta aparente contradicción la haremos con palabras de García de Enterría (1989): “En realidad, las sociedades mercantiles públicas de un solo socio, son realmente una pertenencia de la Administración que aparece como socio exclusivo de la misma, un ente institucional propio de la misma, como ha notado la sentencia del Tribunal Constitucional de 31.1.86. *Ad intra*, en las relaciones entre la sociedad y su ente matriz, esta realidad se impone, de manera que el gobierno que sobre la misma efectúa dicho ente no se limita a lo que deriva de su estatus jurídico-privado de socio, sino que cae de lleno en la regulación jurídico-pública, siquiera sea porque sólo bajo cauces jurídico-públicos puede manifestarse el socio único. Esta regulación es la misma que hemos expuesto para los entes institucionales bajo el concepto de “relación de instrumentalidad”. Aun en la actividad *ad extra*, que se realice por Derecho privado, está presente la idea de satisfacer intereses públicos o colectivos, lo cual trasciende necesariamente al régimen aplicable a tal actividad. Así se demuestra del análisis del Derecho positivo: el artículo 6.3 de la LGP, sobre creación de sociedades estatales y el artículo 87 y siguientes sobre el programa anual de actuación, inversiones y financiación”.

Por esta incoherencia que se produce en las sociedades de socio único público hemos incluido a las sociedades mercantiles entre la Administración institucional a pesar de su naturaleza asociativa, como sociedad que son.

8. La Administración independiente

a. Introducción

Con anterioridad hemos visto como LGP salió al paso de los excesos de los gestores de la Administración Pública poniendo control fi-

nanciero a OOA y sociedades estatales. Sin embargo, la tipología de entes públicos es tan amplia que las categorías hasta ese momento incluidas en la LGP (Administraciones territoriales, Seguridad Social, organismos autónomos de los dos tipos y sociedades estatales, también en sus dos modalidades), resultaban insuficientes para abarcar todo el complejo organizativo del sector público. En 1988 se añadió un nuevo punto al artículo 6 de la LGP que actuaba como la cláusula de cierre y que admitía la existencia o creación de personas jurídico-públicas ajenas a cualquier disposición de la LGP⁹¹.

La indefinición de este artículo 6.5 de la LGP⁹² respondía, en puridad, a la imposibilidad de establecer un régimen financiero común a un conjunto de entes de Derecho público que, por razón de sus especialísimas circunstancias, tenían y tienen cada uno de ellos, un régimen jurídico propio y exclusivo. Estos entes son los que ahora incluimos bajo la común denominación de Administraciones Independientes, pues común es también su origen y justificación.

Como dice Parejo (1992), el origen de las Administraciones Independientes (en lo sucesivo AAI) está ligado a la interpretación de la garantía de la libertad y de la democracia en términos de pluralismo. Los abusos del principio mayoritario han supuesto que en determinados ámbitos de la vida social, las decisiones de los gobiernos hayan perdido las notas de neutralidad y pluralismo. Para evitar esto, en determinados sectores de la gestión administrativa han aparecido autoridades con poderes propios, esto es, sin control final por parte del Gobierno ni de la

⁹¹En aquellos años aun no había comenzado la utilización frecuente de modelos como las fundaciones para la gestión directa de servicios públicos, y aquellas organizaciones que excedían los márgenes de las modalidades *ortodoxas* se incluyeron en este punto.

⁹²El artículo 6.5 de la LGP establecía: “El resto de los entes del sector público estatal no incluidos en este artículo ni en los anteriores, se regirá por su normativa específica.

En todo caso se aplicarán a los citados Entes las disposiciones de la presente ley que expresamente se refieran a los mismos y, con carácter supletorio, las relativas a materias no reguladas en sus normas específicas”.

Administración, y cuya permanencia en el cargo está asegurada por ley o por colectivos ajenos a la voluntad del poder ejecutivo. Así, los miembros del Consejo de RTVE o del Consejo Seguridad Nuclear son designados por el Parlamento por mayorías muy cualificadas, lo que impone frecuentemente la necesidad de pactos, que recogen la pluralidad de la Cámara, y con ella, de la sociedad. El Gobernador del Banco de España o el Presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores cuentan con competencias propias decisorias amparadas por la imposibilidad de ser destituidos o cesados por la autoridad que los nombró (el Consejo de Ministros), mientras dura el período de su mandato.

Este fenómeno no es exclusivo de nuestro país. Por el contrario, es habitual en los sistemas comparados y especialmente relevante en el ordenamiento francés. Es de destacar también el caso del Derecho alemán en relación al Banco Federal, si bien en este caso, con un especial apoyo constitucional, del que se carece en nuestro país (Coscolluela, 1993).

En base a este común origen y justificación, podemos definir las AAI como aquellos entes de Derecho público que responden a tres características fundamentales: la independencia, la neutralidad y supervisión (Betancor, 1994):

- (1) Independencia del Gobierno. De acuerdo con la primera característica, las AAI son entes de Derecho público dotados de un estatuto jurídico que pretende garantizarles cierto grado de independencia respecto del Gobierno y de la Administración del Estado.
- (2) Neutralidad. Las AAI son neutrales, en el sentido de lo que Carl Schmitt llamaba *neutralidad de los técnicos*. Los técnicos sostienen un tipo de relación sobre el objeto sobre el que ejercen su función caracterizada porque no atienden a ningún otro criterio que no sea de índole técnica y de reconocimiento

amplio entre los agentes del sector (esto excluye los demás criterios, como los personales, partidarios, políticos o incluso los técnicos que no sean los citados). Se pretende así que el objeto cumpla su función sin otro encauzamiento que el estrictamente técnico. En este mismo sentido, García de Enterría (1989) habla de “neutralizar políticamente su gestión, apartando ésta, en lo posible, de la lucha partidista”.

- (3) Supervisión. Como dice Betancor, en puridad, las AAI pueden ser todos los entes que reúnan las dos características indicadas, con independencia de cual sea su competencia. Así por ejemplo, hemos incluido antes en esta categoría, la RTVE, cuya función es la gestión de un servicio público. Sin embargo, en sentido estricto, sólo deben considerarse AAI aquellas cuya función no es la gestión de servicios públicos, sino la supervisión de *asuntos ajenos* públicos y/o privados, pues sólo en estos entes se manifiesta realmente el carácter de neutralidad antes comentado (por el carácter *ajeno* del objeto del trabajo; se supervisa y ordena un sector gestionado por otros). En aquellos entes cuya función es la gestión de un servicio público, es más difícil, si no imposible, la neutralidad en la actuación, pues en vez de supervisión, la función que se realiza es la dirección, y aquí el objeto dirigido es algo *propio* (la propia organización que se dirige), lo que dificulta una actuación neutral.

En base a esta definición se ha considerado que integran el grupo de las AAI las siguientes (Betancor, 1994):

- (1) El Consejo de Seguridad Nuclear. Se regula por la Ley 15/1980 de 22 de abril y se define en su artículo 1 como ente de Derecho público independiente de la Administración Central del Estado.
- (2) El Banco de España. Regulado por la Ley 13/1994 de 1 de junio, lo define como una entidad de Derecho Público cuya

actuación se realizará con autonomía respecto a la Administración del Estado, en particular, en relación a la política monetaria y emisión de billetes y monedas.

- (3) La Comisión Nacional del Mercado de Valores. Creada por la Ley 24/1988, de 28 de julio. Es un ente al que se le encomienda la supervisión e inspección de los mercados de valores y de la actividad de cuantas personas físicas y jurídicas se relacionan en el tráfico de los mismos, para velar por la transparencia de los mercados de valores, la correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los inversores, promoviendo la difusión de cuanta información sea necesaria para asegurar la consecución de estos fines.
- (4) La Agencia de Protección de Datos. Creada por la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal. Se define como un ente de Derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones.

La enumeración de los entes que integran la categoría de AAII no era, a la luz del derogado artículo 6.5 de la LGP, unánime en la doctrina. Así, por ejemplo, Cosculluela (1995) no incluye el Banco de España, y Parejo (1992) incluye, como hemos visto, RTVE.

Como en muchos de los modelos vistos con anterioridad, la situación varía desde la entrada en vigor de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE)⁹³. Por un lado, la Disposición Derogatoria única de la ley

⁹³Aquí la incidencia de la LOFAGE es aun mayor que en los otros modelos vistos, puesto que los supuestos de las AA.II. sólo se producen en la Administración del Estado, y esta queda plenamente afectada por la LOFAGE. En los otros modelos vistos la influencia de la LOFAGE no se producía cuando la organización era creada por una Comunidad Autónoma.

deroga expresamente, entre otras disposiciones, el artículo 6.5 de la LGP, que aglutinaba las AAI y servía de *justificación formal* a los entes atípicos. Por otro lado, algunas de sus disposiciones adicionales recogen un régimen especial para determinados organismos públicos:

- (1) La Disposición Adicional sexta establece el régimen jurídico de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social. No se integra propiamente en el concepto de Administración Independiente⁹⁴.
- (2) La séptima, del Consejo de Estado. Al ser un órgano de relevancia constitucional (art. 107 CE) estimamos que excede el concepto de Administración Independiente⁹⁵.
- (3) La octava, del Banco de España.
- (4) La novena, de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, del Consejo Económico y Social y del Instituto Cervantes.
- (5) La décima, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, del Consejo de Seguridad Nuclear, del Ente Público RTVE, de las Universidades no transferidas, de la Agencia de Protección de Datos, del Consorcio de la Zona Especial Canaria, de la Comisión del Sistema Eléctrico nacional, y de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.
- (6) La undécima, del Organismo Autónomo Correos y Telégrafos. No integra la Administración Independiente.
- (7) La duodécima, de las sociedades mercantiles estatales, en general. No integran la Administración Independiente. Ya han sido analizadas en un epígrafe anterior.

⁹⁴El régimen que la LOFAGE establece para las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la SS quedó expuesto en el capítulo anterior, y a él nos remitimos.

⁹⁵La LOFAGE dispone que sólo se somete a su legislación específica. Por tanto, salvo que lo disponga ésta, se encuentra exenta de cualquier control de la LGP o de otras disposiciones.

Como vemos, sólo en algunos casos está plenamente justificada la existencia de este tipo de entes. Estos son los casos que integran la Administración Independiente. Ninguno de estos supuestos tiene relación alguna con la provisión pública de servicios sanitarios. Por esta razón trataremos muy superficialmente esta modalidad de organización. Si analizaremos con más detenimiento la siguiente forma de organización (los que denominaremos *entes atípicos*) porque son las perversiones del sistema al amparo de la puerta que brindaba el antiguo artículo 6.5 de la LGP que ahora comentamos, perversiones que pueden suceder en todos los ámbitos del intervencionismo administrativo, y por tanto también en la provisión de servicios sanitarios.

b. Regulación

No existe una regulación general de esta modalidad organizativa. La LOFAGE define el régimen jurídico de todos aquellos entes que exceden la tipología general establecida en la propia ley (organismos autónomos, entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles):

- (1) Banco de España (D.A. 8ª). Como hemos visto, ya antes de la LOFAGE se encontraba dentro del concepto de Administración Independiente. La LOFAGE dispone que sólo se somete a su legislación específica. Por tanto, salvo que lo disponga ésta, se encuentra exenta de cualquier control de la LGP o de otras disposiciones.
- (2) Agencia Estatal de Administración Tributaria, Consejo Económico y Social, e Instituto Cervantes (D.A. 9ª). Se rigen por su legislación específica, por las disposiciones de la LGP que le resulten de aplicación y supletoriamente por las disposiciones de la LOFAGE.
- (3) La Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, el Ente Público RTVE, las Universidades no transferidas, la Agencia de Protección de Datos, el Consor-

cio de la Zona Especial Canaria, la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (D.A. 10ª, 1). El régimen establecido en la LOFAGE es idéntico que el visto en la D.A. novena.

- (4) Aquellos otros organismos públicos a los que se les reconozca por una ley la independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado (D.A. 10ª, 2). Se regirán por su legislación específica en los aspectos precisos para hacer plenamente efectiva esa independencia o autonomía. En el resto de aspectos, y en todo caso en lo relativo al régimen de personal, bienes, contratación y presupuestos, se regirán a las disposiciones de la LOFAGE. En todos casos, estas entidades se someten asimismo a la LGP.

c. Creación y extinción

Aun cuando no existe una regulación general de este tipo de organizaciones, su propia esencia —la independencia respecto al Poder Ejecutivo— exige su creación mediante ley. Así, al menos, ocurría en todos los casos anteriores a la LOFAGE, como hemos visto.

d. Forma organizativa

La organización interna de estos entes se regula en su normativa específica para cada uno de ellos. La variada tipología de entes incluidos en este epígrafe hace que sea difícil encontrar reglas de general aplicación. En todo caso, quizá sea la nota del aseguramiento de un criterio imparcial lo que las pueda caracterizar en mayor medida (Parejo, 1992).

De todos modos, podemos afirmar, en primer lugar, que no están sometidos a la especial relación de dependencia y dirección que caracteriza a las relaciones de instrumentalidad (no hay adscripción ni recur-

so de alzada impropio; el ente matriz no nombra y cesa libremente a los titulares de los órganos de gobierno⁹⁶); en segundo lugar, que sus actos son directamente recurribles ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; y, por último, que no se prevén técnicas de control sobre su actividad por otra Administración Pública (Cosculluela, 1995).

e. Régimen jurídico de su actividad

No existe un régimen general determinado de gestión de recursos para las organizaciones que hemos reunido bajo la denominación de Administraciones Independientes. Por tanto, cada una de estas organizaciones gestionará sus recursos en la forma en que determinen sus normas reguladoras propias, respetando en todo caso el ordenamiento jurídico.

- (1) Gestión de recursos humanos. Su personal se registrará por lo que establezca la legislación específica de ese ente. Entendiendo que las Administraciones Independientes se encuentran en el ámbito del artículo 2.2. LRJPC que ya hemos comentado reiteradamente con anterioridad, deberá ser personal en régimen de Derecho público si se ejercen potestades públicas.
- (2) Gestión de recursos materiales. Tanto en lo que se refiere al régimen de sus bienes, como al régimen de contratación de recursos (obras, suministros, asistencia, servicios, etc.) se registrarán por lo que establezcan sus disposiciones específicas.
- (3) Gestión de recursos financieros. En el ámbito financiero se aplica, como en los casos anteriores, su normativa específica. En todo caso, a las Administraciones Independientes les vinculan las disposiciones de la LGP que se refieran a las mismos y, con carácter supletorio, las relativas a materias no reguladas en sus normas específicas (Parada, 1991).

⁹⁶Aquí radica la esencia de su neutralidad: sus responsables se escogen entre personas de "reconocido prestigio", aunque la influencia del Gobierno en su designación es, cuanto menos, importante.

f. Conclusión

Como dice Betancor (1994), “el *apartamiento* de sectores claves de la sociedad de la organización administrativa jerarquizada e integrada en el complejo organizativo sometido a la dirección y control inmediato y directo del Gobierno, obedece a un fenómeno más profundo: la crisis del Estado, al ser éste percibido por los ciudadanos como un gigante torpe y lento, cumplidor ineficaz de sus obligaciones para con la sociedad, potencialmente ofensivo para sus derechos y libertades y que interviene en la sociedad de acuerdo con criterios político-partidistas, lo que lo convierte en una suerte de *manipulador*.”

Las AAI son la muestra elocuente de la búsqueda de una gestión pública *neutralizada* políticamente e incluso de la búsqueda de *otro* tipo de legitimidad para la gestión pública: la legitimidad técnica. El calado institucional de la transformación que representan es de una profundidad manifiesta. Basta señalar a este respecto que el estatuto constitucional de la Administración Pública se basa precisamente en su condición de ente que sirve de manera *objetiva* al interés general (art. 103.1 CE) y el de su personal funcionario en las garantías de su *imparcialidad* en el ejercicio de las funciones públicas que tiene encomendadas (art. 103.3 CE). Por lo tanto, si la Constitución contempla una suerte de modelo de Administración Pública *neutral*, las AAI podrían ser consideradas como su profundización, al contemplar la modulación o extinción de la dirección política del Gobierno (art. 97 CE). Sin embargo se corre el riesgo de que puedan ser presentadas como una alternativa al propio sistema administrativo jerarquizado y dirigido por el Gobierno responsable ante el Parlamento para configurar un supuesto *Estado neutral*⁹⁷. Además, tampoco pueden ser desconocidos los importantes peligros que dichas

⁹⁷En el mismo sentido, Cosculluela, 1993: el artículo 97 de la Constitución somete a la dirección del Gobierno a toda la Administración del Estado, por lo que en último término, al mismo le corresponde la responsabilidad política sobre estas Entidades y el nombramiento de su Presidente.

Administraciones encierran, peligros que obedecen, fundamentalmente, tal y como se ha demostrado en los EEUU de América, a su tendencia a caer bajo el control de los poderes económicos y sociales del sector, llegándose a convertir en autoridades administrativas al servicio de los intereses de los agentes sociales más poderosos.

Este conjunto de circunstancias nos debe hacer huir de toda simplificación, llamándonos a la moderación. Estos entes son una alternativa para solucionar determinados problemas como son la garantía de bienes constitucionales frente a actividades (las actividades controladas por estos entes) públicas y privadas, las cuales sirven a intereses, igualmente públicos y privados, que pueden entrar en conflicto con el bien constitucionalmente garantizado. Es decir, estas Administraciones sólo se justifican en supuestos muy concretos, en ámbitos donde se requiere una gestión neutral, no sólo frente a los intereses privados, sino también frente a otros intereses públicos contradictorios con aquellos a los que se le encomienda su tutela o salvaguarda al ente independiente.

9. Los entes atípicos

a. Introducción

Como hemos visto en algunos casos, la existencia de Administraciones Independientes, diferentes de las formas jurídicas generales vistas, podría estar justificada para conseguir una posición supuestamente independiente o *neutral* respecto de la Administración del Estado. Pero la vía del artículo 6.5 de la LGP no se agotó ahí. Este precepto fue aprovechado, hasta su derogación, para huir en masa, no ya del Derecho público, sino de cualquier control no específico. Posiblemente, este abuso de la vía del artículo 6.5 de la LGP condicionó su derogación por la LOFAGE.

Este proceso de *huida* de cualquier control no específico ha hecho que las clases de entes institucionales sean prácticamente tantas como entes, puesto que cada uno de ellos cuenta con una norma propia, sin responder a tipos predeterminados normativamente (García de Enterría, 1989).

Esta posibilidad de existencia de tantos regímenes jurídicos diferentes como entes, en una situación con cientos de personas jurídico-públicas puede llevar a un verdadero caos en el control del sector público.

La perversión del modelo de Administraciones Independientes es lo que da lugar a los entes atípicos que analizamos ahora. Se aprovechan las vías legales que se han establecido para crear supuestos legítimos, con la finalidad de crear otros supuestos que carecen de esa voluntad de imparcialidad, puesto que son meros instrumentos de la Administración. Por ello, podemos concluir que su única finalidad es perversa: evitar controles y garantías del administrado.

El problema, sin embargo, no es nuevo. Todo empezó cuando la LEEA excluyó de su ámbito de aplicación a determinados organismos, designados por esta circunstancia *como organismos autónomos apátridas* es decir, no sujeto a regulación general, sino a sus peculiares estatutos⁹⁸.

Pero fue desde la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1991 cuando se sucedieron los supuestos de *privatización atípica de la gestión* utilizando la vía del artículo 6.5 LGP⁹⁹. Entre los muchos supuestos de *entes atípicos*, destaca la creación en la citada Ley de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. Y destaca por dos motivos principalmente (Martín Retortillo, 1991):

⁹⁸Originariamente se excluyeron, entre otras, las cámaras oficiales de comercio, industria y navegación, las comunidades de regantes, la Seguridad Social, el Instituto del Libro o el de Moneda Extranjera. Posteriormente se excluyeron más: RENFE, bancos oficiales, puertos con estatuto de autonomía, Patrimonio Nacional, etc.

⁹⁹A principio de los noventa, se configuraron a través del art. 6.5 de la LGP, según García de Enterría y Escalante (Código de Leyes Administrativas; Civitas; octava edición; 1991; pág. 2578), los siguientes entes: Consejo de Administración del Patrimonio

- (1) Porque se está *privatizando* la gestión de la esencia misma de la Administración Pública —la recaudación de impuestos—, la potestad más claramente pública que existe.
- (2) Porque, entre los motivos que se aducen para la creación de esta *agencia* (nombre anglosajón sin tradición en nuestro Derecho, que únicamente induce a confusión) figura “minimizar los costes indirectos derivados de las exigencias formales...”. Buena parte de esas exigencias formales que estorban al gestor público en su camino hacia la eficiencia en la gestión son garantías que la ley ofrece al contribuyente e impone al administrador. En mi opinión, su vulneración conlleva un profundo contrasentido: el administrador sólo sabe ser eficiente desprotegiendo al administrado, sin desprotegerse él.

b. Regulación

Remitimos en este punto a lo dicho en el apartado 8.b. de este capítulo para la Administración Independiente.

c. Creación y extinción

Remitimos en este punto a lo dicho en el apartado 8.c. de este capítulo para la Administración Independiente.

Nacional, Instituto Español de Comercio Español (ICEX), Sociedad Estatal de Promoción y Equipamiento del Suelo (SEPES), varios Puertos Autónomos, Instituto Nacional de Hidrocarburos (INH), Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE), Centro para el Desarrollo Tecnológico Industrial (CEDETI), Instituto Nacional de Industria (INI), Radiotelevisión Española, Ente Público de la Red Técnica Española de Televisión (RETEVISION), RENFE, Ferrocarriles de Vía Estrecha (FEVE), Empresa Nacional de Transportes de Viajeros por Carretera (ENATCAR), Instituto de Crédito Oficial (ICO), Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), Consorcio de Compensación de Seguros, Escuela Oficial de Turismo, Agencia Estatal de Administración Tributaria. En la actualidad, muchos de estos han desaparecido, se han refundido con otros o han modificado su denominación o régimen; sin embargo, la lista hoy, sería, con seguridad, aun más larga.

d. Forma organizativa

La organización interna de estos entes se regula en su normativa específica para cada uno de ellos. La enorme variedad de entes incluidos en este epígrafe hace que sea difícil encontrar reglas de aplicación general. A diferencia de lo que veíamos en las Administraciones Independientes, no es posible en este grupo establecer una nota definitoria común a todas las organizaciones que recogemos en este epígrafe, salvo la de constituir una distorsión injustificada de la tipología de entes públicos, con su consiguiente coste para el administrado en términos de garantías.

e. Régimen Jurídico de su actividad

Tanto para la gestión de recursos humanos como de recursos materiales o financieros, podemos reproducir aquí lo comentado en el punto 8.e. para las Administraciones Independientes.

f. Conclusión

Es definitorio de estos supuestos el comentario realizado por Ariño y Sala (1995). Dicen los autores: “Frente a la relativa simplicidad de los ‘tipos’ que circulaban en nuestro Derecho público hace no demasiado tiempo, hoy asistimos a una situación que puede calificarse de caótica. Se ha abusado de las formas jurídicas hasta el extremo que, en ocasiones, el legislador parece uno de esos científicos de laboratorio empeñado en experimentar con extraños *crucos*, que a veces dan lugar a híbridos o a criaturas monstruosas o inviables”.

Con todo, una vez más el poder público ha evocado el mito de Saturno devorando a sus hijos para poner control en este *mare magnum* de formas jurídicas. La LOFAGE supone un intento importante de

racionalización del sector público. La derogación del artículo 6.5 de la LGP y la enumeración —y definición de su régimen— de los entes que quedan fuera de la tipología de organismos públicos establecida en la propia ley, suponen un intento esperanzador de cerrar vías a la creación de entes atípicos.

Sin embargo, también una vez más, menos de dos años después de la publicación de la LOFAGE, y por la vía en que tradicionalmente se creaban estos *entes atípicos* —las Leyes de Presupuestos o de *Acompañamiento*— se han creado las fundaciones públicas sanitarias, calificándolas de organismos públicos pero separándolas del régimen establecido para estos en la LOFAGE, generalmente rebajando sus garantías y controles, respecto al régimen general establecido por la LOFAGE.

10. El consorcio

a. Introducción

Según hemos visto hasta ahora, la creación de entes institucionales, se realiza, como regla general, por una sola entidad. Sin embargo, en muchas ocasiones varias Administraciones Públicas realizan conjuntamente el papel de Administraciones matrices para crear entre todas un nuevo ente institucional. Cuando esas Administraciones Públicas son todas del mismo nivel, y se trata de entidades locales, surgen las mancomunidades de municipios¹⁰⁰. Cuando esas Administraciones son de distinto nivel, surgen los consorcios¹⁰¹.

Coscolluela (1995) define los consorcios como entidades, dotadas de personalidad jurídica y patrimonio propio, creadas por diversos entes

¹⁰⁰En este caso, el resultado es un auténtico Ente Local nuevo, una nueva Administración territorial (Parada, 1991).

¹⁰¹En este supuesto, el resultado es un Ente institucional, no local (Parada, 1991).

públicos de naturaleza territorial o institucional que pertenecen a escalones de la Administración Pública distintos (estatal, autonómico o local). La legislación local (la autonómica y la estatal no establecen nada al respecto) también admite que puedan integrarse en ellos entidades privadas¹⁰².

Los consorcios se crean para la realización de fines de interés común, que normalmente se concretan en la gestión de servicios, de bienes, o de obras que entran en la competencia de los diversos entes públicos que integran el consorcio. Por ello, continua el mismo autor, tienen una clara finalidad de coordinación y cooperación que se resuelve en una nueva estructura organizativa a la que se le encomienda la realización por ella misma de aquellas actividades relacionadas con competencias compartidas o concurrentes de los entes públicos que constituyen el consorcio, buscando la optimización de las prestaciones a realizar.

La naturaleza jurídica de los consorcios no parece quedar clara a la luz de la doctrina. Cosculluela (1993) o Parada (1991) los incluyen dentro del estudio de la Administración Institucional, junto a organismos autónomos, entes de Derecho público y sociedades mercantiles. Otros autores como Santamaría Pastor (1991) o García de Enterría (1989) los incluyen en la Administración Corporativa, dado su carácter asociativo. Nosotros nos hemos inclinado por la primera opción.

Como ejemplo de consorcio integrado por Administraciones de distinto nivel (estatal y autonómica) y distinto carácter (territorial junto a institucional) podemos citar el Instituto de Astrofísica de Canarias, creado por RDL 7/1982, de 30 de abril, como *consorcio público de gestión* e integrado por la Administración del Estado, la Junta de Canarias, la Universidad de La Laguna y el Centro Superior de Investigaciones Científicas.

¹⁰²En este caso, a diferencia de los vistos en las notas anteriores, el Consorcio resultante no es una Administración, ni territorial ni institucional (García de Enterría, 1989).

Como ejemplo de consorcio con participación de entidades privadas, era célebre el Consorcio del Gran Teatro del Liceo de Barcelona, creado por Decreto 285/1980, de 11 de diciembre, del Consell Executiu de la Generalitat, e integrado por ésta misma, la sociedad propietaria del Teatro y el Ayuntamiento de Barcelona. Tras el incendio de 1994 se excluyó la participación privada.

En el ámbito sanitario, el desarrollo de este modelo de organización debe ser más claro en aquellas zonas —como Cataluña o Canarias— donde el número de dispositivos sanitarios de titularidad de las corporaciones locales continua siendo amplio. Como ya comentamos en el capítulo I, en Cataluña existen diversos consorcios para la gestión de hospitales: así, el Consorci Hospitalari de Catalunya (CHC), el Consorcio de Hospitales de Barcelona, o los Consorcios Hospitalarios de Vic o Parc Taulí de Sabadell, como consorcios con participación de la Generalitat y los ayuntamientos. También existen consorcios sin participación de la Generalitat, como el Consorcio Sanitario de Mataró, o el Consorcio Asistencial del Baix Empordá. En otros casos, la cesión de la gestión de centros de la Generalitat se hace a consorcios; este es el caso del Consorcio Sanitario de la Selva, y del Consorcio Sanitario del Alto Penedés, ambos del Servicio Catalán de la Salud. También configurados como consorcios del Servicio Catalán de la Salud está el Consorcio Sanitario de Terrasa, la Unidad de Diagnóstico por la Imagen de Alta Tecnología (UDIAT), el Consorcio del Laboratorio de L'Anoia, o el Consorcio para la gestión del Hospital de la Creu Roja, de L'Hospitalet de Llobregat.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma andaluza, el artículo 66 de la Ley 2/1998 de 15 de junio, de Salud de Andalucía, dispone que el Servicio Andaluz de Salud, previo informe y deliberación del Consejo de Administración, podrá elevar a la Consejería de Salud, para su aprobación por los órganos competentes, propuestas para la constitución de consorcios de naturaleza pública u 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, que podrán dotarse de organismos instrumentales, así como la propuesta de creación o participación en cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho, cuando así convenga a la gestión y ejecución de los centros y servicios adscritos al mismo. Como complemento a esta disposición, el artículo 63 de la misma ley dispone que la Consejería de Salud, para el ejercicio de sus funciones, podrá constituir consorcios u otras fórmulas de gestión integrada o compartida, en términos similares a los expuestos.

b. Regulación

La regulación de los consorcios ha sido tradicionalmente exigua. En contraste con la figura de la Mancomunidad, la del consorcio posee, por ello, unos límites conceptuales borrosos.

Hasta fechas recientes, sólo las normas que regulan la Administración Local recogían esta figura. En un primer momento fue el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955¹⁰³ quien reguló los consorcios, admitiendo sólo los creados por entidades públicas. La Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local de 1985¹⁰⁴ (artículo 87) y el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local¹⁰⁵ (artículo 110) admiten también la integración de entidades privadas en el consorcio, aunque imponen el requisito de que se trate de entidades sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público concurrente con el de las Administraciones Públicas que forman el consorcio.

¹⁰³Aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955.

¹⁰⁴Ley 7/1985, de 2 de abril.

¹⁰⁵Aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril.

La ya comentada LRJPC regula los consorcios para la gestión de convenios que puedan celebrar el Gobierno del Estado y los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas (artículos 6 y 7 de la ley).

El Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD, establecía en su exposición de motivos la necesidad de ampliar las formas organizativas de gestión diseñadas en la Ley General de Sanidad, dando entrada a entidades distintas de las recogidas en el artículo 6 de la LGP¹⁰⁶, limitándose a citar entre estas a los consorcios, tanto en la propia exposición de motivos, como en su artículo único.

La Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, que sustituye al Real Decreto-Ley 10/1996, da una nueva redacción al artículo único del citado real decreto. En su exposición de motivos vuelve a citar, entre las nuevas formas organizativas de la sanidad, los consorcios, junto con las empresas públicas y las fundaciones. En su artículo único no cita esta modalidad organizativa¹⁰⁷, aunque su existencia cabe bajo la expresión “otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho”.

Como dice Santamaría (1991), la normativa sobre el consorcio es tan mínima que constituye una simple cobertura formal, que admite los más variados contenidos; el consorcio, pues, se estructura sobre el principio de *ius singulare* (del Derecho singular, del caso concreto, que exige un análisis caso a caso).

Para García de Enterría (1989) esto plantea el problema práctico en cada caso de determinar hacia el ordenamiento de cuál de los entes

¹⁰⁶Que como hemos visto, define las *sociedades estatales*, incluyendo en la categoría a las sociedades mercantiles públicas. La redacción anterior a la Ley 6/1997, de 14 de abril (LOFAGE) incluía también los Entes de Derecho Público (en el sentido restringido analizado).

¹⁰⁷En el artículo único de la Ley 16/1997 desaparece toda referencia a modelos concretos de organización.

heterogéneos ha de regirse la regulación del consorcio, cuando los entes miembros tienen ordenamientos diferentes.

Santamaría (1991) pone de manifiesto cómo en muchas ocasiones, esto ha conducido además de a la singularidad y diversidad de las regulaciones de cada consorcio, a una tendencia a la asimilación con el régimen de los organismos autónomos¹⁰⁸.

Ante esta precariedad de normas generales, cada consorcio, a través de su estatuto, define cuál será su regulación fundamental. El estatuto determina los fines para los que se crea, su organización, el régimen de funcionamiento y el régimen financiero. Este problema tiene trascendencia, como veremos a continuación, en orden a delimitar el régimen de su organización y de su funcionamiento.

Esta indefinición del régimen jurídico y la diversidad de regímenes que supone en la práctica desaparece en gran medida en el ámbito sanitario del INSALUD, a raíz de la publicación del Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del INSALUD (en adelante RDNFG). En el mismo se contienen una serie de disposiciones comunes a las que denomina *nuevas formas de gestión* sanitaria (Capítulo II) y disposiciones específicas para cada una de ellas (Capítulo III), que son: sociedades estatales (apartado 7 de este Capítulo), consorcios (que estudiamos ahora), fundaciones constituidas al amparo de la Ley 30/1994 (que estudiaremos en el apartado 11 de este Capítulo) y las fundaciones públicas sanitarias (que estudiaremos en el apartado 12 de este Capítulo).

Según la definición que hace el artículo 46 de este RDNFG, tendrán la consideración de consorcios 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 ob-

¹⁰⁸ Así ocurre en el ejemplo visto antes del Instituto de Astrofísica de Canarias, cuyos estatutos se remiten a las normas reguladoras de los organismos autónomos.

jeto sea la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria, que celebre el INSALUD con:

- (1) Las Comunidades Autónomas.
- (2) Las entidades que integran la Administración Local.
- (3) Entidades privadas sin ánimo de lucro, que persigan fines de interés público concurrentes con los de las Administraciones Públicas (desaparece respecto al anteproyecto la referencia expresa a la Cruz Roja, así como la exigencia de que la participación de la entidad sin ánimo de lucro en el contenido económico del consorcio sea mayoritaria).
- (4) Todas ellas conjuntamente.

En función de las competencias atribuidas a las entidades integrantes del convenio —continúa el artículo 46 del RDNFG—, los consorcios podrán tener por objeto además de finalidades sanitarias, otras de carácter socio-sanitario o similar.

El artículo 47 del RDNFG dispone que los consorcios se registrarán por el convenio regulador y por sus correspondientes estatutos; por las normas del RDNFG; por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJPC); por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, y por el resto de las disposiciones que les sean de aplicación.

c. Creación y extinción

En la exigua normativa estatal sobre la materia sólo se dice, en el artículo 6 de la LRJPC, que el Gobierno de la Nación y los órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas pueden celebrar convenios

de colaboración en el ámbito de sus respectivas competencias, y que si la gestión de ese convenio lo hace necesario —continúa el artículo 7— podrá crearse una organización común que puede adoptar la forma de consorcio.

En cuanto a la extinción, el artículo 6.2.f. y g. de la LRJPC establece que el convenio de colaboración fija el plazo de vigencia, que ese plazo es prorrogable por acuerdo de las partes firmantes, y que el propio convenio de colaboración puede determinar también su extinción (y la del consorcio creado para su gestión) por causa distinta al cumplimiento del plazo de vigencia visto.

Desde el punto de vista formal, ese acto constitutivo entre Administraciones se recoge bien en un real decreto (o decreto, si es en el ámbito autonómico) o en una orden (de un ministerio o una consejería).

La normativa local, sin ser del todo precisa, es más concreta. El Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales dispone, en su artículo 38 que la constitución de un consorcio deberá seguir el procedimiento señalado para la municipalización o provincialización. Según artículo 22 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, este procedimiento consiste en acuerdo del Pleno de la Corporación mediante mayoría cualificada (aprobación de las formas de gestión de los servicios y de los expedientes de municipalización, dice el artículo).

En el ámbito de la Administración General del Estado, el RDNFG dispone en su artículo 48 que el INSALUD, en el ámbito de las competencias que tiene atribuidas para la administración y gestión de los centros y servicios sanitarios podrá constituir consorcios sometidos al RDNFG, mediante autorización acordada por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Sanidad y Consumo. El Acuerdo del Consejo de Ministros que autorice al INSALUD para la constitución del consorcio aprobará inicialmente sus estatutos y se publicarán en el Boletín Oficial del Estado.

Los estatutos de los consorcios regularán —establece el artículo 49 del RDNFG—, como mínimo las siguientes materias:

- (1) Denominación y domicilio.
- (2) Enumeración de las entidades que lo integran y previsión de admisión de nuevos entes consorciados.
- (3) Objeto y finalidades.
- (4) Descripción de la participación de cada una de las entidades consorciadas.
- (5) Proclamación de la personalidad jurídica y capacidad jurídica.
- (6) Régimen jurídico aplicable.
- (7) Régimen orgánico y funcional.
- (8) Proporción de representantes de cada una de las entidades consorciadas en los órganos de gobierno y funciones de los mismos.
- (9) Régimen patrimonial, financiero, presupuestario, contable y de control del consorcio.
- (10) Régimen de personal.
- (11) Régimen de contratación.
- (12) Régimen de separación y disolución.
- (13) Las garantías, procedimientos de planificación, coordinación y de control de gestión y de funcionamiento por el INSALUD en los términos establecidos en el capítulo II del Real Decreto.
- (14) Conforme al artículo 48.3, los estatutos iniciales determinarán los aspectos esenciales para cuya modificación será necesaria la autorización del Consejo de Ministros.

d. Organización

No existe ninguna norma general que defina cómo debe ser la organización interna del consorcio ni cómo son sus relaciones con las Administraciones Públicas que lo integran. Dependerá en cada caso de lo que se contengan sus estatutos. Con carácter general, únicamente se dice que en sus órganos de gobierno participan, en la proporción que estatutariamente se establezca, representantes de todas las entidades públicas que constituyen el consorcio, y en su caso, de las entidades privadas.

Ya hemos comentado como, ante este vacío normativo, y con ánimo de establecer un régimen claro y coherente, en muchas ocasiones se ha realizado por vía de estatutos una remisión completa de la organización y funcionamiento del consorcio a las normas reguladoras de los organismos autónomos.

Según Cosculluela (1995), pese a esta ausencia de un régimen general, pueden establecerse las siguientes reglas generales:

- (1) El régimen de organización y funcionamiento de sus órganos se rige por el Derecho público.
- (2) Aparte de lo dispuesto en su propio estatuto, el régimen de los actos del consorcio se rige por el Derecho estatal, autonómico o local, según se determine en la legislación sectorial que prevea su constitución, o en el propio estatuto.

Como dice el mismo autor, el problema ha perdido en gran parte su trascendencia ante el proceso de homogeneización del régimen de procedimiento y de las garantías del administrado que impone en todos los ámbitos administrativos el artículo 149.1.18 de la Constitución Española y se regula en la LRJPC.

Conforme a lo dispuesto en el punto 2 del la disposición adicional primera del RDNFG, a los hospitales que se acojan a este modelo

organizativo no les será de aplicación lo previsto en el Real Decreto 521/1987, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre estructura, organización y funcionamiento de los hospitales gestionados por el INSALUD, a excepción de los artículos 2, 5, 28, 30 y 31, que les serán de aplicación.

- (1) Órganos de gobierno. El artículo 23 del RDNFG, dentro de los preceptos comunes a todas las nuevas formas de gestión (capítulo II), establece la existencia en los consorcios de un órgano de gobierno de carácter colegiado, entre cuyas funciones está la de establecer las directrices de carácter general y la planificación estratégica del centro sanitario, aprobar y modificar las normas internas de funcionamiento y la estructura de los órganos de dirección, y velar por el correcto funcionamiento de los órganos de participación, todo ello en el marco del real decreto y de los criterios generales del INSALUD.

En este mismo artículo se incluye también uno de los últimos aspectos incorporados al texto del RDNFG: conforme al punto 4, el directivo médico máximo responsable de la actividad asistencial formará parte del órgano de gobierno con voz y voto.

- (2) Órganos de dirección. Entre las disposiciones específicas de los consorcios (sección segunda del capítulo III), el RDNFG dispone (artículo 50) que el máximo órgano de gobierno del consorcio sea el consejo de gobierno, que ostentará la representación del mismo y ejercerá todas las facultades que sean necesarias para la realización de los fines asignados.
- (3) Órganos de participación. El número de miembros que las entidades consorciadas tendrán en dicho órgano estará en función de su composición y en la proporción que se fije en los estatutos correspondientes.

El consejo de gobierno —continúa el RDNFG— estará formado por un presidente, un secretario, y los vocales designados por las entidades consorciadas.

El presidente y el resto de los miembros del consejo de gobierno —concluye el RDNFG— serán nombrados según lo previsto en los estatutos respectivos.

No incluye el RDNFG disposiciones específicas para los consorcios en relación con los órganos de dirección ni con los órganos de participación. Sin embargo, las disposiciones comunes a las nuevas formas de gestión si incluyen regulación pormenorizada de estos extremos. Por su carácter común a todas las formas de gestión incluidas en el ámbito de aplicación del RDNFG —sociedades estatales, consorcios, fundaciones de la Ley 30/1994 y fundaciones públicas sanitarias— y por la gran extensión de la regulación de estos aspectos contenida en las disposiciones comunes, nos remitimos a lo comentado en el epígrafe 4 (“Organización”) del apartado 7 (“La sociedad mercantil de titularidad mayoritariamente pública”), de este mismo capítulo 4. Lo allí dicho es plenamente aplicable a este modelo organizativo.

e. Gestión de recursos

Salvo en el ámbito sanitario estatal desde la publicación del RDNFG, al no existir en nuestro país una regulación de carácter general sobre la figura del consorcio, y dado que éste está generalmente integrado por entidades pertenecientes a diferentes escalones administrativos, o incluso a entidades particulares, constituye un problema relevante la determinación del régimen de la actividad del consorcio, de su personal, de la contratación de recursos materiales o de la gestión y control presupuestario.

Como dice Ramón Parada (1991), el consorcio, una vez constituido, puede utilizar cualquiera de las formas de gestión de servicios sustituyendo a los entes consorciados¹⁰⁹. Los estatutos pueden prever la creación de un aparato propio, o dar origen a un ente fundacional, puramente instrumental pero con personalidad propia, o bien crear una empresa mercantil o de economía mixta, o bien adjudicar el servicio a un concesionario o arrendatario¹¹⁰. Por esta razón, solo es posible definir caso a caso el régimen jurídico de la actividad de cada consorcio.

Sí se puede afirmar, con carácter general (Coscolluela, 1995) que el consorcio tiene patrimonio independiente, integrado, en su caso, por los ingresos que pueda generar la actividad que desarrolla, y por las aportaciones de cualquier naturaleza que se prevea deben hacer las entidades que lo constituyan.

Como ya hemos avanzado, el RDNFG si contiene previsiones concretas para la gestión de recursos de los consorcios sanitarios creados en el ámbito del INSALUD. Estas previsiones son las siguientes:

- (1) Gestión de recursos humanos. Entre las disposiciones específicas de los consorcios el artículo 52 del RDNFG dispone que la relación jurídica del personal al servicio de los consorcios será la que se establezca en los convenios de constitución y en los estatutos correspondientes. Por tanto el personal podrá estar sometido a régimen público —estatutario y/o funcionario—, régimen privado —laboral— o ambos simultáneamente.

Conforme al artículo 19 del RDNFG, al personal estatutario fijo del Sistema Nacional de Salud que se incorpore a las planti-

¹⁰⁹Artículos 7.4 de la LRJPC y 110 del ya citado texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.

¹¹⁰Estas amplias posibilidades son negadas sin embargo por algunos autores, como Albi, que estiman, sin demasiado fundamento y explicación, que este desdoblamiento no es posible y que, desde el primer momento, el consorcio ha de constituirse como organismo autónomo o como una empresa mixta.

llas de personal de los consorcios que se constituyan al amparo del RDNFG, si no puede conservar su régimen estatutario dentro del consorcio, le será de aplicación lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. Según esta disposición este personal pasará, en relación con su plaza estatutaria de origen, a la situación de excedencia voluntaria por incompatibilidad, situación administrativa establecida en el artículo 10 de la Ley 53/1984 de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Durante un período máximo de tres años, desde la declaración de excedencia voluntaria por incompatibilidad, podrá volver a ocupar su puesto de origen.

El personal que, una vez transcurrido el referido plazo de tres años, deje de prestar servicios en dichas entidades, podrá reincorporarse con carácter provisional a una plaza de su categoría en la misma área de salud y en la correspondiente modalidad (atención primaria o atención especializada) en que fue concedida la excedencia. En el supuesto de que no existan vacantes en dicha área en su correspondiente modalidad, el interesado podrá solicitar el reingreso en cualquier otra. A estos efectos, tendrán la consideración de vacantes las plazas básicas de la categoría desempeñadas por personal temporal.

Conforme al artículo 19.2 del RDNFG, el personal estatutario de los centros sanitarios que se conviertan en consorcios, conservará su régimen jurídico, manteniendo inalterable su situación de servicio activo, o la que, en su caso, corresponda.

Al personal que preste servicios en estos consorcios le será de aplicación el régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, según prevé el artículo 20 del RDNFG, que otorga a estos consorcios la misma consideración a efectos de incompatibilidades,

que aquellos centros, servicios y establecimientos sanitarios a los que se refiere el artículo 2 del Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, sobre incompatibilidades del personal al servicio de la Administración del Estado, de la Seguridad Social, y de los entes, organismos y empresas dependientes.

También entre las disposiciones comunes se dispone —art. 21— que la selección de personal de estos consorcios se efectúe mediante convocatoria pública ajustada a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y siguiendo los criterios generales que emanen del INSALUD para garantizar una actuación coordinada, acomodándose en todo caso la selección a lo dispuesto en la Ley 30/1999, de 5 de octubre, de Selección y Provisión de Plazas de Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

El artículo 22 establece que los órganos de representación del personal son los previstos con carácter general en la legislación vigente, o sea:

- Delegados de personal y comités de empresa en el caso del personal laboral, según las disposiciones del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo).
- Delegados de personal y juntas de personal en el caso del personal estatutario y funcionario, conforme a lo previsto en la Ley 9/1997, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

(2) Gestión de recursos materiales. Como en los modelos hasta aquí vistos distinguimos el régimen de sus bienes del de la contratación de bienes y servicios.

(a) Patrimonio

El artículo 16 del RDNFG (entre las disposiciones comunes a las nuevas formas de gestión) dispone que los con-

sorcios dispondrán de patrimonio propio y podrán tener bienes cedidos por la Administración General del Estado o por entidades territoriales, o adscritos por la Tesorería General de la Seguridad Social.

En lo que se refiere, en primer lugar, al patrimonio propio, el RDNFG contempla que los consorcios que se constituyan podrán adquirir, a título oneroso o gratuito, poseer o arrendar, bienes o derechos de cualquier clase que quedarán afectos al cumplimiento de sus fines.

Las adquisiciones, enajenaciones y gravámenes de bienes inmuebles propios requerirán informe favorable de la presidencia ejecutiva del INSALUD y acuerdo del órgano de gobierno del centro sanitario.

Los bienes adscritos por la Tesorería General de la Seguridad Social, se regirán por lo establecido en el Real Decreto 1221/1992, de 9 de octubre, sobre patrimonio de la Seguridad Social y demás legislación específica sobre el mismo.

Los bienes inmuebles del patrimonio de la Seguridad Social que le sean adscritos, serán objeto de administración ordinaria, a cuyos efectos se les atribuyen los mismos derechos y obligaciones que a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social. A diferencia de los anteriores, estos bienes no podrán ser enajenados por la sociedad.

Todos los bienes patrimoniales serán objeto de inventario, consignándose en el mismo el carácter y la procedencia de dichos bienes, así como el destino específico de los inmuebles adscritos propiedad de la Tesorería General de la Seguridad Social.

(b) Contratación

Según las normas específicas del RDNFG —artículo 51—, los consorcios ajustarán su actividad contractual

a lo dispuesto en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCCAAPP).

- (3) Gestión de recursos financieros. El artículo 53 del RDNFG establece que el régimen económico-financiero, presupuestario, de contabilidad, intervención, y control financiero de los consorcios será el establecido en el convenio regulador, en sus estatutos y demás normas de aplicación.

Entre las disposiciones comunes a todas las nuevas formas de gestión, el artículo 14 del RDNFG recoge las posibles procedencias de los recursos de estas entidades, que incluyen aportaciones del INSALUD, aportaciones de cualesquiera personas jurídicas o entidades de naturaleza o titularidad pública que participen o se integren en las nuevas formas de gestión, ingresos de terceros obligados al pago por prestación de servicios sanitarios, otros ingresos, bienes y valores que constituyen su patrimonio, rentas de estos, donaciones y legados, y cualesquiera otros admitidos por la ley.

En cuanto a las formas de control de su gestión económica, el artículo 15 del RDNFG dispone el control financiero permanente del artículo 17 de la LGP, para estas sociedades. Estas sociedades —continúa el mismo artículo— pondrán sus cuentas a disposición de la Intervención General de la Seguridad Social a los efectos de su posterior rendición al Tribunal de Cuentas. El Ministerio de Economía y Hacienda podrá dictar las instrucciones necesarias para la ejecución y desarrollo de estas formas de control económico.

En el mismo capítulo II (“Disposiciones comunes”), el artículo 17 del RDNFG dispone que los consorcios constituidos remitirán al INSALUD la documentación económico-financiera requerida para que el INSALUD y el Ministerio de Economía y Hacienda realicen su seguimiento económico. El

INSALUD arbitrará los mecanismos que sean precisos en orden a garantizar el normal funcionamiento económico de estos consorcios.

f. Conclusión

La figura del consorcio puede ser un instrumento útil para favorecer el principio de “integración de todos los servicios en una organización única”, tal como dice la Exposición de Motivos de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Sin embargo, una utilización no adecuada de esta figura puede crear dispersión de regímenes jurídicos y confusión, dado lo exiguo de las normas generales sobre esta modalidad de organización y la dificultad de diferenciarla, en ocasiones, de los convenios de colaboración que puedan celebrarse entre la Administración sanitaria y otras Administraciones titulares de centros hospitalarios, recogidos en la Ley General de Sanidad.

La regulación prevista en el RNFG, aunque parcial y limitada, puede evitar parte de esta dispersión, no deseable, y favorecer la implicación de las Administraciones locales en la provisión de servicios sanitarios.

11. La fundación creada por entidad pública

a. Introducción

La Constitución Española de 1978 reconoce en su artículo 34 el derecho de fundación, en los siguientes términos:

“1. Se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley.

2. Regirá también para las fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 22”.

Este artículo 22 —dedicado a reconocer el derecho de asociación—, en los apartados citados dispone:

“2. Las (...) que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.

4. (...) Sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada”.

Hasta 1994, salvo por este reconocimiento constitucional, el régimen de las fundaciones en nuestro país estaba constituido por una maraña legislativa compuesta por reglas dispersas y dispares, con una vigencia e incluso validez más que dudosas y del más variado tipo¹¹¹. En esta situación no parecía procedente que las Administraciones Públicas crearan fundaciones como una forma de gestión de servicios públicos, y menos en un ámbito tan complejo como el sanitario. El modelo

¹¹¹El panorama legal de las fundaciones estaba constituido básicamente por las siguientes disposiciones:

- Ley de 20 de junio de 1849, General de Beneficencia, una de las disposiciones españolas vigentes más antiguas. Derogada por esta Ley.
- Numerosas disposiciones del Código Civil sobre fundaciones. Vigentes.
- Decreto e Instrucción de 14 de marzo de 1899, sobre fundaciones asistenciales. Prácticamente derogada por esta Ley.
- Decreto 2930/72, sobre fundaciones culturales y docentes. Prácticamente derogada por esta Ley.
- Real Decreto de 20 de julio de 1926, de instituciones y fundaciones benéfico-docentes particulares de enseñanza agrícola, pecuaria o minera.
- Decreto 446/61, de 16 de marzo, de fundaciones laborales.
- Numerosas normas fiscales, sobre beneficios fiscales para las fundaciones.
- Los Decretos de 1923 y 1928 sobre enajenación y arrendamiento de bienes de fundaciones.

fundacional era fuente de inseguridad jurídica para quienes se relacionan contractualmente con la fundación —trabajadores, proveedores, usuarios— que posiblemente no contaban con todas las garantías de quienes se relacionan con cualquier Administración Pública mediante una relación de supremacía especial. Además, frente a otros modelos organizativos vistos, la fundación sólo ofrecía la posibilidad para la Administración fundadora de realizar una *huida*, no ya del Derecho público, sino de cualquier control jurídico, avalada por una normativa altamente dispersa, lo que sólo beneficia a la Administración fundadora, y nunca al usuario del sistema¹¹².

En esta situación, la inmensa mayoría de las fundaciones existentes habían sido creadas por entidades de carácter privado. El número de fundaciones vinculadas a entidades públicas era reducido y poseían un carácter residual. Como recuerda Santamaría (1991), en la mayoría de los casos eran puros residuos o curiosidades históricas debidas, bien a la iniciativa de la Corona (antiguos Patronatos de la Casa Real, hoy integrados en el Patrimonio Nacional) o de la Jefatura del Estado (Fundación de la Santa Cruz del Valle de los Caídos), bien a la asunción o intervención de fundaciones originariamente privadas (Fundación Lázaro Galdiano, Fundación Jiménez Díaz o Fundación Casa de Salud Valdecilla). Una importante parte de la red de hospitales y servicios sanitarios de Cataluña, han sido y son titularidad de una fundación.

A partir de los años 90 la figura de la fundación adquiere un creciente predicamento en nuestra sociedad, y se multiplica la constitución de fundaciones. Así las cosas, se crea en Galicia la Fundación Hospital de Verín, dependiente del *Servicio Galego de Saude* (SERGAS) (Bestard, 1994). Según Negreiro (1995) se utilizó la fórmula de la fundación en la atribución de personalidad jurídica por considerar que la otra alternativa que se barajaba —empresa pública— podía ser *rechazada por el*

¹¹²El texto es copia literal parcial de la Exposición de Motivos de la Ley 30/94, de 24 de noviembre, conocida como *de Fundaciones y del Mecenazgo*.

entorno, lo que no se produciría con el modelo fundacional donde, como *universitas rerum* que es, no aparece la idea de lucro. Posteriormente se constituyen en Cataluña la Fundación Sanitaria de Igualada y la Fundación Puigcerdá, y en Andalucía se crean varias fundaciones dedicadas a la canalización y gestión de ayudas a la investigación en el ámbito sanitario, como la Fundación Valme o la Fundación Hospital “Reina Sofía”-CajaSur.

En cumplimiento del mandato constitucional visto, y ante el fuerte desarrollo que en la sociedad estaba teniendo la figura de la fundación, el 24 de noviembre de 1994 se aprueba la Ley 30/1994, *de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general*, conocida comúnmente como Ley de Fundaciones y del Mecenazgo. La publicación de esta ley permite disponer de un régimen jurídico completo para las fundaciones.

Frente a la dispersión existente, la nueva ley pretende ofrecer una regulación sistemática, ordenada y precisa de las fundaciones, acorde con su trascendencia económica, jurídica y social, unificando el régimen aplicable a todas las fundaciones y estableciendo dispositivos que permitan garantizar el cumplimiento de los fines fundacionales.

La Ley 30/1994 define las fundaciones como organizaciones dotadas de personalidad jurídica y constituidas sin ánimo de lucro por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general (art. 1 de la Ley 30/1994).

Las fundaciones, según la ley, deberán perseguir fines de interés general, citando la ley, entre estos, los sanitarios. La finalidad fundacional debe beneficiar a colectividades genéricas de personas (art. 2 de la Ley 30/1994).

Respecto a la naturaleza jurídica de estas fundaciones es preciso hacer algunas consideraciones: aun cuando las formas organizativas que

integran la Administración Institucional tienen, como vimos en capítulos anteriores, su origen en la institución fundacional del Derecho civil. Las fundaciones que estudiamos aquí no integran la Administración Institucional, sino que son auténticas fundaciones, en el sentido más puramente civil del término, pero creadas por alguna entidad pública para cumplir un fin de interés general¹¹³. En palabras de Santamaría (1991), “su naturaleza y forma corresponde estrictamente a las de las fundaciones de Derecho privado. No se trata solamente, por tanto, de que posean *sustancia fundacional* (adscripción de un patrimonio a un fin concreto) nota que es también característica de los que aquí hemos llamado entes públicos de gestión, sino también *forma privada de fundación* (y no forma pública, como ocurre en los supuestos que acabamos de mencionar)”. La Ley 30/1994, mantiene esta línea al mantener, como dice su propia exposición de motivos, un concepto tradicional de fundación, y así, su regulación es “el resultado de la sedimentación de los antecedentes histórico-normativos del derecho de fundación”. Bestard (1994) mantiene una concepción distinta. Para este autor existe una diferencia fundamental entre las fundaciones creadas por entidades públicas y las creadas por personas —físicas o jurídicas— privadas: en la fundación creada por persona privada el fundador desaparece tras la constitución de la fundación; en la creada por persona pública esto no es posible: la Administración Pública permanece siempre¹¹⁴.

La determinación de la naturaleza jurídica de ésta —o cualquier otra— forma organizativa no es baladí; no es una mera elaboración teó-

¹¹³Coscolluela (1993) pone de manifiesto como GIERKE define como fundaciones a las instituciones de naturaleza privada. La Administración institucional la constituyen, sin embargo, personas jurídicas de base fundacional pero de naturaleza pública.

¹¹⁴García de Enterría (1989) tampoco se muestra partidario de crear, entre los tipos de la Administración institucional, uno nuevo que fueran la *Fundación de Derecho Público* (en el Derecho Público alemán sí existe esta figura). Para este autor parece más correcto explicar sus peculiaridades como un conjunto de normas públicas que se sobreponen al fondo privado de Derecho Común de Fundaciones, que es simplemente utilizado por la Administración. Sobre este tema puede consultarse también Piñar Mañas (1998).

rica estéril sin repercusión práctica. Por contra, la determinación de cual sea la esencia misma de una determinada forma organizativa, va a condicionar, por ejemplo, la normativa que le sea de aplicación o la jurisdicción competente para dilucidar sus conflictos. En el plano de la gestión, la aplicación de unas u otras normas modifica sensiblemente el margen de maniobra de los gestores en su trabajo, condiciona los estilos directivos o altera el *peso* relativo los diferentes actores que intervienen en la gestión.

Volviendo al hilo de nuestra exposición, después de la publicación de la Ley 30/1994, al considerarse conveniente la forma fundacional para la gestión de dispositivos asistenciales sanitarios se hacía necesario ampliar el *menú* de formas organizativas establecido en la Ley General de Sanidad basado en la tradicional gestión directa a través de formas sin personalidad diferenciada¹¹⁵. Con esta finalidad —entre otras—, se publicó el Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio, *sobre habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD* (BOE del 18 de junio de 1996)¹¹⁶. La idea fundamental del Gobierno era posibilitar la utilización de formas jurídico-privadas para la gestión sanitaria. Y entre éstas, su exposición de motivos incluye explícitamente:

“Las fundaciones, cuya posibilidad quedó establecida en el artículo 6 de la Ley 30/94, de 24 de noviembre, de Fundaciones...”¹¹⁷

¹¹⁵En el modelo tradicional, recogido por la Ley General de Sanidad, los hospitales y demás centros son órganos sin personalidad propia; son parte de la entidad gestora de la Seguridad Social, Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) -o el correspondiente Servicio Regional de Salud- que es la persona jurídica en que se integran. La expresión popular tradicional “la residencia *del seguro*” para referirse a los hospitales del SNS, aunque inexacta, refleja este modelo de organización.

¹¹⁶Dos días después de su publicación, el BOE publicaba -el día 20 de junio de 1996- una extensa corrección de errores.

¹¹⁷El artículo 6 de la Ley 30/1994, de Fundaciones, señala expresamente en su artículo 1: “Podrán constituir fundaciones las personas físicas y las personas jurídicas, sean éstas

El texto del artículo único establece que, en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, la gestión de los centros sanitarios podrá realizarse, además de directamente —por el INSALUD o por un Servicio Regional de Salud—, indirectamente mediante cualquier tipo de entidad admitida en derecho o, en tercer lugar:

“A través de la constitución de consorcios, fundaciones, u otros entes dotados de personalidad jurídica...”.

Aun cuando el real decreto-ley parecía estar considerando en alguna medida —y de forma errónea— a las fundaciones dentro de la Administración Institucional, la fundación, tal como se regula en la Ley 30/1994, tenía cabida dentro del ámbito y la redacción del Real Decreto-Ley 10/1996, pues la fundación es un “ente dotado de personalidad jurídica”.

La disposición final única del Real Decreto-Ley 10/1996 faculta al Gobierno para adoptar las medidas necesarias para la creación y regulación del régimen de las entidades que se constituyan en aplicación de lo dispuesto en el mismo. En uso de esta facultad, el 6 de febrero de 1997, se publican en el BOE los estatutos de la Fundación Hospital de Manacor y de la Fundación Hospital de Alcorcón¹¹⁸. En ambos casos ese definen como desarrollo de la Ley 30/1994. Para ambas fundaciones, su objeto es “la realización (...) de actividades de promoción, prestación y gestión directa e indirecta de recursos y servicios sanitarios, la docencia e investigación de las ciencias de la salud y la promoción de la salud indivi-

públicas o privadas”. El apartado 4 del mismo artículo establece: “Las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario”.

¹¹⁸Resolución de 21 de enero de 1997, de la Secretaría General de Asistencia Sanitaria, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de noviembre de 1996, por el que se autoriza al Instituto Nacional de la Salud a constituir determinadas fundaciones, al amparo de la disposición final única del Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio, aprobándose los correspondientes Estatutos (BOE de 6 de febrero de 1997).

dual y colectiva (...)”. Entre sus fines incluye “la prestación de servicios sanitarios”. En la práctica, la asistencia sanitaria constituye la principal de sus actividades.

En las mismas fechas se crean en la Comunidad Autónoma de Andalucía la Fundación Epes¹¹⁹ y la Fundación Progreso y Salud¹²⁰. Ambas fundaciones se regulan también por la Ley 30/1994. El objeto de ambas fundaciones coincide básicamente, y es “(...) la realización de actividades que supongan un incremento en la salud de la población y una mejora en el funcionamiento de los servicios socio-sanitarios (...)”. A pesar de la amplitud de esta definición —donde prácticamente cabe todo—, a diferencia de las fundaciones constituidas en el ámbito del INSALUD, las dos fundaciones andaluzas no contemplan expresamente entre sus fines la prestación de asistencia sanitaria. En la práctica, sus actividades principales consisten en gestionar la creación de infraestructuras sanitarias para la consejería, y sobre todo en canalizar la captación de fondos para la investigación, el desarrollo y la docencia, pues la unión de las tres empresas públicas que integran la fundación permite acceder a la adjudicación de concursos públicos internacionales de asesoramiento de gestión sanitaria, a los que anteriormente la Escuela Andaluza de Salud Pública no podía acceder por su reducido volumen.

Tras la experiencia del Hospital de Verín, la Xunta de Galicia creó, en 1998, la Fundación Pública Hospital da Barbanza de Ribeira en A Coruña, siguiendo el modelo de Verín. También adoptan la misma for-

¹¹⁹Resolución de 31 de marzo de 1997, del Instituto Andaluz de Servicios Sociales, por el que se clasifica como de Asistencia Social la Fundación Epes, instituida en Málaga y se aprueban sus Estatutos y se confirma la composición del Patronato (BOJA de 19 de abril de 1997).

¹²⁰Resolución de 31 de marzo de 1997, del Instituto Andaluz de Servicios Sociales, por el que se clasifica como de Asistencia Social la Fundación Progreso y Salud, de Sevilla, y se aprueban sus Estatutos y se confirma la composición del Patronato (BOJA de 19 de abril de 1997). La Fundación se ha constituido por las tres empresas públicas de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía: el Hospital “Costa del Sol”, la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias y la Escuela Andaluza de Salud Pública.

ma de fundación, en el ámbito de Galicia, el Centro Galego de Transfusiones y los hospitales de Cee y Villagarcía de Arosa.

Pero el Real Decreto-Ley 10/1996 admite la gestión de centros sanitarios no sólo a través de fundaciones, sino, como ya hemos señalado, “mediante cualesquiera entidades admitidas en Derecho”. Como dice Piñar Mañas (1998) el número y formas de entidades admitidas en Derecho puede ser tan variado que incluso resulta difícil sistematizarlas o clasificarlas. Por esta razón el Real Decreto-Ley 10/1996 dio lugar a un extenso debate sobre el supuesto proceso privatizador que la norma representaba de forma más o menos explícito, ante la amplitud desmesurada de posibilidades organizativas que planteaba. Ante esta situación, la ley que lo sustituyó, la Ley 15/1997, de 25 de abril, *sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud* se muestra mucho más comedida. En efecto, su artículo único comienza intercalando:

“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 (...) podrá llevarse a cabo...”

En lo que se refiere a las fundaciones, su mención desaparece del texto articulado. Sin embargo, en la exposición de motivos hay una doble mención a esta forma organizativa. Por un lado dice:

“La entrada en vigor del citado Real Decreto-Ley 10/1996 ha permitido al Instituto Nacional de la Salud (...) la constitución de fundaciones de naturaleza o titularidad pública para la gestión de nuevos hospitales.”

Más adelante, al describir la nueva regulación establecida por la ley, se afirma que:

“En esta nueva ley se establece que la gestión de los centros (...) puede llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad

pública admitidas en Derecho; entre otras formas jurídicas, la presente disposición ampara la gestión a través de entes interpuestos dotados de personalidad jurídica tales como empresas públicas, consorcios o fundaciones —en los mismos términos a las ya creadas— u otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en nuestro ordenamiento jurídico.”

El texto articulado, sin citarlas, confirma este planteamiento:

“(…) La gestión (…) podrá llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho.”

En las tres referencias que acabamos de ver, la ley pretende incluir las fundaciones en el concepto de *entidades de naturaleza o titularidad pública*. Sin embargo, las fundaciones reguladas por la Ley 30/1994 no son de naturaleza pública: como vimos antes las fundaciones tienen naturaleza privada. Pero es que tampoco son de titularidad pública: las fundaciones no tienen titular; son organizaciones dotadas de personalidad jurídica, que no pertenecen a nadie, ni siquiera al fundador, que se desvincula definitivamente de la fundación una vez creada. La conclusión de este razonamiento es grave: si las fundaciones no son entidades ni de naturaleza, ni de titularidad pública, hay que concluir que las fundaciones de la Ley 30/1994 no tienen cabida dentro del ámbito de la Ley 15/1997.

Como dice Piñar (1998) la ley equipara las fundaciones con las empresas públicas y con los consorcios, y no son modelos equiparables. Las empresas públicas, conforme a nuestro ordenamiento, pueden considerarse de titularidad pública y los consorcios pueden calificarse como de naturaleza pública. Pero las fundaciones de la Ley 30/94 no son, como hemos dicho, ni de naturaleza ni de titularidad pública.

Pero hay más; el artículo único de la ley, en el 2º párrafo del punto 1 dispone, asimismo:

“(…) Corresponderá al Gobierno (...) y a los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas determinar las formas jurídicas, órganos de dirección y control, régimen de garantías de la prestación, financiación y peculiaridades en materia de personal de las entidades que se creen para la gestión de los centros y servicios mencionados.”

Parte de estos aspectos —continúa Piñar— son propios de la carta fundacional y de los estatutos, y su regulación está en manos del fundador. Este es el caso de los órganos de dirección —es decir patronato—, los órganos de control interno o la financiación. Pero en otros aspectos, el fundador no tiene capacidad para establecer su regulación. Así, el control externo de la fundación es el que es (principalmente, el protectorado), y el régimen jurídico del personal siempre será contratado laboral o bien voluntario. Por tanto no es posible, por ejemplo, establecer mediante simple norma reglamentaria la posibilidad de que funcionarios pasen, sin perder su consideración de personal en servicio activo, a cumplir servicios en fundaciones de naturaleza privada, o sustituir el protectorado.

Como concluye el mismo autor, “si la Ley 15/1997 pretendía de alguna manera resolver los posibles excesos del Real Decreto-Ley 10/1996, lo ha hecho mal (siempre en relación con la posibilidad de gestión a través de fundaciones). Sin entrar ahora en la bondad o no de atribuir a fundaciones la gestión de los hospitales públicos, hay que decir que hoy por hoy y con el artículo único de dicha ley en la mano no es posible atribuir a fundaciones (de la Ley 30/94) la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o socio-sanitaria en el ámbito del Sistema Nacional de Salud. Hacerlo tras su entrada en vigor es teóricamente ilegal. Haberlo hecho conforme al Real Decreto-Ley 10/1996, sin embargo, no lo era. Y quiero resaltar que no estamos ante un simple error técnico (bastaría con haber dicho que la gestión podrá llevarse a cabo a través de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública o constituida por entes públicos), sino ante un error, y de bulto, concep-

tual: la ley quiere (o parece querer) considerar a las fundaciones hospitalarias como entidades públicas, cuando no lo son; o como entidades de la Administración, de la que no son. Error conceptual del que pueden derivar no pocos de los problemas que están planteando tales fundaciones (y plantearán en el futuro, posiblemente) (...).” Pido disculpas por lo extenso de la transcripción, pero las palabras del profesor Piñar resumen, en mi opinión excelentemente, el origen de los déficit jurídicos de este modelo organizacional.

A comienzos de 2000 se publica el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del INSALUD (en adelante, RDNFG) como desarrollo, entre otros preceptos del 2º párrafo del punto 1 del artículo único de la Ley 15/1997 que hemos visto. Este real decreto incluye una serie de disposiciones comunes a las nuevas formas de gestión sanitaria incluidas expresamente en su ámbito y una segunda parte con disposiciones específicas para cada una de las cuatro posibilidades organizativas citadas.

El texto de este real decreto es de aplicación a las que denomina nuevas formas de gestión y que, según su artículo 3 son las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 30/94, de 24 de noviembre, los consorcios, las sociedades estatales y las fundaciones públicas sanitarias¹²¹, aunque admite la gestión y administración de centros, servicios y establecimientos sanitarios “mediante la constitución de cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público”.

Como veremos en el desarrollo de este modelo organizativo, el contenido del RDNFG mantiene un planteamiento similar al de la Ley 15/1997, como no podía ser de otra forma, al tratarse de su desarrollo

¹²¹Las sociedades estatales se han estudiado en el epígrafe 7 de este capítulo, y los Consorcios en el epígrafe 10. Las Fundaciones Públicas Sanitarias se estudiarán en el siguiente epígrafe y no deben confundirse en ningún momento con las Fundaciones creadas al amparo de la Ley 30/1994, que ahora estudiamos.

reglamentario. Efectivamente el RDNFG sigue equiparando las fundaciones con las empresas públicas y con los consorcios, al establecer un régimen mayoritariamente común para todas ellas. Se mantiene la tendencia errónea de considerar a las fundaciones como parte de la Administración Institucional. Además, como ya veíamos anteriormente, el fundador se atribuye capacidad para establecer la regulación de determinados aspectos que, en realidad, están regulados en la ley y no pueden ser objeto de simple regulación reglamentaria.

El RDNFG define en su artículo 38 las fundaciones constituidas al amaro de la Ley 30/1994, en el ámbito del real decreto, como “organizaciones sanitarias sin ánimo de lucro constituidas por el Instituto Nacional de la Salud, 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, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria”.

b. Regulación

Ya hemos visto como la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y del Mecenazgo, define el régimen jurídico general de las fundaciones, sean éstas creadas por entidades públicas o privadas. En efecto, su artículo 1.2 establece que “las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus estatutos, y en todo caso, por la presente ley”.

Así pues, las fundaciones privadas creadas por entidades públicas se rigen, en primer lugar, por los preceptos de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general (BOE nº 282, de 25 de noviembre de 1994). Gran parte de las disposiciones que la ley dedica a las fundaciones tienen carácter de normas *básicas*, por lo que son de directa aplicación en todo el Estado. En estos casos, la normativa autonómi-

ca sólo podrá, a lo sumo —y si así lo admite el reparto de competencias de la Constitución y el respectivo estatuto de autonomía—, desarrollar y/o ejecutar la legislación básica estatal, pero nunca las disposiciones autonómicas podrán prevalecer sobre la estatal en materias de carácter básico.

En segundo lugar, estas fundaciones se regulan por el Real Decreto 316/1996 de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal (BOE nº 57, de 6 de marzo de 1996). Este real decreto es el desarrollo de la Ley 30/1994. También se regulan por el Real Decreto 384/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del registro de fundaciones de competencia estatal (BOE nº 77, de 29 de marzo de 1996).

En tercer lugar, el régimen jurídico general de estas fundaciones se completa en el ámbito del INSALUD con el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, de nuevas formas de gestión (RDNFG). Las disposiciones de este RDNFG son directamente vinculantes para los centros del INSALUD según su artículo 39. Además el contenido del RDNFG resulta de aplicación supletoria para los centros sanitarios de las Comunidades Autónomas con transferencias sanitarias que no hayan dictado normativa propia, por aplicación del artículo 149.3 de la Constitución, conforme al cual “el Derecho estatal será, en todo caso, supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas”.

Por último, cada fundación de este tipo se dota de unos estatutos que constituyen la norma reguladora básica de la fundación. En el siguiente epígrafe lo veremos con más detenimiento.

c. Creación y extinción

Como ya hemos visto, la ley admite que podrán constituir fundaciones, las personas físicas y las personas jurídicas (organizaciones),

sean estas públicas o privadas. Las personas jurídico-públicas, tendrán por tanto, capacidad para constituir fundaciones “salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario”, dice la Ley 30/1994 (art. 6.1 y 6.4).

El rango de la norma por la que se crea la fundación depende de la naturaleza del órgano que la crea. Así, una fundación puede crearse tanto mediante ley, como mediante real decreto (o decreto, si es en el ámbito de un gobierno autonómico), como mediante orden (de un ministerio o una consejería). En este sentido, el RDNFG dispone en el artículo 40:

“El Instituto Nacional de la Salud, en el ámbito de las competencias que tiene atribuidas para la administración y gestión de centros y servicios sanitarios, podrá constituir fundaciones sometidas al presente real decreto, mediante autorización acordada por el Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Sanidad y Consumo.

El Acuerdo del Consejo de Ministros que autorice al Instituto Nacional de la Salud para la creación de la Fundación, aprobará inicialmente sus Estatutos y se publicará en el Boletín Oficial del Estado, sin perjuicio de posteriores modificaciones que se adaptarán a lo dispuesto en la Ley 30/1994...”

La escritura de constitución de una fundación deberá contener, al menos, los siguientes extremos (art. 8 Ley 30/1994):

- (1) La identidad de los fundadores.
- (2) Expresión de la voluntad de los fundadores de crear la fundación.
- (3) Descripción de la dotación, su valoración económica y la forma y realidad de su aportación.
- (4) Los estatutos de la fundación.

- (5) Identificación de las personas que integrarán sus órganos de gobierno, así como su aceptación si se efectúa en el momento fundacional.

Los estatutos constituyen la norma reguladora básica de una fundación concreta. Resumidamente, la Ley 30/1994 establece que su contenido mínimo incluye (art. 9):

- (1) La denominación de la fundación.
- (2) La enumeración de sus fines.
- (3) El domicilio de la fundación.
- (4) El ámbito territorial en el que desarrollará sus actividades.
- (5) Las reglas básicas para la aplicación de los recursos al cumplimiento de los fines fundacionales y para la determinación de los beneficiarios.
- (6) El órgano de gobierno y representación, su composición y funcionamiento.

El RDNFG incluye en su artículo 41, además del contenido mínimo visto, el siguiente:

- (1) Duración.
- (2) Régimen normativo.
- (3) Personalidad jurídica.
- (4) Beneficiarios.
- (5) Protectorado.
- (6) Régimen patrimonial, financiero, presupuestario y contable, en los términos establecidos en la legislación vigente.
- (7) Régimen de personal.
- (8) Régimen de contratación.

- (9) Régimen de modificación, fusión y extinción.
- (10) Las garantías, procedimientos de planificación, coordinación y de control de gestión y de funcionamiento por el Instituto Nacional de la Salud en los términos contemplados en el capítulo II del real decreto.
- (11) Conforme al artículo 40.3 del RDNFG los estatutos iniciales determinarán los aspectos esenciales para cuya modificación será necesaria la autorización del Consejo de Ministros.

La fundación tendrá personalidad jurídica (existirá como persona para el mundo del Derecho) desde la inscripción de la escritura pública de constitución en el Registro de Fundaciones. Sólo las entidades inscritas en este registro podrán utilizar la denominación de fundación (art. 3 y 11 de la Ley 30/1994)¹²².

El Registro de Fundaciones se crea al amparo del artículo 36 de la Ley 30/1994. Su reglamento de funcionamiento se aprobó en el Real Decreto 384/196 de 1 de marzo. El Registro de Fundaciones tiene por objeto la inscripción de las fundaciones y de los actos más relevantes en la vida de éstas (la propia ley y su reglamento definen que actos son estos). Los actos sujetos a inscripción y no inscritos no perjudicarán a terceros de buena fe. El Registro tiene carácter público (art. 36 y 37 de la Ley 30/1994).

El patronato —órgano de gobierno y representación de la fundación— podrá acordar la modificación de los estatutos siempre que resulte conveniente en interés de la misma. Igualmente podrá proponer la fusión de la fundación con otra u otras fundaciones. Como en cualquier actuación de una fundación, los procesos de modificación estatutaria y de fusión están controlados por el protectorado (art. 27 y 28 de la Ley 30/1994 y art. 16 y 17 del Reglamento).

¹²²Véanse, por ejemplo, el art. 4.2 de los estatutos de la Fundación “Hospital Manacor” y el art. 42 de los estatutos “Hospital Alcorcón”.

La fundación se extingue en los siguientes supuestos (art. 29 y 30 de la Ley 30/1994 y 18 del Reglamento):

- (1) Cuando expire el plazo por el que fue constituida, automáticamente y de pleno Derecho.
- (2) Cuando se hubiese realizado íntegramente el fin fundacional, previo acuerdo del patronato ratificado por el protectorado.
- (3) Cuando sea imposible la realización del fin fundacional, previo acuerdo del patronato ratificado por el protectorado.
- (4) Por fusión con otras fundaciones.
- (5) Por cualquier otra causa prevista en la escritura de constitución o en los estatutos, previo acuerdo del patronato ratificado por el protectorado.
- (6) Por cualquier causa establecida en las leyes, previa resolución judicial motivada.

La extinción de la fundación —salvo en el supuesto de fusión— determina la apertura del procedimiento de liquidación (art. 31 de la Ley 30/1994 y art. 19 del Reglamento). La liquidación se realizará por el órgano de gobierno de la fundación bajo control del protectorado. Los bienes y derechos resultantes de la liquidación seguirán el curso marcado por los estatutos: la ley admite que se destinen a entidades públicas de naturaleza no fundacional que persigan fines de interés general, o que se destinen a las fundaciones o a las entidades no lucrativas privadas que persigan fines de interés general y hayan sido designadas en los estatutos. Si los estatutos no prevén nada, corresponderá al protectorado decidir sobre el destino de los bienes¹²³.

Obsérvese que, a diferencia de lo que hemos visto con anterioridad que normalmente ocurre en la liquidación de entes que integran la Ad-

¹²³Sobre al extinción y liquidación de la fundación, véase el artículo 21 de los Estatutos de las Fundaciones “Hospital Manacor” y “Hospital Alcorcón”.

ministración Institucional (organismos autónomos de cualquier tipo, entidades públicas empresariales, entes de Derecho público, etc.), los bienes remanentes de la fundación liquidada no revierten en el fundador. Esta es una clara manifestación de la diferente naturaleza jurídica que existe entre las formas organizativas que integran la Administración Institucional y las fundaciones de la Ley 30/1994. En las primeras prima el principio de tutela administrativa, que mantiene un nexo de unión entre el organismo autónomo, ente público empresarial, etc. y la Administración matriz. En las segundas ese nexo de unión no existe: el fundador crea la fundación y se separa —no voluntariamente, sino por imperativo de la ley— de ella; el fundador no puede decidir sobre el desarrollo de la fundación —el control externo corresponde básicamente al protectorado— y ni siquiera a la extinción de la fundación, los bienes revierten al fundador.

El Reglamento de fundaciones (art. 20) prevé también la posibilidad de una intervención temporal de la fundación en aquellos casos en que el protectorado advierta una grave irregularidad en la gestión económica que ponga en peligro la subsistencia de la fundación o una desviación grave entre los fines fundacionales y la actividad realizada. En estos casos el protectorado solicita de la autoridad judicial que autorice la intervención temporal de la fundación. Ésta durará el tiempo que decida la autoridad judicial y durante la misma el protectorado asumirá todas las atribuciones que las leyes y los estatutos de la fundación otorgan al patronato.

d. Organización

Conforme a lo dispuesto en el punto 2 de la disposición adicional primera del RDNFG, a los hospitales que se acojan a este modelo organizativo no les será de aplicación lo previsto en el Real Decreto 521/1987, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre

estructura, organización y funcionamiento de los hospitales gestionados por el INSALUD, a excepción de los artículos 2, 5, 28, 30 y 31, que les serán de aplicación.

- (1) Órganos de gobierno. Conforme al artículo 12 de la Ley 30/1994, en toda fundación deberá existir, con la denominación de patronato, un órgano de gobierno y representación, al que corresponde cumplir los fines fundacionales y administrar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación manteniendo plenamente el rendimiento y utilidad de los mismos¹²⁴. Como concreción de este último extremo, el RDNFG, dentro de los preceptos comunes a las nuevas formas de gestión, atribuye en su artículo 23 al órgano de gobierno la funciones de establecer las directrices de carácter general y la planificación estratégica del centro sanitario, aprobar y modificar las normas internas de funcionamiento y la estructura de los órganos de dirección, y velar por el correcto funcionamiento de los órganos de participación contemplados en el RDNFG.
- (2) Órganos de dirección. Entre las disposiciones específicas de las fundaciones, el artículo 42.1 del RDNFG dispone que el máximo órgano de gobierno de la fundación es el patronato, que ostentará la representación de la misma y ejercerá las facultades necesarias para la realización de los fines fundacionales.

La Ley 30/1994 establece que el patronato estará constituido por un mínimo de tres patronos, entre los que se designará un presidente. Podrán ser patronos tanto personas físicas como jurídicas¹²⁵. Desempeñarán su cargo gratuitamente, sin que en

¹²⁴El artículo 11 de los estatutos de las Fundaciones “Hospital Manacor” y “Hospital Alcorcón” definen las funciones del Patronato de estas fundaciones.

¹²⁵Los Estatutos de las Fundaciones “Hospital Manacor” y “Hospital Alcorcón” establecen (art. 10 de ambos estatutos) una composición muy similar del Patronato:

— Presidente: El Presidente ejecutivo del INSALUD o quien lo sustituya.

ningún caso puedan percibir retribución por el desempeño de su función. Responderán frente a la fundación de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la ley o a los estatutos o a los realizados negligentemente. El nombramiento, cese y sustitución de los patronos se realizará en la forma determinada por los estatutos. La ley establece unas causas tasadas de cese de los patronos (resumidamente son: muerte, inhabilitación, cese en el cargo por razón del cual fue nombrado patrono, resolución judicial, por transcurso del período para el que fue designado, por renuncia, y por las causas estableci-

-
- Vicepresidente: un miembro del Patronato elegido entre los vocales.
 - Vocales con voz y voto: hasta un máximo de seis (ocho en el caso de Alcorcón), nombradas y separadas libremente por el presidente ejecutivo del INSALUD.
 - Vocales con voz y sin voto: hasta un máximo de tres nombrados por el Presidente ejecutivo del INSALUD.
 - Secretario, con voz y sin voto, designado por el Patronato entre personal del Hospital o del INSALUD.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía el Patronato de la “Fundación EPES” está integrado por (art. 19 de sus Estatutos):

- El Director General de Aseguramiento, Financiación y Planificación de la Consejería de Salud.
- El Director Gerente de la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias (EPES).
- Los Directores de Proyectos, Recursos, y Relaciones Institucionales de la EPES.

Por su parte, el Patronato de la “Fundación Progreso y Salud” está integrado por (art. 19 de sus Estatutos):

- El Viceconsejero de Salud de la Junta de Andalucía.
- El Director General de Aseguramiento, Financiación y Planificación de la Consejería de Salud.
- El Director Gerente de la Empresa Pública Hospital Costa del Sol.
- El Consejero Delegado de la Escuela Andaluza de Salud Pública.
- El Director Gerente de la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias (EPES).
- Hasta 10 miembros más, propuestos, designados y sustituidos por el Patronato, que actuarán en nombre y representación de administraciones, organismos y entidades públicas.

das en los estatutos de la fundación) (art. 12 a 16 de la Ley 30/1994). También estatutariamente se determinarán las atribuciones de los patronos y la forma de deliberar y adoptar acuerdos en el seno de la fundación.

(3) Órganos de participación. El RDNFG prevé en su artículo 42.2 que los miembros del patronato sean designados y cesados por la Presidencia Ejecutiva del Instituto Nacional de la Salud. Así mismo prevé la siguiente composición del patronato:

- Un presidente.
- Los vocales, en un número mínimo de seis y máximo de ocho (la Ley 30/1994 sólo exigía un mínimo de tres), de entre los cuales lo serán:
 - Uno a propuesta de la consejería de la Comunidad Autónoma en la que esté ubicada la fundación, que tenga atribuidas las competencias en materia de sanidad.
 - Uno a propuesta del ayuntamiento del municipio que tenga mayor población adscrita a la fundación.
 - Uno a propuesta de la Universidad en el caso de tratarse de hospital universitario.
- Un secretario, que actuará con voz y sin voto (la Ley 30/1994 le da un carácter potestativo).

El artículo 23.4 del RDNFG establece que el directivo médico máximo responsable de la actividad asistencial formará parte del órgano de gobierno con voz y voto. Como ya hemos indicado en otro momento, ésta es una de las últimas incorporaciones que se hicieron al borrador del RDNFG antes de su aprobación definitiva.

La relación taxativa de causas de cese de los patronos contenida en la Ley 30/1994, contrasta con la amplitud de la regulación prevista en el RDNFG (“serán designados y cesados por el Presidente Ejecutivo del Instituto Nacional de la Salud”),

que se asemeja más a la *relación de instrumentalidad* que une a los entes que integran la Administración institucional con su Administración matriz (la Administración matriz nombre a los titulares de los organismos autónomos o de los entes de Derecho público¹²⁶, por ejemplo) que a la inexistente intervención del fundador durante la vida de la fundación que caracteriza a esta modalidad organizativa. En la fundación la voluntad del fundador se expresa únicamente a través de los estatutos de la fundación. La regulación de la fundación contenida en el RDNFG parece que va mas allá.

- (2) Órganos de dirección. Junto al órgano de gobierno, el RDNFG dispone en los artículos 24 y 25, dentro de las disposiciones comunes a las nuevas formas de gestión, que la dirección gerencia constituye en cada centro sanitario el órgano de dirección superior¹²⁷. Continúa atribuyendo al órgano de gobierno —el patronato en el caso de las fundaciones de la Ley 30/1994— la aprobación de la estructura directiva de cada centro, que deberá adaptarse a las características del mismo debiendo posibilitar, en relación con el área asistencial, dar una respuesta integrada y coordinada al paciente como protagonista y eje de un modelo asistencial orientado a la satisfacción de sus necesidades.

El RDNFG considera directivos a los responsables de las unidades orgánicas —que incluirán siempre a los responsables de los ámbitos clínico y de cuidados— y prevé la existencia de una comisión de dirección en cada centro sanitario. Todos los directivos responderán ante el patronato y ante la Administración Sanitaria, con independencia de cualesquiera otras responsabilidades a que hubiera lugar. La designación y cese del

¹²⁶Véanse los apartados 2.d., 4.d., 5.d. y 6.d. de este capítulo.

¹²⁷Véanse los artículos 15 y 16 de los estatutos de las Fundaciones “Hospital Manacor” y “Hospital Alcorcón”.

director gerente del centro corresponde libremente al patronato. La del resto de los directivos corresponde asimismo al patronato, a propuesta del director gerente. La selección se realizará en base a perfiles genéricos aprobados previamente. Se establecerán programas de formación y actualización de directivos. Al personal directivo le serán de aplicación las normas sobre incompatibilidad en el sector público, así como las de abstención y recusación previstas en la LRJPC (Ley 30/1992).

- (3) Órganos de participación. El RDNFG prevé también, con régimen común para todos los nuevos modelos de gestión, la existencia de órganos de participación en cada centro sanitario, que deberán definirse en los correspondientes estatutos. La participación externa se realiza a través de la comisión de participación y garantías de los ciudadanos que es el órgano colegiado de participación en la evaluación de la asistencia sanitaria y en el asesoramiento al órgano de gobierno (patronato) del centro sanitario. La participación interna de los profesionales se establecerá a través de la junta asistencial, órgano colegiado de asesoramiento y consulta de los órganos de dirección. Dependiendo de la junta asistencial se constituirán en los centros, con carácter permanente, la comisión clínica y la comisión de cuidados, amén de otras comisiones, de carácter permanente o temporal, que prevean los estatutos. En lo no previsto en su articulado, el RDNFG se remite a las disposiciones de la Ley 30/92 (LRJPC). Para un análisis más detallado de estos órganos de participación, nos remitimos a lo expuesto en el epígrafe 4 (“Organización”) del apartado 7 (“La sociedad mercantil de titularidad mayoritariamente pública”), de este mismo capítulo 4, pues lo allí dicho es plenamente aplicable a esta forma de organización sanitaria.
- (4) El protectorado. Para velar por el recto ejercicio del derecho de fundación y asegurar la legalidad de su constitución y fun-

cionamiento, la Ley 30/1994 establece, el protectorado, que no es un órgano de la fundación sino externo a ésta y que será ejercido, para todas las fundaciones, por la Administración Pública (Administración General del Estado o Comunidad Autónoma con competencias en la materia). El protectorado asesora jurídica y económicamente a todas las fundaciones; vela por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales de cada una; verifica si los recursos económicos de la fundación han sido aplicados a los fines fundacionales; interviene temporalmente la fundación, asumiendo las competencias y funciones del patronato, en las condiciones que ya hemos comentado (art. 32 de la Ley 30/1994 y art. 21 y 22 de su Reglamento)¹²⁸.

El RDNFG no hace mención alguna al protectorado. Por contra, el artículo 13, entre las disposiciones comunes a las nuevas formas de gestión, prevé que el control de gestión y funcionamiento de estas entidades se ejercerá por el Instituto Nacional de la Salud, teniendo por finalidad comprobar el grado de cumplimiento de los objetivos, la adecuada utilización de los recursos asignados. y el nivel de calidad de las prestaciones. Atribuye también expresamente facultades de control a la Inspección Sanitaria, a la Intervención General de la Seguridad Social y al Tribunal de Cuentas, además de a auditorías de carácter externo. De esta redacción podría entenderse que el RDNFG parece querer sustituir el protectorado por el control directo externo ejercido principalmente por el INSALUD, lo que es incierto dado que, por definición, el control externo de las fundaciones creadas al amparo de la Ley 30/1994 corresponde al protectorado, según lo dispone la misma Ley 30/1994.

Este doble control paralelo sobre los mismos aspectos de la misma organización, realizado por entidades de naturaleza

¹²⁸El artículo 8 de los estatutos de las fundaciones “Hospital Manacor” y “Hospital Alcorcón” atribuye al Ministerio de Sanidad y Consumo las funciones del Protectorado que las asumirá “en el momento en que así lo determine el Consejo de Ministros”.

distinta podría dificultar sensiblemente la gestión estratégica de la fundación. Por otro lado, la atribución al INSALUD de las funciones de control de la gestión y del funcionamiento de estas fundaciones, es una manifestación más de la concepción errónea que realiza la Ley 15/1997 y el RNFG que lo desarrolla, entendiendo que las fundaciones de la Ley 30/1994 son parte de la Administración Institucional y están unidas a la Administración matriz por relación de instrumentalidad, error suficientemente expuesto con anterioridad y sobre el que no vamos a incidir ahora.

- (5) El Consejo Superior de Fundaciones. La legislación contempla, por último (art. 38 de la Ley 30/1994 y 23 a 27 del Reglamento), la existencia de un Consejo Superior de Fundaciones como órgano colegiado de carácter consultivo integrado por representantes de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las fundaciones. Sus funciones principales son el asesoramiento, informe y dictamen sobre fundaciones, la formulación de propuestas sobre esta materia, y la planificación de la promoción y fomento de las fundaciones.

e. Gestión de recursos

La Ley 30/94 no establece un régimen general determinado de gestión de los recursos de las fundaciones. Sin embargo, el RDNFG sí prevé regulación al respecto.

- (1) Gestión de recursos humanos¹²⁹. En el ámbito de nuestro estudio, dado que la provisión de servicios sanitarios no supone el

¹²⁹Véase el artículo 20 de los Estatutos de las Fundaciones “Hospital Manacor” y “Hospital Alcorcón”.

ejercicio de potestades públicas, y las fundaciones no tienen carácter de *entidades públicas* de la referidas en el artículo 2.2 de la LRJPC, hemos de entender que la gestión de sus recursos humanos se realizará en régimen laboral.

Entre las disposiciones específicas de las fundaciones creadas al amparo de la Ley 30/1994, el artículo 44 del RDNFG establece que la relación jurídica del personal al servicio de las fundaciones será de carácter laboral y en consecuencia le será de aplicación lo dispuesto en el estatuto de los trabajadores¹³⁰ y demás disposiciones de desarrollo.

Conforme al artículo 19 del RDNFG, al personal estatutario fijo del Sistema Nacional de Salud que se incorpore a las plantillas de personal de una de estas fundaciones, y no pueda conservar su régimen estatutario, le será de aplicación lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, pasando en relación con su plaza estatutaria de origen a la situación de excedencia voluntaria por incompatibilidad¹³¹. Durante un período máximo de tres años, desde la declaración de la excedencia voluntaria por incompatibilidad, podrá volver a ocupar su puesto de origen. El personal que, una vez transcurrido el referido plazo de tres años, deje de prestar servicios en dichas entidades, podrá reincorporarse con carácter provisional a una plaza de su categoría en la misma área de salud y en la correspondiente modalidad (atención primaria o atención especializada) en la que fue concedida la excedencia. En el supuesto de que no existan vacantes en dicha área

¹³⁰El Real Decreto legislativo 1/1995 de 24 de marzo (BOE del 29 de marzo de 1995) aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

¹³¹La situación administrativa de excedencia voluntaria por incompatibilidad se regula en el artículo 10 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Esta disposición tiene carácter básico y, en consecuencia, es de directa aplicación en todo el Estado.

en su correspondiente modalidad, el interesado podrá solicitar el reingreso en cualquier otra. A estos efectos, tendrán la consideración de vacantes, las plazas básicas de la categoría desempeñadas por personal temporal¹³².

Al personal de estas fundaciones le será de aplicación el régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, según dispone el artículo 20 del RDNFG, que otorga a estas fundaciones la misma consideración a efectos de incompatibilidades que aquellos centros, servicios y establecimientos sanitarios a los que se refiere el artículo 2 del Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, sobre Incompatibilidades del Personal al servicio de la Administración del Estado, de la Seguridad Social y de los entes, organismos y empresas dependientes.

El artículo 21 del RDNFG establece que la selección de personal de estas fundaciones se efectúe mediante convocatoria pública ajustada a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y siguiendo los criterios generales que emanen del Instituto nacional de la Salud para garantizar una actuación coordinada, acomodándose en todo caso la selección a lo dispuesto en la Ley 30/1999, de 5 de octubre, de Selección y Provisión de Plazas de Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

El artículo 22 dispone como órganos de representación del personal los delegados de personal y el comité de empresa, al ser el personal de las fundaciones personal en régimen laboral, según hemos visto. Los órganos de representación se re-

¹³²El anteproyecto de Real Decreto de Nuevas Formas de Gestión remite en este punto al artículo 116 de la Ley 13/1996 de 30 de diciembre (BOE del 31 de diciembre de 1996), de medidas fiscales, administrativas y de orden social, que establece el régimen que aquí hemos reproducido.

gulan, por tanto, en este caso, por las disposiciones del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que aprueba el estatuto de los trabajadores.

- (2) Gestión de recursos materiales. Distinguimos el régimen aplicable a sus bienes y el régimen de contratación de recursos.

(a) Patrimonio¹³³

Las fundaciones tendrán patrimonio propio, que podrá estar constituido por toda clase de bienes y derechos susceptibles de valoración económica (art. 17 de la Ley 30/1994).

Como vimos al analizar la creación de la fundación, el primer patrimonio de la misma viene dado por la dotación, que podrá ser en bienes y derechos de cualquier clase y habrá de ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales. La dotación podrá incrementarse con aportaciones del fundador o del patronato (art. 10 de la Ley 30/1994 y art. 3 del Reglamento).

El patrimonio será gestionado por el patronato en la forma establecida en los estatutos. Los actos relevantes de enajenación y gravamen sobre el patrimonio de la fundación exigirán consentimiento del protectorado e inscripción en el Registro de Fundaciones.

La aceptación de herencias por las fundaciones se entenderá hecha siempre a beneficio de inventario. Los legados y donaciones a la fundación no podrán incorporar cargas que supongan la desnaturalización del fin fundacional (art. 17 a 20 de la Ley 30/1994 y art. 4 a 11 del Reglamento).

El artículo 16 del RDNFG entre las disposiciones comunes a las nuevas formas de gestión prevé que estas fundaciones dispondrán de patrimonio propio y podrán tener

¹³³Véase el artículo 17 de los Estatutos de las Fundaciones "Hospital Manacor" y "Hospital Alcorcón".

bienes cedidos por la Administración General del Estado o por entidades territoriales, o adscritos por la Tesorería General de la Seguridad Social.

En cuanto al patrimonio propio, el RDNFG contempla que podrán adquirir, poseer o arrendar, a título oneroso o gratuito, bienes o derechos de cualquier clase que quedarán afectos al cumplimiento de sus fines.

Las adquisiciones, enajenaciones y gravámenes de bienes inmuebles propios requerirán informe favorable de la presidencia ejecutiva del INSALUD y acuerdo del patronato de la fundación. Obsérvese que nuevamente aquí parece querer sustituirse (o cuanto menos duplicarse) al protectorado en beneficio del INSALUD. Esta posibilidad de enajenar bienes inmuebles adquiridos por la fundación es una de las novedades más llamativas de la regulación contenida en el RDNFG.

Los bienes inmuebles del patrimonio de la Seguridad Social que le sean adscritos, serán objeto de administración ordinaria, a cuyos efectos se les atribuyen los mismos derechos y obligaciones que a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social. A diferencia de los anteriores, estos bienes no podrán ser enajenados por las fundaciones.

Se ha suscitado la duda sobre si es posible embargar los bienes de estas fundaciones privadas. Recientemente el Tribunal Supremo ha reconocido el carácter de inembargables de los bienes de las fundaciones privadas de beneficencia por así establecerlo —sólo para las de beneficencia— una antigua disposición aún vigente¹³⁴.

¹³⁴El artículo 10 del Real Decreto de 14 de marzo de 1899, sobre reorganización de servicios de la beneficencia particular e Instrucción para el ejercicio del Protectorado del Gobierno, establece que “los bienes y rentas de las Instituciones de la Beneficencia, no podrán ser objeto de procedimientos de apremio”. Conforme a la Disposición derogatoria única de la Ley 30/1994, este Real Decreto está derogado en todo aquello que se oponga a lo previsto en dicha Ley.

Sin embargo, la misma sentencia declaraba que esta inembargabilidad no era aplicable a una fundación de beneficencia titular de un hospital (en el caso de la sentencia, el Hospital de la Santa Cruz y San Pablo, de Barcelona) cuando la inmensa mayoría de sus usuarios proceden de un concierto con entidades gestoras de la Seguridad Social (el Instituto Catalán de la Salud) o son clientes privados que pagan factura por la asistencia recibida, y sólo una ínfima parte de la asistencia se presta de forma gratuita a personas carentes de recursos. El Tribunal entiende que, dado que la mayor parte de su actividad coincide con la desarrollada por otras empresas del sector con ánimo de lucro, sus bienes deben ser embargables como las de éstas.

En cuanto a las fundaciones creadas por las Administraciones Públicas en el ámbito de la Ley 30/1994 (por ejemplo, los hospitales de Manacor o Alcorcón), no hay pronunciamiento judicial, ni previsión legal específica al respecto. Un amplio sector de la doctrina entiende que sus bienes gozan del carácter de inembargables, como los bienes de las Administraciones Públicas, por ser estas fundaciones entes instrumentales de la Administración y gozar del régimen patrimonial de esta. En nuestra opinión, como ha quedado suficientemente explicado antes, estas fundaciones *no son* Administración Pública, ni son *de la* Administración Pública. Son organizaciones con personalidad jurídica *creadas por* la Administración. Por tanto, en un primer análisis, sus bienes no gozan del carácter de inembargabilidad de que gozan los bienes de la Administración Pública.

Pero habría que concretar más aun. Según acabamos de ver, estas fundaciones podrán tener bienes de procedencia distinta: por un lado, bienes propios, y por otro, bienes de

la Administración General del Estado, o de la TGSS, que le son cedidos para su administración ordinaria. En nuestra opinión, el carácter de embargable de los bienes es diferente en un caso y en otro. Los bienes adscritos, si gozaban del carácter de inembargables, mantendrán este carácter, pues mantienen la titularidad. Los bienes propios de las fundaciones no gozan de este carácter, pues tienen el mismo tratamiento legal que los bienes de cualquier otra fundación de la Ley 30/1994 creada, por ejemplo, por un particular o una empresa privada. Mantener lo contrario es querer decir que estas fundaciones son dos cosas incompatibles a la vez: fundaciones de la Ley 30/1994 y, simultáneamente, entes integrados en la Administración Institucional (como lo son, por ejemplo, los OOAA o las EEPPEE), buscando los beneficios que cada modelo organizativo ofrece a sus creadores o gestores y eludiendo aquellos aspectos que no convienen.

Un apunte más: conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil¹³⁵, sólo por ley se pueden establecer excepciones al principio general de embargo y la Ley 30/1994 no estableció esta excepción, por lo que no hay razón para excepcionar la embargabilidad a los bienes propios de las fundaciones que tratamos por el sólo hecho de que tales fundaciones fueron creadas por una Administración Pública.

¹³⁵Actualmente, Real Decreto de 3 de febrero de 1881 (recientemente se ha sustituido por la Ley 1/2000, de 7 de enero –BOE del 8 de enero– que entrará en vigor al año de su publicación, momento en que quedará derogado el viejo Real Decreto de 1881. Para que se entienda, aclararemos que la Ley de Enjuiciamiento Civil es la ley que regula cómo son los juicios sobre asuntos civiles y mercantiles, del mismo modo que la Ley de Enjuiciamiento Criminal regula los juicios relacionados con los delitos, o la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa regula cómo son los juicios en que interviene la Administración con carácter de tal Administración, o la Ley de Procedimiento Laboral regula los juicios en el ámbito de las relaciones laborales.

(2) Contratación

Respecto a la contratación de obras, bienes y servicios¹³⁶ la Ley 30/1994 sólo incluye un precepto sobre el régimen de la contratación en las fundaciones, aunque referido a un aspecto parcial del mismo: el artículo 26 de la ley (desarrollado en el art. 15 del Reglamento) admite que los patronos puedan contratar con la fundación, en nombre propio o de un tercero, previa autorización del protectorado; es la llamada autocontratación.

Sin más regulación al respecto entendemos que, al escapar las fundaciones públicas del ámbito del artículo 1 de la LCAAPP (que tiene carácter básico), no están sometidas al régimen de contratación administrativa. Por lo tanto se someten a las normas del Derecho privado —civil o mercantil¹³⁷—. En las fases previas de preparación y adjudicación de los contratos tampoco les es aplicable la normativa de contratación de las Administraciones Públicas; sólo a los contratos de obras y servicios relacionados con esas obras que superen una cifra elevada (681 y 27 millones de pesetas, respectivamente).

¹³⁶Véase el artículo 18.4 de los Estatutos de las Fundaciones “Hospital Manacor” y “Hospital Alcorcón”.

¹³⁷No hay unanimidad en la doctrina sobre la posible aplicación del derecho mercantil a la contratación de bienes y servicios realizada por fundaciones creadas al amparo de la Ley 30/1994. Su carácter de organizaciones sin ánimo de lucro parece excluirlas del concepto mercantil de comerciante. Sin embargo, gran parte de las fundaciones de este tipo realiza negocios jurídicos que podrían ser calificados como verdaderos actos de comercio (por ejemplo, compran materias primas, las transforman y las devuelven, elaboradas, al tráfico comercial para su venta en el mercado; o bien, prestan un servicio de naturaleza idéntica al prestado por empresas mercantiles y en competencia con estas). Sin embargo el carácter meramente instrumental de estos actos, encaminados no a la obtención de un lucro para los titulares de la organización, sino a permitir la subsistencia de la fundación y la consecución de los fines fundacionales, separa la naturaleza de estos actos del concepto de acto de comercio. En todo caso, el artículo 23.6 de la Ley 30/1994 y el art. 12.7 de su Reglamento disponen que “la contabilidad de las fundaciones se ajustará a lo dispuesto en el Código de Comercio cuando realicen directamente actividades mercantiles o industriales”.

El artículo 43 del RDNFG, entre las disposiciones específicas de este tipo de fundaciones dispone una regulación ligeramente diferente de la comentada; en primer lugar, dispone que ajustarán su actividad contractual a la legislación civil y mercantil. A continuación dispone que las fundaciones estarán sujetas a los principios de publicidad y concurrencia, salvo en aquellos casos no exigidos en la legislación sobre contratos de las Administraciones Públicas. Dichos principios se materializarán en la obligación de publicar un anuncio, al menos, en un periódico de ámbito estatal y en otro local, y en la concesión de un plazo mínimo de diez días para la presentación de ofertas, a contar desde la fecha del anuncio.

- (3) Gestión de recursos financieros¹³⁸. Se someten en este punto a las normas del Derecho privado.

El patronato elaborará y remitirá al protectorado en los últimos tres meses de cada ejercicio el presupuesto correspondiente al año siguiente acompañado de una memoria explicativa. Al final de cada ejercicio, el patronato de la fundación confeccionará el inventario, el balance de situación y la cuenta de resultados en los que consten, de modo cierto, la situación económica, financiera y patrimonial de la fundación y elaborará una memoria expresiva amplia de las actividades fundacionales y de la gestión económica. Paralelamente practicará la liquidación del presupuesto del año anterior. Toda esta documentación se presenta al protectorado para su aprobación. Una vez aprobada se depositará en el Registro de Fundaciones para su inscripción. Las fundaciones que superen un determinado volumen de patrimonio, ingresos anuales o número de empleados se someterán a auditorías externas periódicas, cuyo resultado se presentará también al protectorado (art. 23 de la Ley 30/1994 y art. 12 y 13 del Reglamento).

¹³⁸Véanse los artículos 18 y 19 de los Estatutos de las Fundaciones “Hospital Manacor” y “Hospital Alcorcón”.

La ley admite que las fundaciones obtengan ingresos por sus actividades, siempre que no implique una limitación injustificada del ámbito de sus posibles beneficios. El 70% de los ingresos o rentas obtenidas, una vez deducidos los impuestos, habrá de destinarse a la realización de los fines fundacionales. Los gastos de administración (los ocasionados por los patronos por la administración de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación) no podrán exceder del 10% de los ingresos o rentas netos. (excepcionalmente puede elevarse hasta el 20%). El resto de los ingresos netos se destina a incrementar la dotación fundacional (art. 24 y 25 de la Ley 30/1994 y art. 14 de su Reglamento).

En el ámbito de la gestión presupuestaria, el artículo 15, dos de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1998, establece que las fundaciones de naturaleza o titularidad pública¹³⁹ no podrán realizar modificaciones en su presupuesto que supongan transferencias de crédito de capítulos presupuestarios relativos a operaciones de capital a capítulos presupuestarios relativos a operaciones corrientes. Asimismo, dentro de las operaciones corrientes no se podrán realizar aquellas que supongan movimiento entre el capítulo I y el resto de ellos, tanto si suponen aumento como decremento de crédito para dicho capítulo.

El artículo 45 del RDNFG entre las disposiciones específicas de esta forma organizativa dispone que el régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y control financiero de estas entidades será el establecido en la Ley General Presupuestaria y, en su defecto, en la propia normativa de aplicación.

¹³⁹Reiteramos aquí el comentario hecho en el apartado 11.1 de este capítulo sobre la expresión “fundaciones de naturaleza o titularidad pública” contenida en este precepto y en la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud”, comentada anteriormente.

Entre las disposiciones comunes a todas las nuevas formas de gestión el artículo 14 del RDNFG recoge las posibles procedencias de los recursos de estas entidades que incluyen aportaciones del INSALUD, aportaciones de cualesquiera personas jurídicas o entidades de naturaleza o titularidad pública que participen o se integren en las nuevas formas de gestión, ingresos de terceros obligados al pago por prestación de servicios sanitarios, otros ingresos, bienes y valores que constituyen su patrimonio, rentas de estos, donaciones y legados y cualesquiera otros admitidos por la ley.

En cuanto a las formas de control de su gestión económica, el artículo 15 del RDNFG dispone el control financiero permanente establecido en el artículo 17 de la LGP. Estas fundaciones pondrán sus cuentas a disposición de la Intervención General de la Seguridad Social a los efectos de su posterior rendición al Tribunal de Cuentas, por los conductos legalmente establecidos, e integración en la cuenta del sistema de la Seguridad Social. El Ministerio de Economía podrá dictar las instrucciones necesarias para la ejecución y desarrollo de estos extremos.

También entre estas disposiciones comunes el artículo 17 prevé que las fundaciones remitirán al INSALUD la documentación económico-financiera requerida por ésta para INSALUD y Ministerio de Economía y Hacienda puedan realizar el seguimiento económico de las mismas. El INSALUD arbitrará los mecanismos que sean precisos en orden a garantizar el normal funcionamiento económico de tales entidades.

En la gestión de recursos financieros, hay que destacar, por su novedad y trascendencia, el contenido del artículo 18.3 de los Estatutos de las Fundaciones Hospital Manacor y Hospital Alcorcón. En ambos preceptos se dispone:

“La Fundación podrá concertar operaciones de crédito por necesidades de tesorería (caja) por un período de amortización

de capital e intereses inferior a un año, siempre que se destine su importe a los fines de la Fundación, sin superar el límite máximo que para cada ejercicio se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Asimismo, la concertación de préstamos deberá ser expresamente autorizada por el Patronato Rector dentro de los límites que se establezcan en la Ley de Presupuestos Generales del Estado”.

f. Conclusión

Lo primero que debemos destacar en esta conclusión es el hecho de que, desde la publicación de la Ley 30/1994, las fundaciones cuentan en nuestro país con un régimen jurídico racional que pone fin a la dispersión anterior y a las disfunciones que originaba.

Sin embargo, y en segundo lugar, esta racionalidad ha sido efímera en el ámbito sanitario, a la vista del desarrollo que de esta modalidad organizativa se realiza en la Ley 15/1997 y en el RDNFG.

Como ya hemos comentado, las fundaciones se caracterizan por la ausencia de intervención del fundador durante la vida de la fundación. La voluntad del fundador se expresa a través de los estatutos de la fundación. Una vez creada la fundación, el fundador se separa de la misma definitivamente.

En este punto es donde con mayor claridad se aprecia la diferencia entre las diversas formas de la administración institucional y la fundación: organismos autónomos, entes públicos empresariales, entes de Derecho público, sociedades mercantiles públicas, etc., son instrumentos del ente matriz que las dirige y controla. Por el contrario la fundación es una creación del fundador, una dotación económica organizada, con un fin que cumplir, con un órgano —patronato— encargado de hacer cumplir ese fin mediante la gestión de la dotación y al que un órgano externo —el protectorado— controla para que se cumpla la voluntad

del fundador. Pero en la fundación *strictu sensu* no hay dirección ni control de la fundación por el fundador. El fundador no nombra ni cesa directamente a los patronos, sino que se hace por los mecanismos establecidos estatutariamente. No puede existir un recurso de alzada impropio ante el fundador contra los actos de la fundación. Y cuando la fundación se extingue, ni su aparato organizativo —patronato— ni el patrimonio de la fundación revierten al fundador, como hemos visto. No existe, en consecuencia, en la fundación relación de instrumentalidad, relación de tutela.

La mayoría de estos caracteres definitorios quedan profundamente difuminados en la Ley 15/1997 y, sobre todo, en el RDNFG. Ambas disposiciones aproximan la fundación a la Administración Institucional, lo que se manifiesta durante toda la regulación: se mantiene una constante presencia del fundador durante la vida de la fundación, se hacen vinculantes algunos principios rectores de la contratación administrativa (publicidad y concurrencia), se establecen órganos de control externo paralelos al protectorado y radicados en entes de la Administración fundadora (“matriz”), etc. La difuminación de la naturaleza jurídica de esta modalidad organizativa puede originar inseguridad jurídica entre quienes se relacionan con la fundación, reproduciendo en cierta forma el panorama existente antes de la publicación de la Ley 30/1994.

Como tercer comentario en esta conclusión, hemos de destacar la gran polémica que ha rodeado la figura de las fundaciones en el ámbito sanitario, desde la publicación del Real Decreto-Ley 10/1996, pasando por la creación de las fundaciones Hospital Manacor y Hospital Alcorcón, o la publicación de la Ley 15/1997, por el supuesto proceso privatizador que todo ello representaba. Esta polémica, elevando el debate del plano técnico al nivel político, ha hecho, sin duda, más difícil realizar un seguimiento, una valoración y un desarrollo adecuado de esta modalidad organizativa.

En cuarto lugar, habría que destacar la dificultad de este modelo para generalizar su aplicación a centros sanitarios en funcionamiento

bajo el modelo tradicional (los hospitales y dispositivos de atención primaria son órganos sin personalidad propia integrantes de un organismo autónomo o un ente de Derecho público —según la antigua denominación—, principalmente por el diferente régimen jurídico del personal del centro en uno y otro caso. Por tanto, el modelo de fundación creada al amparo de la Ley 30/1994 parece sólo viable —con los déficits expuestos— en centros de nueva apertura.

No parece, por último, necesario acudir a una modalidad organizativa no diseñada para la gestión directa de servicios públicos, cuando el *menú* de formas organizativas es suficientemente amplio y en su gran mayoría ha sido recientemente reformado y sistematizado a través de la LOFAGE. Más aún cuando, para conseguir los objetivos que se pretenden (autonomía y eficiencia, básicamente) se realizan modificaciones en el modelo existente para su aplicación en el ámbito sanitario, modificaciones que acaban convirtiéndolo en lo que no es: algo que parece otra forma más de Administración Institucional.

Todas estas razones, entre otras, han llevado a buscar otro modelo organizativo que permita, con similares objetivos, introducir modificaciones en la gestión los centros sanitarios públicos existentes. Este modelo es el de las fundaciones públicas sanitarias.

12. La fundación pública sanitaria

a. Introducción

La Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (BOE nº 313, del 31 de diciembre de 1999)¹⁴⁰

¹⁴⁰Como dice Cosculluela (1995), tradicionalmente las Leyes de Presupuestos Generales del Estado se han utilizado como “Leyes de reforma general del ordenamiento jurídico” en las que se incluían reformas de cualquier materia, incluso de aquellas que no tenían

incluye, dentro del capítulo VIII que titula “Acción Administrativa en Materia de Sanidad”, un artículo —el 111—, en el que crea una nueva forma jurídica de la organización sanitaria pública: la fundación pública sanitaria (en adelante, FPS).

Con la creación de esta modalidad organizativa se pretende dotar a los centros existentes en el sistema sanitario público de un marco similar de organización y funcionamiento al establecido a través de fundaciones creadas al amparo de la Ley 30/1994 en los centros de nueva apertura.

La creación de las FPS sorprende por realizarse cuando aun no se han cumplido dos años desde la aprobación de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE). Recordemos que la Exposición de Motivos justificaba la ley, entre otros motivos, en los siguientes términos:

“(…) La dispersión normativa que hoy caracteriza el régimen jurídico de la Administración General del Estado constituye también una circunstancia que el legislador debe ponderar en orden a regular, en una sola ley, el régimen, la organización y los criterios de funcionamiento del aparato administrativo es-

relación con la política presupuestaria, y en muchos casos, ni siquiera con la política económica. Con ello se pretendía aprovechar la rapidez y rigidez de que goza la tramitación de esta Ley y evitar, en muchos casos, el debate parlamentario que la tramitación ordinaria de una Ley supone. A raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 126/1987, de 16 de julio, que puso fin a esta práctica, las Leyes de Presupuestos contienen exclusivamente aspectos “relacionados directamente (...) bien con las previsiones de ingresos y habilitaciones de gastos, bien con los criterios de política general en que las previsiones presupuestarias se sustentan...”. A consecuencia de todo ello, durante los últimos años, en paralelo a la propia tramitación parlamentaria de las Leyes de Presupuestos, se vienen aprobando otras leyes ordinarias en las que se incluyen las reformas de todas las leyes que se desea modificar y no pueden incluirse en la de Presupuestos. Aunque estas Leyes reciben el nombre de “Leyes de medidas fiscales, administrativas y de orden social”, u otra denominación análoga, suele conocerse las como *Leyes de Acompañamiento* a la de Presupuestos, por la tramitación paralela que llevan.

tatal. De ahí que ahora, la presente ley se refiera también a los organismos autónomos y entes públicos de contenido económico, en un esfuerzo de simplificación de la normativa reguladora de la Administración General del Estado”.

“(…) Por otra parte, resulta inaplazable racionalizar y actualizar la normativa dedicada a la tradicionalmente denominada ‘Administración Institucional del Estado’. Se opta, en primer lugar, por una denominación genérica, ‘Organismo Público’, que agrupa todas las entidades de Derecho público dependientes o vinculadas a la Administración General del Estado.

Partiendo del concepto general, se distinguen después dos modelos básicos: organismos autónomos y entidades públicas empresariales”.

La creación de este modelo organizativo por la vía de su inclusión en la *Ley de Acompañamiento* a los Presupuestos de 1999 ha sido duramente criticada por sectores muy amplios de la política y de la doctrina. El ejecutivo consideró que la creación de las FPS era imprescindible para completar la reforma sanitaria emprendida en la legislatura y por tanto no era demorable, por lo que se buscó la vía más rápida para su puesta en marcha. Los sectores críticos con esta medida entendieron que la utilización de la vía de la *Ley de Acompañamiento* para su aprobación hurtaba al Parlamento el debate político que una medida de este calado exigía. Además esta medida venía a redundar en el supuesto proceso privatizador que se inició con el Real Decreto-Ley 10/1996.

El artículo 111 de la Ley 50/1998 vincula esta modalidad organizativa directamente con la Ley 15/1997, de 25 de abril, de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, entre las posibles “entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho”.

En desarrollo de lo previsto en la Ley 15/1997, de 25 de abril, el RDNFG incluye las FPS dentro de su objeto y entre las nuevas formas de gestión que enumera en el artículo 3.

El art. 111 de la Ley 50/1998 define las FPS, de forma sorprendentemente escueta y genérica como “organismos públicos, adscritos al Instituto Nacional de la Salud que se regirán por las disposiciones contenidas en este artículo”. El RDNFG es igual de escueto, aunque añade que tienen personalidad jurídica propia.

El estudio de las FPS requiere una advertencia previa: las FPS son un modelo organizativo completamente independiente y distinto de las fundaciones creadas al amparo de la Ley 30/1994, que hemos estudiado en el epígrafe anterior. Como veremos seguidamente su única similitud con las fundaciones de la Ley 30/1994 es el nombre de “fundaciones” que ambos modelos comparten: tienen naturaleza jurídica distinta y regulaciones diferentes, sin elemento común alguno.

b. Regulación

Las FPS se regulan en primer lugar por la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, de la que son manifestación, como acabamos de ver.

En segundo lugar, se rigen por las disposiciones contenidas en el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30.12, por lo que se refiere al ámbito del INSALUD, y por la normativa específica de cada Comunidad Autónoma, en lo referente a las FPS que se puedan crear en sus respectivos ámbitos territoriales.

En tercer lugar, el propio artículo 111 concluye diciendo en su punto decimoprimer que en lo no previsto en este artículo las FPS se regirán por lo dispuesto para las entidades públicas empresariales en la Ley 6/1997, sobre Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

Con sometimiento a las normas anteriores —todas ellas con rango y fuerza de ley— las FPS se regirán por las disposiciones del RDNFG.

Además del régimen común que el RDNFG establece para todas las nuevas formas de gestión sanitaria, las FPS cuentan con un apartado específico que desarrolla su régimen jurídico (artículos 62 a 74).

Por último, cada FPS de este tipo tendrá unos estatutos que constituyen su norma reguladora básica. En el siguiente epígrafe lo veremos con más detenimiento.

Esta misma regulación general es la prevista en el RDNFG.

Conviene hacer aquí una consideración que juzgamos fundamental para un conocimiento preciso de esta forma jurídica de organización: las normas específicas de las fundaciones creadas al amparo de la Ley 30/1994 —estudiadas en el epígrafe 11 de este capítulo IV— no son de aplicación a las fundaciones públicas sanitarias que estudiamos ahora, dado que son modelos completamente diferentes, con naturaleza jurídica distinta y que sólo comparten —indebidamente— el nombre de *fundación*.

c. Creación y extinción

Conforme al punto 3 del artículo 111, la constitución, modificación y extinción de las FPS, así como sus correspondientes estatutos serán aprobados por Acuerdo del Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Sanidad y Consumo. El RDNFG reproduce estas mismas palabras añadiendo que tal Acuerdo deberá, además ser publicada en el Boletín Oficial del Estado. Esta regulación supone una sorprendente ruptura con la regulación general de la LOFAGE —que exige (art. 61.1) que la creación de los organismos públicos se efectúe por ley y la aprobación de sus estatutos (art. 62.3) se realice por real decreto— y una aproximación al régimen de las sociedades mercantiles públicas que se crean también por Acuerdo del Consejo de Ministros¹⁴¹.

¹⁴¹Ver artículo 6.3 de la LGP. Ver epígrafe 7.c. de este capítulo IV. En las Comunidades Autónomas debe entenderse Acuerdo del Consejo de Gobierno respectivo.

Rebajar tan considerablemente el rango de la norma de creación permite agilizar sensiblemente la creación, modificación o extinción de FPS —al igual que en las sociedades mercantiles públicas—, pero carece de la justificación de aquellas. En las sociedades mercantiles públicas esto permite al Gobierno —como ya vimos— intervenir de forma potente y rápida en la economía del país, ampliando o disminuyendo la dimensión del sector público empresarial de acuerdo con la coyuntura o la planificación económica. La creación, modificación y extinción de las FPS mediante simple acuerdo del Consejo de Ministros evita la tramitación parlamentaria de cada FPS, pero elude el debate que supone lo que puede restar publicidad y generar mayor inseguridad jurídica (piénsese, por ejemplo, en que la exigencia expresa de que el Acuerdo de aprobación ha de publicarse en el BOE no se contiene en el artículo 111, sino que se añade en el RDNFG).

El artículo 111 no dispone nada sobre el contenido que han de tener los estatutos de las FPS. El RDNFG dispone en su artículo 64 que los estatutos iniciales serán aprobados por Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Sanidad y Consumo y se publicará en el BOE. El artículo 65 establece el siguiente contenido mínimo:

- (1) Denominación y domicilio.
- (2) Objeto y finalidades.
- (3) Definición del régimen jurídico aplicable.
- (4) Proclamación de la personalidad y capacidad jurídica.
- (5) Determinación de los órganos de gobierno y dirección, así como su forma de designación.
- (6) Procedimiento de modificación de los estatutos.
- (7) Determinación de los órganos a los que se confiere el ejercicio de potestades administrativas.
- (8) Patrimonio asignado para el cumplimiento de sus fines.
- (9) Recursos económicos con que cuente.

- (10) Régimen de personal.
- (11) Régimen patrimonial y contratación.
- (12) Régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero.
- (13) Garantías, procedimientos de planificación, coordinación y control de gestión y funcionamiento por el INSALUD.
- (14) Conforme al artículo 64 del RDNFG, los estatutos iniciales determinarán los aspectos iniciales para cuya modificación será necesaria la autorización del Consejo de Ministros.

Al proyecto de acuerdo —continúa el artículo 111— se acompañará el plan inicial de actuación. Este plan inicial de actuación de la FPS será aprobado por la Presidencia ejecutiva del INSALUD, e incluirá los siguientes extremos:

- Los objetivos que la FPS debe alcanzar.
- Los recursos humanos, financieros y materiales precisos para su funcionamiento.

El RDNFG (art. 66) prevé que este plan se una al proyecto de acuerdo que proponga el Ministro de Sanidad y Consumo para su aprobación por el Consejo de Ministros.

d. Organización

El artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, creador de esta modalidad organizativa no contiene ninguna referencia a la organización interna de las FPS, ni a su forma de control externo¹⁴². Este vacío determina que toda la regulación de estos aspectos se remita al RDNFG.

¹⁴²La única mención a mecanismos de control es la contenida en el apartado 10 donde remite el régimen del control financiero a lo previsto para las entidades públicas empresariales en la LGP.

Conforme a lo dispuesto en el punto 2 de la disposición adicional primera del RDNFG, a los hospitales que se acojan a este modelo organizativo no les será de aplicación lo previsto en el Real Decreto 521/1987, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre estructura, organización y funcionamiento de los hospitales gestionados por el INSALUD, a excepción de los artículos 2, 5, 28, 30 y 31, que les serán de aplicación.

- (1) Órganos de gobierno. Según el artículo 67 del RDNFG, el máximo órgano de gobierno de las FPS será el consejo de gobierno, que ostentará la representación de las mismas y ejercerá todas las facultades que sean necesarias para la realización de sus fines. El RDNFG, dentro de las normas comunes a los nuevos modelos, atribuye —artículo 23— al órgano de gobierno, de carácter colegiado, la función de establecer las directrices de carácter general y la planificación estratégica del centro sanitario, aprobar y modificar las normas internas de funcionamiento y la estructura de los órganos de dirección y velar por el correcto funcionamiento de los órganos de participación.

Conforme al artículo 68 del RDNFG, el consejo de gobierno, cuyos miembros serán nombrados y cesados por la Presidencia Ejecutiva del INSALUD, tendrá la siguiente composición:

- Un presidente.
- Los vocales, en un número mínimo de seis y máximo de ocho, de entre los cuales lo serán:
 - Uno a propuesta de la consejería de la Comunidad Autónoma en la que esté ubicada la FPS que tenga atribuidas las competencias en materia de sanidad.
 - Uno a propuesta del ayuntamiento del municipio que tenga mayor población adscrita a la FPS.
 - Uno a propuesta de la Universidad en caso de tratarse de hospital universitario.

- Un secretario, que actuará con voz y sin voto.

En razón del volumen, singularidad o función asistencial de las fundaciones públicas sanitarias, los estatutos de las mismas podrán establecer variaciones en cuanto al número mínimo y máximo de los vocales que formen parte del consejo de gobierno.

De acuerdo con el artículo 69.1 del RDNFG, corresponderá al consejo de gobierno, de conformidad con los criterios establecidos por el INSALUD, las siguientes funciones:

- (a) Aprobar las normas de funcionamiento interno y la estructura orgánica del centro sanitario.
- (b) Establecer los criterios de actuación y definir la política estratégica del centro sanitario.
- (c) Aprobar los nombramientos del personal directivo, a propuesta del director gerente, exceptuándose el nombramiento de éste último que se hará por el órgano de gobierno.
- (d) Nombrar y cesar al presidente de la comisión de participación ciudadana.
- (e) Aprobar los planes asistenciales, docentes, de investigación y sus resultados.
- (f) Autorizar, respecto del patrimonio propio, previo informe favorable de la Presidencia ejecutiva del INSALUD, todos los actos de disposición sobre bienes inmuebles.
- (g) Aprobar los planes generales económicos, financieros, operativos, de obras e inversión y su periodificación anual, que deben reflejarse en el anteproyecto de presupuestos anuales, el cual será presentado a la Presidencia Ejecutiva del INSALUD para su tramitación correspondiente.
- (h) Aprobar las cuentas anuales, las liquidaciones presupuestarias anuales y, en general, cuantos informes de naturaleza económico-financiera puedan derivarse del régimen patrimonial, contable, económico y financiero.

- (i) Aprobar los contratos de obras, servicios y suministros del centro. Esta función podrá ser delegada en el director gerente hasta el límite fijado por los estatutos.
- (k) Decidir el ejercicio de cuantas acciones, recursos y reclamaciones judiciales o administrativas considere oportunas para la defensa de los derechos e intereses del centro sanitario.
- (m) Aprobar los acuerdos o convenios que considere de interés para el mejor logro de sus fines.
- (n) Aprobar la memoria anual.
- (p) Cualquiera otra función establecida en los estatutos.
- (q) El consejo de gobierno podrá delegar el ejercicio de estas funciones en el presidente del consejo de gobierno, en comisiones que se constituyan legalmente, en el director gerente o en otros directivos. (artículo 69.2 del RDNFG).

El artículo 70 del RDNFG establece las funciones del presidente del consejo de gobierno:

- (a) Ejercer la representación del centro sanitario y de su consejo de gobierno.
- (b) Convocar, fijar el orden del día, presidir, suspender y levantar las sesiones, arbitrar las deliberaciones del consejo de gobierno.
- (c) Autorizar la asistencia de otras personas a las reuniones del consejo de gobierno si su opinión o información fuere conveniente por la naturaleza de las cuestiones a debatir.
- (d) Supervisar las actuaciones del centro sanitario y presentar al consejo de gobierno los informes que considere oportunos.
- (e) Cualquier otra función que le sea atribuida por los estatutos o le sea delegada por el órgano de gobierno.

El RDNFG incluye también (art. 71) las normas básicas de funcionamiento del consejo de gobierno. El consejo se reunirá con carácter ordinario una vez por mes y, obligatoriamente, para la aprobación de liquidaciones presupuestarias y cuentas anuales y para la aprobación e informe de los objetivos de gestión. Podrá reunirse también, con carácter extraordinario, a iniciativa del presidente o a petición razonada de, al menos, la mitad de sus miembros.

La convocatoria de las reuniones se efectuará por los medios más idóneos para garantizar su recepción con la debida antelación, que será de cinco días como mínimo para las ordinarias y veinticuatro horas para las extraordinarias. La convocatoria deberá indicar el día, hora y lugar de la reunión, así como el orden del día, e incluir, en su caso, la documentación adecuada para el estudio de los temas.

Los acuerdos se adoptarán por mayoría simple de los miembros presentes. Sólo se podrán adoptar acuerdos sobre los temas que figuren inicialmente en el orden del día, o que por unanimidad se incorporen al mismo al inicio de la propia sesión.

De cada sesión se redactará un acta que recoja la relación de personas asistentes, el desarrollo sucinto de la misma y, en su caso, los acuerdos adoptados. El acta será suscrita por el secretario, con el visto bueno del presidente.

En lo no previsto en estas normas, será de aplicación lo dispuesto en la LRJPC sobre órganos colegiados.

- (2) Órganos de dirección y órganos de participación. No incluye el RDNFG disposiciones específicas para las FPS en relación con los órganos de dirección, ni con los órganos de participación. Sin embargo, las disposiciones comunes a las nuevas formas de gestión, sí incluyen regulación pormenorizada de estos extremos. Por su carácter común a todas las formas de

gestión incluidas en el ámbito del RDNFG y por la gran extensión de la regulación de estos aspectos contenida en las disposiciones comunes, nos remitimos a lo comentado en el epígrafe 4 (“Organización”) del apartado 7 (“La sociedad mercantil de titularidad mayoritariamente pública”), de este mismo capítulo 4. Lo dicho allí es plenamente aplicable a esta forma de gestión.

e. Gestión de recursos

- (1) Gestión de recursos humanos. Conforme al apartado 5 del artículo 111 el personal al servicio de las FPS, 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. El artículo 73 del RDNFG concreta más este punto y exige para incorporar a este personal, que ya viniese prestando servicios en los centros sanitarios que se conviertan en FPS. Previo informe de los órganos de representación correspondientes, igualmente podrá vincularse personal funcionario o laboral de nueva incorporación para la realización de funciones cuya naturaleza, contenido o duración, hagan más adecuadas estas vinculaciones (el anteproyecto limitaba esta posibilidad, admitiéndola sólo “con carácter excepcional”).

El personal estatutario de los centros que se conviertan en FPS conservará su régimen jurídico, manteniendo inalterable su situación de servicio activo o la que, en su caso, corresponda (artículo 19.2 del RDNFG).

El artículo 20 del RDNFG prevé que al personal de las FPS le sea de aplicación el régimen de incompatibilidades establecido al Personal al servicio de las Administraciones Públicas (Ley 53/1984 de 26 de diciembre).

Asimismo dispone —artículo 21— que la selección de personal de las FPS se efectúe mediante convocatoria pública ajustada a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y siguiendo los criterios generales que emanen del INSALUD para garantizar una actuación coordinada. La selección y provisión de plazas de personal estatutario se acomodará a lo dispuesto en la Ley 30/1999, de 5 de octubre, de Selección y Provisión de Plazas de Personal Estatutario de los Servicios de Salud. Las normas relativas a abstención y recusación contempladas en los artículos 28 y 29 de la LRJPC serán de aplicación a los órganos de selección que se constituyan.

Conforme al artículo 22 del RDNFG, los órganos de representación del personal serán delegados de personal y comités de empresa para el personal en régimen laboral —conforme al estatuto de los trabajadores— y delegados de personal y juntas de personal en el caso del personal estatutario y funcionario —conforme a la Ley 9/1987, de 12 de junio—.

Por último, el artículo 111 en su apartado 6, y el RDNFG, en el artículo 73.4 desarrollan el régimen del personal directivo de las FPS. Serán los estatutos de la FPS los que determinen quienes tienen la consideración de personal directivo. Este personal podrá contratarse conforme al régimen laboral de alta dirección, previsto en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto. Si la designación recae en quien ostente vinculación como personal estatutario fijo o funcionario de carrera, podrá efectuarse nombramiento administrativo (en lugar de contrato laboral) a través del sistema de libre designación.

- (2) Gestión de recursos materiales. Como en los modelos vistos en epígrafes anteriores, distinguimos el régimen aplicable a sus bienes y el régimen de contratación de recursos.

- (a) Patrimonio

El punto 8 del artículo 111 establece que las FPS 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. El artículo 16 del RDNFG admite también que las FPS tengan bienes cedidos por entidades territoriales.

En cuanto al patrimonio propio, el RDNFG contempla que podrán adquirir, poseer o arrendar, a título oneroso o gratuito, bienes o derechos de cualquier clase que quedarán afectos al cumplimiento de sus fines.

Las adquisiciones, enajenaciones y gravámenes de bienes inmuebles propios requerirán informe favorable de la presidencia ejecutiva del INSALUD y acuerdo del consejo de gobierno de la FPS.

Los bienes adscritos por la Tesorería General de la Seguridad Social se registrarán por lo establecido por el Real Decreto 1221/1992, de 9 de octubre, sobre Patrimonio de la Seguridad Social y demás legislación específica sobre el mismo.

Por lo que respecta a los bienes inmuebles del patrimonio de la Seguridad Social que se les adscriban, serán objeto de administración ordinaria por las FPS, a cuyos efectos se le atribuyen los mismos derechos y obligaciones que a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social. Estos bienes no podrán ser enajenados por las FPS.

Todos los bienes patrimoniales serán objeto de inventario, consignándose en el mismo el carácter y la procedencia de dichos bienes, así como el destino específico de los inmuebles adscritos propiedad de la TGSS.

(b) Contratación

Según el punto 7 del artículo 111 de la Ley 50/1998, y el artículo 73 del RDNFG, el régimen de contratación de las FPS 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 (Ley 13/1995, de 18 de mayo). El RDNFG contiene similar regulación.

(3) Gestión de recursos financieros. Conforme al punto 9 del artículo 111, y a las previsiones del artículo 14 del RDNFG, los recursos económicos de las FPS podrán provenir de las siguientes fuentes:

- Los bienes y valores que constituyen su patrimonio.
- Los productos y rentas de dicho patrimonio.
- Las consignaciones específicas que tuvieren asignadas en los Presupuestos Generales del Estado.
- Las transferencias corrientes o de capital que procedan de las Administraciones o entidades públicas. El RDNFG limita este punto a las aportaciones del INSALUD y las de personas jurídicas o entidades de naturaleza o titularidad pública que participen o se integren en las nuevas formas de gestión.
- Los ingresos ordinarios y extraordinarios que estén autorizados a percibir, según las disposiciones por las que se rijan. El RDNFG limita este punto a los ingresos de terceros obligados al pago por prestación de servicios sanitarios.
- Las donaciones, legados y otras aportaciones de entidades privadas y de particulares.
- Cualquier otro recurso que pudiera serles atribuido.

A diferencia de lo establecido con carácter general por el artículo 111, en este punto se remite no a la normativa de las en-

tidades públicas empresariales, sino al régimen de los organismos autónomos, que admite una más amplia procedencia de los recursos económicos¹⁴³.

El régimen presupuestario, económico-financiera, de contabilidad, intervención y de control financiero, será el establecido en la Ley General Presupuestaria para las entidades públicas empresariales (art. 111.10 de la Ley 50/1998 y 74 del RDNFG).

Entre estas disposiciones comunes del RDNFG, el artículo 17 prevé que las FPS remitirán al INSALUD la documentación económico-financiera que les sea requerida que permita el seguimiento económico de las FPS que debe realizar el propio INSALUD y el Ministerio de Economía y Hacienda. El INSALUD arbitrará los mecanismos que sean precisos en orden a garantizar el normal funcionamiento económico de las FPS.

f. Conclusión

La Ley de Acompañamiento de 1998 ha creado una nueva modalidad organizativa que denomina fundación pública sanitaria. A la vista de su regulación, la naturaleza jurídica de esta forma de organización no es la de una verdadera fundación, según la definición que nuestro Derecho realiza de esta modalidad organizativa y que se recoge en la Ley 30/1994. Por contra, las FPS son verdaderas manifestaciones de la Administración Institucional —como los organismos autónomos o las entidades públicas empresariales reguladas en la LOFAGE—, que mantiene su vinculación con la Administración matriz —la Administración General del Estado— a través de una relación de instrumentalidad. La denominación de esta modalidad organizativa no es correcta, pues no coincide con su naturaleza jurídica y puede inducir a su confusión con las *verdaderas y únicas* fundaciones existentes en nuestro Derecho, que son las creadas al amparo de la Ley 30/1994. Esta denominación sólo crea

¹⁴³ Ver artículo 65.1 y 65.2 de la LOFAGE y epígrafes 2.e.(3) y 3.e.(3) de este capítulo IV.

confusión pues, en la prensa especializada, se empieza erróneamente a hablar de la existencia de dos tipos de fundaciones: las fundaciones *estatutarias* y las fundaciones *laborales* —atendiendo a la diferente forma de vinculación de personal— o de fundaciones *públicas* frente a fundaciones *privadas*, por similar razón. Las FPS no son fundaciones.

La creación de una forma de Administración Institucional con personalidad jurídica fuera del ámbito de la LOFAGE puede constituir una fuente de inseguridad jurídica, pues su regulación es escasa y en ocasiones excesivamente genérica, y constituye un modelo ajeno al conjunto de la regulación de la LOFAGE.

Sorprende que el artículo 111 que crea esta modalidad jurídica, no contenga la más mínima referencia a órganos colegiados de gobierno de las FPS que ejerzan el control y las garantías de los derechos de los usuarios en una organización dotada —al menos esa es la intención— de fuerte autonomía de gestión. Toda la regulación de estos aspectos se remite a una futura norma de rango inferior —el RDNFG— que, como real decreto, puede ser modificada por el ejecutivo en cualquier momento.

Tampoco queda claro de la regulación del artículo 111, qué aporta la FPS respecto a otros modelos organizativos para conseguir desarrollar una gestión más eficiente de los recursos, habida cuenta de que tanto el régimen jurídico de su personal (estatutario) como el de la contratación (LCCAAPP) no se modifica respecto a la situación actual.

B. FORMAS DE GESTIÓN INDIRECTA

1. La cooperativa

a. Introducción

En los primeros capítulos veíamos como la búsqueda de una mayor eficiencia en los sistemas sanitarios públicos se traduce en la adopción

de nuevos modelos organizativos. Se pretende trasladar un mayor nivel de responsabilidad hacia los profesionales sanitarios, buscando con ello mayor implicación de éstos en los objetivos organizacionales, y con ello, mayor eficiencia y calidad en todo el sistema.

Estas experiencias parten de que la gestión de recursos humanos mediante relación estatutaria —cuasi funcionarial— impide completamente trasladar la responsabilidad a los profesionales sanitarios; la experiencia nos demuestra que, con carácter general, la responsabilidad de la gestión del sistema, en un régimen estatutario, casi siempre se eleva hasta el nivel político. Se estima que, en este escenario, no existen mecanismos realmente útiles de implicación de los profesionales sanitarios en los objetivos de la organización.

La mayoría de los modelos organizativos estudiados hasta aquí, tratan de suplir esta carencia del régimen estatutario mediante la aplicación, para la gestión de sus recursos humanos, del Derecho laboral, que permite una mayor flexibilidad y ofrece mayor libertad para la determinación de las condiciones de trabajo. La relación jurídica laboral permite también, entre otras muchas cosas, crear un sistema retributivo verdaderamente incentivador.

Sin embargo, se piensa que la relación de dependencia que existe en el personal sanitario respecto de la organización, relaja el nivel de compromiso, aun en régimen laboral. Por ello, se busca dar un paso más, eliminando toda relación de dependencia entre los profesionales y la organización, y buscando un sistema diferente de vinculación de éstos. En este marco se desarrollan en varias Comunidades Autónomas las cooperativas sanitarias, como forma de organización para la gestión de equipos de atención primaria y servicios asistenciales especializados de un hospital. Arqués (1995) resalta la creación de servicios clínicos gestionados mediante entidades sanitarias externas —que disponen de sus propios profesionales sanitarios— en hospitales comarcales construidos por la Administración (Hospitales de Valle de Arán, Mora de Ebre, Tremp, construidos por la Generalitat).

En términos generales, una cooperativa es una sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático, conforme a los principios formulados por la alianza cooperativa internacional, en los términos resultantes de la Ley de Cooperativas (art. 1.1. de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas).

En el ámbito de las nuevas formas jurídicas de la organización sanitaria, y desde un punto de vista jurídico, la Ley de 1999 crea una amplia tipología de cooperativas y, entre estas, recoge las *cooperativas sanitarias* que, según el artículo 102 de la ley, se definen como sigue:

“Son cooperativas sanitarias las que desarrollan su actividad en el área de la salud, pudiendo estar constituidas por los prestadores de la asistencia sanitaria, por los destinatarios de la mismas, o por unos y otros. Podrán realizar también actividades complementarias y conexas, incluso de tipo preventivo, general o para grupos y colectivos determinados.”

La naturaleza jurídica de estas cooperativas es la de una sociedad mercantil sometida al Derecho privado.

b. Regulación

La Constitución dispone en su artículo 129.2 la obligación de los poderes públicos de promover eficazmente las diversas formas de participación en la empresa, y de fomentar, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. En desarrollo de este mandato constitucional se aprueba, en el ámbito de la Administración del Estado, la Ley 27/1999 de 16 de julio, de Cooperativas.

El régimen de cooperativas no está incluido entre las competencias exclusivas del Estado recogidas en el artículo 149.1 de la Constitu-

ción. Por esta razón, muchas Comunidades Autónomas han asumido en sus estatutos la competencia (exclusiva en unos casos, o de desarrollo legislativo y ejecución, en otros) sobre cooperativas¹⁴⁴. Por la imposibilidad de reproducir aquí el régimen de cada Comunidad Autónoma, nos limitamos, como hemos hecho en los anteriores modelos a desarrollar el régimen vigente en la Administración del Estado, supletorio en todo caso del de las Comunidades Autónomas, conforme al artículo 149.3 de la Constitución.

En otro orden de cosas, debemos indicar que no existe, ni en la Administración del Estado, ni en la de las Comunidades Autónomas regulación alguna sobre cooperativas públicas. Por contra, la legislación de régimen local prevé la constitución de cooperativas públicas para la gestión indirecta de servicios públicos¹⁴⁵.

Conforme a la Ley de Cooperativas, las cooperativas sanitarias se regularán por las normas de las cooperativas de trabajo asociado o de las

¹⁴⁴Véase, por ejemplo, el artículo 10.23 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco (Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre), el artículo 9.21 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre), el artículo 28.7 del Estatuto de Autonomía de Galicia (Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril), o el artículo 13.20 del Estatuto de Autonomía de Andalucía (Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre). En desarrollo de estas competencias, cada Comunidad Autónoma ha desarrollado su propia normativa al respecto; así, por ejemplo, en Andalucía el régimen jurídico de las cooperativas está integrado por la siguiente normativa propia:

- Decreto 367/1986, de 19 de noviembre (BOJA nº 111, de 16 de diciembre), por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo Andaluz de Cooperativas, modificado por Decretos 56/1992 de 31 de marzo (BOJA nº 125, de 3 de diciembre) y 457/1994, de 22 de noviembre (BOJA nº 11, de 21 de enero de 1995).
- Decreto 39/1997, de 11 de febrero (BOJA nº 41, de 8 de abril), por el que se regula el Registro de Cooperativas Andaluzas y los procedimientos registrales.
- Ley 2/1999, de 31 de marzo (BOJA nº 46, de 20 de abril) de Sociedades Cooperativas Andaluzas.

¹⁴⁵Artículo 85.4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, y artículo 104 y siguientes del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local.

cooperativas de servicios, cuando los socios son profesionales de la medicina; cuando los socios son los destinatarios de la asistencia sanitaria, se les aplicarán las normas sobre cooperativas de consumidores y usuarios; si realizan más de un tipo de actividad de los recogidos en la ley, se les aplican las disposiciones de las llamadas cooperativas integrales. Por último, si estuviesen organizadas como empresas aseguradoras se ajustarán, además, a la normativa de las cooperativas de seguros.

Las cooperativas sanitarias se regulan, con carácter general, por el Derecho privado (civil, mercantil y laboral).

c. Creación y extinción

Para formar una cooperativa sanitaria, en general, se necesita un mínimo de tres socios que pueden ser tanto personas físicas como jurídicas, públicas o privadas, o comunidades de bienes.

La Sociedad Cooperativa Sanitaria quedará constituida y tendrá personalidad jurídica desde el momento en que se inscriba en el correspondiente Registro de Cooperativas la escritura pública de constitución de la misma.

La escritura pública de constitución de la sociedad cooperativa expresará:

- (1) La identidad de los otorgantes.
- (2) Manifestación de que estos reúnen los requisitos para ser socios.
- (3) La voluntad de constituir una sociedad cooperativa y la clase de esta de que se trate.
- (4) Acreditación de que los otorgantes han suscrito la aportación económica mínima al capital social y desembolsado al menos lo establecido en los estatutos.

- (5) Valor asignado a las aportaciones no dinerarias.
- (6) Acreditación de los otorgantes de que el importe total de las aportaciones desembolsadas no es inferior al del capital social mínimo establecido estatutariamente.
- (7) Identificación de las personas que ocuparán los cargos del primer consejo rector y el de interventor, y declaración de no estar incurso en causa de incapacidad o prohibición para el cargo.
- (8) Declaración de que no existe otra entidad con idéntica denominación, mediante certificación acreditativa del Registro de Cooperativas.
- (9) Los estatutos.

Los estatutos son el documento que regula el funcionamiento de la cooperativa. Habrán de respetar en todo caso los preceptos legales. Su contenido mínimo debe expresar la denominación de la cooperativa, su domicilio, su ámbito territorial, la actividad económica que desarrolla, su duración, el capital social mínimo; la aportación obligatoria mínima al capital social para ser socio, forma y plazos de desembolso y criterios para fijar la aportación obligatoria que habrán de efectuar los nuevos socios que se incorporen a la cooperativa: la forma de acreditar las aportaciones al capital social; devengo o no de intereses por las aportaciones obligatorias al capital social; clases de socios, requisitos para su admisión y baja voluntaria u obligatoria; derechos y deberes de los socios; reembolso de las aportaciones de los socios y régimen de transmisión de éstas; normas de disciplina social; y composición del consejo rector, interventores y, en su caso, comité de recursos.

El capital social está constituido por las aportaciones de los socios, fijando los estatutos un capital mínimo que deberá ser totalmente desembolsado desde su constitución. Las aportaciones no tienen la consideración de títulos valores y pueden consistir en dinero o en bienes o derechos susceptibles de valoración económica. Los estatutos establecerán si las aportaciones dan derecho al devengo de interés, estando

dicha remuneración condicionada a la existencia en el ejercicio económico de resultados positivos, y siempre que no exceda en más de seis puntos el interés legal del dinero.

La disolución de la sociedad cooperativa se producirá por cumplimiento del plazo fijado en los estatutos; por acuerdo de la asamblea general; por paralización de los órganos sociales o de la actividad cooperativizada durante dos años sin causa justificada; por la reducción del número de socios o del capital social, establecidos legal y estatutariamente de forma respectiva; por la realización del objeto social o por la imposibilidad de su cumplimiento; por fusión, absorción o escisión total, o por otras causas legales o estatutarias.

d. Organización

La organización interna de la cooperativa es común a todas las clases de cooperativas recogidas en la ley.

- (1) En la cooperativa existen dos tipos de socios: los socios de trabajo, personas físicas, cuya actividad cooperativizada consistirá en la prestación de su trabajo personal en la cooperativa; y los socios colaboradores, personas físicas o jurídicas, que sin poder desarrollar o participar en la actividad cooperativizada propia del objeto social de la cooperativa, pueden contribuir a su constitución. Las aportaciones realizadas por los socios colaboradores no podrán exceder del cuarenta y cinco por ciento del total de las aportaciones al capital social.

Los socios tienen las siguientes obligaciones y derechos:

(a) Obligaciones:

- Cumplir los acuerdos válidamente adoptados por los órganos sociales.

- Participar en las actividades cooperativizadas.
- Guardar secreto en datos y asuntos cuya divulgación pudiese afectar a la cooperativa.
- Aceptar los cargos para que fueron elegidos.
- Cumplir con las obligaciones económicas que les correspondan.
- No realizar actividades competitivas con las actividades empresariales que desarrolle la cooperativa.

(b) Derechos:

- Participar en la asamblea general y demás órganos colegiados de los que formen parte.
- Elegir y ser elegido para los cargos de los órganos sociales.
- Estar informado sobre cualquier aspecto relativo a la cooperativa.
- Participar en las actividades de la cooperativa
- Al retorno cooperativo, y a la actualización, a la liquidación de las aportaciones, así como a percibir intereses por las mismas, todo ello cuando proceda.
- La baja voluntaria.
- A la formación profesional adecuada para realizar su trabajo, en el caso de socios trabajadores y socios de trabajo.

La responsabilidad de los socios estará limitada a las aportaciones al capital social que hubieran suscrito. No obstante, si el socio causa baja, responderá durante cinco años desde la pérdida de la condición de socio, por las deudas sociales contraídas por la cooperativa con anterioridad a su baja y hasta el importe reembolsado de sus participaciones al capital social.

En las cooperativas sanitarias, es posible que un centro sanitario público participe como socio colaborador. En estos casos existe una doble vinculación del hospital público con la cooperativa —como asociado y a través del contrato-programa— que hace que su influencia en la gestión de la cooperativa sea muy intensa.

(2) La cooperativa cuenta con una serie de órganos de gobierno y control:

(a) El primero de estos órganos es la asamblea general. Es la reunión de todos los socios como órgano supremo de expresión de la voluntad social. Como ya hemos visto, cada socio tiene un voto, aun cuando los estatutos pueden establecer el derecho al voto plural ponderado para aquellos socios que sean cooperativas, sociedades controladas por éstas o entidades públicas, con el límite de que los votos de un socio no pueden ser superiores a un tercio de los votos totales de la cooperativa. Igualmente, en el caso de cooperativas con distintas modalidades de socios, los estatutos podrán atribuir un voto plural o fraccionado.

Como principio general, los acuerdos se adoptarán por mayoría, salvo para la modificación estatutaria, para la que es precisa la mayoría de dos terceras partes de los votos presentes y representados.

(b) Junto a la asamblea general, puede existir una asamblea general de delegados para ejercer las competencias de la asamblea general cuando las circunstancias dificulten la asistencia a la misma de todos los socios y asociados de la cooperativa y lo prevean los estatutos.

(c) El consejo rector es el órgano colegiado de gobierno, alta gestión, supervisión de los directivos y representación de la cooperativa. Su composición mínima es de tres miembros y la máxima de quince, elegidos por la asamblea gene-

ral. Si la cooperativa tiene más de 50 trabajadores con contrato por tiempo indefinido y está constituido el comité de empresa, uno de ellos formará parte del consejo rector como miembro vocal.

- (d) Si el número de socios es inferior a 10, los estatutos podrán establecer la existencia de un Administrador Único, persona física que habrá de ostentar la condición de socio.
- (e) Los interventores constituyen el órgano de fiscalización de la cooperativa. Su principal función es la censura de las cuentas anuales y el informe de gestión. Su número no puede ser superior al de consejeros, y serán elegidos por la asamblea general; la elección será por un período comprendido entre tres y seis años, pudiendo ser reelegidos. Han de ser socios.
- (f) Si lo prevén los estatutos, puede existir un Comité de Recursos, que es el encargado de tramitar y resolver los recursos contra sanciones a socios acordadas por el consejo rector y los demás supuestos previstos en la ley y en los estatutos. Estará compuesto, al menos, por tres miembros elegidos por la asamblea general entre los socios en votación secreta y por el período fijado en los estatutos.

Los consejeros e interventores responderán frente a la cooperativa, a los socios y a los acreedores sociales, de los daños causados por actos contrarios a la ley, a los estatutos o los realizados sin la diligencia debida.

En los modelos clásicos de la Administración Institucional veíamos que se establecía un relación de instrumentalidad entre la Administración matriz y el organismo, ente o sociedad; esa relación de instrumentalidad se articulaba a través del principio de tutela. En este caso, ni existe esa relación de tutela, ni existe ninguna relación entre administración y cooperativa. La vinculación de estas cooperativas asistenciales al Sistema Sanitario Público se realiza fundamentalmente

a través de conciertos (art. 90 de la LGS) o convenios (art. 66 y 67 de la LGS), formas de vinculación que serán analizadas con sustantividad propia en los próximos epígrafes. Paralelamente, la relación funcional, de actividad y de resultados, se materializa mediante la firma de contratos-programa.

No existen en este supuesto, por tanto, los rasgos definitorios de la relación de instrumentalidad tal como los veíamos en modelos anteriores (adscripción a un ente matriz, recurso de alzada impropio ante ese ente matriz, nombramiento por el ente matriz de los órganos principales de gobierno, o el control económico financiero directo mediante intervención). Sin embargo, sus efectos pueden conseguirse estableciendo en los contratos-programa mecanismos similares. A diferencia de lo que suele ocurrir con los mecanismos de control de carácter público, en las cooperativas sanitarias se controla más la consecución de los resultados, sus costes y la calidad, que el proceso o el procedimiento.

e. Gestión de recursos

El régimen de gestión de los recursos en las sociedades cooperativas sanitarias es como hemos dicho, el Derecho privado: Derecho civil, mercantil y laboral.

- (1) Gestión de recursos humanos. El personal funcionario o estatutario que se integre en una cooperativa sanitaria deja en suspenso su relación de servicios con la administración (generalmente quedando en situación de excedencia voluntaria sin reserva de plaza).

El personal que se integra en una cooperativa sanitaria pasa a tener la cualidad de socio cooperativista de trabajo asociado y participa en la actividad de la sociedad mediante la prestación de sus servicios profesionales a cambio de una retribución.

La relación que vincula a la cooperativa con el socio, el régimen de prestación por éste del trabajo, así como los derechos y deberes del socio trabajador se regulan por Derecho laboral.

En los estatutos de la sociedad podrá optarse, para la protección de los socios trabajadores por el sistema de la Seguridad Social, por considerarlos bien como trabajadores por cuenta ajena, bien como trabajadores autónomos.

- (2) Gestión de recursos materiales. Las sociedades cooperativas sanitarias, claramente fuera del ámbito de las entidades de Derecho público, someten la gestión de sus recursos materiales a la normativa mercantil con carácter general. Distinguimos el régimen aplicable a sus bienes y el régimen de contratación de recursos.

(a) Patrimonio

Las cooperativas sanitarias tendrán patrimonio propio, que podrá estar constituido por toda clase de bienes y derechos susceptibles de valoración económica. El patrimonio será gestionado por los órganos de dirección de la cooperativa en la forma establecida en los estatutos.

(b) Contratación

Al escapar las cooperativas sanitarias del ámbito subjetivo del artículo 1 de la LCAAPP (que tiene carácter básico), no están sometidas al régimen de contratación administrativa. Por lo tanto se someten a las normas del Derecho privado. En las fases previas de preparación y adjudicación de los contratos tampoco les es aplicable la normativa de contratación de las Administraciones Públicas.

- (3) Gestión de recursos financieros. Se someten en este punto a las normas del Derecho privado. La financiación básica de la cooperativa está integrada por los siguientes fondos:

(a) Aportaciones obligatorias: es la aportación mínima al capital social precisa para ser socio y fijada por los estatu-

tos, y que podrá ser diferente para las distintas clases de socios o para cada socio, en atención al compromiso o uso potencial que cada uno de ellos asuma de la actividad de la cooperativa. La asamblea general podrá acordar nuevas aportaciones obligatorias.

- (b) Aportaciones voluntarias. Pueden ser fijadas bien en los estatutos, bien por la asamblea general.
- (c) Participaciones especiales de socios o terceros con un plazo mínimo de vencimiento de cinco años y que pueden ser reembolsables.
- (d) Cuotas de ingresos y/o periódicas, que no forman parte del capital social ni son reintegrables y que no pueden ser superiores a un 25% de las aportaciones obligatorias.
- (e) Obligaciones; emisión de títulos participativos que pueden tener la consideración de valores mobiliarios y tienen derecho a remuneración; cuentas de participación; y cualesquiera otra financiación voluntaria de socios o terceros bajo cualquier modalidad jurídica.

Al término de cada ejercicio económico, el consejo rector confeccionará el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias, la memoria explicativa y la propuesta de distribución de excedentes, o imputación de pérdidas. El excedente neto es la diferencia existente al final del ejercicio económico entre los ingresos y los gastos, considerándose como tales los bienes entregados por los socios para la gestión cooperativa, los anticipos monetarios a los socios trabajadores, y la remuneración de aportaciones y demás créditos. Una vez deducidos los impuestos y dotados los fondos¹⁴⁶, los excedentes netos del ejercicio se pueden distribuir entre los socios (“retorno”) en proporción a

¹⁴⁶Existen tres tipos de fondos en estas sociedades:

– El Fondo de Reserva Obligatorio, destinado a la consolidación, desarrollo y garantía de la cooperativa.

su actividad en la cooperativa (nunca en proporción a su participación en el capital social) o incrementar los fondos obligatorios o voluntarios, o en su caso, destinarse a la participación en resultados de los trabajadores asalariados de la cooperativa.

f. Conclusión

La constitución de cooperativas sanitarias supone un paso más en la implicación de los profesionales en la gestión de los dispositivos asistenciales, como mecanismo de eficiencia y calidad. Entre las ventajas aducidas en favor de estas cooperativas suelen citarse que constituyen un mecanismo de motivación e incentivación del personal sanitario; que estimulan la responsabilidad personal y el trabajo en equipo; que permiten al centro sanitario garantizar la viabilidad económica del proyecto en función de los propios resultados asistenciales; que es una fórmula de autogestión en la empresa y auto-organización del personal sanitario.

2. La sociedad laboral

a. Introducción

En la misma línea comentada en el epígrafe anterior de romper la relación de dependencia entre los profesionales sanitarios y la organización sanitaria pública, buscando mayor implicación de estos en el proceso de gestión, existe otra forma jurídica de organización de la provi-

– El Fondo de Educación y Promoción, destinado a actividades de formación y educación de los socios y trabajadores de la cooperativa, así como a la promoción cultural y social del entorno y de las relaciones intercooperativas.

– Fondo de Reserva Voluntario, si lo prevén los estatutos. Se dotará en la forma que prevean los estatutos y decida la Asamblea General, una vez dotados en los términos legales los dos fondos preceptivos anteriores.

sión de servicios alternativa: la sociedad laboral, modelo que presenta grandes semejanzas con el anterior.

Las sociedades laborales son aquellas sociedades anónimas o de responsabilidad limitada de naturaleza mercantil, en las que la mayoría del capital social es propiedad de trabajadores que prestan en ellas servicios retribuidos en forma personal y directa y cuya relación laboral lo es por tiempo indefinido. Han de reunir, además, el resto de requisitos establecidos en la ley.

b. Regulación

Como veíamos al analizar la cooperativa, la Constitución dispone en su artículo 129.2 la obligación de los poderes públicos de promover eficazmente las diversas formas de participación en la empresa, y de fomentar, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas.

La sociedad laboral es también desarrollo de este mandato constitucional. En cuanto sociedades mercantiles que son, y a diferencia del modelo anterior, las Comunidades Autónomas carecen de competencias legislativas en esta materia. Por tanto el régimen establecido por la legislación del Estado es directamente aplicable en todo el territorio nacional, y las Comunidades Autónomas no pueden dictar leyes sobre esta materia¹⁴⁷. Esto no significa que las Comunidades Autónomas no tengan ninguna competencia sobre estas sociedades, sino que estas competencias nunca serán de carácter legislativo¹⁴⁸.

¹⁴⁷El artículo 149.1.6º de la Constitución es tajante en este sentido: “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) legislación mercantil (...)”.

¹⁴⁸De hecho, la exposición de motivos de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, tras enumerar algunos de los rasgos definidores de estas sociedades añade: “Todo ello sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas”.

La normativa básica de estas sociedades está constituida por la ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades laborales. En lo no previsto en esta ley, será de aplicación a las sociedades laborales, las normas correspondientes a las sociedades anónimas o a las de responsabilidad limitada, según la forma que ostenten.

Estas normas son el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante LSA), y la Ley 2/1995, de 22 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante LSRL).

Como en otros modelos estudiados, los estatutos son el documento que regula el funcionamiento de la sociedad. Habrán de respetar en todo caso los preceptos legales. Su contenido es el establecido en el artículo 9 de la LSA o en el artículo 13 de la LSRL, según los casos.

El funcionamiento de las sociedades laborales se regula, con carácter general, por el Derecho privado (civil, mercantil y laboral).

No vamos a realizar aquí una descripción del régimen jurídico de las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada. Sólo estudiaremos las principales peculiaridades de las sociedades laborales respecto al régimen de las sociedades mercantiles.

c. Creación y extinción

La sociedad laboral se crea conforme a las disposiciones de la LSA o de la LSRL.

La calificación de *Sociedad Laboral* a una sociedad, y el control del mantenimiento de los requisitos establecidos en la ley es competencia del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales o de las Comunidades Autónomas que hayan recibido los correspondientes trasposos de funciones y servicios.

En la escritura de constitución debe constar expresamente la voluntad de los solicitantes de fundar una sociedad laboral. Si la sociedad ya existía, se aportarían los estatutos debidamente modificados.

La sociedad gozará de personalidad jurídica desde el momento de su inscripción en el Registro Mercantil, si bien para ello habrá que aportar certificado de haber sido calificada la sociedad como *laboral* por el Registro que, a tales efectos, se crea en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales o en el órgano competente de las Comunidades Autónomas que tengan transferidas competencias de ejecución en esta materia.

En la denominación de la sociedad deberá figurar la indicación “Sociedad Anónima Laboral” o “Sociedad de Responsabilidad Limitada Laboral” o sus abreviaturas SAL ó SLL.

Las sociedades laborales se disolverán por las causas establecidas por las normas correspondientes a las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, según la forma que ostenten. Los estatutos sociales podrán establecer como causa de disolución la pérdida de la condición de “sociedad laboral” por la sociedad.

Aun cuando no impliquen propiamente la disolución, la ley establece una serie de hechos que llevan aparejada la pérdida de la calificación de “laboral” de la sociedad. Estas causas son las siguientes:

- (1) Exceder el porcentaje límite de horas/año trabajadas por los trabajadores contratados por tiempo indefinido, en relación con el número de horas/año trabajadas por los socios trabajadores.
- (2) Que algún socio posea más acciones o participaciones que las máximas autorizadas (30 por cien o 50 por cien del capital, según los casos).
- (3) La falta de dotación, la dotación insuficiente o la aplicación indebida del Fondo Especial de Reserva.

Cuando se produzca uno de estos supuestos la ley otorga a la sociedad un plazo de seis meses para subsanarlo. Transcurrido este plazo, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales o el órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma competente resolverán la pérdida de la condición de “laboral” de la sociedad, y lo comunicarán al Registro de Sociedades Laborales y al Registro Mercantil. La descalificación antes de cinco años desde su constitución o transformación conllevará para la sociedad la pérdida de los beneficios fiscales.

d. Organización

Además de los socios trabajadores, la sociedad puede tener trabajadores contratados que no sean socios. Para mantener la adecuada proporción entre el trabajo de estos y el de los socios, la ley establece un porcentaje máximo de horas que el conjunto de estos trabajadores pueden realizar sobre el total de las realizadas en la empresa.

En cuanto a los órganos de administración, la Ley 3/1997 establece una única especialidad respecto al régimen general de las sociedades mercantiles: si la sociedad se administra por un consejo de administración, el nombramiento de los miembros se hará por sistema mayoritario. Si sólo existen acciones o participaciones de clase laboral serán nombrados por sistema de mayorías.

Al igual que veíamos en el caso de la cooperativa, no existe esa relación de tutela entre la Administración Pública y la sociedad laboral. La vinculación de las sociedades laborales de carácter asistencial al Sistema Sanitario Público, si se produce, se realiza a través de conciertos (art. 90 de la LGS) o convenios (art. 66 y 67 de la LGS). Paralelamente, como vimos en el modelo anterior, la relación funcional, de actividad y de resultados se materializa mediante la firma de contratos-programa. Aquí también es posible conseguir efectos similares a los de la relación de instrumentalidad (tutela) mediante el contrato-programa. A diferen-

cia de lo que suele ocurrir con los mecanismos de control de carácter público, en las sociedades laborales vinculadas a la Administración sanitaria se controla más la consecución de los resultados, sus costes y la calidad, que el proceso o el procedimiento.

El capital social estará dividido en acciones nominativas o en participaciones sociales.

Las acciones y participaciones de las sociedades laborales se dividirán en dos clases:

- (1) Clase laboral: son aquellas de propiedad de los trabajadores cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido. No será válida la creación de acciones de clase laboral privadas del derecho de voto.
- (2) Clase general: todas las que no sean de clase laboral.

Los trabajadores, socios o no, con contrato indefinido que adquieran por cualquier título acciones o participaciones sociales pertenecientes a la clase general, tienen derecho a exigir de la sociedad la inclusión de las mismas en la clase laboral, siempre que se acrediten a tal efecto las condiciones que la ley exige.

Ninguno de los socios podrá poseer acciones o participaciones sociales que representen más de la tercera parte del capital social, salvo que se trate de sociedades laborales participadas por el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales o las sociedades públicas participadas por cualquiera de tales instituciones, en cuyo caso la participación de las entidades públicas podrá superar dicho límite, sin alcanzar el 50 por cien del capital social. Igual porcentaje podrán ostentar las asociaciones o entidades sin ánimo de lucro. Si se transgreden estos límites, la ley dispone que la sociedad habrá de acomodar la situación de sus socios respecto del capital social a lo preceptuado en la propia ley, en el plazo de un año desde el primer incumplimiento.

Además de las reservas legales o estatutarias que procedan, las sociedades laborales están obligadas a constituir un Fondo Especial de Reserva que se dotará con el 10 por cien del beneficio líquido de cada ejercicio, y sólo podrá destinarse a la compensación de pérdidas en caso de que no existan otras reservas disponibles suficientes para este fin.

La ley establece importantes limitaciones a la transmisión *inter vivos* de acciones y participaciones de estas sociedades. En general, comunicada por el interesado a la sociedad la voluntad de transmitir sus títulos, la sociedad los ofrecerá a los trabajadores no socios con contrato indefinido, a los trabajadores socios, a los titulares de acciones o participaciones de la clase general y al resto de trabajadores sin contrato de trabajo por tiempo indefinido. Por último podrán ser adquiridos por la propia sociedad. Sólo si los títulos no son adquiridos por ninguna persona de estos colectivos, el titular quedará libre para transmitir sus títulos a otras personas. Parecido régimen se establece en caso de extinción de la relación laboral del socio trabajador.

La adquisición de acciones o participaciones sociales por sucesión hereditaria confiere a quien las adquiere la condición de socio. Sin embargo, los estatutos pueden establecer un régimen similar al visto para la sucesión *inter vivos*.

En toda ampliación de capital con emisión de nuevas acciones o participaciones, deberá respetarse la proporción existente entre las pertenecientes a las distintas clases con que cuenta la sociedad.

Los titulares de acciones o participaciones pertenecientes a cada una de las clases, tienen derechos de preferencia para suscribir o asumir las nuevas acciones o participaciones sociales pertenecientes a la clase respectiva. Salvo acuerdo de la junta general, las no suscritas o asumidas por los socios de la clase respectiva se ofrecerán a los trabajadores, sean o no socios, tal como hemos visto en la transmisión *inter vivos*.

La exclusión del derecho de suscripción preferente se regirá por la ley respectiva, según el tipo social, pero cuando la exclusión afecte a las

acciones o participaciones de la clase laboral la prima será fijada libremente por la junta general siempre que la misma apruebe un plan de adquisición de acciones o participaciones por los trabajadores de la sociedad, y que las nuevas acciones y participaciones se destinen al cumplimiento del plan e imponga la prohibición de enajenación en un plazo de cinco años.

A efectos de ostentar la representación ante las Administraciones Públicas y en defensa de sus intereses, así como para organizar servicios de asesoramiento, formación, asistencia jurídica o técnica y cuantos sean convenientes a los intereses de sus socios, las sociedades laborales, sean anónimas o de responsabilidad limitada, podrán organizarse en asociaciones o agrupaciones específicas, de conformidad con la Ley 19/1977, de 1 de abril, reguladora del derecho de asociación sindical.

e. Gestión de recursos

Las sociedades laborales se rigen, en la gestión de sus recursos, por el Derecho privado: Derecho civil, mercantil y laboral.

- (1) Gestión de recursos humanos. La relación que vincula a la sociedad laboral con el socio trabajador, en cuanto trabajador, esto es, el régimen de prestación por éste del trabajo, así como los derechos y deberes del socio trabajador, se regulan por el Derecho laboral.

La relación que vincula a la sociedad laboral con el socio trabajador, en cuanto socio, se regula por la legislación mercantil.

La relación que vincula a la sociedad laboral con el trabajador no socio es una relación laboral sometida por tanto al Derecho laboral.

Todos los socios trabajadores de las sociedades laborales estarán afiliados al Régimen General o a alguno de los Regímenes

Especiales de la Seguridad Social, según proceda, incluidos los miembros de los órganos de administración, tengan o no competencias directivas.

El personal funcionario o estatutario que se integre, como socio trabajador, en una sociedad laboral deja en suspenso su relación de servicios con la administración (generalmente quedando en situación de excedencia voluntaria, sin reserva, por tanto, de plaza concreta).

- (2) Gestión de recursos materiales. Las sociedades laborales se encuentran claramente fuera del ámbito de las entidades de Derecho público, y someten por tanto la gestión de sus recursos materiales a la normativa mercantil con carácter general. Distinguimos el régimen aplicable a sus bienes y el régimen de contratación de recursos.

- (a) Patrimonio

Las sociedades laborales tendrán patrimonio propio, que podrá estar constituido por toda clase de bienes y derechos susceptibles de valoración económica. El patrimonio será gestionado por los órganos de dirección de la sociedad en la forma establecida en los estatutos.

- (b) Contratación

Al escapar las sociedades laborales del ámbito del artículo 1 de la LCAAPP (que tiene carácter básico), no están sometidas al régimen de contratación administrativa. Por lo tanto se someten a las normas del Derecho privado. En las fases previas de preparación y adjudicación de los contratos tampoco les es aplicable la normativa de contratación de las Administraciones Públicas.

- (3) Gestión de recursos financieros. Se someten en este punto a las normas del Derecho privado. La financiación de la sociedad laboral está integrada por fondos aportados por los socios, que constituyen el capital social. También pueden apor-

tarse a la sociedad fondos de procedencia externa (préstamos y créditos de entidades financieras, públicas o privadas, subvenciones, etc.).

La ley establece importantes beneficios fiscales a aquellas sociedades laborales que destinen al Fondo Especial de Reserva, en el ejercicio en que se produzca el hecho imponible, el 25 por cien de los beneficios líquidos.

f. Conclusión

La sociedad laboral es un modelo organizativo escasamente analizado y desarrollado en el ámbito sanitario. Sin embargo, las ventajas aducidas al hablar de las cooperativas de trabajo asociado serían íntegramente reproducibles aquí.

3. Las sociedad mercantil de titularidad mayoritariamente privada

a. Introducción

Las sociedades mercantiles constituyen la formas más habitual de organizar la prestación de bienes y servicios para el mercado. Entre estas, la inmensa mayoría adoptan la forma de sociedades anónimas (en adelante, SA) o de sociedades de responsabilidad limitada (en adelante, SL)¹⁴⁹. La característica fundamental de estas dos modalidades respecto a las demás formas de sociedad mercantil o civil es que la responsabilidad de los socios por las deudas que asuma la sociedad, se limita a las aportaciones (para compra de acciones o participaciones) que hayan reali-

¹⁴⁹Las demás formas de sociedades mercantiles (sociedades colectivas y sociedades comanditarias) tienen en la actualidad carácter residual y apenas son utilizadas.

zado (en la vida civil, por contra, un particular responde de sus deudas con el total de su patrimonio). En este sentido es claramente definitoria la siguiente expresión de Garrigues: “El accionista arriesga, en el peor de los casos, todo lo más, sus acciones”.

El origen de las sociedades anónimas se remonta al Renacimiento. El surgimiento de estados nacionales fuertes con una importante expansión colonial y económica, exige la creación de grandes empresas. Estas grandes empresas precisan importantes recursos financieros que no podían obtenerse con las modalidades societarias existentes, pues estaban formadas por muy pocos socios, que además asumían una responsabilidad ilimitada por las deudas sociales. Todo ello obligó a buscar nuevas formas jurídicas caracterizadas por la responsabilidad limitada de los socios, la división del capital social en partes alícuotas —acciones—, y la facilidad para la transmisión de estas acciones. Esto permitiría la existencia de un gran número de partícipes y, en consecuencia, la posibilidad de disponer de grandes capitales que permitan crear empresas de tamaño adecuado a las nuevas circunstancias de un comercio mundial.

Ésta es la época de las grandes compañías coloniales, creadas como concesiones de la Corona para el comercio de ultramar: la Compañía de las Indias Occidentales, creada en Holanda en 1602; la Compañía Inglesa de las Indias Orientales, de 1612; o la Real Compañía de la Habana, creada por Felipe V en 1740. Sin embargo, el verdadero auge de las sociedades anónimas se produce en el siglo XIX, cuando se suprime la necesidad de la concesión administrativa para su creación. Las sociedades anónimas se convierten en el vehículo de la Revolución Industrial. Ya en el siglo XX aparece la que en nuestro país conocemos como sociedad de responsabilidad limitada, que viene a ser una sociedad anónima de modestas proporciones, a la que se recurre cuando un escaso número de personas desean iniciar en común una actividad económica, aportando pequeños capitales y buscando excluir su responsabilidad personal ante las posibles deudas de la sociedad.

El capital de una SA o de una SL puede estar suscrito mayoritariamente por una Administración Pública (o sea, la Administración es la propietaria de la mayoría de las acciones). En este caso estamos ante una de las formas tradicionalmente consideradas de Administración Institucional y que ya hemos analizado en el apartado 7 de este capítulo. Pero lo más habitual es que el capital social esté suscrito total, o al menos, mayoritariamente, por personas —físicas o jurídicas— de carácter privado. Esta SA o SRL de titularidad privada puede tener como objeto social la prestación de servicios sanitarios de cualquier tipo. Y la prestación de esos servicios puede hacerse, bien vendiéndolos en el mercado a cambio de un precio —fuera del sistema sanitario público—, o bien, como provisor de servicios públicos sanitarios, lo que se formalizará mediante la vinculación a la Administración Pública a través de alguna de las formas de vinculación que estudiaremos posteriormente (mediante un concierto o un convenio habitualmente).

La SA y la SL tienen una definición legal similar. Son aquellas sociedades cuyo capital, dividido en acciones (en el caso de las SA) o participaciones (en las SL), está integrado por las aportaciones de los socios, quienes no responden personalmente de las deudas sociales. Cualquiera que sea su objeto, tendrán naturaleza jurídica mercantil. Las diferencias entre ambos modelos se encuentran en todo el desarrollo de ambas figuras; las principales se mencionarán en los siguientes apartados.

b. Regulación

La regulación de las SA se contiene en el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (BOE nº 310, de 27 de diciembre).

Las SL se regulan en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (BOE nº 71 de 24 de marzo de 1995).

En ambos casos, por su carácter mercantil, su actividad quedará regulada por el Código de Comercio, de 22 de agosto de 1885, que además contiene la regulación de las otras dos modalidades de sociedades mercantiles: las sociedades colectivas (art. 125 a 144) y sociedades comanditarias (art. 145 a 157). Estas modalidades, por su escasa utilización, no serán desarrolladas en este estudio.

La legislación de las sociedades mercantiles se completa con el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio (BOE nº 184, de 31 de julio), por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, y La Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas (BOE nº 169, de 15 de julio).

El régimen jurídico de las SA y de las SL es muy similar. Para facilitar la exposición y destacar las diferencias entre ambos modelos, vamos a desarrollar en los siguientes epígrafes el régimen de las sociedades anónimas, y sólo destacaremos entre paréntesis las principales diferencias que sobre éste contiene el régimen de las SL.

c. Creación y extinción

- (1) La sociedad se constituye mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Con la inscripción adquirirá la sociedad su personalidad jurídica. La inscripción se publicará en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

En la escritura de constitución de la sociedad se expresarán:

- (a) Los datos personales, si son personas físicas, o la denominación o razón social, si son personas jurídicas, la nacionalidad y domicilio de quienes presentan la escritura.
- (b) La expresión de la voluntad de fundar una sociedad.
- (c) Las características y valoración económica de las aportaciones de cada socio y el número de acciones (si es SA) o

participaciones (si es SL) atribuidas en pago de esa aportación.

- (d) La estimación de los gastos de constitución de la sociedad.
- (e) Los estatutos que han de regir el funcionamiento de la sociedad.
- (f) Los datos personales, si son personas físicas, o la denominación o razón social, si son personas jurídicas, la nacionalidad y domicilio de quienes se encarguen inicialmente de la administración y representación social.
- (g) Todos aquellos pactos o condiciones que los socios fundadores quieran realizar, siempre que sean conformes a Derecho.

En los estatutos se hará constar básicamente:

- (a) La denominación de la sociedad, en la que deberá figurar necesariamente la indicación “Sociedad Anónima” o su abreviatura “S.A.” (en el caso de las SL “Sociedad de Responsabilidad Limitada” o “Sociedad Limitada” o “S.R.L.” ó “S.L.”). La denominación no podrá ser idéntica a otra existente.
- (b) El objeto social, determinando las actividades que lo integran.
- (c) La duración de la sociedad.
- (d) La fecha en que dará comienzo a sus operaciones.
- (e) El domicilio social.
- (f) El capital social, con indicación de la parte no desembolsada aun (en la SL el capital debe estar desembolsado desde el primer momento). El capital no podrá ser inferior a diez millones de pesetas (el capital de una SL no podrá ser inferior a 500.000 pesetas).
- (g) El número de acciones (o participaciones si es SL) en que esté dividido el capital social; su valor nominal y si son al

portador o nominativas (en el caso de la SL, las participaciones son siempre nominativas).

- (h) La estructura del órgano de administración de la sociedad, así como el número e indicación de los administradores.

La fundación de la sociedad puede hacerse de dos formas: de forma simultánea y de forma sucesiva (en la SL siempre debe ser simultánea). En la fundación simultánea, los socios suscriben en un sólo acto la totalidad del capital social. En la fundación sucesiva, con anterioridad al otorgamiento de la escritura de constitución de la sociedad, se hace una promoción pública para la suscripción de acciones por cualquier medio de publicidad o por la actuación de intermediarios financieros.

No podrá constituirse una sociedad que no tenga suscrito totalmente su capital social y no lo tenga, al menos, desembolsado en una cuarta parte aun (como ya hemos visto, en la SL el capital debe estar desembolsado desde el primer momento). Cada accionista deberá aportar a la sociedad la porción pendiente de capital en la forma y plazo previstos por los estatutos.

Las aportaciones de los socios a la sociedad deberán ser bienes o Derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica. Las aportaciones no dinerarias, para su valoración, habrán de ser siempre objeto de informe pericial (este informe pericial no se exige para las SL). No podrán ser objeto de aportación el trabajo o los servicios, aunque los estatutos podrán establecer para los socios prestaciones accesorias que no podrán integrar el capital social.

- (2) La sociedad, durante su vida, puede sufrir modificaciones. Éstas pueden ser de muy diverso origen. Durante la vida social es posible realizar una modificación de los estatutos que deberá ser acordada por la junta general de accionistas, para la que se exige un quórum del 50% del capital (no se exige ningún quórum en el caso de SL). La ley establece una pormenorizada

regulación de las modificaciones estatutarias a fin de asegurar la publicidad del proceso y las garantías de los accionistas.

También es posible aumentar o disminuir el capital social. El aumento de capital podrá realizarse con la emisión de nuevas acciones (participaciones, en el caso de SL) o por la elevación del valor nominal de las ya existentes, y su contravalor podrá consistir en nuevas aportaciones dinerarias o no dinerarias, o en la transformación de reservas o beneficios que ya figuraban en el patrimonio de la sociedad. Para realizar el aumento es preciso el acuerdo de la junta general. En los aumentos de capital social con emisión de nuevas acciones (participaciones, si es SL), los antiguos accionistas pueden ejercitar el derecho a suscribir un número de acciones (o participaciones si es SL) proporcional al valor nominal de las que ya posean.

La reducción de capital tendrá carácter obligatorio para la sociedad cuando las pérdidas hayan disminuido su haber por debajo de las dos terceras partes del capital, y hubiese transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio, y podrá realizarse mediante la disminución del valor nominal de las acciones, su amortización, o su agrupación para canjearlas. El acuerdo de junta general que acuerde la reducción ha de ser el mismo que para el aumento (la regulación de las SL prevé un procedimiento especial para la reducción de capital por restitución de aportaciones).

- (3) La ley también regula la transformación, fusión y escisión de las sociedades:
 - (a) La transformación consiste en la conversión de la sociedad anónima en otra forma societaria mercantil: colectiva, comanditaria o de responsabilidad limitada, sin modificar su personalidad jurídica ni las aportaciones de los socios. Deberá acordarse por la junta general y publicarse en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

- (b) La fusión puede adoptar dos modalidades:
 - Fusión por creación de una nueva sociedad. La fusión de cualesquiera sociedades en una sociedad nueva implicará la extinción de cada una de ellas y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva sociedad.
 - Fusión por absorción. La sociedad absorbente adquirirá el patrimonio de la sociedad absorbida, que se extinguirá. Aumentará el capital social de la sociedad absorbente.
- (c) La escisión puede adoptar también dos formas:
 - Escisión con extinción. Supone la extinción de una sociedad anónima, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se traspa en bloque a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente.
 - Escisión por segregación. Una parte del patrimonio de una sociedad se segrega, sin que se extinga la sociedad. La parte segregada pasa a otra sociedad de nueva creación o ya existente.
- (4) La disolución de la sociedad se produce por las siguientes causas:
 - (a) Por acuerdo de la junta general.
 - (b) Por cumplimiento del término fijado en los estatutos.
 - (c) Por cumplimiento, o imposibilidad de cumplimiento, del objeto social.
 - (d) Por pérdidas que mermen el patrimonio social hasta que su valor sea igual o menor a la mitad del capital social (salvo que se reduzca éste)
 - (e) Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal.
 - (f) Por fusión o escisión total de la sociedad.

(g) Por cualquier otra causa establecida en los estatutos.

(h) Por quiebra de la sociedad si se acuerda judicialmente.

Una vez disuelta la sociedad se abrirá el período de liquidación, salvo en los supuestos de fusión o escisión total. Durante la liquidación los administradores son sustituidos por liquidadores, y podrá nombrarse un interventor que fiscalice el proceso de liquidación. Los liquidadores realizan inventario de los bienes, ejecutan los actos de comercio pendientes, cobran los créditos, pagan a los acreedores, y elaboran el balance final. Posteriormente se realiza el reparto de bienes entre los socios y la cancelación de la Sociedad en el Registro.

d. Organización

(1) Las acciones y participaciones

(a) Las acciones de la SA. Representan partes alícuotas del capital social. La acción confiere a su titular la condición de socio y le otorga, como mínimo, los siguientes derechos:

- El de participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación.
- El de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones.
- El de asistir y votar en las juntas generales y el de impugnar los acuerdos sociales.
- El de información.

Las acciones se representarán por medio de títulos —nominativos o al portador— o por medio de anotaciones en cuenta, teniendo en uno y otro caso el carácter de valores mobiliarios. Hasta su inscripción en el Registro serán intransmisibles, y a partir de este momento, sólo serán

válidas las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones, cuando recaigan sobre acciones nominativas y estén expresamente impuestas en los estatutos, siendo nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente intransmisible la acción.

Por otra parte, las acciones son indivisibles. El copropietario de una acción habrá de designar a una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, respondiendo solidariamente frente a la sociedad de cuantas obligaciones se deriven de la condición de accionista. Si hubiera usufructo, la cualidad de socio residirá en el nudo propietario, correspondiendo únicamente al usufructuario el derecho a los dividendos.

- (b) Las participaciones de la SL. La SL tendrá un capital determinado dividido en participaciones acumulables e indivisibles, que no tendrán el carácter de valores ni podrán estar representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta, ni denominarse *acciones*.

Las participaciones sociales tienen restringida la transmisión, excepto en el caso de adquisición por socios, cónyuge, ascendiente o descendiente del socio, o por sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmite que, en defecto de cláusula estatutaria en contrario, constituyen supuestos de transmisiones libres.

- (2) La junta general. Es el órgano superior de la sociedad. Los accionistas, constituidos en junta general decidirán por mayoría sobre los asuntos de competencia de la Junta. Todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la junta general.

La junta general puede ser ordinaria, extraordinaria o universal. La ordinaria, previamente convocada al efecto, se reúne

dentro de los seis primeros meses de cada año, para censurar la gestión social, aprobar, en su caso, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado. Toda Junta que no sea ordinaria tendrá la consideración de extraordinaria. En uno u otro caso, la Junta deberá ser validamente convocada conforme a los términos de la ley. No obstante, la Junta se entenderá convocada y quedará validamente constituida para tratar cualquier asunto, siempre que esté presente todo el capital social y los asistentes acepten por unanimidad la celebración de la Junta; es la llamada Junta Universal. La ley contiene una extensa regulación de la convocatoria, constitución y celebración de la junta general. Los acuerdos de la junta general podrán ser impugnados por ser contrarios a la ley o a los estatutos o por lesionar los intereses de la sociedad.

- (3) Los administradores y el consejo de administración. La determinación del número y la designación de los administradores de la sociedad corresponde a la junta general, si los estatutos no prevén otra cosa. Para ser administrador no es necesario ser socio, salvo que los estatutos establezcan lo contrario. La representación de los administradores se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social. No podrán admitirse limitaciones a la representatividad de los administradores. La retribución de los administradores se fijará en los estatutos.

Cuando la administración de la sociedad se confíe a dos o más administradores, estos constituirán el consejo de administración. La elección de los miembros del consejo de administración será proporcional a la distribución del capital. Los acuerdos del consejo de administración se adoptan por mayoría absoluta de los miembros presentes. El consejo de administración elegirá a su Presidente, regulará su propio funcionamiento y podrá designar en su seno una Comisión ejecutiva o uno o más consejeros-delegados

e. Gestión de recursos

- (1) Gestión de recursos humanos. Como cualquier empresa privada del tráfico mercantil, la gestión de recursos humanos se desarrolla completamente por Derecho laboral. El régimen jurídico de sus trabajadores estará constituido, por tanto, por la normativa laboral general —el estatuto de los trabajadores, principalmente—, el convenio colectivo que resulte de aplicación a ese ámbito sectorial o territorial y el contrato individual de trabajo que cada trabajador firme con la empresa.

El personal funcionario o estatutario que se integre, como socio en una sociedad mercantil deja en suspenso su relación de servicios con la administración (generalmente quedando en situación de excedencia voluntaria, sin reserva de plaza).

- (2) Gestión de recursos materiales. Al igual que en los casos anteriores, separamos el estudio del régimen aplicable a sus bienes, del correspondiente a la contratación de bienes y servicios.

(a) Patrimonio

Las sociedades mercantiles tendrán patrimonio propio, que podrá estar constituido por toda clase de bienes y derechos susceptibles de valoración económica. El patrimonio será gestionado por los órganos de dirección de la sociedad en la forma establecida en los estatutos.

(b) Contratación

Las sociedades mercantiles quedan, como es natural, fuera del ámbito del artículo 1 de la LCAAPP. Por ello, no están sometidas al régimen de contratación administrativa. Por lo tanto se someten a las normas del Derecho privado. En las fases previas de preparación y adjudicación de los contratos tampoco les es aplicable la normativa de contratación de las Administraciones Públicas.

- (3) Gestión de recursos financieros. Se someten en este punto a las normas del Derecho privado. La financiación de la sociedad mercantil, que se puede definir como la obtención de medios para la sociedad, que se destinan a la adquisición de los diversos elementos que componen su estructura económica, está integrada por los fondos ajenos, es decir, los créditos entregados a la sociedad por los acreedores, proveedores, bancos, etc. y que ésta ha de reintegrar a sus vencimientos; y por las fuentes de financiación propias, bien procedentes de beneficios generados por la entidad y no distribuidos (reservas), bien procedentes de aportaciones a la misma a título capitalista (capital social).

La ley dedica un amplio capítulo a la regulación de las cuentas anuales de la sociedad, que son: el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria. Las cuentas anuales y el informe de gestión deberán ser revisados por auditores de cuentas cuando la sociedad supere una serie de parámetros, como son, un determinado número de empleados, volumen de operaciones, o magnitud del activo.

f. Conclusión

La solvencia de las sociedades mercantiles como formas organizativas está fuera de dudas. Por la enorme flexibilidad de su gestión, la facilidad de transmisión (en el caso de las S.A. sobre todo) y, fundamentalmente, por la limitación de la responsabilidad que llevan aparejada constituyen, desde hace muchas décadas, la manera más habitual de ejercer actividades comerciales en forma societaria, no sólo por comerciantes privados, sino también, como vimos en un epígrafe anterior, por las propias Administraciones Públicas.

4. La fundación creada por persona privada

La fundación, según el artículo 6 de su ley reguladora, podrá constituirse por una persona física o por una persona jurídica, pudiendo ser ésta, no sólo pública como ya vimos, sino también privada.

La fundación creada por persona física o jurídico-privada puede —y en muchas ocasiones así sucede— ser prestadora de servicios sanitarios. Y puede hacerlo a título particular o como provisor de servicios públicos sanitarios mediante la vinculación a la Administración Pública a través de alguna de las formas de vinculación que estudiaremos posteriormente (principalmente mediante un concierto o un convenio).

El régimen jurídico de las fundaciones en España es el mismo independientemente de que la fundación la constituya una persona pública o privada. Por tanto vale para esta modalidad organizativa lo dispuesto en el apartado 11 de este capítulo (que denominábamos *La Fundación creada por Entidad Pública*), con las siguientes salvedades:

- Como es natural las previsiones contenidas en el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del INSALUD (RDNFG) no son de aplicación a las fundaciones cuando son creadas por personas físicas o jurídicas privadas.
- Cuando la fundación es creada por una persona física, la ley 30/1994 exige que esta tenga la capacidad general de obrar y, además, la capacidad especial para disponer gratuitamente de los bienes y derechos en que consista la donación.
- Cuando la fundación es creada por una persona jurídica privada que tengan la forma de sociedad (sociedad civil, sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad cooperativa, sociedad laboral, etc.) la ley exige acuerdo expreso de su junta general o de su asamblea de socios.
- Cuando la fundación se constituye por persona física, puede hacerse por acto *inter vivos* o *mortis causa*. La constitución

por acto *inter vivos* se realizará mediante escritura pública en la misma forma vista en el apartado 11.3. para las fundaciones creadas por entidad pública (art. 8 de la Ley 30/1994).

- Cuando la fundación se constituye por acto *mortis causa* se realizará testamentariamente, cumpliéndose en el testamento los requisitos establecidos para la escritura de constitución a que nos hemos referido en el punto anterior.

C. FORMAS DE GESTIÓN MIXTAS

1. La gestión interesada

Es, junto con la concesión, el concierto y la sociedad de economía mixta, una de las cuatro modalidades establecidas en el artículo 157 de la LCAAPP para la gestión de servicios públicos. Mediante la Gestión Interesada, y según el mismo artículo, “la Administración y el empresario participan en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato”.

Nos encontramos aquí ante la primera de las dos modalidades de gestión mixta de servicios públicos. Se trata, en efecto de una forma de asociación entre un particular y la Administración con vistas a la prestación de un servicio.

La gestión interesada se define (Serna, 1995; Parejo, 1992) como un sistema de gestión indirecta de actividades y servicios, en que, mediante un contrato, se establece una asociación entre la Administración y un empresario particular, en virtud del cual se otorga al particular el ejercicio de la actividad o la prestación del servicio, ejerciéndolo en interés de la Administración, con atribución al particular de una participación en los resultados económicos en la proporción que se establezca en el contrato.

Esta forma de gestión, apenas tiene desarrollo normativo, es poco aplicada, y no tenemos noticia de su utilización en la provisión de servicios sanitarios públicos.

Se podrá estipular un beneficio mínimo en favor de cualquiera de las partes asociadas, atendiendo a los resultados de la explotación.

Se determinará en el contrato el régimen obligacional de la gestión y, en especial, las responsabilidades que incumben al empresario.

El carácter no estrictamente comercial de la asistencia sanitaria, hace preferible otras formas jurídicas de gestión.

2. La sociedad de economía mixta

La sociedad de economía mixta es, junto con la concesión, la gestión interesada y el concierto, una de las cuatro formas de gestión de servicios públicos establecida en el reiterado artículo 157 de la LCAAPP. En la sociedad de economía mixta, y según este artículo, “la Administración participa, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas”.

Nos encontramos aquí ante la segunda de las formas de gestión mixta de servicios públicos. Como dice Ramón Parada (1991) la sociedad de economía mixta se encuentra ya en la frontera entre las organizaciones públicas y las privadas, pues se trata de un organismo en el que se unen, con vistas a realizar una actividad de servicio público, los entes públicos y los particulares, aportando unos y otros una parte del capital.

Como recoge el mismo autor, el origen de esta forma de organización de servicios públicos es más humilde: unir en una empresa mercantil a la Administración Pública y a los particulares pareció, desde primeros de siglo, la forma más suave de contradecir el dogma de la incapaci-

dad industrial del Estado. Además, se consideró la técnica más eficaz de conciliar la defensa del interés público con la eficacia de la gestión que se presuponía inherente al espíritu de lucro de los titulares del capital privado. Posteriormente, la empresa mixta sirvió para sostener empresas deficitarias de interés general¹⁵⁰. Por fin, en la legislación del franquismo, la sociedad mixta deja de tener este carácter convirtiéndose en una técnica más de gestión de servicios públicos, tal como hoy la concebimos. En todo caso, hay que destacar el hecho de que las sociedades de economía mixta fueron el primer paso en la participación de la Administración en sociedades mercantiles, antes de la creación por la propia Administración de sociedades mercantiles (García de Enterría, 1989).

A diferencia del modelo de sociedad mercantil, aquí se sigue manteniendo el carácter de verdadera sociedad, de “puesta en común” de varios socios, que ha desaparecido en las primeras, con socio único. La Administración entra como socio de accionistas privados en el seno de una sociedad de capital que adopta la posición de contratista o concesionaria de la propia Administración o de otra distinta. La sociedad de economía mixta deberá aparecer como parte contratante ante la Administración Pública, con las obligaciones y derechos propios del concesionario de servicios públicos (García de Enterría, 1989).

La promoción de estas sociedades puede ser iniciativa de la Administración, en cuyo caso las aportaciones de capital privado, deberán adjudicarse conforme a las reglas de publicidad y concurrencia, y salvo que el ejecutivo acuerde expresamente lo contrario, la participación de la Administración será siempre mayoritaria. Cuando no lo sea, se nombra-

¹⁵⁰ Este fue el caso de IBERIA: su origen privado se remonta al año 1920. Una ley de 1940 la reestructuró, autorizando una participación estatal del cincuenta y uno por ciento, nacionalizándose en 1943 mediante la adquisición por el Estado, a través del INI, de las restantes acciones de propiedad privada. El mismo procedimiento se siguió con la Compañía Nacional Telefónica, mediante la adquisición por el Estado de una parte del capital de la ITT. Ambas compañías han dejado de ser públicas en los últimos años.

rá un Delegado del Gobierno cerca de la Sociedad con facultades de inspección y vigilancia oportunamente regladas.

Frente al régimen mercantil ordinario, la sociedad de economía mixta presenta importantes excepciones, principalmente:

- Duración limitada de su existencia a un número de años.
- Establecimiento de controles de su gestión por parte de la Administración Pública.

Concluiremos recogiendo, por su interés, la valoración que para Ramón Parada (1991) merece esta forma mixta de gestión de servicios públicos: “Si hace algunas décadas —dice el autor— se veía a la empresa de economía mixta como una feliz combinación de esfuerzos de capital privado y la Administración, como una técnica para rectificar el monopolio empresarial del gran capital, sin perder la superior eficacia de la gestión privada frente a la burocrática, como un lugar de encuentro entre las ideas socialistas y las de libre mercado y un estímulo para fomentar el ahorro popular, en la actualidad ese optimismo se ha visto rebajado ante algunas críticas que han evidenciado contradicciones intrínsecas en este maridaje entre el sector público y el privado.

En efecto los economistas han puesto de relieve que en las empresas mixtas, los intereses privados tienden a predominar sobre los intereses públicos. También se ha advertido que los titulares del capital privado pierden agresividad empresarial y sentido de la responsabilidad ante la confianza que supone la compañía de un socio tan poderoso como el Estado, cuya quiebra es inimaginable.

Tampoco han faltado las críticas a la empresa mixta como entidad concesionaria de servicios públicos. Así, el móvil de lucro, fin legal y esencial de las sociedades mercantiles, se muestra contradictorio con los postulados del servicio público que obligan a un constante perfeccionamiento y mejora de las prestaciones en favor de los usuarios y por encima de las consideraciones de rentabilidad estrictamente comercia-

les. Con relativa frecuencia, además, los gestores propician políticas de congelación de tarifas que, si son rentables políticamente, llevan a la descapitalización de la empresa en fraude de las expectativas de los que aportaron sus capitales.

Actualmente el modelo de sociedad mixta apenas se utiliza para la gestión de servicios públicos tradicionales; en la actualidad se utiliza más en sectores como el urbanismo y la vivienda que permiten operaciones de inversión en tiempo más breve y de liquidación más inmediata”.

D. FORMAS DE VINCULACIÓN

1. El convenio

a. Introducción

En el capítulo tercero definimos el *menú* de formas jurídicas de la organización sanitaria. Distinguíamos entre formas de gestión directa, formas de gestión indirecta, formas de gestión mixta, y formas de vinculación. Las dieciocho modalidades analizadas hasta ahora en este capítulo —formas de gestión directa, indirecta y mixta— son todas organizaciones. La que estudiaremos a continuación —el convenio— y las tres siguientes —concierto, concesión y arrendamiento— no son organizaciones, sino instrumentos para relacionar una Administración Pública con una forma de gestión indirecta, que son personas jurídicas privadas, nexos de unión entre ambos que definen las condiciones de esa relación, qué requisitos son necesarios para que exista esa relación, cuáles son los derechos y las obligaciones de ambas partes, qué mecanismos de control existen, etc.

La primera de estas formas de vinculación que estudiamos es el convenio. Los convenios administrativos están reconocidos en el artí-

culo 88 de la LRJPC. Como dice Cosculluela (1995), constituye una forma de acción administrativa que se inscribe en la potenciación de los derechos de participación ciudadana y que permite al ciudadano colaborar en la propia definición final de los intereses públicos a satisfacer. El artículo 88 de la LRJPC dispone:

“1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la condición de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no a la resolución que les ponga fin.

2. Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a que estuvieran destinados.

3. Requerirán en todo caso la aprobación expresa del Consejo de Ministros, los acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano.

4. Los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos.”

Según el mismo autor, aunque la ley los regula como una simple modalidad de terminación convencional del procedimiento administrati-

vo¹⁵¹, es evidente que tienen sustantividad propia, y constituyen una alternativa al acto administrativo como decisión unilateral¹⁵².

b. Definición

La definición de lo que es un convenio es algo altamente complicado desde el punto de vista jurídico. Poco tienen que ver los convenios internacionales con los convenios colectivos, por poner un ejemplo. En el ámbito sanitario esta dificultad aumenta a la vista de la gran variedad de supuestos de relaciones convencionales que se contienen en la Ley General de Sanidad y en las principales normas autonómicas sobre la materia. Así, además de los citados artículos 66 y 67 de la LGS, tenemos (Menéndez, 1995):

- (1) Convenios para la implantación paulatina de la LGS en aquellas Comunidades que no cuentan con competencias suficientes en la materia (Disposición Transitoria 3ª de la LGS).
- (2) Convenios entre el Gobierno y las Comunidades Autónomas para desarrollar los criterios básicos mínimos y comunes en materia de información sanitaria (Disposición Adicional 2ª de la LGS).
- (3) Convenios para la transferencia a las Comunidades Autónomas de los establecimientos y centros sanitarios de titularidad local (Disposición transitoria 1ª de la LGS).
- (4) Convenios singulares para la vinculación de los centros particulares a la red pública (art. 29.2 de la Ley 1/1993 de 6 de

¹⁵¹El artículo 88 de la LRJPC lleva el título “terminación convencional” y esta integrado en el capítulo IV (“Finalización del procedimiento”) del Título VI (“De las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos”).

¹⁵²La LRJPC contempla otro tipo de convenio, del que no nos vamos a ocupar: su artículo 6 se denomina “Convenios de colaboración” y se refiere a los celebrados entre “el Gobierno de la Nación y los órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas” en el ámbito de sus respectivas competencias.

abril, de Castilla y León, de Ordenación del Sistema Sanitario).

- (5) Convenios con centros hospitalarios no integrados en la red pública para la atención de enfermos agudos cuando los hospitales de la red no sean suficientes (art. 43.3 de la Ley 15/1990, de 9 de julio, de Ordenación Sanitaria de Cataluña).
- (6) Convenios para la integración definitiva de los establecimientos de titularidad de las corporaciones locales en el Servicio de Salud (Disposición transitoria 3ª de la Ley de Castilla y León comentada; disposición transitoria 5ª de la Ley balear 4/1992, de 15 de julio, de creación del Servicio Balear de Salud; disposición transitoria 2ª.1 de la Ley aragonesa 2/1989, de 21 de abril, de creación del Servicio Aragonés de Salud; art. 15.c. de la Ley gallega 1/1989 de 2 de enero, de creación del Servicio Gallego de Salud).
- (7) Convenios de colaboración, entre la Administración Sanitaria y otras Administraciones Públicas titulares de centros hospitalarios (art. 1.3.a. y 12 del Decreto 165/1995, de 4 de julio, de Andalucía).
- (8) Convenios singulares de vinculación, suscritos entre la Administración Sanitaria y entidades privadas titulares de centros hospitalarios, para la vinculación de los mismos a la red pública (artículo 73.2 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, y artículos 1.3.b. y 13 del Decreto 165/1995, de 4 de julio, de Andalucía).

La relación hecha no tiene carácter exhaustivo, pero da una idea de los múltiples significados que se atribuyen al concepto *convenio* y de las dificultades para distinguir esta figura de otras como el concierto, que estudiaremos en el epígrafe siguiente¹⁵³. Como resumen, podemos establecer:

¹⁵³Una análisis de las principales normas autonómicas de organización de los servicios de salud, nos da una idea de la gran variedad de supuestos distintos que se incluyen bajo

- (1) Convenios interadministrativos. Tienen muy diversas finalidades y se encuentran, como hemos visto, muy dispersos por toda la extensión de la LGS. No son objeto de nuestro análisis.
- (2) Convenios para la vinculación de centros privados a la red pública. Son los que desarrollamos en este epígrafe.

c. Regulación

La celebración de convenios requiere, como hemos visto, que una norma específica establezca tal posibilidad. Esta norma específica deberá regular el alcance, efectos y régimen jurídico específico que corresponde al convenio. En el ámbito sanitario, los artículos 66 y 67 de la Ley General de Sanidad constituyen esta norma específica habilitadora de la celebración de convenios.

El artículo 66 de la Ley General de Sanidad dispone:

“1. Formará parte de la política sanitaria de todas las Administraciones Públicas, la creación de una red integrada de hospitales del sector público.

los conceptos de convenio y concierto. La distinción entre ambas figuras se hace, a veces confusa. Entre estas normas podemos citar además de las mencionadas: artículo 2 de la Orden de 30 de junio de 1992, de Cataluña; artículos 77 a 82 de la Ley Foral 10/90, de 23 de noviembre, de Navarra, de Salud; los artículos 30 a 34 de la Ley 1/92, de 2 de julio, de Asturias, de creación del Servicio de Salud del Principado; los artículos 29 a 32 de la Ley 1/93, de 6 de abril, de Castilla y León, de Ordenación del Sistema Sanitario; el artículo 96 de la Ley 11/94 de 26 de julio, de Canarias, de ordenación sanitaria; el artículo 37 de la Ley 4/92 de 15 de julio, de Baleares, de creación del Servicio Balear de Salud; el artículo 12 de la Ley 8/86, de 6 de mayo, de Andalucía, de regulación del Servicio Andaluz de Salud; artículo 23 de la Ley 10/83, de 19 de mayo, del País Vasco, del Servicio Vasco de Salud-Osakidetza; artículos 25 y 26 de la Ley 8/87, de 4 de diciembre, de la Comunidad Valenciana, de creación del Servicio Valenciano de Salud; artículos 13 y 20 de la Ley 1/89, de 2 de enero, de Galicia, de creación del Servicio gallego de Salud; artículos 37, 40 y 41 de la Ley 2/89, de Aragón, de creación del Servicio Aragonés de Salud; o los artículos 40 y 41 de la Ley 4/91, de 25 de marzo, de La Rioja, de creación del Servicio Riojano de Salud.

Los hospitales generales del sector privado que lo soliciten serán vinculados al Sistema Nacional de Salud de acuerdo con un protocolo definido, siempre que por sus características técnicas sean homologables, cuando las necesidades asistenciales lo justifiquen y si las disponibilidades económicas del sector público lo permiten.

2. Los protocolos serán objeto de revisión periódica.

3. El sector privado vinculado mantendrá la titularidad de centros y establecimientos dependientes del mismo, así como la titularidad de las relaciones laborales del personal que en ellos preste sus servicios.”

Por su parte, el artículo 67 dispone:

“1. La vinculación a la red pública de los hospitales a que se refiere el artículo anterior, se realizará mediante convenios singulares.

2. El convenio establecerá los derechos y obligaciones recíprocos en cuanto duración, prórroga, suspensión temporal, extinción definitiva del mismo, régimen económico, número de camas hospitalarias y demás condiciones de prestación de la asistencia sanitaria, de acuerdo con las disposiciones que se dicten para el desarrollo de esta Ley. El régimen de jornada de los hospitales a los que se refiere este apartado será el mismo que el de los hospitales públicos de análoga naturaleza en el correspondiente ámbito territorial.

3. En cada convenio que se establezca de acuerdo con los apartados anteriores, quedará asegurado que la atención sanitaria prestada por hospitales privados a los usuarios del sistema sanitario se imparte en condiciones de gratuidad, por lo que las actividades sanitarias de dicho hospital no podrán tener carácter lucrativo.

El cobro de cualquier cantidad a los enfermos en concepto de atenciones no sanitarias, cualquiera que sea la naturaleza de éstas, podrá ser establecido si previamente son autorizados por la Administración Sanitaria correspondiente el concepto y la cuantía que por él se pretende cobrar.

4. Serán causa de denuncia del convenio por parte de la Administración Sanitaria competente, las siguientes:

- a) Prestar atención sanitaria objeto del Convenio contraviniendo el principio de gratuidad.
- b) Establecer sin autorización servicios complementarios no sanitarios, o percibir por ellos cantidades no autorizadas.
- c) Infringir las normas relativas a la jornada y al horario del personal del hospital establecidas en el apartado 2º.
- d) Infringir con carácter grave la legislación laboral, de la Seguridad Social o Fiscal.
- e) Lesionar los derechos establecidos en los artículos 16, 18, 20 y 22 de la Constitución cuando así se determine por Sentencia.
- f) Cualesquiera otras que se deriven de las obligaciones establecidas en la presente Ley.

5. Los hospitales privados vinculados con el sistema nacional de Salud estarán sometidos a las mismas inspecciones y controles sanitarios, administrativos y económicos que los hospitales públicos, aplicando criterios homogéneos y previamente reglados”.

Otros dos preceptos de la LGS hacen referencia a estos convenios singulares: los artículos 93 y 94.1. Según el artículo 93:

“No podrán ser vinculados los hospitales y establecimientos del sector privado en el Sistema Nacional de Salud (...), cuan-

do en alguno de sus propietarios o en alguno de sus trabajadores, concurren las circunstancias que sobre incompatibilidades del sector público y el privado establezca la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas”.

El artículo 94.1 dice así:

“Los hospitales privados vinculados en la oferta pública estarán sometidos a las mismas inspecciones y controles sanitarios, administrativos y económicos que los hospitales públicos”.

Las Comunidades Autónomas establecen su normativa propia al respecto. Así, en la Comunidad Autónoma de Andalucía, los convenios singulares de vinculación entre la Administración Sanitaria y entidades privadas titulares de centros hospitalarios para la vinculación de aquellos al Sistema Sanitario Público de Andalucía se regulan en los artículos 73 a 77 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía. Conforme al artículo 73.2 “se regirán por sus propias normas con carácter preferente y por lo dispuesto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, siéndoles de aplicación lo previsto en la normativa vigente de contratación administrativa”.

d. Régimen Jurídico

De las normas vistas, comentaremos algunos aspectos relevantes de la naturaleza y régimen jurídico del convenio.

- (1) Carácter no básico. El primer comentario que nos sugiere la lectura de los artículos 66 y 67 es que la regulación de los convenios para la vinculación de centros privados a la red pública en la Ley General de Sanidad tiene carácter de norma

no básica, esto es, de carácter supletorio para las Comunidades Autónomas; por tanto, puede ser desplazada por la legislación autonómica.

Sorprende la comparación del artículo 67.5, que no tiene carácter de norma básica, con el artículo 94 que, con casi idéntica redacción, sí es norma básica.

- (2) Naturaleza jurídica. Cabe preguntarse, en segundo lugar, cuál es la naturaleza jurídica de estos convenios de vinculación singular de centros privados a la red pública. El tema no es estéril; por el contrario, la respuesta condicionará el régimen aplicable y en última instancia, su funcionamiento.

La regulación de la LGS no es clara: se habla de protocolo, de homologación y de convenio. El protocolo es una regulación que establece la Administración competente y que sirve de referencia general para la homologación de los centros privados que quieran vincularse a la Red Pública. Por tanto no tiene carácter contractual, sino que es una disposición administrativa general. La homologación es un acto administrativo resolutorio por el que se acredita que un centro reúne todos los requisitos para vincularse a la red pública. Por último, el convenio en sí tampoco tendría naturaleza contractual, sino de resolución administrativa necesitada de aceptación.

Como dice Menéndez (1995), la vinculación de centros hospitalarios completos debe hacerse en las mismas condiciones para todos, tanto en cuanto a las obligaciones que contraen, como en cuanto a las facultades que asumen. Se trata, por consiguiente de una típica situación reglamentaria, en la que la inclusión y exclusión se lleva a cabo en virtud de resoluciones (necesitadas de aceptación). Esta es, por otra parte, la mejor garantía de igualdad de trato a los centros privados vinculados a la red pública. Sería impensable que cada centro se vinculara en condiciones diferentes.

Por esto, este autor concluye que los convenios singulares de vinculación no son contratos administrativos, sino resoluciones necesitadas de aceptación. Esto tiene importantes consecuencias en el régimen jurídico aplicable: el marco de referencia no sería la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Ley 13/1995, de 18 de mayo), sino el régimen de las resoluciones administrativas contenido en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

En general los convenios, tanto interadministrativos como con particulares, quedan excluidos de la LCAAPP (art. 3.1.c. y d.), si bien, según el art. 3.2 de esa ley, se les aplicarán “los principios de esta ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse”¹⁵⁴.

- (3) Derecho al convenio. Un último tema que merece mencionarse es si los titulares de centros hospitalarios privados tienen reconocido en la LGS un derecho al convenio, a la integración de sus centros a la red pública. La redacción del artículo 66.1 LGS parece apoyar una respuesta afirmativa, al afirmar que “los hospitales generales del sector privado que lo soliciten

¹⁵⁴En este sentido es correcto el art. 12.1 in fine del Decreto 165/95, de 4 de julio, de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía (que regula en su ámbito territorial los procedimientos de homologación de centros hospitalarios y de suscripción de convenios y conciertos), que establece que “los convenios de colaboración (entre la Administración sanitaria y otras Administraciones) se regularán (...) con carácter supletorio por los principios previstos en la Ley 13/1995 (...) en lo relativo a la resolución de dudas y lagunas que pudieran presentarse”.

Por la misma razón no parece acertada la redacción del art. 13.1 del citado Decreto que dispone que “los convenios singulares de vinculación se registrarán (...) siéndoles de aplicación lo previsto en la normativa vigente de contratación administrativa”. La normativa vigente de contratación administrativa lo que establece es, precisamente, su exclusión del ámbito de la ley, según el artículo 3.1.d. La Ley 13/1995, en este punto, tiene además carácter de norma básica, y por lo tanto resulta de directa aplicación a todas las Administraciones Públicas.

serán vinculados”. Sin embargo, el mismo precepto establece una serie de condiciones para esa vinculación (“cuando las necesidades asistenciales lo justifiquen y las disponibilidades económicas del sector público lo permiten”). Para Menéndez (1995), no hay un derecho subjetivo de los centros privados a vincularse, pero la decisión sobre tal vinculación no puede adoptarse discrecionalmente, sino que tiene carácter reglado. En consecuencia, ante una solicitud de vinculación, la Administración sólo podrá denegarla invocando la inexistencia de necesidades asistenciales o, lo que será más frecuente, la falta de recursos económicos.

2. El concierto

a. Introducción

Ya hemos visto cómo la iniciativa privada se vincula con la pública en un marco de colaboración, en la prestación de servicios sanitarios, para hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 de la Constitución¹⁵⁵. Esta vinculación la establece la Ley General de Sanidad por una doble vía:

- El convenio, regulado en los artículos 66 y 67 de la LGS.
- El concierto, regulado en el artículo 90 de la LGS.

En el apartado anterior hemos analizado la figura del convenio. En este epígrafe haremos lo propio con el concierto. Como veremos, ambos términos son equívocos y las diferencias entre ambos no siempre son nítidas.

¹⁵⁵La Ley General de Sanidad dedica su Título IV a las “Actividades sanitarias privadas”, y lo encabeza con el reconocimiento de dos derechos fundamentales: el libre ejercicio de las profesiones sanitarias, conforme a los artículos 35 y 36 de la Constitución (art. 88 LGS), y la libertad de empresa, según art. 38 de la Constitución (art. 89 LGS). Existe por tanto un mercado de servicios sanitarios donde la iniciativa privada entra en concurrencia con la pública.

El artículo 157 de la Ley 13/1995 de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, reproduce prácticamente el antiguo artículo 66 de su antecesora, la Ley de Contratos del Estado de 1965 (derogada por la primera). Este artículo 157 distingue cuatro modalidades de contratación de los servicios públicos¹⁵⁶. La primera de las modalidades que vamos a estudiar ahora es, en términos de la propia Ley 13/1995, el “concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestación análoga a la que constituye el servicio público de que se trate.”

En el ámbito sanitario, la concertación como forma de contratación externa en la gestión de servicios o de concurrencia de provisión pública y privada puede tener dos orientaciones (Asociación de Economistas de la Salud, 1992):

- La concertación basada en el *output* final (esto es, la concertación de asistencia sanitaria, en sí).
- La concertación de *inputs* no directamente relacionados con el diagnóstico y tratamiento (transporte de enfermos, hostelería, etc.).

Largo Aguado (1995) analiza el desarrollo del concierto en el ámbito sanitario, que se inicia en 1942, año en que fue promulgada la Ley de 14 de diciembre, por la que la Seguridad Social empezó a incluir a deter-

¹⁵⁶El artículo 157 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, dispone:

“La contratación de la gestión de los servicios públicos adoptará cualquiera de las siguientes modalidades:

- Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su riesgo y ventura.
- Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.
- Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a la que constituye el servicio público de que se trate.
- Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.”

minados colectivos y se responsabilizó de su asistencia sanitaria. Dado que la Seguridad Social carecía de red asistencial, instrumentalizó esta atención a través de la Obra del 18 de julio, comprando servicios a las distintas clínicas, Cajas de Empresa e Iguatatorios Médicos disponibles.

Para Largo Aguado la separación, en aquella fase inicial, entre financiador y proveedor era total, y así fue hasta que la Seguridad Social comenzó la construcción de sus centros en 1951, llegando a ser, a mediados de los setenta, el proveedor casi único o al menos hegemónico.

Como dice el mismo autor, las razones de que esta historia sea así, en lugar de haberse desarrollado a través de proveedores ajenos, pueden ser varias: la falta de dinamismo o interés del capital privado en el terreno sanitario; o bien, la necesidad de legitimación del antiguo régimen a través de la construcción de una obra social; o la necesidad de dar salida, a través de la inversión, a los excedentes producidos por un sistema de seguro de rápido crecimiento en cuanto al número de cotizantes, unido a los bajos gastos por ser un colectivo joven. También puede deberse, como dice Saltman (1992a) a la idea de que un bien público debe ser siempre proporcionado por una institución pública, creencia que ya era común en los sistemas sanitarios planificados tradicionales.

b. Definición

Convenio y concierto son modalidades de gestión indirecta de servicios sanitarios¹⁵⁷ en la medida en que la iniciativa privada colabora con los poderes públicos para hacer efectivas determinadas prestaciones.

El concierto es una forma de gestión de servicios públicos en la que mediante un contrato y durante un tiempo limitado, una persona,

¹⁵⁷La acción concertada es también considerada por la doctrina del Derecho Administrativo una de las medidas de la actividad de fomento, junto con las medidas honoríficas, las económicas y las jurídicas (Garrido Falla, 1985).

física o jurídica, pública o privada¹⁵⁸, que venía realizando esa actividad con anterioridad, presta el servicio en base a las condiciones acordadas por la Administración, a cambio del abono de una cantidad estipulada, asumiendo íntegramente el riesgo económico en su ejecución, sin que con ello se cree una persona jurídica nueva, ni la persona concertada pase a tener la condición de Administración Pública.

c. Regulación

Al igual que veíamos respecto al convenio, la figura del concierto reviste gran incertidumbre. Sería imposible delimitar la normativa que lo regula con carácter general, dada la gran cantidad de realidades incluidas bajo esta denominación (hay conciertos urbanísticos, fiscales, educativos, económicos, etc.). Sin embargo, el concierto sanitario es una modalidad de prestación de servicios de gran tradición en nuestro ordenamiento.

A pesar de esta tradición su regulación es reciente: se recoge por primera vez en la Ley General de Seguridad Social de 1974. La primera regulación específica se contiene en la Resolución de 11 de abril de 1980.

La Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de abril) regula el concierto sanitario en su artículo 90, en los siguientes términos:

“1. Las Administraciones Públicas Sanitarias, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a ellas.

¹⁵⁸En el ámbito sanitario, como veremos más adelante, habrá de ser siempre persona privada.

A tales efectos, las distintas Administraciones Públicas, tendrán en cuenta, con carácter previo, la utilización óptima de sus recursos sanitarios propios.

2. A los efectos de establecimiento de conciertos, las Administraciones Públicas darán prioridad, cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y costes, a los establecimientos, centros y servicios sanitarios de los que sean titulares entidades que tengan carácter no lucrativo.

3. Las Administraciones Públicas Sanitarias no podrán concertar con terceros la prestación de atenciones sanitarias, cuando ello pueda contradecir los objetivos sanitarios, sociales y económicos establecidos en los correspondientes planes de salud.

4. Las Administraciones Públicas dentro del ámbito de sus competencias fijarán los requisitos y las condiciones mínimas, básicas y comunes aplicables a los conciertos a que se refieren los apartados anteriores. Las condiciones económicas se establecerán en base a módulos de costes efectivos, previamente establecidos y revisables por la Administración.

5. Los centros sanitarios susceptibles de ser concertados por las Administraciones Públicas Sanitarias deberán ser previamente homologados por aquellas, de acuerdo con un protocolo definido por la Administración competente, que podrá ser revisado periódicamente.

6. En cada concierto que se establezca, además de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes, quedará asegurado que la atención sanitaria y de todo tipo que se preste a los usuarios afectados por el concierto, será la misma para todos sin otras diferencias que las sanitarias inherentes a la naturaleza propia de los distintos procesos sanitarios, y que no se establecerán servicios complementarios respecto de los que existan en los centros sanitarios públicos dependientes de la Administración Pública concertante.”

Al igual que veíamos en el convenio, las regulaciones del concierto en la Ley General de Sanidad se extiende a los artículos 93 y 94. Según el artículo 93:

“(…) Ni se podrán establecer conciertos con centros sanitarios privados, cuando en alguno de sus propietarios o en alguno de sus trabajadores, concurren las circunstancias que sobre incompatibilidades del sector público y el privado establezca la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas”.

Por su parte, el artículo 94.2 de la LGS dispone:

“La Administración Pública correspondiente ejercerá funciones de inspección sobre aspectos sanitarios, administrativos y económicos relativos a cada enfermo atendido por cuenta de la Administración Pública en los centros privados concertados”.

No existe más normativa básica sobre conciertos sanitarios. La Administración del Estado en el territorio gestionado directamente por el INSALUD, y las Comunidades Autónomas donde las competencias están asumidas han desarrollado estos artículos de la LGS, en sus respectivos ámbitos de competencia¹⁵⁹.

En la Comunidad Autónoma de Andalucía, el concierto sanitario se regula en los artículos 73 a 77 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, y se definen como aquellos suscritos entre la Administración Sanitaria y las entidades privadas titulares de centros y/o servicios sanitarios. Se regularán por lo dispuesto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y en la normativa vigente de contratación administrativa.

¹⁵⁹Las principales normas de desarrollo han sido enumeradas en nota al pie de página en el apartado 1, sobre el convenio, al cual nos remitimos.

Independientemente de la regulación específica contenida en la LGS o en sus desarrollos por la Administración del Estado (para el INSALUD) o por las Comunidades Autónomas (para los servicios regionales de salud), el concierto es, como ya hemos comentado, una modalidad del contrato de gestión de servicios públicos. Por esta razón, la preparación de un concierto, así como su adjudicación, efectos, duración, ejecución, modificación y extinción, se regulan a todos los efectos por las disposiciones de la contratación administrativa (Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y desarrollo reglamentario)¹⁶⁰.

d. Régimen jurídico

De los preceptos vistos, podemos esbozar algunas líneas del régimen jurídico de los conciertos sanitarios.

- (1) **Carácter de norma básica.** Como hemos visto, todas las disposiciones que regulan el concierto en la LGS tienen carácter de

¹⁶⁰Es imprescindible distinguir aquí si lo que se contrata tiene carácter o no de servicio público, pues la respuesta determina la normativa aplicable, y con ella, el régimen jurídico de ese contrato. En el ámbito sanitario, el principal servicio público es la propia asistencia sanitaria. Muchos de los demás servicios que se contratan en los centros sanitarios (seguridad, cafetería, etc.) no tienen naturaleza de servicio público, sino carácter instrumental del verdadero servicio público, que es la asistencia sanitaria. Si el servicio tiene carácter de servicio público (por ejemplo, realizar intervenciones quirúrgicas), lo gestionaremos como contrato de gestión de servicios públicos (Título II del Libro II de la LCCAAPP) en cualquiera de sus modalidades. Si por el contrario, el servicio no tiene carácter de servicio público, lo gestionaremos como un contrato de servicios (Título IV del Libro II de la LCCAAPP). Aun con esta fundamental diferencia, en ambos casos nos movemos en el ámbito de la contratación administrativa. Un debate en el que no vamos a entrar es la delimitación de lo que debe entenderse por servicio público en el ámbito sanitario, lo que ofrece muchas zonas sombrías. Una herramienta indispensable para decidir en cada caso, lo constituye el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud.

norma básica, según el artículo 2 de la propia ley¹⁶¹. Esto significa que estas normas vinculan y son de directa aplicación a la Administración del Estado y a todas las Comunidades Autónomas, y que tanto una como otras sólo pueden dictar normas de desarrollo o complementarias de estos preceptos básicos, que en ningún caso pueden contravenir.

Sorprende que la regulación del convenio singular para la integración de hospitales en el Sistema Nacional de Salud (art. 66 y 67 de la LGS) no tenga, según vimos, carácter de norma básica (y por tanto pueda ser *desplazada* por las normas de las Comunidades Autónomas) y la regulación del concierto sí, siendo así que el nivel de implicación de la iniciativa privada en el primer caso es mucho mayor.

- (2) Objeto. El concierto tiene por objeto la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos.
- (3) Carácter subsidiario o sustitutorio. Menéndez (1995) y Largo Agudo (1995) dibujan la evolución normativa sobre este punto, que resulta interesante. El RSCL (del año 1955) — referencia obligada aún para el estudio de las formas jurídicas de gestión de servicios públicos — hablaba del carácter subsidiario y transitorio, ya que su duración es limitada hasta que la Corporación esté en condiciones de asegurar su prestación por sus propios medios. En la ley General de Seguridad Social de 1974 aparecía como característica fundamental el carácter subsidiario del concierto sanitario: serían utilizados únicamente

¹⁶¹El artículo 2 de la LGS dispone: “1. Esta ley tendrá la condición de norma básica en el sentido previsto en el artículo 149.1.16 de la Constitución y será de aplicación a todo el territorio del Estado, excepto los artículos 31, apartado 1, letras b) y c), y 57 a 69, que constituirán derecho supletorio en aquellas Comunidades Autónomas que hayan dictado normas aplicables a la materia que en dichos preceptos se regula. 2. Las Comunidades Autónomas podrán dictar normas de desarrollo y complementarias de la presente ley en el ejercicio de las competencias que les atribuyen los correspondientes Estatutos de Autonomía”.

cuando la red propia no pudiera atender a los pacientes y siempre previa autorización ministerial. La ley hacía referencia a un futuro reglamento que nunca se aprobó. La primera regulación específica aparece con la Resolución de 11 de abril de 1980. En su artículo primero decía que los conciertos tendrían carácter subsidiario y complementario de las prestaciones de servicios y actividades sanitarias desarrolladas por la Seguridad Social. Además daba prioridad a los centros públicos y al sector privado no lucrativo. La actual LCAAPP (de 1995) no dice nada de esto, considerándolo una más de las modalidades de contrato de gestión de servicios públicos. Con esto entiendo que se mantiene —tácitamente— la línea que el RGCE —expresamente— seguía, olvidando el carácter subsidiario y transitorio y utilizando esta modalidad “en aquellos supuestos en los que, para el desempeño o mayor eficacia de un servicio público convenga a la Administración Pública”, como decía el artículo 205 del RGCE.

Por último, como hemos visto, la LGS establece en su artículo 90 que las distintas Administraciones Públicas tendrán en cuenta, con carácter previo a la formalización de un concierto, “la utilización óptima de sus recursos sanitarios propios”. La interpretación de esta expresión no es fácil, y aquí nuestros dos autores mantienen posturas distintas. Para Menéndez (1995) en el artículo 90.1 de la LGS no se exige que la Administración concertante carezca de medios propios, y sitúa el régimen de esta ley más cerca de la LCE que del RSCL. Por su parte, Largo Aguado (1995) afirma que de la letra de la LGS, se deduce que el concierto tiene carácter subsidiario, aunque la regulación de los convenios (art. 66 y 67) deja la duda y la puerta abierta.

Lo cierto es que en la regulación posterior de desarrollo de la LGS no se considera que el concierto tenga carácter subsidiario. Así, en el INSALUD, el Real Decreto de 10 de julio de

1992, de estructura del Ministerio, supone un cambio radical y expresamente se dice que los conciertos pueden ser *sustitutorios y no necesariamente subsidiarios* de los servicios prestados por el INSALUD. Del mismo modo, en la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Decreto 165/1995 de 4 de julio, dispone en su artículo 1 que “la Consejería de Salud y el Servicio Andaluz de Salud podrán suscribir, *cuando las necesidades asistenciales lo justifiquen y las disponibilidades presupuestarias lo permitan*, Convenios o Conciertos (...)”.

- (4) Derecho al concierto. Conforme al artículo 90.2 de la LGS, en análogas condiciones de eficacia, calidad y costes, se debe dar prioridad a los establecimientos, centros y servicios de los que sean titulares entidades que tengan carácter no lucrativo. Pero ello no significa en modo alguno que tales entidades tengan derecho al concierto. Se trata solamente de un criterio de selección de la entidad concertada en caso de que la Administración competente decida recurrir a esta modalidad de prestación de servicios.
- (5) No se pueden concertar prestaciones que estén en contradicción con los objetivos de los planes de salud (art. 90.3 de la LGS).
- (6) Los centros susceptibles de ser concertados deberán ser previamente homologados de acuerdo con un protocolo definido por la Administración competente que podrá ser revisado periódicamente (art. 90.5 de la LGS). Este requisito, que equivale al de la clasificación exigida para los contratistas en el marco de la LCCAAPP, plantea problemas de distinción entre la homologación de los centros concertados y la vinculación de los centros privados a la red hospitalaria pública como se verá más adelante. (Menéndez, 1995).
- (7) El contenido de los conciertos se articula en un doble plano, de forma similar a lo que ocurre en los contratos administrati-

vos típicos: a) reglamentario, mediante la fijación de los requisitos y condiciones mínimas, básicas y comunes (art. 90.4), que equivale al pliego de condiciones generales de esos contratos; b) contractual, mediante la definición, en cada concierto de los derechos y obligaciones recíprocas (Menéndez, 1995).

- (8) Igualdad. La LGS obliga a garantizar que, en régimen concertado, la atención sanitaria y de todo tipo será la misma para todos, sin otras diferencias que las sanitarias inherentes a la distinta naturaleza de los procesos sanitarios, y que no se establecerán servicios complementarios de los que existan en los centros sanitarios públicos dependientes de la Administración concertante (art. 90.6 de la LGS).
- (9) Contraprestación. La contraprestación a satisfacer por la Administración concertante se establecerá con base en “módulos de coste efectivos, previamente establecidos y revisables por la Administración” (art. 90.4 de la LGS).
- (10) Inspección. La Administración ejercerá funciones de inspección sobre los aspectos sanitarios, administrativos y económicos relativos a cada enfermo atendido por su cuenta en los centros privados concertados (art. 94.2 de la LGS).
- (11) Duración. La duración máxima de los conciertos sanitarios es algo que, desde el punto de vista jurídico, también puede plantear dudas. La LGS no establece nada al respecto. La LCAAPP dispone en su artículo 158 una duración máxima de setenta y cinco años, incluyendo todas las prórrogas. El RGCE fija una duración máxima de 8 años. ¿Cómo conjugar estas normas entre sí? La primera interpretación es considerar que, teniendo la LGS carácter de norma básica, la fijación del plazo es una cuestión de desarrollo que debe corresponder al legislador autonómico (así, el artículo 79.1 de la Ley Foral 10/1990 de Navarra, que establece una duración máxima de cinco años; en el mismo sentido el artículo 42 de la Ley riojana 4/1991 de

25 de marzo). Algún sector de la doctrina encuentra, en esta ausencia de duración máxima de la LGS, un indicio de que esta modalidad contractual ha perdido el carácter sustitutorio y transitorio que le atribuían anteriores normas, para convertirse en una opción ordinaria y estable de prestación de servicios. También podemos considerar que los conciertos sanitarios están sometidos a la duración máxima de la legislación de contratación administrativa. En este aspecto tampoco está del todo claro a primera vista: la LCAAPP establece setenta y cinco años, y el RGCE, norma anterior y de inferior rango, habla de ocho. Entendemos que no es posible considerar lo dispuesto en el RGCE un desarrollo de la LCAAPP; por el contrario, debe entenderse que es una disposición administrativa contraria a una ley y por ende, considerarse derogada, conforme al artículo 51.1. de la LRJPC.

e. Diferencias con la figura del convenio

Habitualmente, los términos convenio y concierto se confunden. Algunos autores (Temes, 1997) incluyen las dos formas organizativas en el concepto *conciertos* adjetivando a unos como conciertos ordinarios o de colaboración y a los otros como conciertos singulares o sustitutorios. Pero no sólo la doctrina; como hemos visto también la LGS y la legislación autonómica utilizan reiteradamente las mismas expresiones (convenios y conciertos) para referirse a supuestos diferentes de colaboración, no sólo entre instituciones privadas y públicas, sino también entre varias de este último carácter. Otras veces se utilizan indistintamente para referirse a supuestos aparentemente idénticos, lo que acentúa la perplejidad¹⁶² (Menéndez, 1995).

¹⁶²También la regulación de otros servicios públicos aumenta la confusión. Así, lo que en educación se denominan conciertos (centros concertados), en sanidad son convenios (suponen la plena vinculación del centro privado en la red pública).

Ambas son técnicas de colaboración de la iniciativa privada con la Administración pública para el ejercicio de las funciones que esta tiene encomendadas. Pero la confusión terminológica hace conveniente concluir este epígrafe recordando algunas notas diferenciadoras entre convenio y concierto (Menéndez, 1995):

- (1) Naturaleza jurídica: los conciertos son contratos administrativos para la prestación de servicios públicos; los convenios son resoluciones necesitadas de aceptación, que subsumen cada caso concreto en la regulación abstracta establecida para la homologación de los centros privados con los públicos incluidos en la red asistencial.

El concierto aparece como un contrato de prestación de servicios públicos, plenamente sometido al régimen de contratos del Estado (LCAAPP). En esto se diferencia de los convenios interadministrativos y de los convenios de colaboración entre la Administración y los sujetos de Derecho privado, unos y otros excluidos del ámbito de aplicación de la LCAAPP (art. 3.1.c. y d.), aunque sus principios les son aplicables supletoriamente “para resolver dudas y lagunas que pudieran presentarse”.

- (2) Extensión: En sanidad, convenio supone la plena integración del establecimiento privado en la red hospitalaria pública; esto es, la vinculación de todos sus servicios, quedando el centro sometido a un régimen sustancialmente idéntico al de los centros públicos. Por su lado el concierto sanitario supone una vinculación más difusa, limitada a determinadas prestaciones de las realizadas por un centro que, normalmente, prestará otros servicios no incluidos en el concierto (aunque no necesariamente). Como dice Menéndez (1995) de una manera más gráfica, el convenio singular es realmente en la práctica un concierto total, aunque su naturaleza sea reglamentaria (véase la semejanza de redacción de los art. 66.1 y 90.5 de la LGS).

- (3) Regulación. La del concierto tiene carácter básico. La del convenio, supletorio.
- (4) Servicios complementarios no sanitarios. En centros convenidos se admite la existencia de servicios complementarios no sanitarios, previa autorización de la Administración sobre el tipo y características del servicio y del importe correspondiente a satisfacer por el usuario (art. 67.3 de la LGS). En un centro concertado sólo podrán existir aquellos servicios complementarios no sanitarios que ya existan en los centros públicos, no otros (art. 90.6 de la LGS).

f. Conclusión

Como dice Borrajo (1995), en las innovaciones planteadas con carácter general en la gestión de servicios públicos, se pretende optar decididamente por la figura del contrato, en detrimento del reglamento. Toda la provisión de servicios sería contratada, ya mediante contratos entre los clientes —es decir, las Áreas de Salud— y los proveedores de servicios, ya mediante conciertos o contratos programa u otras fórmulas de carácter similar. Igualmente se propugna extender y ampliar la contratación externa: pensando en unidades grandes, fundamentalmente hospitales, que contraten todo tipo de servicios, especialmente servicios colaterales, tales como lavandería, hostelería e incluso servicios que afectan directamente a la actividad sanitaria, como pueden ser radiodiagnóstico, laboratorios, etc. De esta forma los centros quedarían descargados de proveer y gestionar todo este tipo de servicios y podrían concentrarse en el núcleo de la gestión sanitaria.

3. La concesión

La segunda de las modalidades de contratación de un servicio público establecida en el artículo 157 de la LCAAPP, es la concesión, “por la que el empresario gestionará el servicio a su riesgo y ventura”, dice la ley.

a. Concepto

En la concesión, la Administración ostenta la titularidad del servicio y de los bienes afectos a la concesión, lo que le habilita para fijar las condiciones de prestación y tutelar la forma de ejercicio; mediante regulación contractual de las condiciones correspondientes, entrega este ejercicio y el contenido económico correspondiente a un particular o empresa privada, que asume la gestión y el riesgo, obligándose frente a la Administración a responder de la marcha regular del servicio público, a mantener en buen estado los bienes que explota, a admitir al goce del servicio a todo aquel que cumpla los requisitos reglamentarios, a la restitución de estos bienes si la concesión caduca o se extingue y al pago a la Administración de un canon. El concesionario percibe a cambio directamente de los particulares las tasas fijadas por la utilización del servicio público.

b. Regulación

Se contiene básicamente en los artículos 155 a 171 de la LCAAPP, donde se regula el contrato administrativo de gestión de servicios públicos, del que la concesión es una modalidad. Si el contrato de gestión de servicio público incluye la obligación de realizar obras para prestarlo, será también de aplicación lo dispuesto para el contrato de concesión de obras públicas (Coscolluela, 1995), contenido en los artículos 130 a 134 de la LCAAPP¹⁶³.

La concesión surgió en el siglo XIX como forma por la que el Estado abstencionista podía prestar servicios públicos manteniendo el rechazo a que los servicios fueran prestados directamente por el Estado.

¹⁶³En todo caso, al tratarse de un contrato administrativo, le es de aplicación lo dispuesto en el Libro Primero de la LCAAPP (artículos 1 a 119) donde se establece el régimen general de los contratos de las Administraciones Públicas.

En un estado social, intervencionista, como el actual, no existe ningún inconveniente político para que el estado se convierta en prestatario directo.

Sin embargo, el modelo concesional sigue utilizándose muy frecuentemente. El ejemplo más conocido sea, tal vez el de la empresa constructora que, asumiendo el coste de la obra, construye una autopista a cambio del cobro de un peaje pactado a los usuarios de la misma durante un número de años, comprometiéndose la constructora, asimismo, al mantenimiento de la autopista durante el tiempo que dure la concesión. Si no se utiliza el modelo concesional, la Administración asume el coste de la construcción, que repercutirá entre todos los contribuyentes. Mediante la concesión la Administración construye y mantiene obras públicas sin realizar desembolso alguno (al contrario, le producirá ingresos, por el canon pactado) y sin repercusión sobre los contribuyentes, pues la financiación se realiza directamente por los usuarios del servicio público, sobre los que recae íntegramente el coste de construcción y mantenimiento de la obra y de prestación del servicio. Otros supuestos frecuentes son los de las empresas de transporte urbano, o los aparcamientos subterráneos públicos.

Nunca se había utilizado en España la concesión como fórmula de gestión de servicios públicos sanitarios. Sin embargo, la búsqueda de nuevas formas de gestión y la tendencia a la huida del Derecho público en que, desde hace dos décadas, está inmersa, no ya nuestra sanidad sino todo el sector público, han llevado a pilotar este modelo en el ámbito de la provisión de servicios sanitarios.

En efecto, a finales de 1996, la Consejería de Sanidad de Valencia decidió que la construcción y posterior explotación del Hospital La Ribera en Alcira se realizara como una concesión administrativa. La adjudicación se realizó por concurso a una unión temporal de empresas encabezadas por la aseguradora Adeslas. Su objeto es la concesión administrativa de la gestión del Área 10 del Servicio Valenciano de Salud. La

concesión implica la construcción de la obra del Hospital y la gestión del servicio sanitario de todo el Área, incluyendo, no sólo el hospital construido, sino los Centros Periféricos de Especialidades existentes (Alcira y Sueca). El concesionario puede adoptar cualquiera de las formas jurídicas admitidas en Derecho (sociedad mercantil, fundación, etc.), para gestionar el servicio público. La concesión se pactó por diez años, prorrogables por otros cinco, revirtiéndose, al extinguirse la concesión, el pleno dominio del Hospital a la Administración. Se admite la posibilidad de que el adjudicatario de la concesión pueda subcontratar con otra empresa actividades complementarias.

De las 800 personas que integrarán la plantilla del centro, 300 proceden de los Centros de Especialidades de Alcira y Sueca. Estos trabajadores, como primera opción, pueden mantener su dependencia de la Consejería, percibiendo sus retribuciones como hasta ahora; sin embargo sus condiciones laborales pueden ser modificadas por necesidades de servicio. Como segunda opción, pueden quedar en excedencia voluntaria para vincularse al nuevo hospital. En este caso podrán regresar al ámbito estatutario mediante solicitud de reingreso o participando en concursos de traslado. El resto del personal se regirá por un convenio colectivo de ámbito de empresa donde, en principio, caben condiciones y retribuciones diferentes en función del prestigio o la productividad de cada persona.

Existe un dato que desvirtúa este ejemplo del Hospital de Alcira respecto al modelo tradicional de concesión. Como hemos visto en la definición de la concesión, el concesionario percibe directamente de los particulares, a cambio de la prestación del servicio, las tasas fijadas por la utilización del servicio público. En el supuesto del Hospital de Alcira será la Consejería quien sufrague a la empresa adjudicataria una cantidad fija y preestablecida por cada usuario, sistema de contraprestación que aproxima el modelo al del concierto sanitario.

Las diferencias esenciales de la concesión con respecto al concierto son:

- (1) En la concesión, la Administración ha establecido el servicio, pero cede su explotación al particular. En el concierto la Administración, al no tener establecido el servicio, aprovecha la existencia de particulares que ofrecen esa misma prestación.
- (2) En la concesión el particular paga directamente una tasa al concesionario por la utilización del servicio. En el concierto es la Administración la que retribuye a la empresa concertada por cada servicio prestado (ya hemos visto como esta diferencia se difumina en el caso del Hospital de Alcira).
- (3) En la concesión la Administración recibe del concesionario un canon por la explotación que realiza. En el concierto no existe ese canon.
- (4) Originariamente la concesión se utilizaba para servicios de carácter económico, mientras que el concierto tenía su origen en la necesidad de prestar servicios de tipo asistencial (“no concesionables” se llamaban). Hoy esta diferencia se ha perdido.

Diremos, para concluir, que es frecuente en un importante sector de la doctrina identificar la figura concesional con la privatización. Algunos incluso proponen la sustitución de la denominación *privatización* por la de *contratación* (Serna, 1995).

No podemos, sin embargo, estar de acuerdo con esta teoría, por las razones ya comentadas en el capítulo I, al que nos remitimos.

4. El arrendamiento

Entre las formas de gestión de servicios públicos se ha incluido tradicionalmente el arrendamiento (por todos: Parejo, 1992; Garrido Falla, 1985).

En efecto, como recuerda Garrido Falla (1985), nuestra terminología legal ha empleado con cierta frecuencia la expresión arrendamiento para referirse a supuestos en que un particular o una persona jurídica privada se encargan de la gestión de una actividad económica cuya titularidad está atribuida a la Administración¹⁶⁴. Respecto a estos arrendamientos por particulares de monopolios fiscales creados por el Estado, es claro que la evolución de estos supuestos ha acabado completamente con la figura jurídica del arrendamiento, si es que en algún momento estuvo justificada.

Un segundo supuesto es el recogido en la legislación local como prestación de servicios públicos mediante arrendamiento de instalaciones. Hoy está prácticamente superada por la concesión. En efecto, como dice Cosculluela (1995), junto a las cuatro formas de contratación para la gestión indirecta de servicios públicos recogidas en el artículo 157 de la LCCAAPP (concesión, gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta), la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local (Ley 7/1985), en su artículo 85.4, prevé también el contrato de arrendamiento, que en verdad parece una figura más ligada a la explotación del dominio público, o de bienes patrimoniales, que a la gestión de servicios públicos”. Como dice Garrido Falla (1985) o lo que aquí se contrata es la gestión del servicio, y en tal caso estaremos ante una concesión, o el objeto del arrendamiento son las instalaciones, y en este caso no nos encontraremos ante una forma de gestión de servicios, sino ante un contrato de arrendamiento de bienes.

En resumen, el arrendamiento como figura independiente entre las formas de gestión de los servicios públicos se hace cada vez más cuestionable, y tiende a su desaparición en nuestro Derecho. No existen ejemplos de utilización de esta forma de gestión en la provisión pública de servicios sanitarios en nuestro país.

¹⁶⁴ Así, hasta hace algunos años, se hablaba de “Compañía Arrendataria del Monopolio de Petróleos, Sociedad Anónima” (CAMPSA), o de “Compañía Arrendataria de Tabacos” (TABACALERA).

E. OTRAS FORMAS DE GESTIÓN

1. Tipología de formas jurídicas en las Comunidades Autónomas que han aprobado regulación específica

a. Cataluña

La Ley 1/1985 de 29 de marzo, de Estatuto de la Empresa Pública Catalana, incluye la clasificación y régimen jurídico de aquellas formas organizativas que cumplen tres requisitos: pertenecer a la Generalitat, ser formas de gestión de servicios de contenido económico, industrial y financiero, y por último, regirse por el Derecho privado.

El estatuto excluye de su ámbito los organismos autónomos que desarrollan una actividad estrictamente administrativa.

Regula, por un lado, las *Entidades Autónomas de la Generalitat*, que realizan operaciones de carácter comercial, industrial o financiero. Por otro lado contempla las que denomina *Empresas de la Generalitat*, categoría que incluye dos tipos organizativos:

- (1) Por un lado, las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia sometidas a la Generalitat, pero que deban ajustar su actividad al ordenamiento jurídico privado.
- (2) En segundo lugar, las sociedades civiles (novedad sorprendente de esta ley, que comentaremos más adelante) y mercantiles (de diversos tipos: anónimas, de responsabilidad limitada, comanditarias, laborales y cooperativas), con participación mayoritaria de la Generalitat, sus entidades autónomas o sus sociedades.

Como una categoría especial, diferente de todas las vistas hasta ahora, la ley incluye las *sociedades civiles o mercantiles vinculadas* y que, según el propio estatuto, admiten tres variantes:

- (1) Las sociedades gestoras de servicios públicos, cuya titularidad ostente la Generalitat.
- (2) Las sociedades que hayan suscrito convenios con la Generalitat, y en las que ésta posea la facultad de designar todos o parte de los órganos de dirección.
- (3) Las sociedades que hayan suscrito convenios con la Generalitat y en las que ésta participa directa o indirectamente como mínimo en un 10 por 100 del capital social.

En estas sociedades vinculadas del estatuto catalán, el papel de la Administración va más allá del que le corresponde como mero accionista minoritario; el estatuto se encarga de exponer las vías de control que la Administración puede articular: convenios o reserva de la designación de consejeros.

Debemos hacer mención especial a la sorprendente inclusión de la sociedad civil dentro de las opciones contenidas en la ley. Como indica Montoya (1996) resulta distorsionante en nuestro ordenamiento jurídico admitir la forma de sociedad civil para llevar a cabo una empresa mercantil por parte de la Administración Pública. Como dice la misma autora, esto no es tema baladí, pues de ello se pueden derivar consecuencias negativas para los administrados. En el caso catalán se trata de un auténtico fraude de ley, pues la jurisprudencia ha reiterado que el objeto social es el único criterio diferenciador entre sociedades civiles y mercantiles, y el propio estatuto que comentamos establece como elemento definidor de la empresa pública catalana (concepto genérico que, como hemos visto incluye la especie sociedad civil) el desenvolvimiento de una actividad que podemos calificar de “mercantil”. La autora citada concluye que la verdadera naturaleza jurídica que subyace a estas *formalmente* sociedades civiles, es la de sociedades mercantiles irregulares¹⁶⁵ y no el de verdaderas sociedades civiles.

¹⁶⁵El artículo 16 de la Ley de Sociedades Anónimas (que lleva el título *sociedad irregular*) dispone, dentro de la regulación de la fundación de la sociedad: “Verificada la vo-

b. Madrid

La Ley 1/1984, de 19 de enero, de Administración Institucional de la Comunidad de Madrid, encuadra la empresa pública en el marco de la Administración Institucional, incluyendo por tanto, dentro de la Administración Institucional, a aquellas entidades que adoptan forma mercantil.

Según la ley, constituirán Administración Institucional de la Comunidad de Madrid, las empresas públicas. Este género comprende a su vez dos especies:

- (1) Las sociedades anónimas en cuyo capital sea mayoritaria la participación de la Comunidad Autónoma o de sus OOAA.
- (2) Las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia que por la naturaleza de su actividad y en virtud de ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado.

A la vista de esta tipología, el sometimiento en sus relaciones externas al Derecho privado se erige en el elemento caracterizador del género “empresa pública”.

En general, tanto la tipología como el régimen jurídico de cada modalidad de las contenidas en la Ley 1/1984 introducen pocas innovaciones a destacar, dado que se siguen muy de cerca las pautas contenidas en la antigua LEEA.

luntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, cualquier socio podrá instar la disolución de la sociedad en formación y exigir, previa liquidación del patrimonio social, la restitución de sus aportaciones.

En tales circunstancias, si la sociedad ha iniciado o continúa sus operaciones se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil”.

c. Baleares

La Ley 3/1989, de 29 de marzo, de Entidades Autónomas y Empresas Públicas del Parlamento de Baleares contiene una regulación que sigue muy de cerca el estatuto catalán. Sin embargo, el legislador balear ha sido consciente de las limitaciones y lagunas del estatuto catalán y ha evitado la denominación “estatuto” de carácter globalizador.

La ley balear comprende bajo el concepto genérico de empresa pública, las siguientes especies:

- (1) Las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia que deben someter su actividad al ordenamiento jurídico privado, cuya creación se establece por ley.
- (2) Las sociedades civiles o mercantiles con participación mayoritaria de la Comunidad Autónoma, de las entidades autónomas de la misma o de las sociedades en las que la Comunidad Autónoma o las entidades citadas tengan participación mayoritaria en el capital social y aquellas entidades de Derecho público adscritas a la Comunidad Autónoma que deban ajustar su actividad al ordenamiento jurídico privado¹⁶⁶.

Junto a los dos modelos vistos, la ley balear regula el concepto de sociedad civil o mercantil vinculada como un *tertium genus*, a caballo entre las empresas públicas en forma de sociedad civil o mercantil, por un lado, y las sociedades civiles o mercantiles ordinarias de Derecho común, por otro. En la sociedad vinculada, la participación directa o indirecta en el capital social de la Administración autonómica, sus entidades autónomas o sus empresas públicas ha de ser, como mínimo del 10 por 100, sin llegar a la mayoría. La ley establece que en estas socie-

¹⁶⁶Nuevamente aquí aparece la figura de la sociedad civil. Las críticas realizadas al analizar el estatuto catalán son reproducibles íntegramente en este caso, pero intensificadas, habida cuenta de que la ley balear es cuatro años posterior a la catalana y ha podido sobradamente conocer y evitar el error.

dades la Administración no tiene más derechos y obligaciones que los que le correspondan como socio, colocándose, por tanto, la Administración en un plano de igualdad respecto al resto del accionariado. En esto se diferencian de las sociedades vinculadas catalanas donde, como vimos, la Administración tenía un papel superior al que le correspondía como mero socio minoritario.

d. País Vasco

A diferencia de las Comunidades Autónomas hasta ahora vistas, en el País Vasco no existe una norma específica que regule, de forma total o parcial, el sector público autonómico. En el País Vasco es la Ley 12/1983, de 22 de junio, de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco¹⁶⁷ la que regula la Administración Institucional de Euskadi.

La clasificación de la Administración Pública de Euskadi está integrada por la Administración General —la única de carácter territorial— y la Administración Institucional. Esta última está integrada, a su vez, por:

- (1) Organismos autónomos, es decir, entes institucionales que se rigen por el Derecho público.
- (2) Entes institucionales, que se rigen fundamentalmente por Derecho privado. Dentro de esta categoría de entes institucionales se admiten dos modalidades organizativas:

¹⁶⁷Esta ley fue objeto del recurso de inconstitucionalidad núm. 668/1983 que dió lugar a la sentencia 14/1986. Tras la sentencia se procedió a la obligada modificación de la ley, a través de la Ley 10/1987, de 16 de diciembre. La reforma originó la aprobación del texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco, la Ley 1/1988, de 17 de mayo.

- Entes públicos de Derecho privado.
- Sociedades públicas, que sólo pueden ser sociedades anónimas¹⁶⁸.

e. Andalucía

Andalucía forma parte del grupo de Comunidades Autónomas que carecen de una norma jurídica que contemple particularmente la tipología y el régimen jurídico de la empresa pública. La regulación de esta materia es dispersa¹⁶⁹ y sigue fielmente la clasificación de las entidades instrumentales inaugurada por la legislación del Estado¹⁷⁰.

Según los artículos 4 a 6 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, junto a la Junta de Andalucía, como Administración territorial distinguimos:

- (1) Organismos autónomos, que se definen como entidades de Derecho público, creados por la ley del Parlamento de Andalucía, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente de la Junta de Andalucía. Se rigen por su legislación

¹⁶⁸No caben en el ámbito de la ley, por tanto, sociedades de responsabilidad limitada, ni comanditarias, ni cooperativas, ni sociedades laborales. Como ya hemos comentado, la ley fue impugnada ante el Tribunal Constitucional por varios preceptos, entre otros, los artículos 25,1,b) y 27 relativos a la “sociedad pública vasca especial”. Este era un tipo organizativo creado por esta ley. En el mismo, el Ejecutivo era el órgano competente para autorizar la elección de dicha forma de organización para cada caso en concreto, indicando el régimen jurídico *sui generis* por el que haya de regirse. Esto suponía una total discrecionalidad e indefinición. El Tribunal Constitucional entendió que se trataba de un nuevo tipo de sociedad mercantil que, dentro del ámbito público suponía incidir en el régimen jurídico de las Administraciones Públicas, lo que está reservado en exclusividad al Estado —en cuanto al establecimiento de sus bases— en el artículo 149.1.18 de la Constitución.

¹⁶⁹La regulación se contiene básicamente en las leyes de Hacienda Pública (Ley 5/1983, de 19 de julio) y de Patrimonio (Ley 4/1986, de 5 de mayo).

¹⁷⁰Aunque en la normativa autonómica andaluza no ha estado nunca contemplada la innominada fórmula del artículo 6.5 de la LGP.

específica y por la propia Ley de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma. Se clasifican, según la naturaleza de sus operaciones, en:

- Organismos autónomos de carácter administrativo.
 - Organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo.
- (2) Instituciones de la Junta de Andalucía. Se registrarán por su legislación específica y por la Ley de la Hacienda Pública de la Comunidad en lo que les sea de aplicación. Sus bienes, derechos, acciones y recursos constituyen un patrimonio único afecto a sus fines.
- (3) Empresas de la Junta de Andalucía. Se registrarán por su legislación específica y por las normas de Derecho civil, mercantil o laboral, salvo en las materias en que les sea de aplicación la Ley de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma. Pueden ser de dos tipos:
- Sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación de la Junta de Andalucía o de sus organismos autónomos.
 - Entidades de Derecho público, con personalidad jurídica que por ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado.

La Junta de Andalucía elaboró en 1989 un anteproyecto de Ley de Estatuto de la Empresa Pública de Andalucía, con la intención de regular en un texto unitario el régimen jurídico de la empresa pública en la Comunidad Autónoma.

El anteproyecto establecía los siguientes tipos de empresas públicas:

- (1) Entidades de Derecho público dependientes de la Comunidad Autónoma que según su ley de creación deban someter su actividad al Derecho privado.

- (2) Organismos autónomos que principalmente desarrollen una actividad industrial, comercial o financiera sujeta al Derecho privado.
- (3) Sociedades mercantiles de capital en las que la participación directa o indirecta de la Comunidad Autónoma, sus entidades de Derecho público, o alguno de sus OOAA de ella dependientes sea mayoritaria.

Junto a estas modalidades, el anteproyecto introducía la categoría de sociedades especiales respecto a las formas jurídicas del Derecho común mercantil. Se establecían tres categorías de sociedades especiales:

- (1) Sociedades de especial interés para la Comunidad Autónoma. No tienen equivalente en la normativa estatal ni autonómica. El “especial interés” es declarado en cada caso por el Parlamento de Andalucía.
- (2) Sociedades gestoras de monopolios o que presten servicios públicos de especial interés para la Comunidad Autónoma. El Parlamento es el competente para calificar una sociedad de servicio público. Implica la habilitación normativa para que la ley de creación de esa sociedad pueda introducir singularidades en el régimen del Derecho común de sociedades¹⁷¹.
- (3) Sociedades vinculadas. Son sociedades tanto de capital exclusivamente privado, como participadas directa o indirectamente por la Administración andaluza vinculadas a la Junta a través de convenios o contratos-programa. Supone la consagración de la prevalencia del criterio del control sobre el de la participación accionarial.

¹⁷¹Aunque la regulación es diferente a la realizada en la legislación vasca, no debemos de olvidar la sentencia citada del Tribunal Constitucional en un caso similar.

2. Otras formas de organización

Hemos visto hasta ahora más de veinte modelos de organización de la provisión de servicios públicos admitidos en nuestro Derecho. Sin embargo, esta tipología, aunque amplia no agota las posibilidades de organización. Y ello por varias razones:

En primer lugar, como ya hemos comentado, las fronteras entre los modelos vistos son difusas, originando habituales modelos híbridos. Las normas de creación o el contenido de los estatutos en cada caso concreto pueden difuminar aun más los límites del modelo adoptado hasta el punto de hacer inidentificable su naturaleza jurídica.

En segundo lugar, la utilización combinada y simultánea de varios modelos distintos en los diferentes niveles de financiación, compra y provisión de servicios sanitarios es algo que empieza a ser frecuente y que previsiblemente se generalizará en los próximos años. Pondremos dos ejemplos: en Cataluña el Servicio Catalán de Salud (ente de Derecho público) participa en la creación de consorcios hospitalarios que crean una empresa de capital íntegramente público cuyo objeto es la gestión de los centros sanitarios con los que se relaciona mediante un contrato de gestión. En Andalucía la organización y gestión del Hospital Alto Guadalquivir se realizará a través de un consorcio en el cual están implicados el Ayuntamiento de Andújar, la Consejería de Salud y la Fundación Progreso y Salud, integrada por dos entes de Derecho público y una sociedad mercantil de titularidad pública de la Junta, las tres de carácter sanitario. Estos ejemplos pretenden simplemente alentar la imaginación del lector profano en los aspectos legales de la organización y la gestión sanitaria sobre las potencialidades o, por contra, perversiones que permite la combinación y profundización sobre los modelos teóricos analizados.

Por último, recordemos que la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Sa-

lud, establece que “la gestión y administración de los centros (...) podrá llevarse a cabo (...) a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho”. La amplitud de modalidades incluidas en esta expresión es enorme. Además, la creación de las Fundaciones Públicas Sanitarias en la Ley de *Acompañamiento* a la de presupuestos para 1999, pone de manifiesto que el inventario de modelos organizativos no está cerrado a nuevas incorporaciones en cualquier momento.

3. Resumen y conclusiones de las formas de gestión

a. Estudio estático

Una visión conjunta de todas las formas jurídicas de gestión directa vistas de la organización sanitaria podría ser la que se ofrece en la tabla 1. Como vemos, hemos añadido una categoría más, la Seguridad Social (Coscolluela, 1995), para poder tener una visión global de todas las formas jurídicas de gestión directa que integran el sector público. La Seguridad Social tiene su propio régimen jurídico y su estudio corresponde a otra disciplina.

En esta tabla hemos tratado de realizar una foto fija, recogiendo las principales formas de gestión directa de la organización sanitaria admitidas en nuestro Derecho. Se incluyen las categorías de carácter más amplio (organismos públicos, empresas públicas, Administración institucional, sociedades estatales) que engloban a varias de las formas jurídicas analizadas. Respecto a cada una de ellas se indica el rango de la norma necesaria para su creación y/o extinción, el régimen jurídico que regula su organización y el régimen jurídico mediante el que gestiona sus recursos.

Las categorías en que se engloban las diferentes formas jurídicas de organización (organismos públicos, sociedades estatales) son de origen legal y, en menor medida, doctrinal (Ariño y Sala, 1995; Martín Retortillo, 1991).

Sobre el esquema propuesto hay que hacer una serie de observaciones:

- (1) Las fronteras entre los diferentes modelos no son en absoluto nítidas. En ocasiones los propios estatutos de estas organizaciones no definen su naturaleza jurídica o, cuando lo hacen, el modelo que dicen ser no coincide con el régimen jurídico que después desarrollan en los mismos estatutos. Esto provoca que los mismos autores atribuyan en ocasiones diferente naturaleza jurídica a la misma organización.
- (2) Ya hemos visto como algunas Comunidades Autónomas han dictado disposiciones específicas sobre este tema introduciendo, en algunos casos, nuevas denominaciones, lo que hace aun más complejo el análisis. Como indica Santamaría (1991) las Comunidades Autónomas han asumido en general la terminología y tipología de entes instrumentales acuñada por la legislación del Estado, principalmente por la LGP en su redacción de 1988:
 - Todas las normas autonómicas parten de una gran clasificación dual, equivalente a la que en la LGP de 1988 separaba los organismos autónomos de las sociedades estatales.
 - Los organismos autónomos se llaman así en Andalucía (art. 4 de la Ley 5/83 de 19 de julio), Canarias (art. 4 de la Ley 7/84 de 11 de diciembre), Extremadura (art. 4 de la Ley 3/85 de 19 de abril), Galicia (art. 6 de la Ley 3/84 de 3 de abril), Madrid (art. 2 de la Ley 1/84 de 19 de enero), y País Vasco (art. 11 y 13 a 18 de la Ley 12/83 de 22 de junio). En otras Comunidades Autónomas el nombre utilizado es el de *entidades autónomas*, aunque su contenido sea similar: Cataluña (art. 4 de la Ley 10/82 de 12 de julio), Cantabria (art. 4 de la Ley 7/84 de 21 de diciembre) y Comunidad Valenciana (art. 5 de la Ley 4/84 de 13 de junio). La mayoría de las normas autonómicas subdividen a los organismos autónomos en los

mismos dos tipos que recogía la LGP de 1988 (de carácter administrativo, por un lado, y de carácter comercial, industrial, financiero o análogo, por otro).

- El término equivalente al de sociedades estatales es, en la legislación autonómica, el de *empresas públicas* (en Canarias, Cantabria, Galicia y Madrid) o empresas de la Comunidad, a secas (Andalucía, Cataluña, Comunidad Valenciana y Extremadura). La ley vasca los llama, más descriptivamente, *entes institucionales de la Comunidad que se rijan fundamentalmente por el Derecho Privado*. A su vez, todas las normas subclasifican esta categoría distinguiendo entre entidades con forma de sociedad y entidades de Derecho público sometidas en su actividad al Derecho privado, con algunas variantes terminológicas.

La tipología es, como puede verse, idéntica a la contenida en la LGP de 1988, sin más diferencia que la omisión, lógica, de las entidades gestoras de la Seguridad Social. Como única novedad, la normativa de la Comunidad de Madrid alude también a los órganos de gestión sin personalidad jurídica, figura equivalente a la de servicios administrativos sin personalidad jurídica que la LEEA contemplaba, y que hemos analizado al inicio de este capítulo.

- (3) Pero no sólo se utilizan términos diferentes para denominar al mismo fenómeno, sino que frecuentemente el término empleado no corresponde con su contenido. Así, por ejemplo el término “empresa pública” no indica mucho; ni siquiera sirve para determinar la existencia de personalidad jurídica: la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 16 de junio de 1987 negaba relevancia al rasgo de la personalidad jurídica (consideró empresa pública a un órgano administrativo sin personalidad diferenciada, en Italia por cuanto —independientemente de su naturaleza jurídica— desarrollaba una actividad económica (Ariño y Sala, 1995).

Formas de Gestión Directa de la Organización Sanitaria												
Administración institucional												
Admón. Territorial	Entes sin pers.	Segur. Social	O.A.A.	Empresas públicas						Fundación	Consorcio	
				Organismos públicos		Ente público	Sociedades estatales	Sociedad Mercantil	Entes/ auxilios			Fundac. Públi. Sanit.
		OA (LOFAGE)	EPE (LOFAGE)	O.A. CIFA								
Creación	Conclusión	Ley	Ley	Ley	Ley	Ley	Acuerdo Consejo Gobierno	Normal Especifica	Normal Especifica	Acuerdo Consejo Gobierno	Ley o Reglamento	Reglamento
Organización	Dicho Públ.	Dicho Públ.	Dicho Públ.	Dicho Públ.	Dicho Públ.	Dicho Públ.	Dicho Públ.	Normal Especifica	Normal Especifica	Sin definir	Dicho Priv.	Normal Especifica
Gestión de recursos	Dicho Públ.	Normal Especifica	Dicho Públ.	Dicho Priv.	Dicho Priv.	Dicho Priv.	Dicho Priv.	Normal Especifica	Normal Especifica	Dicho Públ.	Dicho Priv.	Normal Especifica

Tabla I. Resumen de formas gestión directa
Elaboración propia

b. Estudio dinámico

Uno de los análisis más ilustrativos que se pueden ofrecer sobre el tema de las formas jurídicas de la organización sanitaria es el estudio de la evolución que, en el tiempo, han seguido las diferentes organizaciones integrantes del sector público español.

Esta evolución ha sido denominada por los estudiosos como *huida del derecho general*. Es un proceso invertebrado, sostenido durante décadas que, como señala Cosculluela (1995) consiste en una huida de los controles de legalidad, gasto público y garantías del administrado, al entender que el mantenimiento de estos controles hacen perder agilidad a la actuación de la Administración, sobre todo en determinados sectores de naturaleza empresarial y económica.

Los cambios de tipo de una misma entidad instrumental son bastante frecuentes, en particular en la legislación estatal, que en este ámbito ofrece todo un ejemplo de política inflacionista, errática y coyunturalista.

Martín Retortillo resume el proceso de huida del Derecho general en tres grandes etapas, que ya hemos avanzado en otro momento:

- (1) La primera huida se realiza mediante la creación de organismos autónomos para salir del Derecho administrativo general hacia un Derecho administrativo especial (buscando principalmente contar con caja propia).

A esta primera huida el legislador responde con la LEEA que, en primer lugar, llena a los organismos autónomos de controles financieros similares a los de la Administración matriz y, en segundo lugar, supone la consagración de un “régimen general de los regímenes especiales”.

- (2) La segunda etapa de este proceso de huida viene por la tipificación en la LGP del organismo autónomo CIFA y del

ente de Derecho público, que supone la salida al régimen jurídico privado en la gestión de los recursos. Sin embargo, la propia LGP establece un fuerte control financiero para todos los organismos autónomos y todos los tipos de sociedades estatales (entes públicos y sociedades mercantiles).

- (3) El último escalón de este proceso de huida del Derecho general se dio en 1988, cuando a la LGP se le añadió el punto 6.5, que permitía la creación de las que hemos llamado Administraciones Independientes. La perversión vino al utilizarse como vía para huir de toda regulación general hacia un régimen propio de cada ente, perversión que hemos estudiado al hablar de los entes atípicos. Este punto 6.5 ha sido suprimido por la Ley 6/1997 de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado.

Aunque la redacción inicial no llegó a traducirse en norma jurídica, interesa mencionar en este estudio dinámico la evolución que siguió en las Cortes el ya citado artículo 2.2 LRJPC. Su actual redacción fue introducida en la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, cuyo artículo 2.2 tenía un significado muy diferente pues permitía que la legislación especial determinase sin ningún límite el Derecho aplicable a las Administraciones Institucionales. La redacción original decía “Las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas sujetarán su actuación a la presente ley, *en la medida en que su norma de creación no disponga otra cosa*” (López Ramón, 1993). Esta redacción mereció la general repulsa de la doctrina más autorizada al dejar la aplicación de la norma común a la libre determinación de las normas de creación de cada entidad (Rebollo, 1993).

Martín Retortillo (1991) realizó un análisis de la evolución de algunos entes del sector público español. En el resultado de ese análisis se observa como en pocos años, importantes ámbitos del sector público se han desplazado desde formas organizativas puramente *públicas* a otras

cada vez más *privadas*, si cabe la simplificación. En ninguno, o casi ningún caso, la evolución ha sido en sentido contrario. La tendencia se ha agudizado en los últimos años; basta para confirmarlo consultar las *Leyes de acompañamiento* a las de los Presupuestos Generales del Estado de los últimos años. El esquema es válido en el ámbito de la organización de la provisión pública de servicios sanitarios, según venimos observando.

CAPÍTULO V

ESTUDIO DESCRIPTIVO DE LOS RÉGIMENES JURÍDICOS

En el capítulo anterior hemos realizado una descripción de las diferentes formas jurídicas de organización sanitaria existentes en nuestro país. Al analizar la gestión de recursos nos hemos limitado a señalar cuál es el régimen aplicable en cada caso; así hemos dicho que, en la gestión de recursos humanos, a unos modelos se aplican las normas del personal funcionario o estatutario, mientras que para otros modelos resulta de aplicación la legislación laboral. En la compra de bienes y contratación de servicios, en unos casos hemos dicho que se les aplica la normativa de contratación administrativa y en otros la mercantil. Análoga distinción hemos hecho al referirnos a los recursos financieros.

En este capítulo trataremos de ir un poco más allá, llenando de contenido estos conceptos, explicando qué supone y en que se traduce en la práctica someterse a cada régimen jurídico.

Vamos a trazar pues algunas notas sobre repercusiones relevantes para la gestión. Analizaremos los dos regímenes jurídicos básicos de las organizaciones sanitarias (Derecho público y Derecho privado). Respecto a cada uno se describirá el contenido de cada régimen jurídico en relación con los tres grandes campos de la gestión de recursos: sus recursos humanos, sus recursos materiales y sus recursos financieros.

El planteamiento que se hace es extremadamente simplista; únicamente se pretende ofrecer en unos pocos folios una visión general de cada régimen, y nunca, una exposición que abarque todos los aspectos de cada régimen estudiado. Pretendemos ofrecer a los profanos en estas materias una primera aproximación a cuestiones que, como éstas, se encuentran muchas veces en el centro del debate.

A. RÉGIMEN JURÍDICO PÚBLICO

1. Recursos humanos

El principio de objetividad inunda todo el régimen jurídico del personal; se pretende eliminar todo posible componente subjetivo de los responsables de la gestión.

Así, para hacer efectivo el principio de equidad territorial, los puestos de trabajo de cada centro vienen determinados, por categorías y especialidades, en las plantillas aprobadas por la Administración matriz. El centro no puede tener, con carácter estable, personal de una determinada categoría en número superior al que figure en la plantilla.

- a. La selección de personal se realiza mediante pruebas selectivas basadas en los principios de mérito y capacidad, con el fin de garantizar la selección de aquellos que se consideran los mejores conforme a criterios que se estiman objetivos. El centro sanitario generalmente no participa de forma directa en la definición del contenido de los procesos de selección, ni en el proceso de selección en sí. Los procesos de selección sólo incluyen el análisis de aspectos que son mensurables, por cuanto sólo así se garantiza la objetividad. No se incluye el análisis de cuestiones que no sean mensurables.

Incluso la selección temporal de personal se rige por estos principios, expresados en la existencia de bolsas de trabajo donde los nombramientos o contratos se otorgan en función de los méritos obtenidos. Aunque quien contrata al trabajador es el propio centro, la elección del trabajador en concreto que se va a contratar corresponde a la Bolsa, que en muchas ocasiones gestionan paritariamente Administración y sindicatos.

Del mismo modo, la provisión de una plaza concreta entre el personal seleccionado, se realiza igualmente, mediante procedimientos reglados basados en los mismos principios.

b. La estabilidad en el puesto de trabajo garantiza reducir la arbitrariedad de gestores y políticos. Los trabajadores de cualquier categoría podrán desempeñar objetivamente sus funciones sin que su puesto de trabajo quede constantemente a expensas de la voluntad del jefe, a afinidades políticas, o a cualquier otro componente de arbitrariedad.

Sólo es posible la separación del puesto de trabajo (“el despido”) si el trabajador comete una falta muy grave y así se estima en expediente disciplinario con audiencia del interesado, y revestido de las máximas garantías procesales. No es posible prescindir de trabajadores por otras causas.

c. La carrera administrativa garantiza, con el tiempo, el desempeño de plazas de superior categoría conforme se acumulan méritos —casi exclusivamente años de experiencia—. Para el personal funcionario, el desempeño durante 2 ó 3 años de una plaza de determinado nivel garantiza no poder ser destinado hasta la jubilación a una más de dos niveles inferior; esto se conoce como consolidación de grado personal. El personal estatutario no consolida grado personal. Para éstos, la promoción profesional sólo contempla el acceso a puestos directivos y, en el caso del personal facultativo, también a jefaturas de servicio o sección clínicas.

d. Las retribuciones se fijan en la Ley de Presupuestos del Estado o de la Comunidad Autónoma de cada año, para cada plaza, independientemente de la productividad del trabajador. Todos los trabajadores del mismo nivel perciben igual retribución. Los conceptos retributivos basados en la productividad personal son mínimos (normalmente no alcanzan al 5% de la retribución neta total) y su incidencia en el rendimiento o la motivación de los trabajadores es, asimismo, mínima o incluso negativa.

e. Las funciones de cada categoría profesional vienen descritas en normas jurídicas dictadas en los años 60 y 70, con carácter general, para todo el Estado.

- f. Las condiciones de trabajo (jornada, turnos, etc.) están, generalmente predeterminadas por instancias ajenas y es difícil que los responsables del centro sanitario en que se desarrolla la prestación del servicio puedan incidir en ellas. Esto evita en gran medida actuaciones arbitrarias de los responsables.

Todos los demás derechos y obligaciones (permisos, licencias, derechos sindicales, actividades de formación, etc.) suelen estar igualmente regladas por instancias ajenas al centro de trabajo.

2. Adquisición de bienes y servicios

El principio de objetividad se manifiesta, también de forma general, en este ámbito de la gestión.

Cada vez que un centro sanitario público precise comprar bienes (aparataje sanitario, alimentos, sondas, muebles, folios, prótesis de cadera, etc.) o contratar algún servicio (limpieza del centro, seguridad, transporte en ambulancias, oxigenoterapia, mantenimiento de instalaciones, etc.), cuyo valor conjunto exceda de un determinado importe (alrededor de 50.000 pesetas variando según los casos), debe iniciar un expediente en el que define:

- qué bienes quiere comprar (o qué servicio contratar),
- en que cantidad (o qué duración tiene el servicio), y
- cuál es el precio máximo que está dispuesto a pagar por el conjunto de bienes (o por la prestación del servicio).

Sólo es posible contratar bienes y servicios si existe crédito presupuestario (si hay dinero en el presupuesto, para pagar). En caso contrario, todas las actuaciones se consideran nulas y sin efecto.

La objetividad se traduce en el desarrollo de ese procedimiento en tres principios básicos:

- a. Publicidad: la Administración debe hacer pública su intención de comprar bienes o contratar servicios y, asimismo, el resultado de este proceso, haciendo público el nombre del contratista y el importe de lo contratado. Se realiza mediante anuncios en prensa y/o Boletines oficiales (del Estado, de la Comunidad Autónoma y/o de la Unión Europea).
- b. Concurrencia: la Administración no puede contratar con quien desee; debe solicitar tres o más presupuestos entre los que seleccionará el mejor en base a baremos reglados de orden económico o técnico.
- c. Secreto de las ofertas: el contenido de las ofertas recibidas (cerradas y lacradas) sólo podrá conocerse en un acto solemne (mesa de contratación) de carácter público.

Las ofertas recibidas son inamovibles, no pueden negociarse, pero la Administración podrá declarar desierta la contratación.

Los contratos firmados son modificables unilateralmente por la Administración en un 20% de su valor económico. Estas modificaciones son de obligado cumplimiento para el contratista. Si las condiciones varían durante la vigencia del contrato y la modificación necesaria es mayor, habrá que rescindir el contrato vigente y comenzar desde cero todo el procedimiento.

Las condiciones expuestas rigen para cualquier contratación salvo las de muy pequeño valor económico.

Cuando el importe de lo que se desea contratar es escaso (5 millones de pesetas en el caso de obras o 2 millones en el caso de suministros) no es preciso tramitar expediente de contratación en los términos vistos. Puede contratarse directamente a cualquier proveedor. No es posible contratar reiteradamente con el mismo proveedor por este sistema.

3. Régimen financiero

Los ingresos que se generan en el centro (por cobros a personas sin derecho a asistencia sanitaria gratuita, por arrendamiento de la cafetería, por venta de residuos, etc.), aunque se facturan y se cobran por el centro, no revierten en los presupuestos del mismo centro. Hacienda centraliza todos esos ingresos y los reparte (o no) según sus propios criterios.

El régimen de los gastos puede resumirse de la siguiente manera:

- a. El centro recibe anualmente un presupuesto (sobre el papel; no es dinero físico salvo una mínima parte) distribuido por conceptos (tanto para sueldos, tanto para guardias, tanto para reparación de mobiliario, tanto para comprar material fungible sanitario, tanto para pequeño aparataje sanitario, etc.). Generalmente la cantidad presupuestada para un concepto no puede gastarse en otro, aunque el gasto total no aumente.
- b. Sí es posible proponer modificaciones al presupuesto (aumentar lo que es insuficiente, pasar dinero de un concepto a otro, etc.). Sin embargo, la autorización no corresponde al centro, sino a instancias ajenas (servicios centrales del organismo), y puede demorarse incluso meses.
- c. Cada gasto que se realiza (pago de nóminas, de material comprado, etc.) requiere la conformidad de la Intervención. La Intervención es un órgano que el Ministerio o Consejería de Hacienda crea en cada organismo de la Administración con capacidad de generar ingresos o gastos públicos. Su finalidad es asegurar la legalidad de las actuaciones de contenido económico que se realicen en los órganos de la Administración.

En muchos centros sanitarios la fiscalización de la Intervención debe ser previa. Por tanto, cada acto debe ser propuesto a la Intervención (que en muchos casos se encuentra ubicada a mu-

chos kilómetros en otra localidad), y sólo se podrá formalizar (ingresar la nómina a los trabajadores, iniciar un procedimiento para comprar determinado material, pagar a proveedores, etc.) una vez la Intervención haya fiscalizado favorablemente la legalidad de la operación. Sin embargo, en cada vez más centros se establece el sistema llamado de control financiero permanente, esto es, de fiscalización a posteriori mediante muestreos de las actuaciones realizadas por el centro sanitario.

d. El procedimiento de gestión de gastos en la Administración comprende las siguientes fases; tomamos como ejemplo la tramitación presupuestaria de un concurso para la compra de material:

- Fase “A” (Autorización): Se estima el valor máximo del gasto que se desea realizar (una vez que se crea el expediente de contratación); si existe presupuesto para ese concepto, la Intervención autoriza el gasto. Sólo entonces puede publicarse la licitación.
- Fase “D” (Disposición): la compra o servicio, a la vista de las ofertas presentadas, ha sido adjudicada a uno de los licitadores. Ahora se dispone de todo o parte del dinero que había sido autorizado, a favor de una persona —ahora concreta— y por un importe —ahora exacto— habitualmente inferior al importe máximo fijado en la fase “A”.
- Fase “O” (Obligación): el proveedor envía la mercancía; cumple su parte del contrato; surge la obligación del centro sanitario de pagar. El albarán conformado es el justificante de esa obligación generada.
- Fase “P” (Pago): recibida la factura del material enviado se propone por el centro el pago de la misma.

Estas cuatro fases se producen en todos los actos de contenido económico, aunque no siempre se documentan separadamente; muchas veces se acumulan dos de ellas o, incluso las cuatro (así, el pago de las nóminas del personal fijo se documenta en un sólo acto —ADOP— ya

que, de antemano, se conoce el nombre de los perceptores, el importe que le corresponde, y la realidad de la obligación realizada —el mes trabajado— suficientemente documentada).

- e. Normalmente, las formas organizativas sometidas a Derecho público no pueden endeudarse de ninguna manera.

B. RÉGIMEN JURÍDICO PRIVADO

1. Recursos humanos

El régimen jurídico de personal en este caso es el Derecho laboral. Pensemos en el régimen de cualquier empresa mercantil. Se regulan por el estatuto de los trabajadores y la demás legislación laboral, por el convenio colectivo que les sea aplicable y por el contrato de trabajo que cada trabajador firma con la empresa. Las condiciones laborales son las del estatuto de los trabajadores, normas que en gran medida tienen carácter de condiciones mínimas; en el convenio colectivo y en el contrato de trabajo podrán pactarse condiciones superiores; nunca inferiores.

Su dotación de personal suele establecerse, con mayor flexibilidad que en el régimen público, por la Administración matriz mediante la Ley de creación. Sin embargo, puede ser revisable cada año. Si se trata de empresas que gestionan de forma indirecta un servicio público (vinculadas a la Administración mediante convenios, conciertos, contratos-programa, etc.) pueden decidir libremente sobre el volumen de su dotación de personal, salvo que en el concierto, convenio, etc. se exija una dotación mínima determinada.

La selección de personal y la provisión de plazas concretas se realiza por los órganos superiores de la organización, sin necesidad de someterse a los principios de mérito y capacidad: pueden contratar a quien

se desee. En ocasiones, este margen de maniobra queda reducido, al limitarse en la Ley de creación esta posibilidad obligándose a que la selección se haga conforme a principios de mérito y capacidad¹⁷².

No existe propiedad de las plazas. La vinculación laboral —indefinida o temporal— puede romperse por voluntad de cualquiera de las partes. Si se despide a un trabajador sin causa justificada, es preciso indemnizarlo económicamente (la indemnización oscila entre 20 y 45 días de salario por año trabajado, dependiendo de la causa que origine la extinción del contrato).

No existe una carrera administrativa legalmente definida. Los criterios de promoción se fijan libremente por la empresa. El desempeño de un puesto de trabajo durante un determinado tiempo no supone más derecho para el trabajador que la percepción de las retribuciones correspondientes al tiempo trabajado.

Las retribuciones, las condiciones de trabajo y otros derechos del trabajador (permisos, licencias, actividades de formación, incentivos, etc.) son normalmente pactadas colectiva o individualmente entre empresa y trabajadores, sin más limitaciones que el respeto a los mínimos de Derecho necesario. Algunos de estos aspectos (incentivos) suelen ser decididos unilateral y subjetivamente por el empresario y no tienen porqué hacerse públicos.

¹⁷² Así ocurre, por ejemplo, en la Empresa Pública “Hospital Costa del Sol”, de Marbella, dependiente de la Junta de Andalucía. En el artículo 25.3 de sus estatutos (Decreto 104/93, de 3 de agosto) se dispone: “La selección del personal al servicio de la empresa se hará de acuerdo con los criterios fijados por el Consejo de Administración, *que en todo caso deberán respetar los principios de mérito, capacidad y publicidad*, con excepción del personal directivo o de confianza, que se regirá por la normativa aplicable a los contratos de alta dirección.”

2. Adquisición de bienes y servicios

Su régimen jurídico aplicable es el Derecho mercantil; es muy similar a la normativa civil que regula las compras o la contratación de servicios que cualquier persona física realiza cotidianamente.

La empresa puede contratar con quien quiera, en las cantidades que quiera, negociar las condiciones de fabricación, entrega o pago que desee. Las únicas limitaciones serían:

- No puede realizar todo aquello que esté tipificado como delito o falta en el Código Penal;
- Si se trata de una sociedad mercantil, como cualquier otra SA deberá limitar sus actividades a su objeto social que haya definido en sus estatutos. Si es otra forma organizativa de gestión directa diferente, deberá atenerse a las condiciones y controles que establezca la Administración matriz en la Ley de creación.

Este amplio margen de maniobra, al igual que vimos con los recursos humanos puede quedar recortado en la medida en que lo decida la Ley de creación¹⁷³.

3. Régimen financiero

Su régimen jurídico aplicable es el Derecho mercantil; como cualquier empresa del tráfico mercantil debe contar con un sistema de contabilidad según el Plan General de Contabilidad y está sometida a régimen de auditoría (una o dos al año, normalmente).

¹⁷³El artículo 3.2 de los citados Estatutos de la Empresa Pública “Hospital de la Costa del Sol” dispone: “...la empresa estará sometida en su actuación a estrictos criterios de interés público y rentabilidad social, así como a los criterios de publicidad y concurrencia.”

Según el tipo de organización de que se trate está sometida a una serie de controles financieros establecidos por la Ley General Presupuestaria. Varían de unos modelos organizativos a otros pero, en general, son más flexibles que los establecidos para los modelos regulados por Derecho público e inexistentes para las formas de gestión indirecta.

CAPÍTULO VI

ESBOZO DE ESTUDIO CRÍTICO

Hasta aquí hemos descrito todas las posibles formas de la organización sanitaria —los *nuevos* y también los *viejos* modelos de gestión— y hemos descrito asimismo los caracteres básicos de la gestión de recursos en el Derecho público y en el Derecho privado. En este último apartado queremos plantear algunas interrogantes sobre la valoración que merecen diferentes aspectos de los modelos vistos o de sus regímenes jurídicos, sus fortalezas y sus debilidades, las demandas de los ciudadanos y las demandas de los gestores, o de los políticos, o de los profesionales. No es posible en el ámbito de este estudio —ni lo pretendemos— realizar una valoración completa de todos los modelos o todos los aspectos relevantes de cada uno; tan sólo pretendemos sugerir algunas cuestiones que ayuden al lector a enriquecer su análisis, a conocer las posibles consecuencias de una u otra opción y, en definitiva, a formarse una opinión más fundada que, como es natural, variará en función de sus propios valores.

En este sentido, no debemos olvidar en la valoración que hagamos que, como ya hemos dicho al comienzo, los sistemas sanitarios no son el resultado de planteamientos teóricos aplicados, sino fruto de las distintas fuerzas sociales y políticas desarrolladas en diferentes contextos durante un amplio período histórico, y que la viabilidad y consecuencias de las opciones que consideremos mejores en el debate actual deben recoger estos hechos y valorarse asimismo en términos sociales o políticos.

Comenzaremos comentando los aspectos más generales para ir descendiendo hacia lo más concreto.

A. ASPECTOS GENERALES

1. La desconfianza hacia el Derecho público y exaltación del Derecho privado

En muchas de las propuestas de reforma que hemos comentado, late una clara actitud jurídica, fundada en un prejuicio: se parte de una profunda desconfianza hacia el Derecho público y simultáneamente una exaltación por el Derecho privado. Se considera que el Derecho privado es un Derecho flexible que permite la eficacia y la eficiencia, y que el Derecho público es rígido, formalista, ineficiente y, en definitiva, una de las principales causas de las deficiencias de la gestión sanitaria pública.

No es difícil encontrar refrendo a este punto de partida; el Informe de la Comisión de Valoración del Sistema Nacional de Salud, de 1991 — Informe Abril— incluía afirmaciones como las siguientes:

“El marco legal no responde a las necesidades actuales”.

“El Sistema Nacional de Salud está orientado al cumplimiento de los procedimientos formales de la función pública, antes que al logro de altos resultados (...)”.

“(...) el INSALUD actúa de acuerdo con principios de Derecho público, absolutamente incapaces de impulsar en términos jurídicos correctos el dinamismo y la agilidad necesarios para la gestión (...)”.

“(...) el Sistema Nacional de Salud debe adoptar la forma jurídica más adecuada (...)”.

“Es absolutamente necesaria una mayor flexibilidad de vinculación de personal”.

“Las formas administrativas son inadecuadas (...)”.

Es preciso (...) “que cada organización disponga de flexibilidad normativa (...)”.

Existen (...) “costes sustancialmente inferiores en la gestión privada de prestaciones públicas (...)”.

“Los hospitales y otros centros (...) podrían transformarse en sociedades estatales que en su funcionamiento quedarían sometidos al Derecho privado”.

“La Comisión recomienda establecer las modificaciones necesarias en la vinculación (...) de personal (...)”.

En similares términos se pronunció el Informe de la Subcomisión para la Modernización y Consolidación del Sistema Nacional de Salud, de 1997. Foros de debate especializados y colaboraciones en revistas científicas se pronuncian habitualmente en la misma línea. Además, la evolución reciente de la organización de los servicios sanitarios públicos se desarrolla de igual manera: la configuración de los servicios de salud como organismos autónomos se percibe como una limitación a los intentos de cambio o reforma, y un cambio jurídico en este sentido, aunque sea en los servicios nuevos que se creen, se considera que puede liberar a las instituciones sanitarias de sus actuales encorsetamientos legales: régimen presupuestario, marco laboral, legislación de contratos de las administraciones públicas, etc. Incluso muchos teóricos del Derecho administrativo comparten muchas de estas críticas; sólo un ejemplo: Alejandro Nieto (1988) afirma que la Administración española —incluyendo, por tanto, los servicios sanitarios públicos— “es un sistema no racional, empachado de normativa, invertebrado, formalista, y basado en el principio de desconfianza”.

Siendo ciertas gran parte de estas críticas al Derecho público, hay que poner en su haber que ha sido el marco jurídico en que se ha creado lo que es hoy —con todos sus defectos— uno de los mejores sistemas sanitarios del mundo: universal, equitativo, gratuito, con niveles de salud comparables a los mejores del mundo y un nivel de gasto contenido ajustado al crecimiento del PIB.

También hay que considerar, en favor del Derecho público, que las disposiciones de la Unión Europea no sólo no siguen esta línea de sustitu-

ción del Derecho público por el Derecho privado al regular la gestión de los servicios públicos, sino que frecuentemente imponen normas de Derecho público más formalistas, rígidas y *garantistas*¹⁷⁴ que las preexistentes en nuestro país. A título de ejemplo, baste citar la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Los sistemas sanitarios de algunos de los países de la Unión Europea se encuentran entre los mejores del mundo en términos de eficiencia, y en todos ellos es de aplicación por igual la normativa comunitaria, por lo que es posible que la elección de un determinado régimen jurídico no tenga ningún efecto directo —o lo tenga sólo parcial— en la mayor o menor eficiencia del sistema sanitario en cuestión.

Una última reflexión en esta línea: como dice Muñoz Machado (1995a), el Derecho público (administrativo) “no es un supraordenamiento, como el Derecho natural, al que el legislador ordinario deba someterse siempre, sin capacidad para salirse de él. Por contra, es el legislador ordinario el que, según las circunstancias que desee regular, va creando normas específicas” (en el mismo sentido, Villar Rojas, 1994a). A lo mejor no es necesario crear nuevas personas jurídicas regidas por Derecho privado —que implica transformaciones de enorme envergadura— sino que basta con modificar el Derecho público en aquellos aspectos en que lo sociedad considere más inadecuados. Tal vez debiéramos preguntarnos por qué la misma administración que aprueba leyes de Derecho público cada vez más formalistas y *garantistas*, transforma simultáneamente el régimen jurídico de sus servicios sanitarios. Posiblemente de esta forma pueda exigir garantías a los demás sin exigirselas a sí misma.

En la posición contraria, cuando se aboga por la necesidad de transformar los servicios sanitarios en modelos organizativos regidos por Derecho privado, se equipara Derecho público —como dice Borrajo (1995)—

¹⁷⁴El preámbulo de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPC) contenía la siguiente sorprendente manifestación: “las técnicas burocráticas, supuestamente garantistas, han caducado”. Esta afirmación choca abiertamente con la línea de actuación vista de la Unión Europea.

“a apego a las normas escritas, a ser posible en circulares y notas interiores, o a los impresos que se amontonan en las dependencias oficiales; si se identifica Derecho público con el Manual de Procedimiento Administrativo de las Instituciones del Seguro Obligatorio del año 56 (base de la gestión hasta los años ochenta, y que llegó a ser conocido en los centros como “El Corán”) habría que reconocer que, efectivamente no es esa la forma de gestionar un sistema sanitario que, en estos momentos está consumiendo más del 7% del PIB”.

Sin duda, la gestión de nuestros servicios sanitarios han evolucionado mucho y positivamente respecto a la situación descrita. Pero es que además, como dice el mismo autor, “el apego a circulares y notas interiores o la sacralización de los manuales de procedimiento que antes hemos criticado, no son en absoluto vicios exclusivos de organizaciones —sanitarias o no— regidas por Derecho público; muchas empresas de servicios completamente *privadas* en ramos como la banca, los seguros, los transportes, determinadas compañías de suministro eléctrico o de agua, por citar sólo algunos ejemplos, funcionan a golpe de manual de procedimiento sobre un marasmo de formularios, ventanillas y demoras injustificadas para gestionar prestaciones, en mucha ocasiones, de contenido infinitamente más simple que las más sencillas prestaciones del sistema sanitario público regido por Derecho público”.

A diferencia de lo manifestado por el Informe Abril, la experiencia comparada demuestra que los sistemas sanitarios de *gestión empresarial* generan costes difíciles de contener y que, por contra, los sistemas de *administración pública* contienen mejor los costes.

Es incorrecto reducir este debate a términos maniqueos enfrentando dos categorías —Derecho público y Derecho privado— aunque pueda ser útil para un primer acercamiento al debate. Existen muchas modalidades de régimen jurídico público y de régimen jurídico privado, y numerosas posiciones intermedios, según el modelo organizativo adoptado; así, en el lado del Derecho privado, una cooperativa no tiene nada que ver con una sociedad anónima, ni esta con una sociedad anónima

laboral, y las posibilidades de gestión que permiten a sus responsables, la cultura organizacional, los valores, las bolsas de ineficiencia, etc. son posiblemente muy distintas entre sí.

Además, la diferencia entre Derecho público y el Derecho privado se está suavizando cada vez más, por diversas razones:

- Por el intervencionismo público en todos los sectores de la economía que, cada vez más, diluye las diferencias entre ambos sectores.
- Por los efectos de la aplicación del Derecho de la Unión Europea, cuyas normas —por ejemplo en contratación administrativa— se aplican uniformemente a sujetos muy diversos dentro del sector público, y prescindiendo de las formas jurídicas que se establezcan en el Derecho interno de cada Estado miembro de la Unión.

Con los comentarios vistos hasta ahora no pretendo convencer al lector de las excelencias del Derecho público respecto al Derecho privado, sino sólo plantear algunas críticas a la postura mayoritaria de exaltación del Derecho privado —postura no siempre suficientemente fundamentada— en la gestión de servicios sanitarios, reequilibrando el debate para provocar la reflexión.

2. Prescindir o no prescindir del régimen administrativo

Una segunda cuestión que se plantea, enlazada con la primera, es si el poder político puede sustituir discrecionalmente el régimen administrativo por el privado, para regular la gestión de los servicios sanitarios, en la medida en que lo crea oportuno. En este sentido, debemos recordar los términos del Informe Abril, que decía que “el carácter de servicio público no está determinado por la forma jurídica en que se organiza (...). (...) el Sistema Nacional de Salud debe adoptar la forma jurídica más adecuada”. Frente a los hechos que efectivamente demuestran que

tal sustitución es posible, se alzan voces que consideran esta sustitución un fraude a la Constitución (Parejo, 1992; Villar Rojas, 1994a y b), por cuanto ésta parece imponer el régimen administrativo en los artículos 103 a 106 y 149.1.18, entre otros. Todos estos preceptos quedarían sin sentido si se sustituye el Derecho público por el privado. Posiblemente un buen referente en este tema lo constituya la Ley General de Sanidad (Borrajo, 1995). La LGS es suficientemente flexible para admitir muchas formas de organización y sus consecuencias. Por tanto, conocer los límites de la LGS nos permite conocer las fronteras de la gestión de los modelos que se adopten en su aplicación. En la LGS el protagonismo en aspectos de gestión lo asumen las Comunidades Autónomas:

- Casi toda la regulación de la LGS sobre Áreas de Salud e instituciones sanitarias no es legislación básica. Por tanto tiene carácter supletorio en aquellas Comunidades Autónomas con competencias en la materia. El único límite en lo organizativo que establece con carácter básico la LGS es la existencia de un Servicio autonómico de Salud y unas Areas de Salud. El resto es competencia del legislador autonómico.
- Las Comunidades Autónomas tienen en sus manos el equilibrio público-privado. Pueden mantener una red pública o pueden mantener, o incluso potenciar una red de utilización pública pero basada en instituciones privadas.
- Las Comunidades Autónomas tienen en sus manos cuál es el tipo de normativa a la que se quieren someter: la opción entre Derecho público y Derecho privado, y que modalidad de Derecho público o privado va a regir la gestión de Areas y centros.

3. El mito de la personalidad jurídica

Otro aspecto que ocupa un lugar principal en el debate de las nuevas formas de gestión es el de la personalidad jurídica. En la última década se ha desarrollado el mito de la personalidad jurídica como requisito

de partida indispensable para la eficiencia de los centros sanitarios. El informe Abril, en su recomendación número 13 participa de esta opinión y en el origen de muchas de las experiencias piloto desarrolladas por los diferentes servicios de salud de nuestro país se partía de esta idea. La realidad, sin embargo, parece ser bien distinta. Los organismos autónomos de nuestras administraciones institucionales no son, en la mayoría de los casos, más que direcciones generales con personalidad jurídica y poco más. Y la situación no es distinta respecto a otras modalidades de gestión. La verdad es que hoy, por sí sola, la personalidad jurídica de un centro sanitario significa poco (Borrajo, 1995; Hernández, 1995), y ello por varias razones:

- La personalidad no es nada si no se atribuye a una verdadera persona. Si ese centro o servicio sanitario no es una verdadera persona jurídica en su configuración y libertad de actuación, la atribución de personalidad jurídica a ese centro no lo va a convertir en verdadera persona jurídica; seguirá siendo en la práctica un órgano, un apéndice más del Ente matriz. Por tanto, hay que profundizar al analizar estas personas. Ver si están dirigidas por el órgano superior del ministerio o consejería respectiva o si, por el contrario, gozan de cierta existencia autónoma y separada. Y si existe esa diferenciación, hay que indagar el grado real de autonomía para la gestión.: si los órganos de dirección de esa persona tienen o no mandato temporal determinado, si pueden ser cesadas en determinado momento, quien adopta las decisiones fundamentales, etc. Podemos concluir que las notas que caracterizan la relación de instrumentalidad de ese servicio o centro sanitario respecto a su administración matriz es lo determinante, mucho más allá del mero dato de la personalidad.
- Aunque se den los requisitos anteriores, la jurisprudencia limita considerablemente los efectos de la personalidad jurídica. En casos como la responsabilidad patrimonial o las demandas de personal, estos entes, por mucha personalidad jurídica que tengan, van a ser considerados como parte de su administración matriz. En este sentido la teoría del levantamiento del velo,

de origen comunitario ha adquirido fuerte eco en nuestra jurisprudencia.

- Posiblemente, los mismos efectos que se buscan con la atribución de la personalidad jurídica a los servicios y centros sanitarios puedan obtenerse sin necesidad de multiplicar las personas, mediante la técnica de la desconcentración. Como vimos en el capítulo III, la desconcentración es la atribución genérica de las competencias resolutorias a los órganos inferiores de la organización, siempre dentro de la misma entidad, de la misma persona jurídica. Por decreto se pueden reasignar competencias y responsabilidades; la certidumbre y estabilidad de un decreto no es menor que los estatutos de una sociedad anónima, que también pueden ser modificados por el Gobierno (de hecho, las normas que aprueban los estatutos de, por ejemplo, los entes públicos sanitarios —Hospital Costa del Sol, EPES, etc.— son decretos). Mediante la desconcentración se puede acercar enormemente gran parte de la toma de decisiones a los niveles de la organización que se desee, en menos tiempo y con mayor flexibilidad que mediante la atribución de personalidad jurídica (que normalmente se hace mediante ley) y sin mayores complicaciones jurídicas.

Es muy posible que la regulación actual de nuestros servicios sanitarios admita un margen todavía muy grande de flexibilización de su gestión mediante la adopción de decisiones puntuales del ejecutivo o del legislativo que no transformen en absoluto las bases actuales del sistema público sanitario (financiación pública, aseguramiento único, universalidad, equidad, básicamente), bases que cuentan con un gran respaldo en nuestra sociedad y por tanto también en el orden político. La transformación de servicios y centros sanitarios existentes en formas personalizadas, además de ser una medida más compleja desde el punto de vista legal, es posible que sea innecesaria —según acabamos de ver— si lo que se pretende es dotar a los centros de mayor autonomía y eficiencia en su gestión. La elección de determinadas formas personalizadas pueden poner en entredicho el mantenimiento de sus bases fundamentales.

4. Para qué se crean entes con personalidad jurídica

Un último aspecto general —y el fundamental— sería preguntarnos cuál es la verdadera finalidad que los poderes ejecutivos buscan en la creación o transformación de entes personificados para la gestión de los centros y servicios sanitarios. Los modelos organizativos, en sí, sin más, son meras herramientas utilizadas por el poder ejecutivo para la organización de la forma de proteger el derecho a la salud de todos —que es el mandato constitucional— según los valores relevantes para ese poder ejecutivo. La valoración de una forma organizativa no se puede hacer sin conocer para qué se utilizará esa forma organizativa, a qué valores, a qué concepción del servicio público sanitario respaldará, y de qué forma. La valoración de propuestas organizativas concretas exige, por tanto, analizar y valorar aspectos esenciales como si la financiación será exclusivamente pública o no; si, en caso de ser pública, se hará por impuestos o por cotizaciones; si el aseguramiento será único o no, si será exclusivamente público o habrá participación privada; si se mantendrá la gratuidad del sistema o se incorporarán mecanismos de copago por los usuarios; si los dispositivos de provisión serán mayoritariamente públicos o indistintamente públicos y privados, etc.

B. LA GESTIÓN DE RECURSOS HUMANOS

1. El principio de la objetividad

Como ya vimos en el capítulo anterior el principio de objetividad inunda toda la gestión de recursos humanos en el Derecho público. Esto se traduce en la práctica en el desarrollo de un sistema sanitario basado en un principio de desconfianza hacia los gestores públicos (Nieto, 1988), sistema que para erradicar cualquier viso de arbitrariedad en la gestión de los recursos, elimina de la gestión cualquier componente de subjetividad, de todo aquello que no sea directamente mensurable. La subjetividad supone la valoración de elementos que no son cuantificables, al menos fácilmente (actitud, motivación, etc.), y por tanto es una conducta

legítima; la arbitrariedad, por el contrario, supone la actuación caprichosa y separada del interés público, y por ello constituye una práctica reprochable. La subjetividad no es igual que la arbitrariedad, pero excluir cualquier elemento subjetivo es la mayor garantía (al menos teórica) contra la arbitrariedad. El coste de esta ecuación es terriblemente alto en términos de eficiencia y de celeridad. En el ámbito del Derecho laboral no prevalece el principio de objetividad, lo que facilita considerablemente (al menos en teoría) la gestión de los servicios sanitarios.

Posiblemente sea conforme a la Constitución una interpretación más flexible del concepto de objetividad en la gestión. La perversión del principio de objetividad se ha desarrollado en una normativa de desarrollo inadecuada y en la práctica diaria de aplicación de esa normativa.

2. Diversidad de regímenes jurídicos

El régimen jurídico público actual no se considera adecuado para la gestión de los servicios sanitarios. Entre sus muchos inconvenientes — que iremos esbozando en este apartado— uno de los principales es su enorme diversidad. Existen cientos de tipos distintos de vinculaciones de personal al sistema sanitario público coexistiendo en nuestros centros, basados en multitud de regímenes jurídicos: funcionarios (inspectores médicos, sanitarios locales), estatutarios (de los tres estatutos —médico, sanitario no facultativo, y no sanitario—, tanto reconvertidos como reconvertidos —cupos y zona—, tanto jerarquizados como no —equipos quirúrgicos—), interinos (la mayor parte de los médicos atención primaria contratados en los últimos años, o plazas de nueva creación en atención especializada), eventuales de carácter administrativo, laborales fijos, laborales con contrato de alta dirección, laborales con contrato temporal (obra o servicios, interinidades —sustitutos—, acumulaciones de tareas), laborales en formación (residentes). Esta diversidad se incrementa por el efecto de las numerosas situaciones administrativas especiales (excedencias, comisiones de servicio, cargos de libre designación, reintegros provisionales), por las consecuencias de la integración del

personal procedente de las redes asistenciales provinciales y municipales, y por la posibilidad de ejercer el puesto en régimen de dedicación exclusiva o de compatibilidad con otra actividad privada.

Ante esta enorme diversidad muchas voces autorizadas (Borrajo, 1995; Sala, 1995; Arruñada, 1995) consideran que la necesidad imperiosa es la de unificar el régimen jurídico de personal —al menos el de quienes realizan el mismo trabajo—, por encima de si ese régimen jurídico es de carácter administrativo (público) o laboral (privado), pues la diversidad genera agravios entre colectivos, es un factor de desmotivación, e incrementa los costes de gestión. Los avances en este sentido han sido, en general escasos, salvo en algún caso concreto, como el de Navarra, donde la unificación se ha conseguido por la vía de la funcionarización de todo el personal.

3. La alternativa de la laboralización

Ante las claras deficiencias del régimen estatutario actual, extraordinariamente rígido y de imposible manejo, un sector muy amplio de la doctrina —sobre todo procedente del campo de la Economía de la Salud— aboga por la laboralización del personal de las instituciones sanitarias. Tal proceso globalmente considerado no es posible y, aun con carácter parcial, presenta serios problemas:

- Para que una CA laboralice al personal estatutario, la única fórmula legal es la opcional o voluntaria, o sea, ofertar a ese personal la posibilidad de incorporarse voluntariamente a las plantillas como personal laboral, quedando en la situación administrativa que legalmente corresponda en su condición de personal estatutario.
- Lo relevante posiblemente no sea el régimen jurídico en sí —estatutario o laboral—, sino el sustrato sociológico y psicológico que subyace. Los valores socialmente relevantes condicionan

enormemente la forma de actuar del poder político en uno u otro régimen jurídico. Cuando se habla del régimen laboral todo el mundo piensa en —por ejemplo— la posibilidad del despido; también se relaciona con menor estabilidad que la del personal estatutario, flexibilizando el empleo; o con la posibilidad de diversificar las retribuciones. Sin embargo, los valores sociales prevalentes pueden forzar limitaciones, incluso por vía de la ley, de estas supuestas ventajas del régimen laboral. Piénsese, cuántas personal con vinculación laboral fija en el sistema sanitario han sido despedidas; o en el episodio de los contratos blindados en el sector público; o la presión para que los complementos de productividad sean iguales para todos, que es indiferente a que el régimen jurídico sea uno u otro.

- Nadie defiende los actuales estatutos de personal de centros sanitarios. Hay practica unanimidad en la conveniencia de, cuanto menos, su actualización. Sin embargo a pesar de los años y de las muchas negociaciones no se alcanza un consenso que permita sustituirlos. La resistencia a un proceso infinitamente más profundo de laboralización, de ser posible, encontraría unas resistencias feroces.

Aunque algunos autores (Borrajo, 1995) estiman que la Ley General de Sanidad claramente consagra como principio general y como base de ordenación de todo el sistema el carácter funcional o en su caso estatutario de todo el personal (los artículos 84 y 85 no dejan lugar a dudas, en su opinión) vamos a analizar algunos aspectos concretos comparando el régimen jurídico estatutario con el régimen laboral general.

4. Flexibilidad en la determinación de las condiciones de trabajo

La regulación estatutaria es percibida por los gestores como algo ajeno e impuesto; apenas hay posibilidad para decidir sobre el contenido

de las relaciones de trabajo. Por contra, la regulación laboral, aun cuando parte de una normativa general igualmente ajena e impuesta —el estatuto de los trabajadores y la legislación complementaria a éste— admite una mayor participación de gestores y trabajadores en la definición de las relaciones de trabajo, a través e la negociación colectiva — depende del ámbito de los convenios colectivos— y, sobre todo, de la posibilidad de individualizar las condiciones de cada contrato de trabajo, potenciando las capacidades de cada persona. Estas afirmaciones, sin embargo, no son del todo ciertas. En el ámbito estatutario, cada vez se potencia más el margen de negociación descentralizada —la negociación por objetivos, los sistemas de control de costes como base de negociación, el régimen de jornada, turnos y descansos, etc.—. En las grandes empresas de servicios —banca, seguros, suministro eléctrico, de agua, gas o telefonía— la centralización, la estandarización y la sensación de *ajenidad* en la gestión de recursos humanos es grande

5. Las plantillas

Los centros sanitarios públicos funcionan normalmente sobre unas plantillas de carácter cerrado donde se definen todos los puestos de trabajo, clasificados por categorías, que existen en el centro. En el régimen laboral esto no es así. No hay regulación al respecto. El número de puestos de trabajo puede teóricamente dimensionarse en función de la coyuntura. El director de un hospital público no aprueba su plantilla sino que tal aprobación corresponde habitualmente a la administración matriz (ministerio o consejería). El director de una delegación provincial de una compañía de seguros posiblemente tampoco pueda definir los puestos de trabajo de su delegación. Las plantillas cerradas de un servicio regional de salud pueden entenderse como una garantía de distribución equitativa de recursos al confeccionarse mediante ratios en función de la población asistida, el número de camas del centro, el porcentaje de población mayor de 65 años, la prevalencia de una determinada patología, etc. Es posible que las plantillas cerradas sean también una herramienta de equi-

dad territorial al permitir asegurar la existencia de determinados profesionales cualificados y escasos en zonas poco atractivas (generalmente rurales y aisladas) al no existir plazas libres en centros más atractivos. Las plantillas cerradas aprobadas por instancias superiores son de lenta modificación y dificultan la adaptación de los recursos humanos a las coyunturas asistenciales pues, aunque es posible la vinculación de personal extraplantilla, este siempre carecerá de una mínima estabilidad.

6. La estabilidad en el empleo

La estabilidad en el empleo es una de las características fundamentales del régimen estatutario (y en general del empleo público) y a la vez una de las más cuestionadas. El origen de la *plaza en propiedad* se remonta al siglo XIX y tenía como finalidad separar el empleo público de las amistades o enemistades personales y políticas, de forma que el empleado público pudiera realizar su trabajo según criterios técnicos sin verse afectado por los vaivenes políticos. El mecanismo tiene un terrible efecto perverso, pues como dice Alejandro Nieto (1988) “el funcionario (o estatutario), una vez ganadas las oposiciones, adquiere un seguro contra el desempleo que cubre la holganza y hasta la desfachatez”. Ello se debe a que, como dice el mismo autor, “el mecanismo era incompleto, puesto que no basta con acreditar previamente la capacitación, sino que es imprescindible, además, acreditar permanentemente el rendimiento posterior”. En algunas grandes empresas privadas de servicios, la estabilidad en el empleo es casi tanta como en el sector público pero, sin embargo, no existe la impunidad que se da en los centros sanitarios públicos. Socialmente la *plaza en propiedad* supone un fuerte agravio respecto a los trabajadores del sector privado, con empleos menos estables, que ven como con sus impuestos se mantienen bolsas de ineficiencia a veces escandalosas. En un contexto jurídico que no garantizara la estabilidad de por vida de los empleados de los servicios sanitarios, habría que preguntarse hasta qué punto la posibilidad del despido constituiría una verdadera amenaza y cómo cambiaría tal posibilidad la actitud de los trabajadores, el clima laboral o la cultura de la organización.

7. Selección y provisión

La selección del personal y la provisión de puestos concretos es uno de los puntos más conflictivos de la gestión de recursos humanos. La selección de los recursos es uno de los aspectos fundamentales del trabajo directivo. Sin embargo, al igual que vimos respecto a la definición de puestos, el gestor no participa en el proceso de selección, con lo que el seleccionado no encaja perfectamente en las necesidades de su directivo. Además de ajeno, el procedimiento es lento, pudiendo durar varios años, con lo que, aunque la definición de las necesidades del centro hubiera sido exactamente incluida en la convocatoria, cuando el proceso concluye las necesidades posiblemente han variado. Las ofertas públicas de empleo no responden a las necesidades precisas de los servicios sanitarios; las convocatorias definen procesos selectivos excesivamente teóricos (*temas de oposición*) que no valoran actitudes ni otros factores no objetivables. Cualquier alternativa a esto, sea huyendo de las macroofertas hacia niveles más próximos al puesto de trabajo, sea introduciendo otros factores en la valoración en el proceso selectivo, son mal asumidas por la sociedad que suele ver en ello —justificadamente o no— vulneraciones del derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas, cuando no claros ejemplos de nepotismo.

8. La carrera profesional

Respecto a la promoción de los trabajadores —la carrera profesional—, el actual sistema se traduce en una mayor responsabilidad administrativa en el caso de los médicos, lo que genera malos gestores a costa de buenos profesionales asistenciales. Se propone habitualmente, la promoción horizontal, que permitiría la óptima labor médica (vía retributiva) sin necesidad de cambios en la categoría profesional (de mayor componente burocrático). En todo caso estos problemas dependen más de la forma en que organicen y regulen que del régimen jurídico en sí que se aplique.

9. Retribuciones

El debate sobre el régimen retributivo se centra en la crítica al sistema actual de retribuciones lineales por categorías que no recompensa más al que más y mejor hace. Las retribuciones se deciden por instancias ajenas sin que apenas quede margen de negociación. El sistema de incentivos monetarios (productividad) es escaso y los incentivos no retributivos no existen o están desorganizados. El sistema laboral permite, con diferencia, mayor flexibilidad y asociación de las retribuciones al logro de objetivos. Sin embargo, en un escenario de verdadera autonomía de un centro sanitario para decidir y negociar las retribuciones de sus profesionales ¿qué retribución ofrecer —con cargo a los impuestos de los contribuyentes— para conseguir la vinculación estable de un profesional escaso —anestésista, por ejemplo— a un hospital rural en una zona dispersa, nada atractiva para desplazarse? Las retribuciones lineales, como las plantillas cerradas, pueden ser un elemento importante de equidad territorial, de accesibilidad. Sin embargo, las retribuciones lineales son un obstáculo claro en el desarrollo de la gestión clínica; no sirve de nada un sistema de presupuestos prospectivos por servicios, o de libre elección de médico, o la creación de unidades de gestión clínica, si las retribuciones no están asociadas al cumplimiento de los objetivos pactados. En todo caso, parece conveniente la recuperación por parte de la dirección de los centros sanitarios de las facultades de recompensa y sanción, inherentes a la función directiva.

10. Régimen disciplinario

En este sentido, la regulación del actual régimen disciplinario es una muestra de la imposibilidad real de gestionar eficazmente. Las garantías que se ofrecen al expedientado frente a la acción disciplinaria del centro sanitario son a todas luces desproporcionadas, pues, en muchos casos no es posible imponer la sanción y cuando se hace la dilación en el tiempo desde la comisión de la falta es tan grande que carece de sentido: para

que un castigo tenga sentido, ha de ser inmediato. Aunque es posible la separación definitiva del servicio de un trabajador, igual que en el ámbito laboral el despido disciplinario, el procedimiento para hacer efectivo uno y otro los hace completamente diferentes.

11. Otros derechos y obligaciones

El resto de los demás derechos y obligaciones de la relación de trabajo (horarios, turnos, formación, funciones, etc.) son como en muchos de los casos anteriores decididos por instancias ajenas al centro. En muchos casos no es necesario modificar el régimen jurídico al Derecho laboral, sino sólo redistribuir competencias en ejercicio de la desconcentración, para devolver al directivo mayor capacidad de gestión.

Manteniendo la necesidad de, cuanto menos, una revisión profunda del actual régimen, deberíamos preguntarnos, para concluir, hasta qué punto todas las deficiencias que hemos detectado no son más fruto de una actitud determinada, que de las normas que regulan; hasta qué punto la toma de las decisiones importantes por instancias ajenas al centro sanitario, no es más expresión de una voluntad centralizadora, que expresión de la imposibilidad legal de descentralizar con el actual régimen jurídico. En muchas más ocasiones de las deseadas, los gestores sanitarios se escudan en los caracteres del sistema para ocultar su propia ineficiencia. Las dificultades jurídica —que las hay, y muchas— nunca pueden ser una excusa para desarrollar una correcta gestión de personal; evidentemente pueden dificultarla, pero en ningún caso imposibilitarla. La laboralización no debe ser un fin en sí misma, sino un instrumento para conseguir objetivos deseados de la política de personal.

C. LA GESTIÓN DE RECURSOS MATERIALES

1. La normativa comunitaria

En la contratación de bienes y servicios rige también, en el Derecho público, el principio de objetividad. Caben aquí, por tanto, los mismos comentarios que hicimos respecto de los recursos humanos. Las posibilidades de salir de la contratación pública están aquí también seriamente limitadas. Pero en este caso, no por una cuestión de derechos adquiridos que impiden imponer el régimen laboral como ocurría con los recursos humanos, sino por imperativo de la normativa comunitaria que, desde la publicación de la LCAAPP de 1995 y la LOFAGE de 1997, excluye únicamente a las sociedades mercantiles de titularidad mayoritariamente pública de su ámbito de aplicación. El resto de los modelos están regulados, en mayor o menor medida, por las disposiciones de la LCAAPP. Nos remitimos al estudio hecho de cada modelo organizativo en el capítulo IV. Las autoridades de la Unión Europea han sido especialmente rígidos en la regulación de la contratación pública y en el ámbito de aplicación de sus directivas, que alcanza un porcentaje muy alto del sector público, para evitar devaneos de los gestores públicos en el uso de los fondos públicos. En la práctica esto se ha traducido en nuestro país en una regulación aun más rígida en algunos aspectos que la anterior, de 1964.

2. Los principios esenciales de la contratación

Las reglas esenciales del procedimiento básico de la contratación administrativa son de una racionalidad aplastante y cualquier gestor — público o privado, dentro o fuera de la administración— las seguirá, se lo imponga o no la ley. Estas reglas esenciales son:

- Publicidad: la difusión de la oferta para obtener las máximas y mejores ofertas posibles.

- Concurrencia: la presentación de muchas ofertas garantiza conocer todas las posibilidades del mercado.
- Oferta más ventajosa: se contratará con el ofertante que mejores condiciones oferte a la administración, no sólo económicas, sino técnicas, logísticas, etc.

Las diferencias entre la gestión pública y la privada surgen en la forma de desarrollar estos principios básicos. En la gestión pública el procedimiento se reviste de tales garantías que se vuelve absolutamente rígido hasta el punto de que, en un procedimiento impecablemente tramitado desde el punto de vista legal, es muy posible que la oferta seleccionada no sea la mejor del mercado, con mucha diferencia. Y esta ineficiencia estructural debe modificarse.

3. La oferta frente a negociación

En este sentido, cabe decir que una de las mayores diferencias entre el régimen público de contratación y el régimen privado es que, mientras en el segundo la negociación directa y abierta con los potenciales proveedores es la base de la toma de decisiones, en la contratación pública, en puridad jurídica, tal negociación no se produce (salvo en alguna medida en el llamado procedimiento negociado, para los contratos de menor importe). La administración debe decidir entre las ofertas cerradas que le presenten, sin posibilidad de negociar mejores condiciones que las que le oferten, o decidir dejar desierto el procedimiento y empezar de nuevo toda la tramitación. Cualquier negociación que se realice con un licitador en el ámbito de una contratación pública, aun bien intencionada, se realiza al margen de la legislación, pudiendo ser mal interpretada.

4. Las prerrogativas de la Administración

Una diferencia fundamental en el régimen jurídico público y privado de contratación radica en que el Derecho público atribuye a la Ad-

ministración contratante un enorme elenco de prerrogativas de gran importancia de las que carece cualquier forma jurídica privada contratante. Estas prerrogativas, que ya analizamos en el capítulo II, vienen justificadas en orden al interés superior —el interés general— que representa la Administración cuando contrata. Se enumeran en el artículo 60 de la LCAAPP y son:

- La prerrogativa de interpretar los contratos administrativos.
- La prerrogativa de resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento.
- La prerrogativa de modificarlos por razones de interés público.
- La prerrogativa de acordar su resolución y determinar los efectos de ésta.

5. Lo que realmente valora la sociedad

Cuando exaltamos el régimen jurídico privado en materia de contratación lo hacemos pensando siempre en su enorme eficiencia y agilidad, caracteres de los que, a todas luces, carece el régimen de la contratación administrativa. Sin embargo, deberíamos preguntarnos si el sistema de valores imperante en nuestra sociedad admitiría —por muy eficiente y ágil que sea la gestión en régimen privado— la libre disposición por los gestores públicos de inmensas cantidades anuales de dinero con garantías y controles mucho más dulcificados que los actuales. La experiencia nos demuestra que ante los escándalos de corrupción, la sociedad demanda aumentar los controles de todo tipo sobre los gestores públicos, sin importarle si ello genera ineficiencia.

6. Aspectos extrajurídicos

Como ya dijimos antes al hablar de recursos humanos, en muchas más ocasiones de las deseadas, los gestores sanitarios se escudan en los

caracteres del sistema para ocultar su propia ineficiencia. Posiblemente, mucha de la mala práctica contractual no tiene su origen en las deficiencias del régimen jurídico público, sino que está derivada de una mala negociación, de una deficiente definición de necesidades, en definitiva, de una contratación irracional independientemente de que el régimen jurídico por el que se regula sea administrativo o mercantil. Además, la contratación administrativa puede complementarse con cualquiera o todas las técnicas propuestas en este sentido en el Informe Abril — externalización y subcontratación de servicios accesorios a la asistencia sanitaria—. Estas técnicas están disponibles desde hace muchos años y si no se utilizan no es por culpa del régimen jurídico público.

D. LA GESTIÓN DE RECURSOS FINANCIEROS

Una de las principales críticas que se realizan a los modelos tradicionales de organización sanitaria en régimen de Derecho público es la deficiente gestión financiera basada en la aprobación y ejecución de un presupuesto que en modo alguno constituye una herramienta de gestión para el directivo. Las deficiencias extrajurídica aumentan los efectos de las de carácter jurídico. En concreto, podemos esbozar las siguientes ideas:

1. La dotación presupuestaria

La dotación presupuestaria. Una de las principales críticas a la gestión presupuestaria sanitaria pública es que se trabaja con presupuestos históricos (el hospital X dispondrá para el año 2001 el mismo dinero que gastó en el año 2000, incrementado en el IPC). Además, en demasiadas ocasiones el sistema de presupuestos sigue operando bajo la influencia de factores subjetivos (fallos de previsión de los administradores, habilidades personales de los directores para la consecución de fondos adicionales, el poder o influencia de ciertas autoridades locales frente a los

órganos de decisión del servicio de salud). En general los presupuestos son irreales, en el sentido de que deben ser acordes al gasto histórico real. Esta es una forma de presupuestación totalmente irracional, que en muchos casos premia la ineficiencia (da más dinero al que más haya gastado, sin importar qué obtuvo con ese dinero). Como punto de partida es indispensable que las dotaciones presupuestarias sean suficientes y asociadas a los objetivos pactados para el centro sanitario. Generalmente se dice que un requisito indispensable para pilotar alguna nueva experiencia de formas de gestión es partir libre de deudas. También deberíamos librar de deudas los centros preexistentes para poder comparar ambos modelos en igualdad de condiciones.

2. La aprobación presupuestaria

A consecuencia de lo anterior, la aprobación del presupuesto se realiza sin una rigurosa evaluación del gasto incluido en él. Además se realiza por instancias ajenas incapaces de abarcar la realidad de cada centro o sus necesidades o prioridades estratégicas.

3. La ejecución del presupuesto

La ejecución presupuestaria (el procedimiento para gastar el dinero que se ha dotado al centro) por lo general es absolutamente rígido. El crédito (dinero) dotado para una finalidad concreta —aunque no sea necesario gastarlo en esa necesidad— no puede ser gastado en otra cosa —aunque sea necesario—. Normalmente las leyes de presupuestos pueden variar este margen de maniobra —que en términos presupuestarios se denomina *vinculación de créditos*¹⁷⁵— por lo que, aunque el procedimiento en sí pueda no ser satisfactorio, es posible, a voluntad del poder ejecutivo flexibilizar la ejecución presupuestaria dotando

¹⁷⁵Véase, por ejemplo, el artículo 9 de la Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del estado para 1999 (BBOE nº 313, de 31 de diciembre de 1998). Véase también el artículo 5 de la Ley 10/1998, de 28 de diciembre, del Presupuesto de la

de mayor autonomía de gestión a los centros. Una segunda crítica generalizada a la ejecución presupuestaria es que es lento, por cuanto la materialización del pago se hace semanas o meses después de cumplir el proveedor. También en este caso es posible flexibilizar este efecto negativo, ampliando el ámbito de aplicación de los anticipos de caja fija —el fondo de maniobra— (el dinero efectivo con que se dota la cuenta corriente del centro sanitario para hacer pagos en efectivo). La reducción de tiempos de pago facilita la negociación con proveedores y reduce el precio de los bienes y servicios contratados.

4. Los ingresos presupuestarios

Los ingresos que se generen por la facturación a terceros por servicios sanitarios prestados, o por cualquier otro motivo, no revierten directamente en los centros. De esta forma se desincentiva la gestión de cobros. Sin embargo, mediante un correcto sistema de información puede hacerse que esos ingresos o parte de ellos reviertan en el centro. Por otro lado, los centros sanitarios en régimen de Derecho público carecen de capacidad de obtener ingresos mediante la suscripción de créditos, empréstitos, etc. con entidades financieras, ni siquiera a corto plazo. En la práctica los proveedores realizan esa función de financiación externa mediante la demora de los cobros.

5. El control: la Intervención

El control económico-financiero que realiza la Intervención es uno de los aspectos más criticados del régimen financiero público. La fiscalización previa supone un obstáculo considerable a una gestión ágil de los fondos públicos. La modalidad de control financiero permanente permite, para el mismo tipo de centros, una actuación mucho más ágil y un

Comunidad Autónoma de Andalucía para 1999 (BOJA nº 149, de 31 de diciembre de 1998), en relación con el artículo 38 de la Ley General de hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

nivel de control similar al obtenido mediante la fiscalización previa. Está en manos del poder ejecutivo la implantación del sistema de control financiero permanente en los centros sanitarios, si de verdad se desea dotar a estos de mayor autonomía de gestión.

6. La información

El sistema presupuestario actual ofrece muy poca información; se sabe cuánto se gasta y en qué, pero la contabilidad pública no informa de para qué (no funciona un verdadero presupuesto por programas) ni qué se consigue, ni a qué coste. La base de unos presupuestos reales, prospectivos, asociados a objetivos, etc. exigen unos excelentes sistemas de información, no sólo de tipo económico, sino también de tipo asistencial. Sólo así podrá existir una verdadera presupuestación por proceso. Sin medidas de producto intermedio que ajusten por complejidad de patología, de nada sirve hablar de eficiencia. Esto exige la aplicación de la CIE-9, del CMBD, y de un sistema de agrupación de casos (GRD o similar). En todo caso se trata de medidas extrajurídicas que pueden paliar algunas de las deficiencias del régimen presupuestario público.

En el diseño de sistemas de información hay que tener muy en cuenta el principio de racionalidad económica (que no cueste más crear el sistema de información que el beneficio que se espera obtener de él). La eficiencia supone reducir los costes de transacción. Sin embargo, la creación de potentes sistemas de información supone aumentar costes de este tipo. En todo caso, la mayoría de nuestros centros cuentan ya con buenos sistemas de información.

E. LA POSICIÓN DEL USUARIO

Un aspecto esencial en el análisis de las formas jurídicas de la organización sanitaria que frecuentemente no se considera en su justa

medida es la valoración de los diferentes modelos organizativos desde el punto de vista del usuario, esto es, desde el otro lado de la relación de servicios.

Vamos a analizar brevemente la naturaleza jurídica de esta relación. Después analizaremos si existe una diferente posición del usuario en función del modelo jurídico de organización utilizado.

La relación que se establece entre la administración prestadora de un servicio público (sea mediante formas de gestión directa o indirecta) y el usuario de ese servicio público es una relación de naturaleza jurídico administrativa (López Benítez, 1994), dado que está montada, organizada y orientada conforme a fines jurídico-administrativos.

Los posibles elementos contractuales que existan en la relación (sobre todo en formas de gestión indirectas) no anulan el carácter público de la misma, pues tales elementos pactados nunca pueden ir contra las condiciones del servicio y porque, además, la Administración tiene la facultad de modificar, en cualquier momento, estas condiciones.

Pero es más, cuando esta relación pública tiene un carácter duradero¹⁷⁶ (prestado en instituciones cerradas) la relación exige un título habilitador suplementario que permita el despliegue de determinados poderes que sobre la dinámica del servicio no serían posibles. “En este ámbito —continúa López Benítez— el usuario ve como sus derechos fundamentales pueden interpretarse de forma muy diferente al del resto de los ciudadanos: el usuario del servicio, mientras dure la prestación, vivirá conforme a reglas de conducta extrañas, que afectarán a aspectos tan vitales como su apariencia física, su vida íntima, el régimen de aseo e incluso de uniformidad, etc. Todo, absolutamente todo, será objeto de una regulación muy detallada, tan puntillista que, en algunos casos extre-

¹⁷⁶No tiene carácter duradero, por ejemplo, la relación establecida entre quien deposita una carta o certifica un paquete, y el servicio de Correos; ni la que se establece entre la compañía suministradora y quien se beneficia del servicio de gas o electricidad. Si tiene carácter duradero las que se entablan en torno a establecimientos cerrados (hospitales, escuelas, residencias de tercera edad, instituciones penitenciarias, etc.).

mos, el usuario perderá su propia noción del tiempo y del espacio, y sentirá que, más allá de los muros de la cárcel o del hospital, no hay nada, ¡sólo la civilización!”

En efecto, el mismo autor pone de manifiesto como la regulación de los derechos fundamentales del enfermo hospitalizado ha sido un aspecto tradicionalmente olvidado por nuestros textos legales¹⁷⁷ o donde se han encontrado importantes manifestaciones de *cosificación* del enfermo¹⁷⁸. La situación comenzó a variar con la aprobación del RD 2082/1978, de 25 de agosto, que recoge una verdadera tabla de derechos del enfermo y adoptó su régimen actual desde la publicación de la LGS (Ley 14/1986, de 25 de abril) que en su artículo 10 contiene un extenso catálogo de derechos del enfermo. Así, se reconoce:

- el respeto a su personalidad, dignidad e intimidad;
- su derecho a la información y a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia y con estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas;
- su derecho a ser advertido de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación;

¹⁷⁷Recoge el autor el siguiente comentario de J. González Pérez (La dignidad de la persona. Madrid, 1986): “Se levantan voces exigiendo garantías de su dignidad como persona de la mujer, de los hijos, de los escolares, de los soldados, de los detenidos y presos..., hasta del consumidor. Pero se olvida la situación de desamparo en que se encuentra el enfermo.”

¹⁷⁸Así, por ejemplo, el artículo 5 del Decreto de 27 de enero de 1941, autorizaba a utilizar para la enseñanza a los pacientes que quedaban a cargo de la beneficencia: “Los pacientes que queden a cargo de los médicos de la Beneficencia provincial podrán ser utilizados para la enseñanza clínica dada por el personal de la Facultad”. En el mismo sentido, el artículo 9 del referido Decreto facultaba a los catedráticos de Medicina para que ingresaran en sus salas aquellos enfermos que ofrecieran *interés para la enseñanza*, decisión para la que no sólo cuenta la voluntad del paciente, sino que incluso no es obstáculo para que se le puedan imponer mayores cargas: “si el enfermo de interés docente no fuese pobre, se le exigirá el pago de la estancia y del tratamiento, según tarifa aprobada por la Diputación y el Decano”.

- su derecho a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención;
- su derecho a participar, a través de las instituciones comunitarias, en las actividades sanitarias, etc.

Pero, como estamos comentando, el reconocimiento de estos derechos no impide el que, en la práctica, el enfermo haya de soportar una serie de medidas restrictivas de su libertad en favor del buen orden hospitalario, y del respeto de los derechos de los demás enfermos. En esta dirección se inscriben medidas como la prohibición de fumar, la restricción del número y del horario de las visitas o del número de acompañantes, o el régimen controlado de las comidas. Todas estas restricciones son, como se ve, limitaciones a la libertad genérica del individuo que vienen justificadas por el fin mismo de la relación hospitalaria (art. 43.1 CE).

En este marco, debemos preguntarnos si la posición del usuario frente al servicio público es la misma independientemente de la forma jurídica en que se preste ese servicio.

La respuesta no es clara. Para Cobreros Mendazona (1981) en hospitales privados debe existir el mismo respeto a los derechos fundamentales del enfermo que en los hospitales públicos, en un supuesto de *vicariedad administrativa*. Por tanto debemos entender que cualquiera que sea la forma de prestación del servicio público sanitario, el estatuto del usuario ha de ser el mismo.

Similar parecer mantiene López Benítez (1994), para quien entender que la relación que se establece entre la administración prestadora de un servicio público (sea mediante formas de gestión directa o indirecta) y el usuario de ese servicio público tiene carácter privado conduciría a la curiosa paradoja de que los usuarios de un servicio público estarían sometidos a una relación especial de sujeción sólo cuando el servicio se gestiona directamente por la Administración y no, en cambio, cuando se gestiona a través de fórmulas indirectas.

La misma línea de pensamiento sigue Borrajo (1995) con un planteamiento más pragmático. De cara al usuario —dice el autor— que el centro se someta al Derecho público o al privado es, en gran medida, indiferente. Lo determinante es si el ordenamiento permite al usuario elegir médico o incluso centro (votar con los pies, en términos económicos). Desde la perspectiva de la prestación del servicio, lo decisivo es si esas unidades que se quieren descentralizar van o no a tener que competir por los clientes. De nada sirve que un hospital tenga personalidad jurídica propia, actúe íntegramente sometido a Derecho privado, etc. si tiene una clientela cautiva, si sus gestores saben que hagan lo que hagan, van a tener un cupo cerrado. No olvidemos —concluye el autor— la experiencia de los cupos cerrados en la sanidad tradicional rural española: un cupo cerrado de beneficiarios, asignado obligatoriamente a un médico, a quien no tenían más remedio que acudir, por buenos o malos que fueran sus servicios.

Para Ariño y Sala (1995) las sociedades públicas mercantiles son, con carácter general, inadecuadas para llevar a cabo actividades que no se desarrollen en régimen de mercado. El precio que se paga por una supuesta mayor eficacia y operatividad es, nada menos que, la sustitución del Derecho público —con lo que ello conlleva de pérdida de las garantías que la legalidad administrativa reconoce en favor del administrado y también del interés general— por el Derecho privado —en el que impera el principio de autonomía de la voluntad—. Con la empresa pública mercantil se crea una entidad jurídica diferenciada que deja desprotegidos a los ciudadanos.

Con esta premisa, Ariño y Sala afirman —en la misma línea que la vista en Borrajo— que si la CE consagra el derecho a la protección de la salud como un derecho fundamental, le es de aplicación la garantía del artículo 149.1.1 de la CE, según el cual “El Estado tiene competencia exclusiva sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”. Por ello, la creación de un sistema que propicie desigualdades en este campo vulneraría el manda-

to constitucional que establece que el derecho a la protección de la salud “informe la legislación positiva” (art. 53.3 CE).

Lo que está por demostrar —continúan los autores— es que la liberalización del sistema sanitario acarree esos perniciosos efectos. Se dice, en ocasiones, que introducir elementos de mercado en un servicio público, que hasta ahora se caracterizaba por unas condiciones de prestación uniforme en todo el territorio nacional, supondría consecuencias discriminatorias. Siguiendo criterios de rentabilidad, unas zonas quedarían sobreequipadas —aquéllas con un mayor nivel económico, densidad, etc.— y otras se encontrarían peor atendidas. Además, se dice, la introducción de competencia podría llevar a que los establecimientos sanitarios diesen prioridad a los servicios rentables, postergando la atención de las verdaderas necesidades de la población local. Estas objeciones — que básicamente y de forma muy reducida son las formuladas por la Asociación Médica Británica al proyecto de reforma contenido en el documento “Working for patients” — aparecen sistemáticamente cada vez que se aborda la liberalización de un servicio público, ya sea en el campo de los suministros de energía —electricidad, gas, carburantes—, en las telecomunicaciones, o en las farmacias. Se trata —concluyen los autores—, en muchas ocasiones, de confusiones interesadas, promovidas por los grupos de interés empeñados en perpetuar el sistema.

Diferente análisis realiza Rodríguez-Arana (1995). Según este autor, asistimos a la crisis de las viejas técnicas de organización weberiana y del modelo jurídico clásico, basado en el respeto a la legalidad y en el funcionamiento conforme a procedimientos rígidos. Sin embargo, muchos de los males que hoy aquejan a la Administración Pública, provienen de haber ido desnaturalizando progresivamente el sentido del principio de legalidad. La crisis del principio de legalidad, siendo cierta, debe entenderse buscando en el marco de los procedimientos y del control la mayor agilidad y celeridad administrativa. De lo contrario, se producirá de facto una deslegitimación democrática de la actuación administrativa que, en lugar de ganar sensibilidad con los derechos de los ciudadanos, se obsesiona una y otra vez con el principio de eficacia, al que se da un

valor absoluto. La eficacia debe integrarse en la legalidad, como decía Weber. No olvidemos —concluye Rodríguez-Arana— que la Administración no es una empresa más, sino que es una empresa vinculada por unos principios constitucionales que la erigen en una organización compleja que debe gerenciarse siempre sin perder de vista el conjunto de los valores constitucionales.

En este mismo sentido, Villar Rojas (1994) afirma que asegurar el funcionamiento de la sanidad como servicio público es imposible con mecanismos jurídico-privados. Si se quiere asegurar el acceso de los ciudadanos a unas prestaciones básicas —y parece que nadie discute que la universalidad y la equidad deben regir la sanidad— deben otorgarse poderes exorbitantes a las Administraciones Públicas, porque no se imagina como asegurar su continuidad —frente al derecho de huelga— encauzar su prestación —limitando la libertad de creación de empresas—, o imponer la obligación de prestar el servicio sin discriminación —frente a la libertad de elección del cliente— con normas que se basan en la libertad de contratación y de pactos.

También Le Grand (1992) plantea la posibilidad de ocasionar importantes costes de equidad en la selección adversa al establecer un régimen de separación entre compradores y suministradores.

F. LA VIABILIDAD DEL MODELO

Las diferentes formas jurídicas de la organización sanitaria no pueden estudiarse sólo como estructuras consolidadas, sino que, en el análisis de sus puntos fuertes y débiles, hay que valorar sensiblemente los costes de implantación del modelo en cada caso. Estos costes pueden tener un origen muy diverso: condicionantes legales, políticos, sindicales, económicos, corporativos, etc.

En general, y desde el punto de vista legal, debemos comenzar destacando la enorme flexibilidad de la Ley General de Sanidad. Es una ley que permite a las Comunidades Autónomas —a las que ha erigido claramente en protagonistas del sistema sanitario— llevar a cabo sus prestaciones con arreglo a muchos modelos diferentes de gestión de los servicios sanitarios. Por consiguiente la LGS es muy adecuada como marco general (Borrajo, 1995).

Los costes de implementación —y la viabilidad en sí— de nuevos modelos de gestión son sustancialmente distintos según se trate de la creación *ex novo* de nuevos centros o de la transformación de estructuras preexistentes. El análisis es diferente en cada caso.

1. Creación de nuevas organizaciones

En otro momento de este estudio hemos comentado cómo la corriente dominante de pensamiento en nuestro país aboga por el desarrollo de experiencias piloto en diversos ámbitos, como alternativa a la transformación global del modelo de provisión pública de servicios sanitarios. Esta misma postura parece desprenderse de las recomendaciones del Informe Abril¹⁷⁹, o de las exposiciones de motivos del Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio y de la Ley 15/1997, de 25 de abril.

Así está sucediendo en la práctica, tanto en el ámbito del INSALUD gestión directa, como en los diferentes Servicios Regionales de Salud: el desarrollo de nuevas formas de organización se está realizando sobre centros de nueva apertura. Basta recordar los ejemplos del Hospital Costa del Sol o la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias, en Andalucía; las Fundaciones Hospital de Alcorcón y Hospital de Manacor, en el INSALUD; o el Hospital de Verín, en Galicia. En estos casos, al tratarse

¹⁷⁹Dice el Informe: “La transformación del régimen jurídico no precisa ser universal, e inicialmente podría dirigirse a un grupo de unidades que cumplan determinadas condiciones y en las que exista un suficiente grado de aceptación”.

de centros de nueva creación no existe más dificultad que la propia de creación y puesta en marcha del centro.

La creación se realiza por la disposición normativa (ley, acuerdo del gobierno, etc.) o documento contractual (escritura de constitución) que corresponda en cada caso, según el modelo organizativo seleccionado y que ya hemos comentado en el capítulo anterior.

La puesta en marcha se realiza mediante un conjunto de actos, generalmente de carácter material, que en algunos modelos no son sino desarrollo de lo previsto en los estatutos: nombramiento de los órganos de dirección y representación; definición de la estructura organizativa; dotación financiera y patrimonial; creación de la infraestructura física; selección y vinculación de recursos humanos.

2. Transformación de organizaciones existentes

La transformación de estructuras preexistentes supondría, en general, una auténtica renovación de formas jurídicas reguladas por el Derecho público hacia formas regidas por Derecho privado. Se trata de un fenómeno mucho más complejo que el anterior.

La transformación puede realizarse de forma selectiva, comenzando por aquellos centros que reúnan las condiciones más propicias al cambio (por el tipo de actividad diferenciada que realizan, por el carácter laboral de la totalidad de su personal, etc.). Puede hacerse por niveles asistenciales (atención primaria, especializada, salud pública, etc.) o territoriales (distrito sanitario, área hospitalaria, área sanitaria, región sanitaria, área de salud, etc.). Por último cabe la transformación global en un sólo acto de toda la estructura provisorio de servicios sanitarios (servicio regional de salud)¹⁸⁰. Todas estas opciones caben en el ámbito de la Ley 15/1997 de nuevas formas de gestión en el Sistema Nacional de Salud.

¹⁸⁰Esta última fue la opción elegida para la creación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

En este contexto, la transformación de las estructuras existentes plantea dificultades en todos los ámbitos:

- Es preciso realizar una regulación previa de forma que se preserven los principios de igualdad, accesibilidad, equidad o solidaridad en el seno del sistema sanitario universal, y donde la libertad de elección de centros y profesionales sea efectiva.
- Respecto a los recursos humanos, como ya hemos comentado en capítulos anteriores, la transformación será diferente según el régimen jurídico en cada caso: si se trata de personal sometido a Derecho laboral, se mantiene la relación existente, pero sometido al Convenio Colectivo que resulte de aplicación para esa persona jurídica; si se trata de personal funcionario o estatutario, la transformación se complica sensiblemente: este personal mantiene su régimen jurídico, no se le puede expropiar su régimen. Sólo cabe realizar ofertas de integración en el régimen laboral. En este caso las resistencias a abandonar el régimen funcional o estatutario se prevén muy grandes, lo que puede desvirtuar enormemente el ritmo y las condiciones de la transformación.
- En el ámbito financiero, ya hemos comentado en otro apartado como reiteradamente se insiste por la doctrina en la necesidad de que los centros transformados comiencen sin deudas su andadura bajo un nuevo modelo organizativo, aun cuando se subroguen en las obligaciones de los organismos extinguidos.

El RDNFG contiene diversas normas para regular la conversión de centros sanitarios preexistentes en otro modelo distinto. El RDNFG limita la transformación de los centros preexistentes exclusivamente a los modelos de FPS o de consorcios con otras Administraciones o entidades, “al objeto de preservar el régimen estatutario del personal que presta servicios en los actuales centros sanitarios” (Disposición adicional 5ª).

a. Conversión en FPS (Disposición adicional 6ª)

La conversión de los actuales centros en FPS se realizará con carácter voluntario, previa petición de los mismos y una vez superado el proceso de conversión. Este proceso incluye:

- (1) Solicitud de la Gerencia del centro sanitario, dirigida a la INSALUD, de conversión de éste en FPS.
- (2) La solicitud deberá ir acompañada de los siguientes documentos:
 - (a) Plan estratégico del centro, aprobado por la Presidencia Ejecutiva del INSALUD en que conste la voluntad y capacidad técnica del centro para obtener personalidad jurídica propia.
 - (b) Certificación del acuerdo favorable de la comisión de dirección del centro.
 - (c) Anteproyecto de estatutos de la nueva entidad.
 - (d) Informe de los órganos de representación (Ley 9/1987, de 12 de junio) y de participación. Dicho informe hará referencia también al anteproyecto de estatutos.
- (3) El expediente integrado por los documentos anteriores será dictaminado por una Comisión de Homologación, que se pronunciará sobre los siguientes aspectos:
 - (a) Cumplimiento de los trámites formales y de audiencia previstos.
 - (b) Verificación de la voluntariedad del proceso de conversión, que se producirá mediante la acreditación de la suficiencia del consenso interno, acreditada a través de la valoración conjunta y ponderada de los informes emitidos por los órganos de representación y participación establecidos.
 - (c) Acreditación de la existencia de sistemas de información y de procedimientos de gestión, que garanticen la mejora

de la calidad del servicio y la gestión adecuada de los centros, según se establezca en la instrucción que, con carácter general, establezca la presidencia ejecutiva del INSALUD.

(d) Adecuación presupuestaria y económica del proyecto.

- (4) La Comisión de Homologación estará integrada por representantes del INSALUD en el número y forma que se establezca.
- (5) La Presidencia Ejecutiva del INSALUD, previo informe preceptivo de la Comisión Paritaria, a la vista de lo actuado, dictará resolución sobre el proceso de homologación del centro.

Si la resolución fuese favorable continuará el proceso de conversión del siguiente modo:

- (1) La Presidencia Ejecutiva del INSALUD propondrá al Ministro de Sanidad y Consumo la conversión del centro sanitario en FPS, acompañando a la propuesta el Plan Inicial de Actuación y el proyecto de estatutos del centro.
- (2) El Ministro de Sanidad y Consumo decidirá su elevación al Consejo de Ministros, el cual resolverá sobre la constitución de la FPS y la aprobación de sus estatutos.

b. Conversión en consorcios (Disposición adicional 7ª)

La conversión de los actuales centros sanitarios en consorcios se realizará manteniendo las garantías y siguiendo el mismo procedimiento que para la conversión de los actuales centros en FPS, con las adaptaciones que sean necesarias en razón a las peculiaridades propias de dicha forma de gestión.

Se constituye una Comisión Paritaria entre la Administración y las organizaciones sindicales presentes en la Mesa Sectorial de Sanidad, a quien corresponderá informar, con carácter preceptivo y previo a su apro-

bación, los proyectos de creación o conversión de centros sanitarios en cualesquiera de las nuevas formas de gestión. Dicha Comisión conocerá e informará, igualmente, con carácter previo a su aprobación, los proyectos de estatutos de las nuevas entidades (Disposición adicional 8ª).

Hasta tanto no finalice el proceso de conversión del centro sanitario en FPS o en consorcio, éste se regirá por la normativa existente, siendo de aplicación las normas relativas a las FPS o al consorcio sólo a partir del día en que el acuerdo del Consejo de Ministros que apruebe su constitución se publique en el BOE y entre en vigor (disposición transitoria única).

En los aspectos relativos al servicio público sanitario, no regulados en el RDNFG, será de aplicación la normativa vigente de carácter general en esta materia para el INSALUD. Sin perjuicio de lo anterior, a los hospitales que se acojan a las nuevas formas de gestión no les será de aplicación lo previsto en el Real Decreto 521/1987, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre estructura, organización y funcionamiento de los hospitales gestionados por el INSALUD, a excepción de los artículos 2, 5, 28, 30 y 31, que serán de aplicación a los mencionados centros sanitarios.

La actividad asistencial de estos hospitales estará dirigida a la presentación de una atención integral al usuario, para lo que se establecerán fórmulas organizativas sin personalidad jurídica orientadas a tal fin, pudiéndose crear áreas clínicas o agrupaciones funcionales de unidades asistenciales que integren a profesionales y equipos interdisciplinarios que se responsabilicen de la gestión de un grupo específico de procedimientos asistenciales, sin perjuicio de la subsistencia de las unidades y servicios que la integren.

CAPÍTULO VII

CONCLUSIONES

En este estudio se ha ofrecido al lector una descripción de todos los modelos de organización de la provisión pública de servicios sanitarios y de los regímenes jurídicos básicos, y un avance de estudio crítico. El análisis meramente técnico de las formas de organización —sea desde el punto de vista jurídico, como aquí, sea desde cualquier otro enfoque— es indispensable para conocer los términos exactos del debate. Pero no es un análisis suficiente, pues los modelos organizativos son sólo herramientas, instrumentos, y será estéril si se hace de forma aislada y no incluye la valoración del entorno en que ese modelo se propone o se desarrolla, el análisis de los valores fundamentales sobre los que se quiere organizar la protección de la salud de los ciudadanos, según las entiende cada poder ejecutivo.

La valoración de propuestas organizativas concretas exige, por tanto, analizar y valorar aspectos esenciales como si la financiación será exclusivamente pública o no; si, en caso de ser pública, se hará por impuestos o por cotizaciones; si el aseguramiento será único o no, si será exclusivamente público o habrá participación privada; si se mantendrá el carácter gratuito del sistema o se incorporarán mecanismos de *copago* por los usuarios; si los dispositivos de provisión serán mayoritariamente públicos o indistintamente públicos y privados, etc. En estos aspectos es donde está el verdadero carácter público o privado del sistema sanitario y no en el régimen jurídico de que se dote a sus organizaciones provisoras.

En este sentido, por ejemplo, la modificación de la regulación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas realizada recientemente, en la que se establece una deducción para las aportaciones a primas de seguros sanitarios privados, aunque pueda aparentemente parecer un

aspecto puntual, incluso irrelevante, tiene, en nuestra opinión, infinitamente mayor importancia en el debate público-privado que cualquier aspecto relacionado con el régimen jurídico de las formas organizativas, por cuanto tal modificación afecta a la línea de flotación del sistema sanitario público tal como se ha concebido desde la publicación de la LGS en 1986 hasta hoy.

En relación con esta idea, entendemos que la verdadera *privatización* del sistema sanitario se plantea cuando afecta a estos valores esenciales prevalentes en el sustrato social, y no a la mera elección de un régimen jurídico determinado para organizar la provisión.

Este es un estudio parcial sobre las formas de organización sanitaria; analiza sólo los aspectos jurídicos del tema. El análisis completo de las diferentes opciones organizativas de la provisión pública de servicios sanitarios precisa de otros enfoques, cuanto menos, tan importantes como el jurídico, de orden económico, asistencial o de gestión. Entre estos aspectos, y a título sólo de ejemplo, podemos citar: la coordinación entre niveles, la separación de funciones financiación-compra-provisión de servicios sanitarios, los conceptos de calidad total y marketing de los servicios sanitarios, el desarrollo de presupuestos clínicos prospectivos, las unidades de gestión clínica, los contratos-programa, la planificación estratégica, la dirección por objetivos, los sistemas de información, la contabilidad analítica, la cirugía ambulatoria, las consultas de enfermería, la enfermería comunitaria, la telemedicina, la consecución de economías de escala a través de redes de hospitales y acuerdos de cooperación entre centros, el uso racional del medicamento, el desarrollo de sistemas de incentivos asociados a resultados estratégicos sensibles como la reducción de las listas de espera, la eliminación de referencias de almacén obsoletas, la unidosis en farmacia hospitalaria, la mejora de la coordinación entre servicios sociales y servicios sanitarios, los programas de cuidados paliativos, las campañas de intervención comunitaria sobre factores de riesgo, la libre elección de médico y centro, y muchas otras. Todas estas medidas tienen cabida y son necesarias en cualquier modelo

organizativo y todos los modelos organizativos son potenciados por la introducción de estas medidas. Muchas veces se cambia el régimen jurídico pensando que basta para cambiar la gestión, y no es así. Moreu (1991) recuerda cómo Drucker defiende que mientras en los años ochenta todos los gestores sanitarios querían gestionar el hospital como una empresa, en el año 2000, según el Sr. Drucker, las empresas que quieran ser excelentes deberán funcionar como un hospital.

La utilización de modelos organizativos en régimen de Derecho privado se hace habitualmente buscando la consecución de mayor eficiencia en la gestión. Sin embargo, en la valoración de este cambio deben considerarse otros elementos que se mueven en sentido contrario: deberíamos preguntarnos hasta qué punto es ético y el *orden de valores socialmente prevalente* admite, que los gestores públicos puedan disponer de enormes cantidades de dinero para realizar su gestión, o decidir sobre la gestión de personal con enormes márgenes de libertad (puedo seleccionar a los trabajadores que quiera, puedo comprar al proveedor que quiera, etc.) y con unos mecanismos de control de su actuación considerablemente menores a los actuales y en todo caso subordinados a la consecución de la máxima eficiencia. La experiencia demuestra que ante estas situaciones la sociedad demanda *atar en corto* a los gestores públicos estableciendo potentes mecanismos de control y limitando su libertad de actuación, lo que tiene un considerable coste en términos de eficiencia.

La *crisis* de la sanidad no deben entenderse como un problema puntual; es una situación permanente. A su vez las reformas que esta *crisis* exija, no tendrán principio ni fin. La modernización del sistema sanitario público es un proceso constante, siempre inacabado. Nunca se podrá afirmar que se ha concluido la reforma, pues el cambio en el resto del entramado social no sólo no se detiene nunca, sino que evoluciona cada vez a mayor velocidad. En todo caso, no cabe duda de que el sector sanitario público es uno de los servicios públicos más dinámicos e innovadores en la búsqueda de mayor calidad y cantidad de servicios.

En el debate sobre nuevas formas de gestión se defiende habitualmente el llamado *principio de intercambiabilidad de las formas jurídicas*, conforme al cual, la elección de una u otra forma organizativa tiene siempre un valor relativo, puramente convencional. Sin embargo, hay que tener presente que Derecho público y Derecho privado son portadores de valores distintos encaminados, en el primer caso a la consecución de un interés público y, en el segundo, a la satisfacción de los intereses privados. De la Morena dice: “El Derecho administrativo valora a los individuos partiendo de su dimensión solidaria de miembros activos de una comunidad de vida y de intereses, en la que orgánicamente están insertos y respecto de la que toda idea de *ajenidad* o indiferencia resulta, no sólo existencialmente imposible, sino éticamente recusable. El Derecho administrativo se contrapone así al Derecho privado, que arranca de una concepción *egoístico*-individualista del hombre, en la que sólo encuentran acomodo los esquemas de la justicia conmutativa, según la cual, “lo mío” es irreductible, por antagónico, a “lo tuyo” y a “lo suyo”, no permitiendo ver ni tratar lo que es común a todos, y que por ser de todos lo es también -y con una manera muy especial de serlo- de cada uno de nosotros” (De la Serna, 1995). En este sentido, hay que valorar que en este proceso -que se ha dado en llamar de *huida del Derecho*- se pierden las garantías de los derechos individuales de los usuarios y de los controles políticos y financieros de la acción pública. Todo *escapismo* injustificado de este Derecho constituye un peligro o una disminución potencial de aquellas garantías y controles.

Con independencia de la valoración que merezca el Derecho público o el Derecho privado lo que prácticamente nadie duda es la necesidad de actualizar y flexibilizar determinados aspectos del Derecho administrativo para adaptarlos a una gestión ágil, tecnificada y económicamente eficiente. Habitualmente la sociedad civil evoluciona más rápido que el poder legislativo, pero en el caso del Derecho público, en algunos aspectos han quedado abiertamente *desactualizados*, lo que ha repercutido seriamente en la calidad de la gestión realizada con este marco legal y a favorecido lógicamente las posiciones de transformación a formas regu-

ladas por Derecho privado. Sin duda, los aspectos más necesitados de actualización son la regulación del personal de los centros sanitarios y la gestión presupuestaria.

El poder público parece jugar un *doble juego* en la organización de los servicios públicos, doble juego que encierra un fraude para los usuarios de tales servicios. Por un lado, se aprueban leyes de Derecho público que reconocen amplias garantías a los ciudadanos y controlan con mano firme la gestión de los servicios públicos, para dar respuesta a una demanda social amplia en este sentido (por ejemplo, las LRJPC, LCAAPP, LGP). Pero simultáneamente la misma Administración que aprueba tales normas, *saca* los servicios públicos que considera estratégicos (baste el ejemplo del Ministerio de Hacienda, parcialmente *convertido* en la Agencia Estatal de Administración Tributaria) del ámbito de aplicación de tales leyes para recuperar —dentro de la legalidad, aunque sólo formal—, el margen de maniobra perdido por la aplicación de esas leyes *garantistas*, y contar con mayor discrecionalidad en la gestión de los recursos públicos, so pretexto de una pretendida y no siempre conseguida mayor eficiencia, aun con el coste —nunca explicitado— de la pérdida de las garantías de que disfrutaba el ciudadano en sus relaciones con esa Administración antes de su metamorfosis.

No existen formas jurídicas de organización sanitaria que, aisladamente y *a priori*, sean intrínsecamente buenas o malas, ni de izquierdas o de derechas, etc. Para mejorar hay que cambiar y para ello hay que pilotar controladamente nuevas propuestas organizativas. Cualquier opción puede ser válida si se cumplen tres condiciones:

- a. Que quede suficientemente explicitada y garantizada la vigencia de los valores superiores del sistema público sanitario, socialmente prevalentes: financiación exclusivamente pública, aseguramiento único y público, acceso gratuito y equitativo a las prestaciones, provisión mayoritariamente pública, etc.

- b. Que no suponga ninguna minoración de las garantías de los ciudadanos en su relación con el sistema sanitario público.
- c. Que se asuman todas las consecuencias del modelo adoptado; que no se quiera asumir lo bueno y excluir lo malo; que no se quiera *ser público* para unas cosas y *ser privado para otras*.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M. 1980. *Curso de Derecho Civil*, I (1). Barna: Bosch. 7ª edición.
- ALLI FERNÁNDEZ, J. L., L. CIRIZA ARIZTEGUI. El proceso de funcionarización del personal sanitario en la Comunidad Foral de Navarra. *Revista Derecho y Salud* 1995; enero-junio, 3(1):123 y ss.
- ALMUNIA AMANN, J. 1995. Alternativas al modelo de financiación de la Seguridad Social. En: Varios. *Análisis del sistema sanitario español*. Aranjuez (Madrid): Fundación Ciencias de la Salud/Ediciones Doce Calles S.L.
- ALONSO OLEA, M. 1994. *Las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social*. (Estudios de Derecho Laboral, nº 15, 1ª edición). Madrid: Civitas.
- ALONSO UREBA, A. 1985. *La empresa pública. Aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho Económico*. Madrid: Ed. Montecorvo.
- ARIAS MENÉNDEZ, N. E. 1993. Planificación de recursos humanos en el sector público. El Sistema Nacional de Salud. En: Varios. *I Jornadas de gestión y evaluación de costes sanitarios*. Albacete: Hospital de Hellín.
- ARIÑO ORTIZ, G. 1993. *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*. Madrid: Marcial Pons.
- ARIÑO ORTIZ, G., J. SALA ARQUER. 1995. La gestión de los servicios sanitarios mediante formas personificadas: especial referencia a empresas públicas y sociedades. En: Varios. *La gestión de los servicios sanitarios: modelos alternativos*. Actas del III Congreso "Derecho y Salud". Pamplona: Gobierno de Navarra. Departamento de Salud.

- ARQUES I SUVIRACH, J. 1995. Modelos de gestión en las Comunidades Autónomas: evolución reciente y perspectivas de futuro. Mesa redonda. Cataluña. En: Varios. *La gestión de los servicios sanitarios: modelos alternativos*. Actas del III Congreso "Derecho y Salud". Pamplona: Gobierno de Navarra. Departamento de Salud.
- ARRUÑADA, B. Sanidad pública: la reforma imposible. *Revista de Economía* 1991; (11).
- ARRUÑADA, B. 1995. Diseño organizativo y gestión del personal en la sanidad pública. En: Asociación de Economistas de la Salud. *Cambios en la regulación sanitaria*. XIV Jornadas de Economía de la Salud. Barna: SG Editores.
- ARTELLS I HERRERO, J. J. 1993. Escenarios de la reforma en EE.UU., Italia y Portugal. En: Varios. *I Jornadas de gestión y evaluación de costes sanitarios*. Albacete: Hospital de Hellín.
- ARTELLS I HERRERO, J. J. 1995. El aseguramiento y el seguro sanitario en el contexto internacional. En: Asociación de Economistas de la Salud. *Cambios en la regulación sanitaria*. XIV Jornadas de Economía de la Salud. Barna: SG Editores.
- ARTHUR ANDERSEN. 1994. *La privatización como alternativa. Metodología y experiencias internacionales*. (Ciencias de la Dirección). Madrid: Arthur Andersen.
- ASOCIACIÓN DE ECONOMÍA DE LA SALUD. 1992. Situación actual del Sistema Nacional de Salud y propuesta de mejora. En: Varios. *La reforma del sistema sanitario*. Madrid: Fundación de estudios de economía aplicada/Ediciones Mundi-prensa.
- AUSERON SOTERA, J. L. 1995. Modelos de gestión en las Comunidades Autónomas: evolución reciente y perspectivas de futuro. Mesa redonda. Canarias. En: Varios. *La gestión de los servicios sanitarios: modelos alternativos*. Actas del III Congreso "Derecho y Salud". Pamplona: Gobierno de Navarra. Departamento de Salud.

- BAENA AGUILAR, A., P. M. HERRERA MOLINA, F. SERRANO ANTÓN. 1993. *La Agencia Tributaria frente al contribuyente. Régimen jurídico y problemas de constitucionalidad*. Granada: Comares.
- BAENA DEL ALCÁZAR, M. 1992. *Instituciones Administrativas*. Madrid: Marcial Pons.
- BAREA, J., A. GÓMEZ CIRIA. 1994. *El problema de la eficiencia en el sector público en España. Especial consideración de la sanidad*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos.
- BAREA, J. 1995. Recursos humanos. En: Asociación de Economistas de la Salud. *Cambios en la regulación sanitaria*. XIV Jornadas de Economía de la Salud. Barna: SG Editores.
- BEATO ESPEJO, M. El sistema sanitario español: su configuración en la Ley General de Sanidad. *Revista de Administración Pública* 1991 mayo-agosto; (119):379 y ss.; 1991 septiembre-diciembre, (120):381 y ss.
- BEATO ESPEJO, M. Nuevo modelo económico de la prestación de servicios sanitarios: privatización en la gestión y técnicas gerenciales, fomento de la libre elección por el usuario y ejercicio libre de la actividad empresarial. *Revista de Administración Pública* 1993 mayo-agosto; (131).
- BELENES, R. 1992. Nuevos instrumentos de gestión sanitaria. En: Varios. *La reforma del sistema sanitario*. Madrid: Fundación de estudios de economía aplicada/Ediciones Mundi-prensa.
- BELENES, R. 1995. Competencia: propuestas concretas y valoración de experiencias. En: Asociación de Economistas de la Salud. *Cambios en la regulación sanitaria*. XIV Jornadas de Economía de la Salud. Barna: SG Editores.
- BERMEJO CABRERO, F. Las relaciones de puestos de trabajo y la laboralización de la Función Pública. *Revista Española de Derecho Administrativo*; 1990 segundo trimestre (abril-junio), (62).
- BERMEJO VERA, J. 1994. *Derecho Administrativo. Parte especial*. 1ª edición. Madrid: Civitas.

- BESTARD PERELLO, J. J. 1994. Fundaciones públicas como experiencia de gestión. En: Federación Española de Gestión Sanitaria. *Jornadas de Gestión Sanitaria*. Córdoba: Federación Española de Gestión Sanitaria.
- BESTARD PERELLO, J. J. 1995. Competencia: propuestas concretas y valoración de experiencias. En: Asociación de Economistas de la Salud. *Cambios en la regulación sanitaria*. XIV Jornadas de Economía de la Salud. Barna: SG Editores.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A. 1994. *Las Administraciones independientes. Un reto para el Estado Social y Democrático de Derecho*. Madrid: Tecnos.
- BOHIGAS, LL. 1994. La acreditación en el mercado hospitalario español. En: Asociación de Economistas de la Salud. *Cambios en la regulación sanitaria*. XIV Jornadas de Economía de la Salud. Barna: SG Editores.
- BONET BERTOMEU, J. M. 1994. Nuevo modelo de gestión: Hospital "Costa del Sol". En: Federación Española de Gestión Sanitaria. *Jornadas de Gestión Sanitaria*. Córdoba: Federación Española de Gestión Sanitaria.
- BORRAJO INIESTA, I. El intento de huir del Derecho Administrativo. *Revista Española de Derecho Administrativo* 1993 abril-junio (78).
- BORRAJO INIESTA, I. 1995. La huida hacia fórmulas de gestión de derecho privado en la prestación de servicios sanitarios: la supuesta crisis del Derecho Administrativo. En: Varios. *La gestión de los servicios sanitarios: modelos alternativos*. Actas del III Congreso "Derecho y Salud". Pamplona: Gobierno de Navarra. Departamento de Salud.
- BROSETA PONT, M. 1990. *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos.
- CABASÉS HITTA, J. M 1995. Los condicionantes económicos en la evolución de los modelos de gestión de los servicios sanitarios. En: Varios. *La gestión de los servicios sanitarios: modelos alternativos*. Actas del

III Congreso "Derecho y Salud". Pamplona: Gobierno de Navarra. Departamento de Salud.

CABASÉS HITA, J. M. 1992. La crisis de los sistemas sanitarios occidentales y las propuestas de reforma. En: Varios. *La reforma del sistema sanitario*. Madrid: Fundación de estudios de economía aplicada/Ediciones Mundi-prensa.

CABASÉS HITA, J. M., J. MARTÍN. 1995. Diseño y evaluación de estrategias de desregulación en el sector sanitario público en España. En: Asociación de Economistas de la Salud. *Cambios en la regulación sanitaria*. XIV Jornadas de Economía de la Salud. Barna: SG Editores.

CARREÑO CASTILLA, F. 1995. Aseguramiento público versus aseguramiento privado. En: Varios. *Análisis del sistema sanitario español*. Aranjuez (Madrid): Fundación Ciencias de la Salud/Ediciones Doce Calles S.L.

CASAGNE, J. C. 1993. *La huelga en los servicios esenciales* (Cuadernos Civitas). Madrid: Civitas.

CHEVALIER, J. J. 1972. *Grandes textos políticos. De Maquiavelo a nuestros días*. Madrid: Aguilar.

COBREROS MENDAZONA, E. Aspectos jurídicos del internamiento de los enfermos mentales. *Revista de Administración Pública* 1981; (94).

COMISIÓN DE ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD 1991a: *Informe y recomendaciones*. Madrid: Sistema Nacional de Salud.

COMISIÓN DE ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD 1991b: *Informe de la subcomisión de economía del sistema*. Madrid: Sistema Nacional de Salud.

COMISIÓN DE ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD 1991c: *Informe de la subcomisión de personal sanitario*. Madrid: Sistema Nacional de Salud.

- CONDE OLASATEGUI, J. 1995. Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud: Criterios de racionalización. En: Varios. *Análisis del sistema sanitario español*. Aranjuez (Madrid): Fundación Ciencias de la Salud/Ediciones Doce Calles S.L.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. Acuerdo de la Subcomisión de Sanidad del Congreso de los Diputados para la consolidación y modernización del Sistema Nacional de Salud. *Revista de Administración Sanitaria* 1998 enero-marzo; 2(5):149-164.
- COSCULLUELA MONTANER, L. 1995. *Manual de Derecho Administrativo*. 6ª edición. Madrid: Civitas.
- COSTAS LOMBARDÍA, E. 1995. Las posibilidades de la reforma del Sistema Nacional de Salud. En: Varios. *Análisis del sistema sanitario español*. Aranjuez (Madrid): Fundación Ciencias de la Salud/Ediciones Doce Calles S.L.
- DE ESTEBAN, J., L. LÓPEZ GUERRA. 1981. *Régimen constitucional español*. Barna: Labor.
- DE LA SERNA BILBAO, M. N. 1995. *La privatización en España. Fundamentos Constitucionales y Comunitarios*. Pamplona: Editorial Aranzadi, S.A.
- DE VICENTE DOMINGO, R. 1996. *Los entes instrumentales en las leyes de procedimiento y de contratos de las Administraciones Públicas*. Madrid: Civitas.
- DEL SAZ CORDERO, S. La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas. *Revista de Administración Pública* 1994 enero-abril; (133).
- ELOLA SOMOZA, F. J. 1991. *Crisis y reforma de la asistencia sanitaria pública en España 1983-1990*. Madrid: Fondo de Investigaciones Sanitarias de la Seguridad Social (FISS).
- ELOLA SOMOZA, F. J. 1993. El sector sanitario: escenarios. En: Varios. *Jornadas de gestión y evaluación de costes sanitarios*. Albacete: Hospital de Hellín.

- ELOLA SOMOZA, F. J. 1994. *Sistema Nacional de Salud: evaluación de su eficiencia y alternativas de reforma*. Barna: SG editores.
- ELORDUY MOTA, J. I. 1993. *Estrategia de empresa y recursos humanos. Una visión dinámica de la empresa*. Madrid: McGraw-Hill.
- ENTRENA CUESTA, R. 1994. Organización de formas sin personalidad: jerarquía En: *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Tecnos.
- FERNÁNDEZ MENDÍZBAL, I. 1995. Los recursos humanos; convivencia de diferentes regímenes jurídicos. En especial el papel del personal funcionario y estatutario ante la introducción de formas de gestión de derecho privado. Mesa redonda. En: Varios. *La gestión de los servicios sanitarios: modelos alternativos*. Actas del III Congreso "Derecho y Salud". Pamplona: Gobierno de Navarra. Departamento de Salud.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA Y LOZANA. 1995. Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud: criterios de racionalización. En: Varios. *Análisis del sistema sanitario español*. Aranjuez (Madrid: Fundación Ciencias de la Salud/Ediciones Doce Calles S.L.
- FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M. 1994. *El servicio público de la sanidad: El marco constitucional*. 1ª edición. (Cuadernos Civitas). Madrid: Civitas.
- FERRÁNDIZ MANJAVACAS, F. A. 1993. *Estructura y administración sanitaria pública en España*. Madrid: Centro de estudios procesales.
- FERRÁNDIZ MANJAVACAS, F. A. Las Fundaciones como nuevas formas de gestión eficiente. Ventajas e inconvenientes respecto al modelo tradicional de gestión. *Revista de Administración Sanitaria* 1999 enero-marzo; 3(9).
- FREIRE, J. M. Fundaciones sanitarias públicas, comentario y propuestas alternativas. *Revista de Administración Sanitaria* 1999 enero-marzo; 3(9).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. El concepto de personalidad jurídica en el derecho público. *Revista de Administración Pública* 1992 septiembre-diciembre; (129).

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. 1994. *Revolución francesa y administración contemporánea*. 4ª edición. Madrid: Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. 1989. *Curso de Derecho Administrativo*. Volumen I. 5ª edición. Madrid: Civitas.
- GARCÍA LLOVET, E. Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho. *Revista de Administración Pública* 1993 mayo-agosto; (131).
- GARCÍA ORTEGA, P. 1987. *Manual de Contratos del Estado*. 3ª edición. Madrid: Espasa Universidad.
- GARCÍA PELAYO, M. 1985. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 2ª edición. Madrid: Alianza Editorial.
- GARCÍA PIQUERAS, M. 1996. *Régimen jurídico del personal al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- GARRIDO FALLA, F. 1985. *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen I y II. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- GARRIDO FALLA, F. Privatización y reprivatización. *Revista de Administración Pública* 1991 septiembre-diciembre; (126):7 y ss.
- GARRIDO FALLA, F. La Administración única: problemática de una obviedad. *Revista de Administración Pública* 1993 enero-abril; (130).
- GIMENO FELIU, J. M. Problemática en torno a las vacantes de personal sanitario médico de la Seguridad Social: Rechazo de la dualidad jurisdiccional. *Revista Española de Derecho Administrativo* 1989 octubre-diciembre; (64).
- GONZÁLEZ SALINAS, P. La negociación colectiva en la Función Pública: el carácter reglamentario de los acuerdos entre la Administración y los sindicatos. *Revista Española de Derecho Administrativo* 1993 octubre-diciembre; (80).
- GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, S. Levantamiento del velo y Derecho Administrativo privado en el ámbito de la Administración Local. *Revista*

de Estudios de la Administración Local y Autonómica 1997 mayo-diciembre:274-275.

HERNÁNDEZ ROYO, A. 1995. Modelos de gestión en las Comunidades Autónomas: evolución reciente y perspectivas de futuro. Mesa redonda. Comunidad Valenciana. En: Varios. *La gestión de los servicios sanitarios: modelos alternativos*. Actas del III Congreso "Derecho y Salud". Pamplona: Gobierno de Navarra. Departamento de Salud.

HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, L. 1994. Nuevas experiencias de gestión hospitalaria en Osakidetza. Autoconcertación y Autogestión. En: Federación Española de Gestión Sanitaria. *Jornadas de Gestión Sanitaria*. Córdoba: Federación Española de Gestión Sanitaria.

HERRERO SUAZO, S., V. QUEROL BELLIDO. 1984. *Técnicas Presupuestarias en la Administración Pública*. (Biblioteca básica de Administración Pública. Serie especial). Madrid: I.N.A.P.

IBERN, P. Las funciones de financiación, compra y provisión de servicios en los sistemas nacionales de salud. *JANO* 1991; 4-10 de octubre:965.

IRIGOYEN SÁNCHEZ-ROBLES, J. 1996. *La crisis del sistema sanitario en España: una interpretación sociológica*. (Biblioteca de Ciencias Políticas y Sociología. Serie estudios 12). Granada: Universidad de Granada.

IRIGOYEN SÁNCHEZ-ROBLES, J. 1999. Presente y futuro del sistema sanitario en Andalucía. En: Moyano Estrada, E., M. Pérez Yruela, eds. *Informe social de Andalucía (1978-98). Dos décadas de cambio social*. Sevilla: Instituto de Estudios Sociales Avanzados de Andalucía. Federación de Cajas de Ahorros de Andalucía.

JIMÉNEZ ASENSIO, R., A. MESA DEL OLMO. 1993. *La libre designación en la Función Pública Vasca*. Bilbao-Donostia: Instituto Manu Robles-Arangiz.

KRALEWSKI, J. E. 1993. La finalidad y la estructura de las uniones estratégicas entre hospitales. En: Varios. *I Jornadas de gestión y evaluación de costes sanitarios*. Albacete: Hospital de Hellín.

- LAFARGA I TRAVER, J. L. El Consorcio: un instrumento al servicio del consenso en la gestión de los servicios sanitarios. La experiencia en Cataluña. *Revista Derecho y Salud* 1994 julio-diciembre; 2(2):107 y ss.
- LANDA ZAPIRÁIN, J. P., et al. 1993. *La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas*. 1ª edición. (Estudios de Derecho Laboral, nº 12). Madrid: Civitas.
- LARGO AGUADO, F. 1994. Política de conciertos. En: Federación Española de Gestión Sanitaria. *Jornadas de Gestión Sanitaria*. Córdoba: Federación Española de Gestión Sanitaria.
- LARGO AGUADO, F. 1995. Cambios en la regulación de conciertos. En: Asociación de Economistas de la Salud. *Cambios en la regulación sanitaria*. XIV Jornadas de Economía de la Salud. Barna: SG Editores.
- LE GRAND, J. 1992. La financiación y suministro de asistencia sanitaria en Gran Bretaña: el debate actual. En: Varios. *La reforma del sistema sanitario*. Madrid: Fundación de estudios de economía aplicada/Ediciones Mundi-prensa.
- LE GRAND, J. 1992. La financiación y suministro de asistencia sanitaria en Gran Bretaña: el debate actual. En: Varios. *La reforma del sistema sanitario*. Madrid: Fundación de estudios de economía aplicada/Ediciones Mundi-prensa.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M. 1994. *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*. Madrid: Civitas.
- LÓPEZ GANDÍA, J. El personal estatutario y las fuentes de regulación de sus condiciones de trabajo. *Revista Actualidad Laboral* 1990; (23).
- LÓPEZ I CASASNOVAS, G. 1990. La reforma de los sistemas nacionales de salud. En: Varios. *Reforma sanitaria e incentivos*. Barna: Asociación de economistas de la salud.
- LÓPEZ I CASASNOVAS, G. 1992. Costes económicos y problemas financieros de la reforma sanitaria. En: Varios. *La reforma del sistema sanitario*. Madrid: Fundación de estudios de economía aplicada/Ediciones Mundi-prensa.

- LÓPEZ I CASASNOVAS, G. 1995. Público y privado en sanidad. Claves y estrategias de análisis. En: Asociación de Economistas de la Salud. *Cambios en la regulación sanitaria*. XIV Jornadas de Economía de la Salud. Barna: SG Editores.
- LÓPEZ I CASASNOVAS, G. Una guía de navegación para ordenar y clarificar el debate sanitario. *Gaceta Sanitaria* 1999; 13(3):226-232.
- LÓPEZ I CASASNOVAS, G., D. RODRÍGUEZ PALENZUELA. 1997. *La regulación de los servicios sanitarios en España*. Madrid: Civitas.
- LÓPEZ LÓPEZ, M. T., A. UTRILLA DE LA HOZ. 1992. *Introducción al sector público español*. (Biblioteca Civitas de Economía y Empresa). Madrid: Civitas
- LÓPEZ RAMÓN, F. Reflexiones sobre el ámbito de aplicación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas. *Revista de Administración Pública* 1993 enero-abril; (130).
- MAGNONID'INTIGNANO, B. 1992. La financiación de los sistemas sanitarios en Europa. En: Varios. *Reforma de los sistemas sanitarios en Europa*. Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo-OMS.
- MANUEL MORENO, A. La reforma administrativa en los Estados Unidos. El Plan del presidente Clinton. *Revista de Administración Pública* 1994; mayo-agosto.
- MARRÓN, A., J. JIMÉNEZ, F. ALIAGA, D. GARCÍA. 1994. *El Sistema Nacional de Salud en la década del 2000. Los escenarios finales de la reforma sanitaria. Estudio DELPHI 2000*. Barna: SG editores.
- MARTÍN MARTÍN, J. 1992. Las posibilidades de la competencia planificada en España. En: Varios. *La reforma del sistema sanitario*. Madrid: Fundación de estudios de economía aplicada/Ediciones Mundi-prensa.
- MARTÍN MARTÍN, J. 1993. El síndrome de Chesire de nuestra política sanitaria. *Boletín informativo de Economía de la Salud* enero.
- MARTÍN MARTÍN, J. 1998. Reformas sanitarias en Europa. En: Diaz SJ, Kloss-Quiroga B, Kroeguer A, Ochoa A, eds. *Reforma del sector salud*

- en Latinoamérica y experiencia europea*. Berlín: Fundación Alemana para el Desarrollo Internacional.
- MARTÍN MARTÍN, J., M. P. LÓPEZ DEL AMO GONZÁLEZ. 1994. *Incentivos e instituciones sanitarias públicas* (Documentos Técnicos, 5). Granada: Escuela Andaluza de Salud Pública.
- MARTÍN-RETORTILLO, S. 1988. *Derecho Administrativo Económico I*. Madrid: Editorial La Ley.
- MARTÍN-RETORTILLO, S. Las empresas públicas: reflexiones del momento presente. *Revista de Administración Pública* 1991 septiembre-diciembre; (126):63 y ss.
- MARTÍN SERRANO, A. 1992. *El Derecho de los profesionales sanitarios*. Madrid: Díaz de Santos, S.A.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, L. 1992. La responsabilidad civil médico-sanitaria. (Colección Jurisprudencia práctica, 35). Madrid: Tecnos.
- MARTÍNEZ OLMOS, J. Reformas sanitarias en Europa: elementos comunes y diferencias. *Cuadernos de Gestión* 1998; 4(4):173-180.
- MASSAGUER I MELÉNDEZ, R. 1995. Los recursos humanos; convivencia de diferentes regímenes jurídicos. En especial el papel del personal funcionario y estatutario ante la introducción de formas de gestión de derecho privado. En: Varios. *La gestión de los servicios sanitarios: modelos alternativos*. Actas del III Congreso "Derecho y Salud". Pamplona: Gobierno de Navarra. Departamento de Salud.
- MENÉNDEZ REXACH, A. 1995. Las fórmulas de gestión sanitaria indirecta de servicios sanitarios: especial referencia al concierto sanitario. En: Varios. *La gestión de los servicios sanitarios: modelos alternativos*. Actas del III Congreso "Derecho y Salud". Pamplona: Gobierno de Navarra. Departamento de Salud.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES 1997. *Guía laboral y de asuntos sociales, 1997*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

- MINTZBERG, H. 1988. *La estructuración de las organizaciones*. Barna: Ariel Economía.
- MONCLÚS, C., C. RODRÍGUEZ ESCUDERO. 1995. Propuesta de regulación de la ordenación sanitaria en Galicia. En: Asociación de Economistas de la Salud. *Cambios en la regulación sanitaria*. XIV Jornadas de Economía de la Salud. Barna: SG Editores.
- MONTORO ROMERO, C. 1995. Alternativas al modelo de financiación de la Seguridad Social. En: Varios. *Análisis del sistema sanitario español*. Aranjuez (Madrid): Fundación Ciencias de la Salud/Ediciones Doce Calles S.L.
- MONTOYA MARTÍN, E. 1996. *Las empresas públicas sometidas al Derecho Privado*. Madrid: Marcial Pons.
- MONTOYA MELGAR, A., A. CAMARA BOTIA. 1991. *Médicos al servicio de entidades sanitarias privadas*. (Colección Jurisprudencia práctica, 26). Madrid: Tecnos.
- MOREU I OROBITG, F. Por un nuevo modelo de hospital: hay que devolver el protagonismo a lo sanitario. *Gaceta Sanitaria* 1991 julio-agosto; 5(25).
- MUÑOZ MACHADO, S. 1993. La organización de los sistemas de salud la integración, la reforma y la crisis de los sistemas sanitarios públicos. En: Varios. *Actas del I Congreso Derecho y Salud*. Madrid: Comunidad de Madrid. Consejería de Salud.
- MUÑOZ MACHADO, S. 1995a. Los condicionantes normativos en la evolución de los modelos de gestión de los servicios sanitarios. En: Varios. *La gestión de los servicios sanitarios: modelos alternativos*. Actas del III Congreso "Derecho y Salud". Pamplona: Gobierno de Navarra. Departamento de Salud.
- MUÑOZ MACHADO, S. 1995b. *Formación y crisis de los sistemas sanitarios públicos*. Madrid: Alianza editorial.
- NEGREIRO SOUTO, C. 1995. Los recursos humanos; convivencia de diferentes regímenes jurídicos. En especial el papel del personal funciona-

- rio y estatutario ante la introducción de formas de gestión de derecho privado. . En: Varios. *La gestión de los servicios sanitarios: modelos alternativos*. Actas del III Congreso “Derecho y Salud”. Pamplona: Gobierno de Navarra. Departamento de Salud.
- NIETO, A. 1988. *La organización del desgobierno*. (25). Barna: Ariel.
- NUÑEZ FEIJOO, A. Nuevas formas de gestión en el Sistema Nacional de Salud. *Revista de Administración Sanitaria* 1999 enero-marzo; 3(9).
- NUÑEZ MUNAIZ, R. 1996. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. La Ley 13/1995 de 18 de mayo de 1995. Modificada por Ley 9/1996 de 15 de enero de 1996*. Madrid: Dykinson.
- O’CONNOR, J. 1981. *La crisis fiscal del Estado*. (Colección Homo Sociologicus). Barna: Ediciones Península.
- ORTÚN RUBIO, V. 1991. *La economía en sanidad y medicina: instrumentos y limitaciones*. Barna: Escola Universitària de Treball Social/La Il·lar del Llibre, S.A.
- ORTÚN RUBIO, V. 1992. Los elementos de la crisis de la asistencia sanitaria. En: Varios. *La reforma del sistema sanitario*. Madrid: Fundación de estudios de economía aplicada/Ediciones Mundi-prensa.
- ORTÚN RUBIO, V., E. CASTELLÓN LEAL. 1995. Presentación al libro ‘Cambios en la Regulación Sanitaria’. En: Asociación de Economistas de la Salud. *XIV Jornadas de Economía de la Salud*. Barna: SG Editores.
- ORTÚN RUBIO, V., J. GERVÁS. 1995. Regulación y eficiencia de la atención sanitaria primaria en España. En: Asociación de Economistas de la Salud. *Cambios en la regulación sanitaria*. XIV Jornadas de Economía de la Salud. Barna: SG Editores.
- PARADA VÁZQUEZ, R. 1991. *Derecho Administrativo II: Organización y empleo público*. 5ª edición. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- PAREJO ALFONSO, L., A. JIMÉNEZ BLANCO, L. ORTEGA ÁLVAREZ. 1992. *Manual de Derecho Administrativo*. 2ª edición. Barna: Editorial Ariel.

- PEMÁN GAVÍN, J. Reflexiones en torno a la Ley General de Sanidad: ¿desarrollo o reforma? *Revista Española de Derecho Administrativo* 1997 octubre-diciembre; (96).
- PÉREZ PINEDA, et al. 1994. *Manual práctico de medicina legal y administrativa para médicos de atención primaria*. Granada: Editorial Comares.
- PIÑAR MAÑAS, J. 1994. Privatización de empresas públicas y derecho comunitario. *Revista de Administración Pública* enero-abril; (133).
- PIÑAR MAÑAS, J. Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones. *Revista Española de Derecho Administrativo* 1998 enero-marzo; (97).
- POMED SÁNCHEZ, L. A. Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones Independientes. *Revista de Administración Pública* septiembre-diciembre 1993; (132).
- QUINTANA, O., A. INFANTE. 1993. Reformas sanitarias en Europa. *Gaceta Sanitaria* marzo-abril; 7(35).
- REBOLLO PUIG, M. 1993. *Coloquio sobre el Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Córdoba: Universidad de Córdoba.
- RIVERO, J. 1981. *Contabilidad de sociedades. Problemática económico-contable*. Madrid: Editorial ICE.
- RODRÍGUEZ ARANA, J. 1995. Reflexiones sobre la reforma y modernización de la Administración Pública. En: Asociación de Economistas de la Salud. *Cambios en la regulación sanitaria*. XIV Jornadas de Economía de la Salud. Barna: SG Editores.
- RODRÍGUEZ, M., I. ABASOLO, D. RODRÍGUEZ. 1995. Los sistemas mixtos de retribución como alternativa al pago por salario. En: Asociación de Economistas de la Salud. *Cambios en la regulación sanitaria*. XIV Jornadas de Economía de la Salud. Barna: SG Editores.

- SAÍNZ DE ROBLES, F. C. Reflexiones sobre la "huida" del Derecho Administrativo y otras fugas del poder. En: *Tapia Revista del mundo del Derecho* 1997 enero-febrero.
- SALA ARQUER, J. M. Huida al Derecho privado y huida del Derecho. *Revista Española de Derecho Administrativo* 1992; (75).
- SALA FRANCO, T. 1993. Modelo de relaciones laborales en el Sistema Nacional de Salud. En: Varios. *Actas del I Congreso Derecho y Salud*. Comunidad de Madrid. Consejería de Salud. Madrid.
- SALA FRANCO, T. 1995. Los recursos humanos; convivencia de diferentes regímenes jurídicos. En especial el papel del personal funcionario y estatutario ante la introducción de formas de gestión de derecho privado. Mesa redonda. . En: Varios. *La gestión de los servicios sanitarios: modelos alternativos*. Actas del III Congreso "Derecho y Salud". Pamplona: Gobierno de Navarra. Departamento de Salud.
- SALTMAN, R. B. 1992a. La responsabilidad individual y colectiva en la atención sanitaria desde una perspectiva política. En: Varios. *Reforma de los sistemas sanitarios en Europa*. Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo/OMS.
- SALTMAN, R. B. 1992b. La combinación público/privada en la atención sanitaria. En: Varios. *Reforma de los sistemas sanitarios en Europa*. Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo/OMS.
- SALVADOR FERNÁNDEZ-MENSAQUE, L. 1994. Instituto de Diagnóstico de la Imagen. Nuevo modelo de gestión en Radiología. En: Federación Española de Gestión Sanitaria. *Jornadas de Gestión Sanitaria*. Córdoba: Federación Española de Gestión Sanitaria.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. 1991. *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*. Madrid: Instituto de España/Espasa Calpe.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. Sobre la reforma administrativa italiana del período de transición, con especial referencia a la organización administrativa y al empleo público. *Revista de Administración Pública* 1994 mayo-agosto; (134).

- SANFRUTOS VELÁZQUEZ, N. Las reformas sanitarias en España. *Hipatia, revista de salud* 1992 julio; (0).
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. 1991. *Fundamentos de Derecho Administrativo, I*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. (CEURA).
- SANTOS RAMOS, B., L. DOMÍNGUEZ BONET. Nuevos modelos de gestión en Andalucía. *Salud 2000* 1998 febrero; (65).
- SEVILLA PÉREZ, F. 1995. Aseguramiento público versus aseguramiento privado. En: Varios. *Análisis del sistema sanitario español*. Aranjuez (Madrid): Fundación Ciencias de la Salud/Ediciones Doce Calles S.L.
- SORIANO GARCÍA, J. E. 1995. Desregulación de los servicios públicos. Posición del Tribunal de Defensa de la Competencia. En: Varios. *Oportunidades de gestión empresarial en los servicios sanitarios públicos* (Documentos Técnicos 10). Granada: Escuela Andaluza de Salud Pública.
- TEMES MONTES, J. L. 1994. Principales dificultades de gestión que presenta nuestro actual Sistema Sanitario. En: Federación Española de Gestión Sanitaria. *Jornadas de Gestión Sanitaria*. Córdoba: Federación Española de Gestión Sanitaria.
- TEMES MONTES, J. L., J. GIL REDRADO. 1997. *El Sistema Nacional de Salud*. Madrid: McGraw Hill Interamericana.
- VALOR, J. 1992. Técnicas de gestión privada trasladables al sector sanitario. En: Varios. *La reforma del sistema sanitario*. Madrid: Fundación de estudios de economía aplicada/Ediciones Mundi-prensa.
- VAN EIMEREN, W., J. JOHN. 1992. La contratación de la asistencia sanitaria en Europa desde una perspectiva alemana. En: Varios. *Reforma de los sistemas sanitarios en Europa*. Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo/OMS.
- VAQUER CABALLERÍA, M. 1999. *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*. Madrid: Marcial Pons.

- VILLAR ROJAS, F. J. La huida al derecho privado en la gestión de los servicios de salud. *Revista Derecho y Salud* 1994 julio-diciembre; 2(2): 98 y ss.
- VILLAR ROJAS, F. J. 1994. La ordenación sanitaria de Canarias: aspectos jurídicos. En : *Los condicionantes normativos en la evolución de los modelos de gestión de los servicios sanitarios*. Actas del III Congreso "Derecho y Salud". Pamplona: Gobierno de Navarra. Departamento de Salud.
- VILLAR ROJAS, F. J. 1995. La huida al derecho privado en la gestión de los servicios de salud. En: Asociación de Economistas de la Salud. *Cambios en la regulación sanitaria*. XIV Jornadas de Economía de la Salud. Barna: SG Editores.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Nota del autor:

Se relacionan por orden cronológico. No se citan las modificaciones posteriores de cada norma. Sólo se incluyen las principales normas jurídicas citadas.

- 1885 Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.
- 1955 Decreto de 17 de junio de 1955. Reglamento de servicios de las Corporaciones Locales
- 1958 Ley de 26 de diciembre de 1958, de Entidades Estatales Autónomas. (Derogada por la LOFAGE).
- 1978 Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978 (BOE de 29 de diciembre de 1978).
- 1981 Ley Orgánica 6/1981 de 30 de diciembre. Estatuto de Autonomía de Andalucía (BOE nº 9, de 11 de enero de 1982).
- 1983 Ley 5/1983 de 19 de julio, de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA nº 59 de 26 de julio de 1983).
- Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA nº 60, de 29 de julio).
- 1986 Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE nº 102, de 29 de abril de 1986).
- Ley 8/86, de 6 de mayo, del S.A.S. y Decreto 208/92, de 30,12, de estructura orgánica de la Consejería y el Servicio Andaluz de Salud.

- 1988 Real Decreto legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General Presupuestaria (BOE nº 234, de 29 de septiembre de 1988) (abreviadamente, LGP).
- 1989 Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (BOE nº 310, de 27 de diciembre) (abreviadamente, LSA).
- 1992 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE del 27 de noviembre de 1992) (abreviadamente, LRJPC).
- 1994 Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE de 29 de junio de 1994) (abreviadamente, LGSS).
- Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general (BOE 282, de 25 de noviembre de 1994) (comúnmente conocida como *Ley de Fundaciones y del Mecenazgo*).
- 1995 Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (BOE nº 71, de 24 de marzo de 1995).
- Ley 13/1995 de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE nº 119, de 19 de mayo de 1995).
- 1996 Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal (BOE nº 57, de 6 de marzo de 1996).
- Real Decreto 384/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del registro de fundaciones de competencia estatal (BOE nº 77, de 29 de marzo de 1996).

- 1997 Ley 6/1997, de 14 de abril (BOE nº 90, del 15 de abril de 1997), de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. (abreviadamente LOFAGE).
- Ley 15/1997 de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud.
- 1998 Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía (BOJA nº 74 del 4 de julio de 1998).
- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (BOE nº 167, del 14 de julio de 1998).
- La Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (BOE nº 313, del 31 de diciembre de 1999) (Ley de *Acompañamiento* a la de Presupuestos Generales del Estado para 1999).
- 1999 Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (BOE nº 170, de 17 de julio).
- Ley 30/1999, de 5 de octubre, de selección y provisión de plazas de personal estatutario de los Servicios de Salud (BOE nº 239, de 6 de octubre).
- 2000 Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud (BOE nº 21, de 25 de enero).

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AAII	Administraciones Independientes
AENA	Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea
AISNA	Administración Institucional de la Sanidad Nacional
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOJA	Boletín Oficial de la Junta de Andalucía
CA	Comunidad Autónoma
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.
CEDETI	Centro para el Desarrollo Tecnológico Industrial
CHC	Consortio Hospitalario de Cataluña
CIFA	Comercial, industrial, financiero o análogo.
DA	Disposición Adicional
EASP	Escuela Andaluza de Salud Pública
EPE	Entidad Pública Empresarial
EEPPEE	Entidades Públicas Empresariales
ENAGAS	Empresa Nacional de Gas
ENATCAR	Empresa Nacional de Transporte de Viajeros por Carretera
ENDESA	Empresa Nacional de Electricidad, Sociedad Anónima

ENSIDESA	Empresa Nacional Siderometalúrgica, Sociedad Anónima
FPS	Fundación Pública Sanitaria
FEVE	Ferrocarriles Españoles de Vía Estrecha
ICEX	Instituto de Comercio Exterior
ICO	Instituto de Crédito Oficial
IDAE	Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía
IMSERSO	Instituto Nacional de Migraciones y Servicios Sociales
INEM	Instituto Nacional de Empleo
INH	Instituto Nacional de Hidrocarburos
INI	Instituto Nacional de Industria
INSALUD	Instituto Nacional de la Salud
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
IPC	Índice de Precios al Consumo
ISFAS	Instituto Social de las Fuerzas Armadas
ISM	Instituto Social de la Marina
ITT	International Telephone & Telegraph
LCCAAPP	Ley 13/95, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.
LEEA	Ley de 26 de diciembre de 1958, de Entidades Estatales Autónomas. (Derogada por la LOFAGE).
LGP	Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre (BOE del 29) por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General Presupuestaria.

- LGS Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE nº 102, de 29 de abril de 1986).
- LGSS Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE de 29 de junio de 1994) (abreviadamente, LGSS).
- LJ Ley de 27 de diciembre de 1956 (BOE del 28), de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. (Regula casi todos los procesos judiciales que versen sobre actos administrativos o sobre reglamentos).
- LOFAGE Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (BOE nº 90, de 15 de abril de 1997).
- LPE Ley de Patrimonio del Estado. Decreto 1022/64 de 5 de abril, que aprueba su texto articulado.
- LRBRL Ley 7/85, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local. (Es la principal norma que regula la Organización y funcionamiento de Ayuntamientos, Diputaciones y demás Administraciones locales).
- LRJPC Ley 30/92, de 26 de noviembre (BOE del 27), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- LSA Ley de Sociedades Anónimas. El Real Decreto Legislativo 1564/89 de 22 de diciembre (BOE del 27) aprueba su texto refundido.
- LSRL Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Ley 2/1995, de 23 de marzo (BOE nº 71 de 24 de marzo).
- MUFACE Mutuality de Funcionarios Civiles del Estado.
- MUGEJU Mutuality de Funcionarios de Justicia.

OA	Organismo Autónomo
OAA	Organismo Autónomo de carácter Administrativo.
OA CIFA	Organismo Autónomo de carácter Comercial, Industrial, Financiero o Análogo.
ONCE	Organización Nacional de Ciegos Españoles
OOAA	Organismos Autónomos
OOAAA	Organismos Autónomos de carácter Administrativo.
OOAA CIFA	Organismos autónomos de carácter Comercial, Industrial, Financiero o Análogo.
RD	Real Decreto
RENFE	Red Nacional de Ferrocarriles Españoles
RETEVISIÓN	Red Técnica Española de Televisión
RGCE	Reglamento General de Contratación del Estado. Decreto 3410/1975 de 25 de noviembre (Era la norma de desarrollo de la antigua Ley de Contratos del Estado de 1965. Esta Ley fue derogada por la actual LCCAAPP. El reglamento de ésta aun no se ha publicado. Por esto, el RGCE sigue vigente, pero sólo en aquello que no se oponga a la LCCAAPP).
RDNFG	Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud (BOE nº 21, de 25 de enero).
RSCL	Decreto de 17 de junio de 1955. Reglamento de servicios de las Corporaciones Locales (Regula las formas de gestionar los servicios públicos de Ayuntamientos y Diputaciones, principalmente).
RTVE	Radiotelevisión Española

- SA Sociedad Anónima
- SAS Servicio Andaluz de Salud
- SEPES Sociedad Estatal de Promoción y Equipamiento del Suelo
- SL Sociedad de responsabilidad Limitada
- SS Seguridad Social
- TGSS Tesorería General de la Seguridad Social.
- TRL Real Decreto legislativo 781/1986 de 18 de abril, que aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (es la norma que refundió toda la enorme y dispersa legislación que existía sobre esta materia, adaptándola a la Ley 7/85).
- UDIAT Unidad de Diagnóstico por la Imagen de Alta Tecnología

GLOSARIO DE TÉRMINOS

Administración Corporativa

Está constituida por grupos de personas —asociaciones— a los que el Derecho reconoce capacidad para auto-organizarse, representar sus intereses ante los poderes públicos y desempeñar las funciones públicas de ordenación del sector más directamente vinculado a la actividad que les es propia (Cosculluela, 1995). Podemos distinguir varios tipos: unas representan intereses profesionales (colegios profesionales), otras económicos (cámaras de industria, comercio y navegación, por ejemplo) y otras sociales (ONCE). La denominación es equívoca, pues hoy se entiende que no forman parte de la Administración Pública, sino que son organizaciones privadas, que sólo se someten al Derecho administrativo en cuanto afecta al ejercicio de las competencias públicas que ejercen por delegación de los auténticos entes administrativos; en lo demás, son puras entidades privadas que actúan, como las particulares, sometidas al Derecho común.

Administración Institucional

Es el conjunto de personas jurídicas creadas por una Administración pública territorial (Administración General del Estado, Comunidad Autónoma, municipio, provincia, etc.) en ejercicio de la descentralización funcional o por servicios. Incluye tres modalidades organizativas básicas: organismos autónomos, entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles públicas. Aunque derogadas en el ámbito de la Administración del Estado, la Administración Institucional incluye también los organismos au-

tónomos administrativos, los Organismos autónomos CIFA y los entes públicos.

Administración territorial

Son la Administración estatal, las Administraciones autonómicas y las entidades locales. Se caracterizan (Coscolluela, 1995) en primer lugar por su capacidad para autodefinir los intereses públicos que deben servir, dentro del ámbito natural de intereses que le son propios; en segundo lugar, por tener atribuidas la generalidad de las potestades públicas propias de las Administraciones pública; y, en tercer lugar, por extender sus competencias potencialmente a todos los sujetos que se encuentran en su territorio.

Capacidad

Desde el punto de vista jurídico, la capacidad es el atributo de la personalidad. Esto es, toda persona —física o jurídica— tiene capacidad; y si no hay capacidad, no hay personalidad. Pero la capacidad de todas las personas no es similar. El Derecho distingue capacidad jurídica y capacidad de obrar.

Capacidad Jurídica

Es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones.

Capacidad de obrar

Es la aptitud para que la persona realice actos jurídicos. Así, un niño o un incapacitado por locura pueden *ser* dueños —titulares del derecho de propiedad— o acreedores o deudores —titulares activos o pasivos de un derecho de crédito—, pero no pueden *celebrar* contratos para adquirir la propiedad o el derecho de crédito. Tiene capacidad jurídica pero no capacidad de obrar (Albaladejo, 1980).

Centralización

Ver Descentralización.

Circular

Ver Reglamento.

Competencia

Es el conjunto de poderes de actuación o de funciones, en relación con determinadas materias, atribuido por las normas a cada órgano o ente. Utilizando un ejemplo, diremos que entre el Estado y una Comunidad Autónoma no existe relación de jerarquía sino de competencia. Si, por ejemplo, el Estado es quien se ocupa de la sanidad exterior, no es porque el Estado *sea más* que la Comunidad Autónoma y *no la deje* intervenir en esto, sino porque la Constitución, en el reparto de competencias, decidió que esto debía hacerlo el Estado.

La competencia es uno de los principios que presiden la organización administrativa. Otros principios son: jerarquía, descentralización, desconcentración, control, eficacia, autonomía, coordinación y colaboración.

Concentración

Ver Desconcentración.

Constitución

Es la norma jurídica suprema entre todas las normas que integran el ordenamiento jurídico; por tanto todas las demás normas —leyes y reglamentos— deben respetar su contenido —ser constitucionales—. Es la única norma del ordenamiento que es aprobada por quien tiene la titularidad de la soberanía popular —el pueblo—. Su contenido debe incluir: el reconocimiento de la soberanía popular, la cosagración del principio de separación de

poderes —legislativo, ejecutivo y judicial—, el catálogo de derechos y libertades de los ciudadanos y la definición de la estructura básica del Estado.

Control

Es el principio que liga a un ente personificado filial con su ente matriz (por ejemplo, es la relación que une al Servicio Andaluz de Salud —ente filial— con la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía —ente matriz—).

A diferencia del principio de jerarquía, las competencias aquí no son comunes, lo que se demuestra porque el ejercicio de las competencias del ente filial no puede ser sustituido por los órganos directos del ente matriz (por ejemplo, el Ministerio de Trabajo no podría liquidar las cuotas de la Seguridad Social, sustituyendo al Instituto Nacional de la Seguridad Social —INSS—, aunque éste sea un ente adscrito a aquél).

El ente matriz no dicta órdenes singulares, sino mediante la definición de una política específica, de unos objetivos a alcanzar, para cuya consecución en ente filial goza de autonomía (los contratos-programa entre Consejería de Salud y SAS son ejemplos claros de esto).

Los responsables superiores del ente filial no incurren en responsabilidad disciplinaria por incumplir las directrices que le marca el ente matriz (aunque como éste los nombra, puede igualmente cesarlos, al tratarse habitualmente de una relación de confianza).

Corporación

Son las Administraciones públicas que tienen como base una comunidad de personas que constituyen uno de sus elementos esenciales. Son las corporaciones locales —que son Administración territorial— y las corporaciones representativas de intereses pro-

fesionales, económicos o sociales —la llamada Administración corporativa—.

Decreto

Ver *Reglamento*.

Derecho objetivo

Conjunto de normas jurídicas que regulan una sociedad en un momento y lugar determinado. Es sinónimo de ordenamiento jurídico. Suele escribirse con mayúsculas. En este sentido se dice, por ejemplo, que “el Derecho admite tal cosa” o “que tal otra no es conforme a Derecho”.

Derecho subjetivo

Facultad o poder que la norma concede a la persona. Suele escribirse con minúscula. Así, se habla de “tener derecho a algo”, de “ser titular de un derecho sobre alguna cosa” o se exclama que “¡No hay derecho!”.

Derecho público

Es el conjunto de normas que regulan la organización y actividad del Estado y demás entes públicos y sus relaciones en cuanto tales, es decir, *oficialmente*, entre sí o con los particulares (Albaladejo, 1980). Así, forman parte del Derecho público, del Derecho político, el administrativo, el penal, el presupuestario, el tributario, etc.

Derecho privado

Es el conjunto de normas que regulan lo relativo a los particulares y a las relaciones de éstos entre sí, o en que, aunque intervengan entes públicos, lo hagan con el carácter de particulares (por ejemplo, para instalar unas oficinas suyas, el Estado, al igual

que podría hacerlo cualquier particular toma en arriendo un inmueble). Son Derecho privado, el Derecho civil o el mercantil.

Descentralización

Es la atribución genérica de las competencias resolutorias a las entidades —personas jurídicas— creadas por una entidad matriz. La diferencia principal de la descentralización respecto de la desconcentración es que la descentralización se produce entre diferentes personas jurídicas y la desconcentración se da siempre entre órganos de la misma entidad, de la misma persona jurídica.

Desconcentración

Es la atribución genérica de las competencias resolutorias a los órganos inferiores de la organización, siempre dentro de la misma entidad, de la misma persona jurídica.

Disposición

Ver Norma jurídica.

Empresa nacional

Así denominaba la LEEA las que ahora conocemos como sociedades mercantiles públicas

Empresa pública

Es un término polisemático. Tradicionalmente se consideran empresas públicas los entes públicos de la Administración institucional que tienen por objeto la producción de bienes y/o la presentación de servicios de acuerdo con fórmulas y procedimientos de Derecho privado. Este concepto incluye a las siguientes formas de gestión: 1) Entidades públicas empresariales; 2) Organismos autónomos de carácter CIFA; 3) Entes de Derecho público; 4) Sociedades mercantiles de titularidad mayoritariamente pública.

Las fundaciones públicas sanitarias no parecen encajar bien en este concepto, pues la gestión de sus recursos se regula en gran medida por normas de Derecho público. Las fundaciones creadas por entidad pública tampoco son empresas públicas pues no integran la Administración institucional. Según se ha visto, algunas disposiciones autonómicas definen en su ámbito el concepto de empresas públicas.

Ente

Aunque las teorías son infinitas y los significados también, generalmente se habla de *ente* para referirse a una organización dotada de personalidad jurídica. El ente es el género; y el órgano, la especie.

Ente de base corporativa

Ver *Corporación*.

Ente de base institucional

Ver *Administración institucional*.

Ente de Derecho público

Las expresiones *ente de Derecho público*, *entidades de derecho público* y *ente público* son sinónimas. Pueden entenderse en dos sentidos: 1) En sentido amplio, incluyen a todas las Administraciones territoriales y a todas las modalidades organizativas de la Administración institucional de naturaleza y organización públicas: organismos autónomos y entidades públicas empresariales. En el ámbito autonómico también los organismos autónomos de carácter administrativo, los OOAA CIFA y los entes públicos. 2) En sentido estricto, se denomina así la modalidad organizativa regulada en el derogado artículo 6.1.b. de la LGP, pero que continúa vigente en normas de muchas Comunidades

Autónomas. Su denominación correcta y completa es *Entidades de Derecho público, con personalidad jurídica, que por ley hayan de ajustar su actividad al ordenamiento jurídico privado.*

Ente público

Ver Ente de Derecho público.

Entidad de Derecho público

Ver Ente de Derecho público.

Entidad pública empresarial

Son aquellos organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación. Se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria, aspectos en los que se regulan por Derecho público.

Estado

en sentido amplio

Se utiliza como sinónimo de *poderees públicos*. Según el esquema de la figura 2, incluiría todas las Administraciones territoriales y no territoriales.

en sentido estricto

Se refiere exclusivamente a la Administración del Estado. No incluye, por tanto, ni la Administración de las Comunidades Autónomas, ni las Corporaciones locales.

Fundaciones

Son organizaciones dotadas de personalidad jurídica y constituidas sin ánimo de lucro por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general. Se caracterizan, en primer lugar, por la ausencia de intervención del fundador durante la vida de la fundación. La voluntad del fundador se expresa a través de los estatutos de la fundación. Una vez creada la fundación, el fundador se separa de la misma definitivamente. Aquí radica la principal diferencia respecto a las formas de la Administración institucional; no existe relación de instrumentalidad. La segunda característica es que las fundaciones no son de naturaleza pública, sino privada. Por último, las fundaciones a que nos referimos en este estudio no son de titularidad pública; no *pertenecen* a nadie. Sólo han sido creadas por una entidad pública, pero no le pertenecen.

Instrumentalidad

Es la característica que define la relación que existe entre cualquier forma de Administración institucional y su entidad matriz. Se manifiesta en cuatro aspectos principalmente: 1) Cada ente institucional se adscribe a un órgano de la Administración matriz (así por ejemplo, el SAS es un organismo autónomo *adscrito* a la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía); 2) Las decisiones de los órganos rectores del ente instrumental sean recurribles ante la Administración matriz (recursos de alzada impropios); La Administración matriz nombra a los titulares o miembros de los órganos de gobierno de sus entidades institucionales; 3) La Administración matriz ejerce el control financiero de los entes institucionales; 4) En caso de extinción del ente institucional, su aparato organizativo y patrimonial retornan al seno de la entidad matriz, que le sucede en todos sus derechos y obligaciones.

Intervención

La Intervención es un órgano que el Ministerio/Consejería de Hacienda crea en cada organismo de la Administración con capacidad de generar ingresos o gastos públicos. Su finalidad es el control de la legalidad de todos los actos de contenido económico que se realicen en los órganos de la Administración.

Jerarquía

Es el principio que liga a los órganos inferiores con los superiores en el seno de un mismo ente. No supone desplazamientos en el ejercicio de la competencia. Sólo se da entre órganos de la misma división de la organización, y dentro de la misma persona jurídica (por ejemplo, es la relación que liga a un consejero con los directores generales de otra consejería). Los caracteres principales de la jerarquía son: 1) Los órganos ligados por jerarquía tienen competencias comunes; 2) El superior puede dictar al inferior órdenes de obligado cumplimiento; 3) Si el inferior es responsable disciplinariamente del incumplimiento de las órdenes.

Ley

en sentido material

Cualquier disposición del ordenamiento jurídico, independientemente de su rango y del órgano del que emane. Incluye tanto a la ley (formal) como a las distintas formas de reglamentos (decretos, órdenes, etc.). Podríamos decir que la ley material sería el género y que la ley formal y el reglamento serían especies.

en sentido formal

Es el resultado normativo de la actuación del Parlamento de un país. Se sitúa en segundo lugar de la pirámide de normas, debajo de la Constitución —cuyo contenido debe respetar— y por encima de todas las modalidades de Reglamento —que no podrán contradecir lo dispuesto en la Ley—.

Naturaleza jurídica

Es la esencia jurídica de una cosa, que permite definir qué es para el Derecho. La naturaleza jurídica de algo nos permite saber cuál es su régimen jurídico, o sea cuál es el conjunto de normas que le son de aplicación.

Ejemplo: El conjunto de actos por el que una persona entrega a otra un bien a cambio de un precio cierto constituye una compraventa. Ese conjunto de actos *es* una compraventa. Su naturaleza jurídica es la de la compraventa. Determinar que la naturaleza jurídica de estos actos es la compraventa nos permite aplicar a esos actos las normas del Derecho español dedica a las compraventas.

Conocer con claridad la naturaleza jurídica de cada institución o cada acto aumenta la seguridad jurídica, pues quienes se relacionan con esa institución o realizan ese acto saben cuáles son *las reglas del juego*: saben cuáles son las consecuencias de esa relación o de ese acto: que derechos y obligaciones les asisten, ante quien y por qué medios tendrán que reclamar si no están de acuerdo con algo, etc.

Norma jurídica

Ver *Ley en sentido material*.

Orden

Ver *Reglamento*.

Ordenamiento jurídico

Conjunto de todas las normas de carácter jurídico vigentes en un ámbito espacial y temporal determinado. Estas normas son, en su mayor parte, escritas, y son elaboradas por los poderes públicos legalmente constituidos —las leyes en sentido material—; pero también integran el ordenamiento jurídico la costumbre y los llamados principios generales del Derecho.

Organismo autónomo

Son aquellos organismos públicos (según la definición del art. 45.1 de la LOFAGE) que se rigen por el Derecho administrativo y a los que se encomienda, en régimen de descentralización funcional y en ejecución de programas específicos de la actividad de un ministerio, la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos.

Organismo público

La LOFAGE (ver exposición de motivos, artículos 1 y 2 y Título III) crea esta denominación genérica para denominar a las entidades de Derecho público que desarrollan actividades de ejecución o gestión, tanto administrativas de fomento o prestación, como de contenido económico, derivadas de la Administración General del Estado en calidad de organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes de ésta. Dependen de la Administración General del Estado y se adscriben al ministerio correspondiente por razón de la materia. Tienen personalidad jurídica y patrimonio y tesorería propios. Los Organismos Públicos se clasifican en: a) Organismos autónomos; b) Entidades públicas empresariales.

Órgano

Un *órgano* es “la unidad diferenciada del aparato organizativo de una persona jurídica a la que se atribuyen un conjunto de funciones para su resolución o gestión” (Cosculluela, 1995). El órgano es la especie, mientras que el ente es el género.

Persona física

Ser humano.

Persona jurídica

Organización humana encaminada a la consecución de un fin, a la que el Derecho acepta como miembro de la comunidad, otorgándole capacidad jurídica. (Albaladejo, 1980).

Personalidad jurídica

Es la característica que poseen aquellas organizaciones que están dotadas de capacidad jurídica.

Poder legislativo

Parlamento o Cortes. Es habitual referirse a él como *el legislativo*.

Poder ejecutivo

Gobierno. Es habitual referirse a él como *el ejecutivo*.

Potestad

Una potestad es un poder que las Leyes otorgan para imponer determinadas decisiones a otros, de forma que se pueda dar cumplimiento a un fin. Es un poder limitado o medido (nunca un poder ilimitado o incontrolable) para un fin concreto establecido en la norma que lo atribuye, y susceptible de control por los tribunales.

Coscolluela (1993) enumera las siguientes potestades: potestad reglamentaria (poder de dictar reglamentos de obligado cumplimiento: decretos, órdenes ministeriales, etc.), potestad de planificación, potestad organizatoria, potestad tributaria, potestad sancionadora, potestad expropiatoria, potestad de ejecución forzosa, potestad de coacción, potestades de investigación, deslinde y recuperación de oficio de sus bienes, y potestad de revisión de oficio de los actos administrativos.

Real Decreto

Ver Reglamento.

Real Decreto Legislativo

Es una norma jurídica con rango de ley, pero dictada por el Gobierno (y no por el Parlamento que es quien dicta las leyes) en virtud de una delegación expresa que le ha conferido el Parlamento, para una materia concreta y fijando los criterios y el plazo de delegación. El Gobierno no puede delegar la potestad que le ha sido delegada. El caso más habitual es la delegación del Parlamento en el Gobierno para aprobar un texto refundido que unifique de forma sistemática la normativa vigente sobre una materia concreta que, al encontrarse dispersa en diversas disposiciones, resulta de difícil conocimiento y aplicación. A diferencia del real decreto ley, el control del Parlamento se hace en este caso *a priori*.

Real decreto ley

Es una norma jurídica con rango de ley, pero dictada por el Gobierno (y no por el Parlamento que es quien dicta las leyes) en casos de extraordinaria y urgente necesidad. En los treinta días siguientes a su publicación, el Parlamento convalida el decreto ley (e inicia su tramitación como ley) o lo deroga. Su utilización está vedada por la Constitución en determinadas materias (derechos fundamentales, régimen electoral, etc.). A diferencia del real decreto legislativo, el control del Parlamento se hace aquí *a posteriori*.

Régimen jurídico

Marco jurídico de potestades, derechos y deberes en que se encuentra algo o alguien a la vista del conjunto de disposiciones que le resultan de aplicación.

Reglamento

concepto

Es una disposición normativa de carácter general emanada del Poder ejecutivo y de la Administración Pública en ejercicio de una competencia propia (en esto se diferencia del Real Decreto Legislativo), y referido, en general, a materias propias de la Administración.

Reglamento

rango

El Reglamento ocupa el tercer nivel en la pirámide normativa, debajo de la Constitución y de la Ley (en sentido formal y en todas sus modalidades). El reglamento no puede vulnerar lo dispuesto en una Ley. Los reglamentos se ordenan jerárquicamente entre sí en función de la autoridad de la que emanan. Como la Constitución y las Leyes han de publicarse en el Boletín Oficial.

Reglamento

tipos principales

- Real Decreto. Adoptan esta forma los Reglamentos emanados del Presidente del Gobierno de la Nación y los adoptados por el Consejo de Ministros.
- Decreto. Adoptan esta forma los Reglamentos emanados del Presidente del Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma y los adoptados por el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma.
- Orden. Adoptan esta forma los Acuerdos de las Comisiones Delegadas del Gobierno y los reglamentos emanados de los ministros (del Gobierno de la Nación) o consejeros (del Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma).
- Resolución. No son propiamente reglamentos (no son disposiciones de carácter *general*). Emanan normalmente de las

direcciones generales de los ministerios y consejerías. Si no se publican no pueden tener efectos frente a terceros.

- Circular. No son propiamente reglamentos (no son disposiciones de carácter *general*). Emanan normalmente de las direcciones generales de los ministerios y consejerías. Contienen instrucciones internas para los órganos de la Administración. No tienen efectos frente a terceros.

Resolución

Ver *Reglamento*.

Sector público

Existen numerosas delimitaciones de lo que se entiende por sector público, tanto desde el ámbito económico, como jurídico, como contable. En el contexto de nuestro estudio consideramos sector público el conjunto de entes y órganos que integran o dependen de la Administración pública (estatal, autonómica y local), tanto la Administración territorial, como las entidades que integran la Seguridad Social, y como en conjunto de formas organizativas que hemos incluido en el capítulo 4 bajo el concepto de formas jurídicas de gestión directa.

Seguridad jurídica

La Constitución española garantiza en el artículo 9.3 “la seguridad jurídica”. Esto significa garantizar que en cualquier momento los ciudadanos puedan tener un conocimiento anticipado de las consecuencias jurídicas de sus actos (Coscolluela, 1995) a la luz del ordenamiento jurídico. O sea, que en todo momento los ciudadanos deben poder conocer cuáles son *las reglas del juego* a las que se someten.

Como ejemplo del principio de seguridad jurídica podemos citar otro principio reconocido en el mismo artículo 9.3 de la Constitución, y que no es sino manifestación del principio que describi-

mos: se trata de la *irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*. Por ejemplo, si una norma establece que determinado comportamiento es delito, su efectividad no podría ser anterior a la fecha de publicación de esta norma, pues de otro modo podría imputárseme un delito por una actuación que realicé porque en ese momento era un acto lícito.

Aunque el reconocimiento constitucional de este principio refuerza su efectividad en nuestro Derecho, la seguridad jurídica ha constituido desde antiguo un principio general de Derecho en España.

Sociedad anónima

Es aquella sociedad cuyo capital, dividido en acciones (en el caso de las SA) o participaciones (en las SL), está integrado por las aportaciones de los socios, quienes no responden personalmente de las deudas sociales. Cualquiera que sea su objeto, tendrán naturaleza jurídica mercantil. Las diferencias entre ambos modelos se encuentran en todo el desarrollo de ambas figuras, y exceden las posibilidades de este glosario.

Sociedad de responsabilidad limitada

Ver *Sociedad anónima*.

Sociedad estatal

Sociedad mercantil de titularidad mayoritariamente pública.

El artículo 6.1. de la LGP incluía en este concepto dos modalidades organizativas: las sociedades mercantiles de titularidad mayoritariamente pública y los entes de derecho público. Al derogarse esta última modalidad por la LOFAGE, podemos entender que las expresiones *sociedad estatal* y *sociedad mercantil pública* son sinónimos.

En este sentido, el RNFG denomina sociedades estatales a las sociedades mercantiles de titularidad mayoritariamente público.

Sociedad limitada

Sociedad de responsabilidad limitada.

Sociedad mercantil

Es el concepto genérico que incluye entre otras a las sociedades anónimas y a las de responsabilidad limitada. Su calificación como mercantiles las diferencia de las sociedades civiles. Las primeras se regulan por la normativa mercantil y las segundas por la normativa civil.

Sociedad mercantil pública

Aquella sociedad mercantil en la que la mayoría de las acciones (la mayoría del capital social) pertenecen directa o indirectamente a una Administración Pública.

Ver *Sociedad estatal*.

Texto refundido

Es la norma que unifica de forma sistemática la normativa vigente sobre una materia concreta que, al encontrarse dispersa en diversas disposiciones, resulta de difícil conocimiento y aplicación. Se aprueban mediante real decreto legislativo.

Ver *Real decreto legislativo*.

Titularidad

Propiedad.

Tutela

Ver *Control*.

