

# FORMAS PRIVADAS DE PROVISIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA EN ESPAÑA

*Elsa Marina Álvarez González*  
*Profesora Ayudante-Doctor de Derecho Administrativo*  
*Universidad de Málaga*

**Sumario:** 1. Introducción; 2. Evolución del marco normativo; 3. Las diversas formas de gestión de la asistencia sanitaria pública; 3.1. *Formas de gestión directa*; 3.2. *Gestión indirecta: convenios, conciertos y concesiones sanitarias*.

## 1.- Introducción

Desde que la Constitución de 1978 reconociera en su artículo 43.1 el derecho a la protección de la salud y la Ley General de Sanidad de 1986 (en adelante, LGS) concretara tal previsión, el sistema sanitario público ha tenido tal expansión que hoy es, desde el punto de vista de su dimensión y organización, uno de los sistemas públicos de provisión de servicios con mayor complejidad de nuestro sector público. El punto de partida de esta expansión hay que situarlo, sin duda, en la LGS porque, en lo sustantivo, reconoció el principio de universalidad de la asistencia sanitaria, y en lo organizativo, concretó el esquema del Estado de las Autonomías y creó el Sistema Nacional de Salud como el conjunto de los Servicios de Salud del Estado y de las Comunidades Autónomas, convenientemente coordinados.

Quizá precisamente por ello, a tan sólo cinco años de su vigencia se pusieron en entredicho muchos de los planteamientos de nuestro sistema sanitario público con la publicación del “Informe Abril” de 1991<sup>1</sup>. En él se proponía un cambio profundo en la organización del sistema. Entre sus recomendaciones se aludía a la separación de funciones del sistema sanitario (por un lado, financiación y compra, y por otro, provisión de servicios), la transformación de los centros sanitarios en organizaciones de carácter empresarial y el incremento del peso del sector privado en la provisión de servicios sanitarios.

Este Informe, que muchos criticaron por su excesivo carácter privatizador de la sanidad pública, fue el punto de partida para que en los primeros años de la década de los noventa se introdujeran algunos cambios en el sistema sanitario español. No obstante, los cambios más relevantes se produjeron con 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. A mediados de los noventa aparecen así hospitales y otros servicios sanitarios con forma organizativa de empresa pública o fundación, cuya normativa de funcionamiento permite una gestión de

---

<sup>1</sup> Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional de Salud. Informe y Recomendaciones. Madrid, 1991.

recursos humanos basada en relaciones contractuales regidas por el derecho laboral común y una gestión de recursos económicos y materiales con flexibilidad y agilidad en la gestión. Por lo demás, son organizaciones sometidas a controles públicos “ex post”, como las auditorias, que evitan la rigidez e incidencia en la gestión de los tradicionales controles previos de la Administración Pública, enjuiciados éstos desde muchos foros como una de las rémoras más importantes a la eficacia y a la eficiencia de los servicios de salud públicos españoles. Asimismo, la disposición de tesorería propia, además de incentivar la mejor gestión, pues los excedentes revierten al propio centro, puede ser más adecuada a las necesidades organizativas y por tanto, más propicia a la eficacia y eficiencia en el uso de los recursos públicos.

Posteriormente, y tras el debate generalizado por la publicación del Informe Abril y sus recomendaciones, las autoridades sanitarias de nuestro país quisieron realizar una nueva reflexión sobre los problemas del sistema sanitario español y sus posibles soluciones. Para ello, se creó la Subcomisión para la Modernización y Consolidación del Sistema Nacional de Salud, que en diciembre de 1997 ofreció una serie de conclusiones<sup>2</sup>. Entre sus recomendaciones, muy parecidas a las del Informe Abril, se vuelve a insistir en la necesidad de orientar la gestión de los centros sanitarios hacia la gestión empresarial utilizando las correspondientes fórmulas jurídicas. Ese va a ser el propósito de la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud.

En cualquier caso, hoy por hoy, sigue siendo un problema central en la regulación de la asistencia sanitaria pública y su provisión, el de las fórmulas organizativas y de gestión a tal fin. Los costes comparados de la asistencia pública y de la privada ante una idéntica situación de enfermedad, y el problema de la cobertura financiera de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, son datos suficientemente descriptivos de la pertinencia de una reflexión a tal fin. Deben analizarse, pues, el alcance y las limitaciones que las diferentes fórmulas jurídicas ofrecen para la gestión sanitaria, para en su caso decidir si ese camino emprendido a principios de los noventa debe ser recorrido y aún profundizado ya, para todos los centros sanitarios del sector público en España.

Cierto que, al menos a nuestro juicio, siempre que ello resulte compatible con la permanencia de los valores fundamentales de un Sistema Nacional de Salud: aseguramiento único y público, financiación pública, cobertura universal y gratuita, y provisión mayoritariamente pública deben continuar siendo las bases para asegurar la equidad y el derecho constitucional a la protección de la salud. No puede ponerse en duda la necesidad de actualizar y flexibilizar determinados aspectos orgánicos y funcionales de dicho sistema y de su cobertura por el Derecho Administrativo para adaptarlos a una gestión ágil, tecnificada y eficiente. Pero ello no debiera dar por buena cualquier “huida del Derecho administrativo”, ya que podrían peligrar las garantías de

---

<sup>2</sup> Subcomisión Parlamentaria para la Modernización y Consolidación del Sistema Nacional de Salud. Acuerdo. Madrid, 1997.

los derechos individuales de los usuarios y los controles políticos y financieros de la acción pública.

En principio y siempre que los valores fundamentales del Sistema Nacional de Salud queden preservados, cualquier forma de organización de los servicios sanitarios podría ser válida. Sin embargo, el problema estriba en que no existen modelos jurídicos bien definidos ni estrategias de cambio claramente formuladas, además de que muchos de los cambios organizativos propuestos ponen en cuestión, o podrían ponerlos, los fundamentos del Sistema Nacional de Salud. La prueba más clara de esa indefinición y del carácter tentativo de dichas fórmulas es el diverso abanico que actualmente nuestro sistema muestra en cuanto a las formas jurídicas para la provisión pública de la asistencia sanitaria, a lo que sin duda ha coadyudado la potestad de autoorganización de las Comunidades Autónomas en las que hoy, y tras la descentralización sanitaria, se reside dicha provisión.

## **2.- Evolución del marco normativo**

El ejercicio de las competencias de la Administración pública admite, como es sabido, diversas variantes organizativas, mucho más en el caso de su actividad prestacional de bienes y servicios en los que, por no existir ejercicio de autoridad, el abanico de las fórmulas instrumentales a tal fin se amplía incluso a fórmulas de gestión traslativa por otras personas o entidades por cuenta de la Administración, abarcando, hoy por hoy, a la llamada privatización real (abandono de la empresa pública y de la publicación de servicios) o formal (configuración de la organización administrativa instrumental y de su acción con formas del Derecho privado). Nuestro marco normativo general, las leyes administrativas generales, han ido dando cabida a todo un conjunto de posibilidades<sup>3</sup> a ese respecto.

En el campo específico de la asistencia sanitaria pública, la LGS consagró en 1986 el modelo tradicional de gestión directa caracterizado por la creación y consolidación de instituciones sanitarias públicas sometidas al Derecho público. Sin embargo, esta forma de organización puso de manifiesto, y de una manera especialmente notoria –no en vano la asistencia sanitaria pública conforma el sector más voluminoso de la actividad prestacional pública– los mismos puntos débiles que con carácter general venían justificando en el resto de la Administración la apertura a nuevas fórmulas organizativas más flexibles que evitaran las disfunciones derivadas de la jerarquía, la centralización en la toma de decisiones y el modelo burocrático de gestión sometido al Derecho público, consecuencia de la preeminencia no matizada del principio de legalidad, sobre los de eficiencia y oportunidad.

---

<sup>3</sup> De ello es prueba la fórmula genérica con que a la Administración instrumental se refiere la LRJ-PAC: “Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquier Administración pública” –art. 2.2-.

En respuesta a esta situación se aprobó el Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud, cuyo principal objetivo se dirigía a permitir el otorgamiento de personalidad jurídica a todos los centros sanitarios. Para ello amplió las formas de gestión diseñadas por la LGS, contemplando la posibilidad de constituir a tal fin consorcios, fundaciones u otros entes dotados de personalidad jurídica, además del establecimiento de acuerdos, convenios y otras fórmulas de gestión integrada o compartida. La vía empleada –Decreto Ley- podría dar a entender que el Estado optaba por una decisión voluntarista para la innovación de la organización del sector. Pero nada más lejos de la realidad pues tales formas habían sido ya implantadas por las Comunidades Autónomas. El Real Decreto-Ley 10/1996 venía, por ello, más bien a consagrar una realidad institucional ya existente, así como el consenso en que los centros sanitarios pudieran adoptar personalidad jurídica propia, para lo cual modificó la LGS, garantizando así la seguridad jurídica de las experiencias iniciadas por las Comunidades Autónomas.

Tramitado como Ley el Real Decreto-Ley 10/1996 (sin efecto de norma básica, calificación que el legislador omite), la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, refrendó la medida autorizando tanto la gestión directa como la gestión indirecta de los servicios y centros sanitarios y sociosanitarios, y abriendo así las puertas a cualquier forma de gestión y organización admitida en Derecho. El texto legal que se limita a un único artículo<sup>4</sup> ampara la gestión de los centros sanitarios a través tanto de la constitución de cualquier entidad de naturaleza o titularidad pública admitida en Derecho (entre las que, en su Exposición de Motivos, se hace referencia expresa a las empresas públicas, consorcios y fundaciones), como de tales acuerdos, convenios o contratos con otras personas o entidades públicas o privadas. No obstante, todas las experiencias de nuevas formas de gestión de la asistencia sanitaria pública se llevaron a cabo en instituciones de nueva creación, sin que ninguna Administración abordara la transformación de las instituciones preexistentes del Sistema Nacional de Salud, debido posiblemente a las dificultades que a tal fin plantearía su reconversión en diversos apartados, entre ellos el régimen estatutario del personal sanitario.

---

<sup>4</sup> “1. En el ámbito del Sistema Nacional de Salud, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público, la gestión y administración de los centros, servicios y establecimiento sanitarios de protección de la salud o atención sanitaria o sociosanitaria podrá llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho. En el marco de lo establecido por las leyes, corresponderá al Gobierno, mediante Real Decreto, y a los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas –en los ámbitos de sus respectivas competencias-, 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.

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

El desarrollo o aplicación con ese propósito de la Ley 15/1997 requería, pues, la búsqueda de una fórmula jurídica que, garantizando el marco estatutario del personal e integrable en lo previsto en dicha Ley (“entidades de naturaleza o titularidad pública”), permitiese dotar de autonomía de gestión a los actuales centros sometidos al modelo tradicional. Fue lo pretendido con las llamadas Fundaciones Públicas Sanitarias, que el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, preveía pudieran crearse en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, y que, en esencia, vienen a articular una adaptación de las entidades públicas empresariales previstas en la LOFAGE a las necesidades de las instituciones sanitarias públicas existentes, que así configuradas disponen de mayor flexibilidad en cuanto al régimen jurídico de su personal.

La evolución del marco normativo de las formas de provisión de la asistencia sanitaria se cierra con el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, de Nuevas Formas de Gestión del INSALUD, que desarrolla la Ley 15/1997 e incluye ya las fundaciones públicas sanitarias como formas de gestión de la asistencia sanitaria.

### ***3.- Las diversas formas de gestión de la asistencia sanitaria pública***

Como acabamos de exponer, la acción prestacional pública sanitaria puede desarrollarse en gestión directa o en gestión indirecta. En la gestión directa la prestación de los servicios sanitarios se realiza por la Administración pública territorial, bien como tal y mediante su propia organización personificada, bien mediante entidades institucionales o instrumentales creadas a tal fin. En la gestión indirecta, la Administración pública atribuye la prestación del servicio público a una persona o entidad privada a través del correspondiente instrumento (convenios o contratos en sus diversas expresiones). Las figuras que permiten esa gestión directa o indirecta son variadas, como vamos a ver en la clasificación que sigue.

#### **3.1 Formas de gestión directa**

##### **A) Gestión directa mediante organización propia sin personalidad jurídica**

La gestión de los servicios sanitarios públicos mediante organizaciones sin personalidad jurídica integradas en la propia Administración territorial (muy utilizadas en el siglo XIX para la prestación de servicios de beneficencia y los servicios sanitarios dependientes de los municipios) se ha convertido con la expansión de la asistencia sanitaria pública, en una fórmula de gestión de carácter residual. Aún así, esta fórmula se ha usado en la actualidad para la organización y gestión de algunos Servicios regionales de Salud como el Servicio Valenciano de Salud, que es un órgano sin personalidad jurídica propia integrado en la Consejería de Sanidad y Consumo de la Generalitat Valenciana. Igualmente, en la Comunidad Autónoma andaluza, los Laboratorios Provinciales de Salud Pública, integrados en las Delegaciones Provinciales

de Salud de la Junta de Andalucía, y la Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias son expresión también de esta modalidad meramente orgánica de gestión de servicios<sup>5</sup>.

## B) Administración Instrumental

Como es sabido, la LOFAGE<sup>6</sup> al regular la Administración instrumental parte del concepto genérico de “organismos públicos”, entidades de derecho público creadas bajo la dependencia o vinculación de la Administración General del Estado 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, clasificándolos en Organismos Autónomos, Entidades Públicas Empresariales y Agencias Estatales (art. 43).

a) Organismos Autónomos. Los organismos autónomos realizan actividades fundamentalmente administrativas y se someten plenamente al Derecho público. En este sentido, se les encomienda la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos, disponiendo para el ejercicio de estas funciones de ingresos propios y dotaciones a través de los Presupuestos Generales del Estado.

En el sector sanitario, y en el ámbito de la Administración General del Estado, se configuran como organismos autónomos: a) La Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios; b) El Instituto de Salud Carlos III; c) El Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), y d) El Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa.

b) Entidades Públicas Empresariales. Las entidades públicas empresariales realizan actividades de prestación de servicios o producción de bienes susceptibles de contraprestación económica y se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, el ejercicio de las potestades que tengan atribuidas, así como en los aspectos específicamente regulados para las mismas en la LOFAGE, sus estatutos y la legislación presupuestaria.

---

<sup>5</sup> Desde una perspectiva sistemática, el Real Decreto Ley 10/1996, de 17 de junio, recogía en su Exposición de Motivos este modo de gestión directa, citando entre las nuevas formas de gestión junto a los consorcios y fundaciones, las “opciones derivadas de la utilización de otras formas de gestión sin interposición de personalidad jurídica”, referencia que, sin embargo, no aparecía en el texto de su artículo único. Por su parte, la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, que sustituyó a dicho Real Decreto Ley, tampoco hace ninguna referencia a esta forma de gestión sin personalidad jurídica. Algo nada sorprendente, por lo demás, porque los objetivos de esta norma –las nuevas formas de gestión– desde luego respondían a una perspectiva de actualización bien distante de la tradicional integración de la acción administrativa en la organización centralizada directa de las Administraciones.

<sup>6</sup> Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

En el ámbito sanitario no existe en estos momentos ninguna entidad pública empresarial constituida para la realización de actividades de prestación de servicios sanitarios.

c) Organismos Autónomos “de carácter administrativo. La utilización de este epígrafe se encuentra justificada porque, a pesar de estar derogada por la LOFAGE<sup>7</sup> esta fórmula de gestión, la misma ha continuado vigente en las Comunidades Autónomas que vinieron a adoptar el viejo modelo inducido por la Ley General Presupuestaria de 1988.

Los organismos autónomos de carácter administrativo son entidades de derecho público creadas por ley, con personalidad jurídica propia 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 tiene adscritos y de actividades y bienes.

Esta modalidad organizativa ha sido muy utilizada para la constitución de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas. Así, por ejemplo, son organismos autónomos de carácter administrativo el Servicio Navarro de Salud; el Servicio Canario de Salud; el Servicio Andaluz de Salud; el Servicio Extremeño de Salud; el Servicio Aragonés de Salud; el Servicio Riojano de Salud, y el Servicio Gallego de Salud.

d) Entes de Derecho público sujetos al Derecho privado. Entes “atípicos” son organizaciones con personalidad y organización jurídico-pública, pero que actúan en la gestión de sus recursos conforme al ordenamiento jurídico-privado. Esta fórmula organizativa fue derogada por la LOFAGE para la Administración General del Estado, pero ha continuado vigente en aquellas Comunidades Autónomas que han regulado esta modalidad organizativa.

En concreto, en el ámbito sanitario, se ha utilizado para la ordenación de los servicios sanitarios de algunas Comunidades Autónomas que crearon sus Servicios de Salud bajo esta fórmula (Cataluña, Asturias, Islas Baleares, Murcia, País Vasco y Madrid). Además, también ha sido utilizada como modelo organizativo para las unidades prestadoras de servicios sanitarios de cualquier nivel. De hecho, podemos afirmar que esta modalidad organizativa es 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<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> En efecto, la Disposición derogatoria única de la LOFAGE deroga los artículos 4 y 6.1.b) de la Ley General Presupuestaria en cuanto a su aplicación a la Administración General del Estado, pero no lo hace, por no tener competencia para ello, en lo que respecta a las disposiciones de las Comunidades Autónomas que crean y regulan esta modalidad organizativa para sus respectivos ámbitos territoriales.

<sup>8</sup> En efecto, a título de ejemplo, podemos señalar los siguientes entes de Derecho público creados para la gestión de la asistencia sanitaria:

a) En Andalucía: el Hospital de la Costa del Sol (Marbella); el Hospital de Poniente (Almería); la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias (061), y el Hospital “Alto Guadalquivir” de Andújar (Jaén).

Esta modalidad organizativa representa para VILLAR ROJAS una vía interesante para conseguir altos niveles de flexibilidad y libertad en el funcionamiento de la organización, al tomar lo mejor de lo público y lo mejor de lo privado<sup>9</sup>. Porque, de una parte, el tener personalidad pública le 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) y además ostentar potestades administrativas y, por otra parte, su especificidad –su carácter de “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.

e) Sociedad mercantil de titularidad mayoritariamente pública. Las sociedades mercantiles de titularidad mayoritariamente pública son sociedades reguladas por el derecho mercantil, basadas en títulos representativos de capital (acciones o participaciones), cuya titularidad pertenece en proporción mayoritaria bien a una Administración pública territorial, un organismo autónomo, una entidad pública empresarial, o bien, a un ente de derecho público sujeto al Derecho privado.

Las sociedades mercantiles estatales, es decir, las que dependen de la Administración del Estado o de sus organismos públicos, se regulan hoy en la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas (arts. 166 y ss) y en la Ley General Presupuestaria en lo que se refiere a su régimen presupuestario y de control económico-financiero. A ellas se refiere también la LOFAGE, que establece que *“las sociedades mercantiles estatales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en 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”* (Disposición Adicional duodécima).

---

b) En Cataluña: El Instituto de Diagnóstico por la Imagen (antes Centreo de resonancia magnética del Valle de Hebrón); la empresa 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; el Instituto de Asistencia Sanitaria, similar a la anterior, pero en el ámbito de Gerona; la empresa Gestión y Prestación de Servicios de Salud, similar a las anteriores, peor en el ámbito de Tarragona; la Agencia de Evaluación de Tecnología Médica; el Banco de Sangre; el Instituto Catalán de Oncología; el Hospital de Pallars, y el Hospital de Mora de Ebre.

c) En Canarias: la empresa Gestión Sanitaria de Canarias.

d) En el País Vasco: El Instituto de Diagnóstico por la Imagen (OSATEK) y el Centro de Transfusión.

<sup>9</sup> En este sentido, las Exposiciones de Motivos del Decreto 104/1994 y la 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, expresan que con este modelo organizativo puede conseguirse una “equilibrada combinación entre las técnicas públicas y privadas de la Administración”.

Con respecto a las sociedades mercantiles de titularidad mayoritariamente pública pertenecientes a las Comunidades Autónomas, tendremos que acudir a la regulación específica dictada por ellas, y en su defecto, se aplicará como Derecho supletorio la regulación estatal. La legislación de régimen local dedica también breves referencias a las sociedades mercantiles dependientes de los entes locales (art. 85 LBRL, arts. 103 y ss. TRRL).

Las sociedades del sector público, como regla general, se rigen por el Derecho privado, tanto en lo relativo a su organización como a su actividad. Ahora bien, su pertenencia al sector público determina la aplicación del Derecho administrativo en algunos aspectos de su régimen jurídico como la constitución y disolución, la fusión, transformación o escisión, la adquisición y enajenación de participaciones, la determinación de su objeto social y de la actividad social, etc.

En el ámbito sanitario esta modalidad organizativa se encuentra regulada en el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, de nuevas formas de gestión del INSALUD, con la denominación de sociedades estatales<sup>10</sup>.

f) “Fundaciones públicas” sanitarias. La Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social incluye, dentro del Capítulo VIII que titula “Acción Administrativa en Materia de Sanidad”, un artículo –el 111-, en el que se crea una nueva forma jurídica de la organización sanitaria pública: la “fundación pública sanitaria”<sup>11</sup>. Esta nueva modalidad podría vincularse, a la vista de la Ley 15/1997, de 25 de abril, de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, a las posibles “entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho”, pero se incluye ya de manera definitiva entre las nuevas formas de gestión enumeradas por el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, de nuevas formas de gestión del INSALUD.

---

<sup>10</sup> Como ejemplo de esta modalidad organizativa podemos destacar:

- a) En Cataluña: Energética de Instalaciones Sanitarias, S.A. (EISSA), propiedad del Servicio Catalán de Salud, cuyo objeto es lograr la mejora de la eficiencia energética en los centros sanitarios del Servicio Catalán de Salud; Sistema de Emergencias Médicas, S.A. (SEMSA), propiedad del Servicio Catalán de Salud, que tiene por objeto la atención de las emergencias médicas
- b) En Andalucía: La Escuela Andaluza de Salud Pública, S.A. (EASP), creada por el Gobierno andaluz, para la formación de profesionales en salud pública y administración sanitaria, la investigación y la asesoría.
- c) En el País Vasco: Alta Tecnología Sanitaria S.A. Su objeto es la gestión, administración y explotación de servicios de diagnóstico y tratamiento sanitario que conlleve la aplicación de alta tecnología.
- d) En Galicia: El Instituto Gallego de Medicina Técnica (MEDTEC,S.A).

<sup>11</sup> La creación de este modelo organizativo por la vía de su inclusión en la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos de 1999 fue duramente criticada por sectores muy amplios de la política y de la doctrina. El ejecutivo consideró que la creación de las fundaciones públicas sanitarias 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 privaba al Parlamento del debate político que una medida de este calado exigía.

Las fundaciones públicas sanitarias son un modelo totalmente distinto a las fundaciones creadas por la Ley 30/1994, modificada por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, a pesar de compartir la misma denominación. En efecto, las fundaciones privadas de la Ley 30/1994 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 su patrimonio a la realización de fines de interés general. Sin embargo, las fundaciones públicas sanitarias son organismos públicos, dotados de personalidad jurídica propia y que se regulan por la Ley 15/1997, de 25 de abril, de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, por el artículo 111 de la Ley 50/1998, en lo que se refiere al ámbito del INSALUD, y por la normativa específica de cada Comunidad Autónoma, en lo referente a las fundaciones públicas sanitarias que se puedan crear en sus respectivos ámbitos territoriales, así como por la remisión –del art. 111 de la Ley 50/1998- a lo dispuesto para las entidades públicas empresariales en la LOFAGE. No obstante, aunque con sometimiento a las normas anteriores, las fundaciones públicas sanitarias se registrarán por las disposiciones del Real Decreto 29/2000, de nuevas formas de gestión del INSALUD.

La constitución, modificación y extinción de las fundaciones públicas sanitarias estatales, así como sus correspondientes estatutos, serán aprobados por Acuerdo del Consejo de Ministros a propuesta del Ministerio de Sanidad y Consumo, que debe ser publicado en el Boletín Oficial del Estado. Sus estatutos constituyen su norma reguladora básica, y su personal se registrará por las normas de carácter estatutario, aunque también podrán incorporar personal de carácter funcional o laboral. La actividad contractual de estas fundaciones debe respetar, en todo caso, los principios de publicidad y concurrencia, y se registrará por las previsiones contenidas en la legislación de contratos del sector público.

### C) Otras formas de gestión directa

Hemos optado por incluir la figura de los consorcios y la de las fundaciones privadas creadas por entidad pública dentro de la gestión directa, aunque sin englobarlas en la Administración instrumental. En el caso de los consorcios por entender que, por su sustrato asociativo, más bien podría significarse como una manifestación de la llamada Administración corporativa. En el de las fundaciones privadas creadas por entidad pública, porque, a pesar de no considerarlas como entidades públicas –aunque sólo sea por distinguirlas de las “fundaciones publicas sanitarias”-, ni tampoco como Administración, pues tienen naturaleza jurídica privada, las incluimos dentro de la gestión directa porque al cabo son, como tales organizaciones, expresión “directa” de la voluntad organizativa para el logro de su propio “munus” por parte de la Administración territorial competente.

a) Consortios sanitarios. Los consorcios son entidades dotadas de personalidad jurídica y patrimonio propio, creadas por varias Administraciones Públicas (de

naturaleza territorial o institucional), 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.

Los consorcios en el ámbito sanitario se regulan por el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del INSALUD. En él se establece que 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 convenios cuyo objeto 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 las Comunidades Autónomas, la Administración Local, las entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público concurrentes con los de las Administraciones Públicas, o con todas ellas conjuntamente (art. 46). Los consorcios se rigen por el convenio regulador y por sus estatutos, en los que se definen los fines para los que se crea, su organización y funcionamiento, así como su régimen financiero. Su creación requiere Acuerdo del Consejo de Ministros autorizando al INSALUD para la constitución de los consorcios. Este Acuerdo, además de aprobar inicialmente los estatutos, se publicará en el Boletín Oficial del Estado.

En cuanto a su organización, no tenemos una norma general que defina su organización interna, ni cómo son sus relaciones con las Administraciones Públicas que lo integran. Todo depende de lo que se establezca en los estatutos. Con carácter general, únicamente podemos decir que en sus órganos de gobierno tienen que estar representadas todas las entidades públicas o privadas que constituyan el consorcio. Ante este vacío normativo, es muy frecuente que los estatutos se remitan a las normas reguladoras de la organización y funcionamiento de los organismos autónomos.

A pesar de la ausencia de un régimen general, se pueden establecer dos notas características: a) el régimen de organización y funcionamiento de sus órganos se rige por el Derecho público y b) el régimen de los actos del consorcio se rigen por el derecho estatal, autonómico o local, según se determine en la legislación sectorial que prevea su constitución, o en el propio estatuto.

Por lo que respecta al régimen de personal, al establecer el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del INSALUD, que se recogerá en los convenios de constitución o en los estatutos, dicho personal podrá estar sometido tanto al derecho público (funcionario o estatutario) como al derecho laboral. En materia contractual, por su parte, los consorcios ajustarán su actividad a la legislación de contratos del sector público, y su régimen económico-financiero, presupuestario, de contabilidad, intervención y control financiero será el establecido en el convenio regulador, en sus estatutos y demás normas de aplicación.

b) Fundaciones privadas creadas por entidad pública. La Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la participación privada en

actividades de interés general (modificada por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones), 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 su patrimonio a la realización de fines de interés general.

En el ámbito sanitario, la posibilidad de gestionar los centros sanitarios mediante la constitución de fundaciones se recogía en el Real Decreto Ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD, que además admitía la gestión de centros sanitarios no sólo a través de fundaciones, sino “mediante cualesquiera entidades admitidas en Derecho”. A su amparo se crearon, por ejemplo, la Fundación Hospital de Manacor (Mallorca) y la Fundación Hospital de Alcorcón (Madrid), publicándose el 6 de febrero de 1997 en el BOE los estatutos de ambas fundaciones privadas.

La amplitud de posibilidades organizativas que tenían cabida bajo ese texto legal, se muestra, no obstante, mucho más comedida en la Ley 15/1997, de 25 de abril, de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, que viene a sustituir al anterior. En este sentido, la mención a las fundaciones desaparece del texto articulado, aunque se hace referencia expresa a ellas en la Exposición de Motivos, en la que se señala que “la gestión de los centros puede llevarse a cabo a través de cualesquiera entidades de naturaleza o entidad pública admitidas en Derecho”, amparando entre otras formas jurídicas, “la gestión a través de entes interpuestos dotados de personalidad jurídica tales como empresas públicas, consorcios o fundaciones”.

De esta referencia se deduce que el legislador pretende incluir estas fundaciones en el concepto de “entidades de naturaleza o titularidad pública” (tenor de su artículo). Sin embargo, estrictamente las fundaciones reguladas por la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, –y luego, por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre–, no son entidades de naturaleza pública (son sin más fundaciones), ni de titularidad pública, pues como tales no tienen titular al no pertenecer a nadie, ni siquiera al fundador, que se desvincula definitivamente de la fundación una vez creada. Este razonamiento podría llevar, en principio, a la conclusión de que esas fundaciones de la Ley 30/1994 no tendrían cabida dentro del ámbito de la Ley 15/ 1997, de 25 de abril, de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, por no poder subsumirse en ella (“entidades de naturaleza o titularidad publicas”). Sin embargo, la anterior sería una interpretación en exceso formalista, pues la Ley 15/1997 fue refrendo del Real Decreto Ley 10/1996, y su Exposición de Motivos demuestra la voluntad del legislador de incluir a las fundaciones.

De ahí que, en ejecución de dicha Ley, el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del INSALUD, sí las contemple. En efecto, en él se recogen, entre las que denomina nuevas formas de gestión, las fundaciones al amparo de la Ley

30/1994, los consorcios, las sociedades estatales y las fundaciones públicas sanitarias, 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”. Por tanto, se sigue equiparando las fundaciones con las empresas públicas y con los consorcios, al establecer un régimen mayoritariamente común para todas ellas. En concreto, el Real Decreto 29/2000 define las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 30/1994, en el ámbito del Real Decreto, como *“organizaciones sanitarias sin ánimo de lucro, 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”* (art. 38).

Por lo demás, las fundaciones creadas por entidad pública han sido expresamente reguladas por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. En ella, se consideran fundaciones del sector público estatal, aquellas que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal, o que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades. En cuanto a su régimen jurídico se dispone que no podrán ejercer potestades públicas y únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público estatal fundadoras, debiendo coadyuvar a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de sus competencias propias, salvo previsión legal expresa. La selección del personal, por su parte, deberá realizarse con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria. Asimismo, su contratación se ajustará a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios.

Como dato expresivo del distinguo entre estas fundaciones de las estricta “fundaciones públicas sanitarias” la Disposición adicional tercera de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, dispone que las fundaciones públicas sanitarias a que se refiere el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, seguirán rigiéndose por su normativa específica. Del mismo modo, en la Disposición adicional cuarta se prevé que las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 15/1997, de 25 de abril sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, seguirán rigiéndose por su normativa específica, aplicándoseles la Ley de Fundaciones con carácter supletorio. Por tanto, en el ámbito sanitario, las fundaciones creadas por entidad pública se regulan por el RD 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del INSALUD, y por sus estatutos, que constituyen la norma reguladora básica de las fundaciones.

En todo caso es claro por lo expuesto que la regulación, tanto general como la específica del ámbito sanitario, de las fundaciones creadas por entidad pública provoca una indeterminación en cuanto a su naturaleza jurídica que ocasiona una gran inseguridad jurídica. En efecto, la Ley de Fundaciones establece la fundación como 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. En cambio, estas características de la fundación no se aprecian en la regulación que de la misma realiza tanto la Ley 15/1997, de 25 de abril, de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, como el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del INSALUD. En efecto, en ambas disposiciones se aproxima la fundación a la Administración instrumental, así, 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. Por todo ello, creemos que la aplicación de esta modalidad organizativa a los centros sanitarios plantearía serias dificultades jurídicas<sup>12</sup>.

### 3.2 Gestión indirecta: convenios, conciertos y concesiones sanitarias

La gestión indirecta de los servicios públicos se produce cuando, como dijimos, la Administración pública vincula, a través de un contrato, convenio o concierto, la prestación del servicio público a un ente privado.

En el ámbito sanitario, la LGS establece como principio general la gestión directa de los servicios sanitarios públicos, sin perjuicio de que la colaboración de los centros privados se instrumente a través de modalidades de gestión indirecta como los convenios de vinculación y los conciertos sanitarios. La gestión directa es así un criterio general de gestión, compatible, no obstante, con la colaboración de los establecimientos de titularidad privada. En este caso, los centros privados colaboran en la prestación de unos servicios que son de titularidad (y responsabilidad) de los poderes públicos competentes.

La diferencia fundamental entre los modelos clásicos de la Administración instrumental, que hemos analizado, y la gestión indirecta es que en ésta no existe una relación de instrumentalidad como la que existe entre la Administración matriz y el ente creado. La vinculación con el sistema sanitario público se realiza a través de las modalidades de gestión indirecta (conciertos –art. 90 LGS-, convenios –arts. 66 y 67

---

<sup>12</sup> Ello queda demostrado por el gran debate que ha rodeado a la figura de las fundaciones en el ámbito sanitario (por ejemplo, sobre la creación de las fundaciones Hospital Manacor y Hospital Alcorcón). Debate que ha pasado del plano técnico al político, lo que ha hecho más difícil aún realizar un seguimiento y valoración de esta modalidad organizativa.

LGS-, concesiones u otras modalidades del contrato de gestión de servicios públicos – art. 253 LCSP-).

Las formas de gestión indirecta a través de convenios y conciertos sanitarios se caracterizan por la vinculación al Sistema Nacional de Salud de servicios y prestaciones sanitarias de carácter privado. No obstante, el convenio sanitario supone la plena integración del establecimiento privado en la red hospitalaria pública, quedando vinculados todos los servicios del establecimiento y sometido a un régimen sustancialmente idéntico al de los centros públicos. Por el contrario, el concierto sanitario supone una vinculación más difusa, limitada a determinadas prestaciones de las que realiza el centro privado, con lo que éste puede prestar servicios no incluidos en el concierto.

La concesión, por su parte es una modalidad de gestión de un servicio público, en la que la Administración ostenta la titularidad del servicio, y mediante una regulación contractual de las condiciones, entrega su prestación y el contenido económico correspondiente a un particular o empresa privada, que asume la gestión y 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 el goce del servicio a todo aquel que cumpla los requisitos, a la restitución de los bienes si la concesión caduca o se extingue y en su caso, al pago a la Administración de un canon. El concesionario, por su parte, percibe a cambio las tasas, tarifas o precios fijados por la utilización del servicio público. Esta modalidad organizativa se encuentra regulada en la Ley de Contratos del Sector Público.

Esta fórmula no se había utilizado en España para la provisión de servicios públicos sanitarios. No obstante, la tendencia de los últimos tiempos hacía nuevas formas de gestión en la que está inmersa no sólo la sanidad, sino todo el sector público, ha provocado la utilización de este modelo en el ámbito sanitario. Ejemplo de ello es el Hospital La Ribera en Alcira (Valencia) que se gestiona a través de una concesión administrativa<sup>13</sup>.

Resulta importante destacar, a efectos de la utilización de la concesión en la prestación de servicios sanitarios, que la concesión de servicios es una técnica mediante la que la Administración suple su carencia de recursos, recurriendo a la iniciativa privada, que

---

<sup>13</sup>La Consejería de Sanidad de Valencia decidió en 1996 que la construcción y posterior explotación de dicho Hospital se realizara con una concesión administrativa. La adjudicación se realizó por concurso a una unión temporal de empresas encabezadas por la aseguradora Adeslas. El concesionario podía 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, revirtiendo, al extinguirse la concesión, el pleno dominio del Hospital a la Administración. No obstante, existe un elemento que desvirtúa el modelo tradicional de concesión, pues, en este supuesto, en lugar de percibir las tasas fijadas, a cambio de la prestación del servicio, directamente de los particulares, es la Consejería de Sanidad la que sufraga a la empresa adjudicataria una cantidad fija y preestablecida por cada usuario (sistema de contraprestación que se aproxima al modelo del concierto sanitario y una mezcla con concesión de obra pública).

con su capital y esfuerzo, ofrece las prestaciones estipuladas, ateniéndose a la regulación del servicio establecida por aquélla y percibiendo de los usuarios unos ingresos por la utilización del servicio que le permiten recuperar la inversión realizada, sufragar los costes de explotación y obtener un razonable beneficio empresarial. En otras palabras, el significado típico de la concesión de servicio público estriba en que la Administración no tiene que hacer desembolso alguno para sufragar el coste del servicio, porque dicho coste se repercute vía tarifas y precios sobre los usuarios.

Por ello, entendemos que la aplicación estricta de la concesión de servicio público de la Ley de Contratos del Sector Público al ámbito de la asistencia sanitaria pública es principio plantearía diversos problemas. Pues en la asistencia sanitaria pública, –al menos a la vista de los actuales principios de nuestro Sistema Nacional de Salud- la financiación pública debe estar asegurada (no se trata de recurrir al capital privado para obtener unos recursos de los que los poderes públicos carecen o de que los usuarios satisfagan al concesionario los costes de la prestación) pues los usuarios ya contribuyen a la financiación del sistema mediante los impuestos.

No obstante, somos conscientes de que este planteamiento puede encontrar, en momentos como los que estamos viviendo serios obstáculos. Pues pretender que la asistencia sanitaria se financie públicamente en todo caso, se encuentra hoy ante la realidad de una generalizada insuficiencia de recursos públicos. Quizás debiera profundizarse más en esta cuestión pues la solución al problema de la financiación no pasa por la subida de impuestos cuando el principal aumento de la demanda asistencial es consecuencia de la llegada masiva de inmigrantes a nuestro país que reclaman atención sanitaria y que no pagan impuestos, por lo que, para permitirles a ellos el acceso y disfrute de los servicios sanitarios, somos los demás los que tenemos que hacer frente, no sólo a los impuestos, sino también a sus aumentos. Esta situación, sin duda, pronto se tornara insoportable si continúan ampliándose las prestaciones sanitarias -¿no tienen límite?- y crecen los usuarios universales no contributivos ni contribuyentes. Entonces, si, mantenida la universalidad de la asistencia, la generación de recursos económicos por la vía impositiva no resulta suficiente, y si no se acude a otras fórmulas (por ejemplo, la introducción del pago o copago del servicio por el usuario de los servicios de salud, sobre la base quizá del distingo –como en otros sectores de las prestaciones colectivas- entre servicios básicos y servicios añadidos), probablemente no quede otro remedio que acudir a las fórmulas de gestión indirecta. Como expresión ésta de la alternativa a otro de los fundamentales problemas de nuestra actual asistencia sanitaria pública: su escasa eficiencia económica.