

Las fundaciones sanitarias y sociales de la Administración Pública ¹

Francisco Villar Rojas

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de La Laguna

SUMARIO: I. EL PORQUÉ DE LAS FUNDACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA (Y LA SOCIAL): 1. *El necesario control del gasto sanitario público (en pocos años, el gasto sociosanitario)*. 2. *Las propuestas del Informe Abril (1991)*. 3. *El RD-Ley 10/1996 y la Ley 15/1997*. 4. *El rechazo a la privatización de la sanidad lleva a la fundación como nueva forma de gestión*.—II. LAS FUNDACIONES PRIVADAS SANITARIAS DE LA ADMINISTRACIÓN: TENSIONES Y CONTRADICCIONES: 1. *La iniciativa: la constitución de fundaciones hospitalarias*. 2. *Tensión con el derecho privado de fundaciones*. 3. *Tensión con el derecho público de fundaciones*. 4. *Tensión con el derecho público, en particular de la gestión sanitaria*. 5. *La condición pública distorsiona el régimen de las fundaciones*.—III. LAS FUNDACIONES PÚBLICAS SANITARIAS: UN NUEVO ORGANISMO PÚBLICO: 1. *Una formulación alternativa: el artículo 111 de la Ley 50/1998*. 2. *Ni fundaciones privadas, ni empresas públicas*. 3. *La conversión de fundaciones privadas de la Administración en fundaciones públicas sanitarias*.—IV. EL FRACASO DE LA FUNDACIÓN EN LA GESTIÓN SANITARIA: 1. *Las fundaciones públicas sanitarias: una anécdota*. 2. *Las fundaciones sanitarias: un estatus singular en la Ley 50/2002, de Fundaciones*. 3. *La vuelta a lo público: integración de las fundaciones hospitalarias en los servicios de salud*.—V. EL LIMITADO PAPEL DE LAS FUNDACIONES EN LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA: 1. *El objetivo de mejorar la eficiencia: no hay datos comparables*. 2. *La realidad: relación de dependencia, no autonomía de gestión*. 3. *La viabilidad de la fundación requiere un cambio drástico en la sanidad pública*.

I. El porqué de las fundaciones de la Administración en la asistencia sanitaria pública (y la social)

1. *El necesario control del gasto sanitario público (en pocos años, el gasto sociosanitario)*

Es pacífico que el problema básico de la sanidad pública es el crecimiento del gasto sanitario, la necesidad de controlarlo o, cuando menos, de ordenarlo ². Este es el motivo de todas las reformas sanitarias emprendidas en los países

¹ Texto revisado de la ponencia presentada en el XVIII Congreso italo-español de Profesores de Derecho Administrativo celebrado en Bolonia (Italia), del 27 al 29 de mayo de 2010.

² En España, en 2004, el gasto sanitario total era superior a 50.000 millones de euros, lo

occidentales en los últimos veinte años³, con la única excepción de EE.UU. —donde este debate ha estado acompañado por otro sobre el derecho a la asistencia sanitaria—⁴. Las causas son comunes: a) el envejecimiento de la población —con una demanda paralela de más asistencia—; b) la tecnología sanitaria —que evoluciona sin parar y cada vez cuesta más—; y c) la disponibilidad de información —los ciudadanos reclaman sus derechos, son menos «pacientes»⁵.

En el ámbito de la atención social, la creciente e imparable demanda de atención vinculada con el envejecimiento y las enfermedades que lo acompañan (dependencia) ha traído consigo la preocupación por cómo pagar el llamado gasto sociosanitario⁶. Aun cuando esta problemática tiene entidad propia, lo cierto es que, tradicionalmente, la ordenación de los servicios sociales públicos sigue la senda normativa de la sanidad. Esto explica que las respuestas sean muy parecidas, tanto más cuando de modos de gestión se trata, y que, en buena medida, las experiencias sean intercambiables⁷.

La realidad apuntada suscita un interrogante también compartido: ¿cómo controlar el gasto manteniendo un servicio sanitario universal y de calidad? ¿es viable hacerlo? Las iniciativas planteadas e intentadas en estos años pueden agruparse en tres bloques:

que representaba un 7,8% del PIB (5,7% el gasto público y 2,1% el gasto privado). Sólo tres años después, en 2007, el gasto total ascendió a 88.827 millones de euros, el 8,5% del PIB (6,1% el gasto público y 2,4% el gasto privado). El crecimiento es constante. Con todo, sigue siendo algo inferior a la media de los países de la OCDE: en 2004, 8,5% del PIB, en 2007, 9%, pero el crecimiento anual es equivalente. Estos datos en *Informe anual del Sistema Nacional de Salud 2008* (Ministerio de Sanidad y Política Social).

³ Para un repaso de las reformas sanitarias sigue siendo válido el libro: *La modernización de la sanidad pública en el mundo*, Smithkline Beecham y Arthur Andersen, Madrid, 1997, 269 pp.

⁴ Ampliamente, J. C. MERRILL, *The road to health care reform*, Plenum Press, Nueva York, 1994, pp. 102-115; más reciente, R. HERZLINGER, *Who killed health care?*, McGraw Hill, Nueva York, 2007, 304 pp.

⁵ En este sentido, la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas: «Modernizar la protección social para el desarrollo de una asistencia sanitaria y una asistencia de larga duración de calidad, accesibles y duraderas: apoyo a las estrategias nacionales a través del método abierto de coordinación» (COM 2004, 304 final).

⁶ En todo caso, de momento el gasto social en España sigue teniendo un crecimiento moderado. Entre 1990 y 2005, el gasto social público pasó de un 19,9% a un 20,8% del PIB, incluyendo pensiones. Además, es inferior a la media de los países de la Unión Europea, que asciende a un 27,2% del PIB. Estos datos en «Informe sobre las personas mayores, 2008», Observatorio de Personas Mayores del IMSERSO (2009).

⁷ Esa relación se reconoce en buena parte de los trabajos recogidos en la obra colectiva «El Derecho público de la acción social», *Documentación Administrativa*, n.º 271-272, 2005, 596 pp.

a) El recorte directo de los gastos introduciendo medidas como el copago (Italia), la imposición de impuestos finalistas (Francia) o la reducción de prestaciones, tanto directa (recorte del catálogo, Nueva Zelanda), como indirecta (incentivar/imponer la suscripción de seguros sanitarios complementarios, Alemania).

b) La reforma de la gestión buscando fórmulas de prestación pública que sean más eficientes, básicamente, aplicando a los centros públicos las reglas de funcionamiento propias de las empresas privadas, de lo que es paradigma el llamado «mercado interno de la sanidad» (Gran Bretaña y Suecia).

c) La reordenación de la prestación pública sobre la base de la libertad de los pacientes para elegir profesional, servicio y centro sanitario, público o privado, acreditados, rompiendo el monopolio público ⁸.

En España, el camino intentado ha sido el segundo de los planteados: la implantación de un mercado interno mediante la separación de las funciones de regulación y financiación, de compra y de provisión de servicios, que serían encomendadas a distintas entidades públicas —incluso a meros órganos administrativos—, que actuarían como si fueran compradores y vendedores en cualquier mercado, pero sin serlo. En las páginas que siguen se explica el fundamento y los intentos de articulación jurídica de esta iniciativa, en la que se inserta la apuesta por la fundación como modo de gestión de los centros sanitarios públicos.

2. *Las propuestas del Informe Abril (1991)*

En 1991 se publicó el denominado «Informe Abril», una suerte de libro blanco sobre la sanidad española elaborado por la Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional de Salud ⁹. Se trata de un documento que se inserta en la corriente de reformas antes apuntada. Su primer párrafo lo resume con precisión:

⁸ Una explicación detallada de cada una de estas vías en: F.J. VILLAR ROJAS, «La Ley de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud: ¿hacia la desregulación de la sanidad pública?», *Revista Derecho y Salud*, n.º 6/2, 1998, pp. 87-91. En nuestro entorno, de las expuestas, la medida que parece más asentada es la de promover que los ciudadanos suscriban seguros privados que complementen la asistencia sanitaria pública. En este sentido: «Clear diagnosis, uncertain remedy», *The Economist*, 20 de febrero de 2010, pp. 63-65.

⁹ En febrero de 1990, el Congreso de los Diputados aprobó una proposición no de ley instando al Gobierno para que promoviera la constitución por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud de una Comisión que tuviera como tarea el análisis, la evaluación y la propuesta de mejoras del Sistema Nacional de la Salud (Diario de Sesiones n.º 14). Tras su constitución y trabajos, la Comisión rindió su «Informe y Recomendaciones» en julio de 1991.

«En la proposición no de ley que dio lugar a esta Comisión, se exponen los profundos cambios sociales y sanitarios que, en todo el mundo, perturban los actuales sistemas de asistencia médica (...). Sensibles variaciones demográficas, nuevos comportamientos sociales, la presión incesante del acelerado progreso técnico-médico y, como resultado, crecientes tensiones económicas impulsan esta tendencia renovadora cuyo carácter universal explica por sí mismo la elaboración de este informe».

En orden a dar respuesta a esas tensiones, este informe analiza la organización sanitaria tradicional, la considera una de las causas de las deficiencias del sistema sanitario público y, en línea con las reformas emprendidas en Gran Bretaña y en Suecia, plantea dos propuestas fundamentales:

- La separación de funciones con el fin de crear un mercado interno.
- La conversión de los establecimientos sanitarios públicos en sociedades estatales sujetas al Derecho privado.

El alcance de cada una de ellas está en función de la estructura preexistente.

En cuanto a la primera, como es conocido, la Ley General de Sanidad (1986) estableció un modelo de organización sanitaria basada en tres decisiones fundamentales:

- a) La integración de funciones sanitarias (salud pública y asistencia sanitaria, planificación y prestación de servicios), de medios y recursos públicos en un dispositivo único (red única de establecimientos públicos) y la creación del Sistema Nacional de la Salud (suma de los servicios autonómicos de salud).
- b) La planificación territorial de los servicios (servicios regionales, áreas de salud con hospital de referencia, zonas básicas de salud con centro de atención primaria) y de los recursos (cartillas por cupo, usuarios por hospital), siguiendo el modelo de la Seguridad Social.
- c) La gestión directa mediante establecimientos públicos sin personalidad jurídica, atendidos por empleados públicos de régimen especial (personal estatutario) sometidos a normas administrativas. La colaboración privada es subsidiaria, dando preferencia a la que no tiene ánimo de lucro.

El modelo se completa con otra medida fundamental: la asistencia sanitaria se financia con recursos públicos presupuestarios, con alguna aportación de los usuarios —copago en farmacia extrahospitalaria—. De ahí que, con imprecisión, se hable de la gratuidad de este servicio público.

En suma, la Ley General de Sanidad apuesta por la creación de un único organismo público que desempeñe todas las funciones, que integre todos los recursos sanitarios, que los ordene conforme a una planificación territorial y funcional pública, que los financie con recursos presupuestarios y que los

preste con medios y formas propias de lo público ¹⁰. Las propuestas recogidas en el Informe suponen la quiebra parcial de estas decisiones básicas.

La creación de un mercado interno de la sanidad mediante la implantación de la separación de funciones supone la ruptura del principio de integración. Con ese objetivo, el Informe propone la siguiente diferenciación:

- a) La regulación, la planificación y la asignación de recursos, que se encomendarían a la autoridad sanitaria (Gobierno Autónomo y Consejería).
- b) La compra de servicios para la población «afiliada», que se encargaría a las Áreas de Salud, cuya misión consistiría en conseguir la mejor calidad en los servicios con los recursos disponibles.
- c) La provisión de servicios, que correspondería a los centros asistenciales públicos y privados a través de fórmulas jurídicas diversas (contratos-programa, convenios, conciertos...) que suscribirían con las áreas de salud.

Con esta distinción se persigue crear una estructura similar a un mercado y, con ello, tratar de obtener las ventajas de la competencia entre prestadores. En todo caso, se trata de una ficción ¹¹.

La segunda propuesta, la conversión de los centros sanitarios públicos en sociedades estatales, representa otro cambio drástico del modelo diseñado por la ley general.

¹⁰ Sobre la estructura y fundamentos del sistema sanitario español, entre las aportaciones más recientes, los estudios de J. PEMÁN GAVÍN, *Asistencia sanitaria y sistema nacional de salud*, Comares, Granada, 2005, 395 pp., y E. M. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Régimen jurídico de la asistencia sanitaria pública*, Comares, Granada, 2007, 360 pp.

¹¹ La separación de funciones de la que se habla nada tiene que ver con la separación de actividades que traen consigo las leyes liberalizadoras de servicios públicos, que, en aras a la creación de un mercado real, imponen no sólo la desaparición del monopolio público, sino también la separación de las actividades económicas diferenciadas —normalmente, producción, transporte, distribución y suministro al consumidor—, sea mediante separación contable, jurídica o patrimonial, entre las empresas que desarrollan esas tareas. A título de ejemplo, ese mecanismo en los artículos 9 a 21 de la Directiva 2009/72/CE, de 13 de julio, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad. Por el contrario, el mercado interno no es más que una reordenación de las competencias entre distintos órganos de la misma Administración; por eso es «interno» y, por la misma razón no es mercado, entendido como espacio de intercambios, acuerdos y contratos entre vendedores y compradores en régimen de libertad. Sobre la separación de actividades y en general la articulación de los mercados con la liberalización, las explicaciones de G. ARIÑO ORTIZ, «Nuevo servicio público y regulación económica», en *Principios de Derecho Público Económico*, 3.ª ed., Comares, Granada, 2004, pp. 599-670, en particular, pp. 610-613; y S. MUÑOZ MACHADO, «Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica», en obra colectiva, *Derecho de la regulación económica, I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 15-243, en especial pp. 170-177.

Con el fin de hacer más eficientes los hospitales y los centros de servicios sanitarios, el Informe propone su conversión en entidades con personalidad jurídica y autonomía de gestión, sujetos en su funcionamiento al Derecho privado —contratación con terceros y de personal, gestión patrimonial y caja propia—, con el objetivo de que puedan operar como proveedores de asistencia sanitaria igual que los privados. En particular, la propuesta fundamental era convertir los centros hospitalarios en sociedades estatales; en concreto, en entidades de derecho público con personalidad jurídica que someten su actividad al derecho privado ¹².

No se considera ninguna fórmula de derecho público. Los argumentos se repiten. En el Informe se dice:

«El INSALUD actúa de acuerdo con principios ajustados al Derecho Público, absolutamente incapaces de impulsar, en términos jurídicos correctos, el dinamismo y agilidad necesarios para la gestión de la asistencia sanitaria. El derecho público podría servir eventualmente para las funciones de financiación y compra, pero de ninguna manera puede adecuarse a la gestión».

Más adelante, al comenzar la explicación de la reforma en cuanto a la gestión se afirma:

«El análisis de otros sistemas europeos (...), confirma de modo absoluto que las formas administrativas son inadecuadas para atender y manejar la complejidad y el volumen de los servicios actuales de asistencia sanitaria. La rigidez normativa en este tipo de actividades diversas y versátiles acaba confiriendo a la burocracia una especie de primacía perversa sobre el fin de atención al consumidor y, en definitiva, a la sociedad».

De otra parte, al detallar las causas por las cuales en el sistema sanitario español no existe una cultura de gestión, se señala, entre otras:

«La omnipresencia de un sistema burocrático, guiado por el principio de legalidad de las formas, más que un sistema de gestión, orientado al logro de resultados».

En resumen, según este documento, buena parte de las deficiencias del sistema sanitario español es imputable a su tradicional gestión según normas administrativas que hacen ineficaz la prestación e impiden atender con calidad las necesidades de los ciudadanos. Siendo así, la gestión de la sanidad con técnicas empresariales aparece como la panacea frente a la rigidez e ineficacia que resulta del derecho público. Nadie parece haberse planteado el porqué del

¹² La explicación y defensa de esta propuesta en: J. BAREA TEJEIRO y A. GÓMEZ CIRIA, *El problema de la eficiencia del sector público en España (especial consideración de la sanidad)*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1994, pp. 171-246, en especial, pp. 232-246.

Derecho administrativo, ni tampoco cuáles son las posibilidades de reformar algunas de sus normas fundamentales para mejorar la gestión de los servicios públicos ¹³.

En todo caso, a los efectos del objeto de este análisis, de esta propuesta lo importante es destacar la voluntad de transformar los establecimientos sanitarios públicos —no personificados— en empresas, dado el juicio negativo que se realiza de la organización administrativa para conseguir una prestación sanitaria de calidad ¹⁴.

3. *El RD-Ley 10/1996 y la Ley 15/1997*

Con precedentes en la normativa autonómica ¹⁵, el impacto de esas ideas en la legislación estatal tiene su primera manifestación en el RD-Ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD ¹⁶. Su exposición de motivos resulta diáfana:

«La necesidad de fórmulas organizativas más flexibles, imprescindibles para hacer frente a las exigencias de eficiencia y rentabilidad social de los recursos públicos que las Administraciones sanitarias tienen planteados, hace preciso establecer un principio de mayor amplitud en las formas jurídicas más adecuadas que promuevan el sentido de la responsabilidad en el marco de una organización tan compleja como la sanitaria y que contribuya a hacer efectiva la separación progresiva entre las competencias de financiación y compra de servicios sanitarios y las funciones de gestión y provisión».

¹³ Una primera valoración de estas propuestas y de su impacto en la sanidad española en: S. MUÑOZ MACHADO, *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, pp. 137 al final.

¹⁴ En estos años, en el ámbito autonómico es preciso destacar el documento *«Estrategias de cambio para la sanidad vasca —Osasuna Zainduz»* (Gobierno Vasco y Servicio Vasco de Salud, 1993, 168 pp.) que también apuesta por la separación de funciones y por la autonomía de los centros sanitarios públicos, con funciones de provisión, que propone se conviertan en sociedades públicas vinculadas mediante contratos programas (p. 130). Este estudio sirvió de base a la Ley 8/1997, de 26 de junio, de ordenación sanitaria de Euskadi, si bien esta norma no promovió la transformación mencionada, sino que se limitó a intentar incrementar la autonomía de las organizaciones sanitarias existentes no personificadas.

¹⁵ En relación con esos antecedentes, F. J. VILLAR ROJAS, «La huida al derecho privado en la gestión de los servicios de salud», *Revista Derecho y Salud*, n.º 2/2, 1994, pp. 98-106. También, I. BORRAJO INIESTA, «La huida hacia fórmulas de gestión de Derecho Privado en la prestación de servicios sanitarios: la supuesta crisis del Derecho Administrativo», *Libro de Actas del III Congreso Derecho y Salud 1994*, Gobierno de Navarra, 1995, pp. 95-124.

¹⁶ Sobre ese decreto-ley, J. PEMÁN GAVÍN, «Hacia nuevas formas de gestión de los servicios sanitarios», en obra colectiva: *Reforma y liberalización económica (Los Decretos-Leyes de 1996)*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 293-330.

En consecuencia, según esta explicación, la solución a los problemas de la sanidad pública («*eficiencia y rentabilidad social de los recursos públicos*») pasa por la separación de las funciones entre financiación-compra y gestión-provisión y por la utilización de formas de gestión más flexibles («*nuevas formas de gestión que promuevan la responsabilidad*»). Básicamente, lo planteado por el Informe Abril. En particular, sobre la gestión, su artículo único dispone lo siguiente:

«En el ámbito del Sistema Nacional de Salud, la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o socio-sanitaria podrá llevarse a cabo directamente o indirectamente mediante cualesquiera entidades admitidas en derecho, así como a través de la constitución de consorcios, fundaciones u otros entes dotados de personalidad jurídica, pudiéndose establecer además acuerdos o convenios con personas o entidades, públicas o privadas, y fórmulas de gestión integrada o compartida».

De este texto es preciso destacar la mención expresa a las fundaciones. De hecho, este precepto sirvió de fundamento para que el Gobierno autorizara al INSALUD a constituir dos fundaciones: el *Hospital de Alcorcón* (Madrid) y el *Hospital de Manacor* (Baleares). Bien es cierto que en esos momentos ya se encontraba en vigor el artículo 6.4 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones, reconociendo a las personas jurídico-públicas capacidad para constituir fundaciones. Se volverá sobre esta iniciativa más adelante.

La tramitación del mencionado decreto-ley como proyecto de ley concluyó con la aprobación de la Ley 15/1997, de 25 de abril, de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud. Esta disposición ratifica la voluntad de flexibilizar la gestión, con formas directas e indirectas, si bien incorporando algunas garantías¹⁷. Los argumentos se repiten:

«La presente norma... debe constituir un importante instrumento de flexibilización y autonomía en la gestión sanitaria, necesidad ineludible de la actual organización pública, con vistas a mejorar la eficacia del Sistema Nacional de Salud».

Flexibilidad, autonomía y eficacia son las claves. Con ese objetivo, se vuelven a admitir cualesquiera modalidades de gestión¹⁸. La exposición de motivos es elocuente:

¹⁷ Sobre ella VILLAR ROJAS, «*La ley de habilitación de nuevas formas de gestión del sistema nacional de salud...*», ob. cit., pp. 74-91. También, J. SÁNCHEZ CARO, «Nuevas formas de gestión: las razones de una Ley», *Revista de Administración Sanitaria*, n.º 1/1, 1997, pp. 101-117. Sobre el conjunto decreto-ley y ley, M. VAQUER CABALLERÍA, *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, pp. 43-53.

¹⁸ La regulación de formas de gestión, materia esencialmente autonómica, llevó a sostener la inconstitucionalidad de esta disposición por razones competenciales. Así, L. PAREJO ALFONSO, «Constitución, Sistema Nacional de Salud y formas de organización», en L. PAREJO, F. LOBO y

«(...) En esta Ley se establece que la gestión de los centros y servicios sanitarios y sociosanitarios pueda llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad privada admitidas en Derecho; entre otras formas jurídicas, la presente disposición ampara la gestión a través de entes interpuestos dotados con 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».

Se vuelve a insistir en la viabilidad de todas las formas de gestión, pero se hace especial mención de las empresas públicas, los consorcios y, nuevamente, de las fundaciones. No obstante, a diferencia del RD-Ley 10/1996, el texto articulado de esta Ley evita la referencia expresa a una u otra modalidad. Por otra parte, es preciso destacar que pocos días antes se había publicado la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado; una norma con voluntad de reordenar la Administración institucional que la Ley 15/1997 venía a contradecir ¹⁹.

Poco después (diciembre de 1997), un nuevo informe sobre la sanidad española, elaborado por la Subcomisión del Congreso de los Diputados, que se tituló: «*Avanzar en la consolidación del Sistema Nacional de Salud mediante el estudio de las medidas necesarias para garantizar un marco financiero estable y modernizar el sistema sanitario manteniendo los principios de universalidad y equidad en el acceso*», insistirá en las mismas ideas ²⁰. Así, en materia de organización y gestión, este documento recomienda proseguir los esfuerzos para separar las funciones de planificación, financiación, compra y provisión de servicios. De igual modo reitera la necesidad de configurar los centros asistenciales como organizaciones autónomas con facultades de decisión efectivas y responsables, así como facilitar la extensión de nuevas formas de gestión.

Igual posicionamiento se encuentra en el Plan Estratégico del INSALUD titulado: «*De la autonomía a la competencia regulada*» (enero de 1998). En este plan se propone un reparto interno de funciones entre los distintos centros y servicios de esa entidad gestora, articulando las relaciones con los centros

M. VAQUER (COORDS.), *La organización de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 36-38.

¹⁹ Esta contradicción fue objeto de una contundente crítica doctrinal. Entre otros, L. MORELL OCAÑA y A. RUIZ OJEDA, «La técnica fundacional como instrumento de gestión administrativa en el Derecho Público», en A. RUIZ OJEDA (COORD.), *Manual de Fundaciones*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 259-263, y J. L. PIÑAR MAÑAS, «Las fundaciones sanitarias. De la perplejidad a la confusión, pasando por la demagogia», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 1, 2000, pp. 82-84.

²⁰ Ese informe fue aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en sesión celebrada el 18 de diciembre de 1997.

asistenciales mediante «contratos de gestión» para la compra de servicios (nueva denominación de los clásicos contratos-programas). Se trata de la enésima versión del mercado interno. En cuanto a la personificación de los centros sanitarios se apuesta por la fórmula de la «fundación» tanto para los de nueva creación como para los existentes. No se habla ya de sociedades estatales sujetas al ordenamiento privado. Este último es el cambio más significativo ²¹.

En los años siguientes, la influencia de estas ideas en la organización sanitaria pública es patente. Aun así, en ningún caso se llega a una implantación radical del principio de separación ²², como tampoco a la generalización de las nuevas formas de gestión, que siguen siendo excepcionales ²³. En todo caso, los presupuestos de la reordenación de la sanidad pública están ya asentados. Lo mismo que su causa o fundamento: controlar el gasto sanitario.

4. El rechazo a la privatización de la sanidad lleva a la fundación como nueva forma de gestión

Como queda dicho, la transformación de los centros de servicios sanitarios públicos en entidades dotadas de personalidad jurídica y autonomía de gestión, capaces de competir en la provisión de servicios y de asumir responsabi-

²¹ En la opción por las «fundaciones» es incuestionable la influencia de la reforma sanitaria en Gran Bretaña con la transformación de los hospitales británicos en «*NHS Hospitals Trust*» (promovida por la *National Health Service and Community Care Act*, 1990). Lo explicó con detalle: VAQUER CABALLERÍA, *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública*, ob. cit., pp. 29-33.

²² En el ámbito de la Administración General del Estado, la separación de funciones se intentó con el RD 1893/1996, de 2 de agosto, que aprobó el Reglamento orgánico del Ministerio de Sanidad. En el se decía que se implantaba la separación de funciones: dirección y planificación por el Ministerio, provisión y concertación a cargo del INSALUD, lo mismo de siempre con otro nombre. La ficción quedó confirmada. Esa construcción exige una separación real de los sujetos involucrados y no una meramente orgánica como la que se articuló en ese reglamento. Por su parte, todos los sistemas sanitarios autonómicos han asumido esa separación pero tan sólo como una forma de desconcentración de competencias. Su evolución e implantación se expone en: F.J. VILLAR ROJAS, «De la integración a la separación de funciones del Sistema Sanitario: objetivos, modalidades y balance», *Revista Derecho y Salud*, número extraordinario 2008, pp. 95-110.

²³ En cuanto a nuevas formas de gestión, casi todas las Comunidades Autónomas han empleado alguna fórmula distinta de la gestión directa tradicional. Sobre estos cambios, A. MENÉNDEZ REXACH, «Formas jurídicas de gestión de los servicios sanitarios», en *La organización de los servicios públicos sanitarios*, ob. cit., pp. 71-96. Ampliamente, M. DOMÍNGUEZ MARTÍN, *Formas de gestión de la sanidad pública en España*, La Ley, Madrid, 2006, 549 pp., en particular sobre las iniciativas autonómicas, pp. 279-441.

lidades, es una de las medidas que se consideran esenciales para superar las ineficiencias del sistema sanitario público ²⁴.

Las entidades a transformar son las denominadas «*Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social*». Se caracterizan por las siguientes notas ²⁵:

— Son establecimientos públicos, no personificados, sujetos a normas administrativas.

— Prestan asistencia sanitaria a un cupo de pacientes asignados reglamentariamente —cartillas—.

— Su personal se rige por normas públicas: el llamado «personal estatutario» ²⁶.

— Gestionan medios, instalaciones y equipamientos de titularidad pública, que forman parte del patrimonio único de la Seguridad Social.

— Se financian con recursos públicos presupuestarios.

— Funcionan bajo el principio de caja única de la entidad gestora.

— Dependen de la entidad gestora correspondiente (INSALUD o Servicio Autónomo de Salud).

— En el caso de los hospitales, este régimen público es compatible con el reconocimiento de capacidad para contratar con terceros, intervenir en la selección del personal y gestionar sus partidas presupuestarias, si bien sujetos a determinados controles y limitaciones. En el supuesto de los ambulatorios y centros de salud, estas competencias se encuentran centralizadas en la entidad gestora de la que dependen.

²⁴ Se vuelve a confirmar el aserto según el cual la historia de la sanidad española es la historia de la organización. Desde la Ley de Bases de Sanidad Nacional (1944) hasta que la Ley General de Sanidad (1986) declara lo organizativo elemento esencial de lo básico. Véase, L. MORELL OCAÑA, «La evolución y configuración actual de la actividad administrativa sanitaria», *Revista de Administración Pública*, n.º 63, 1970, pp. 161 y 162.

²⁵ Su regulación particular se contiene en el RD 521/1987, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre estructura, organización y funcionamiento de los hospitales gestionados por el Instituto Nacional de la Salud, el RD 137/1984, de 11 de enero, sobre estructuras básicas de Salud, y, en lo que continúa vigente, por la Orden de 7 de julio de 1972 por la que se aprueba el Reglamento General para el régimen, gobierno y servicio de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social.

²⁶ El artículo 45 del Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social de 1966 (luego 1974) daba cobertura a los Estatutos jurídicos del Personal Médico (1966), del Personal No Sanitario (1971) y del Personal Sanitario No Facultativo (1973) de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social. Toda esta normativa fue reemplazada por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto-Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud.

De acuerdo con las notas destacadas, las entidades sanitarias de las que se habla merecen la calificación de modo de gestión directa no personificada, si bien diferenciada con órgano especial de administración en los hospitales, e indiferenciada en los centros de salud y ambulatorios. Frente a este régimen jurídico-público, el cambio que se propone es radical:

— Personificación de los centros sanitarios públicos.

— Autonomía para contratar suministradores y para elegir personal; también para ofertar servicios sanitarios a los compradores —que serán los servicios autonómicos de salud a través de las áreas de salud—.

— Gestión del propio patrimonio, pudiendo contar con capacidad de endeudamiento.

— Caja y tesorería propias para percibir ingresos y hacer pagos a terceros.

— Flexibilidad presupuestaria.

— Establecimiento de un régimen de contabilidad —hasta entonces inexistente—.

Todo ello en régimen de derecho privado. Este es el modelo teórico ²⁷.

Se trata de funcionar con la libertad, la flexibilidad y la autonomía de una empresa privada de servicios sanitarios. Este entendimiento explica que las propuestas iniciales se decantasen por la conversión en sociedades estatales; una categoría genérica que incluía, de modo impreciso, tanto las sociedades mercantiles de capital íntegramente público, como las entidades de derecho público que se someten al ordenamiento privado ²⁸. En uno y otro caso, la condición empresarial o mercantil es patente.

Lo cierto es que, desde sus primeros pasos, el debate sobre la necesidad de reordenar la sanidad pública estuvo acompañado de acusaciones recurrentes de privatización y de mercantilización de la necesidad sanitaria de los ciuda-

²⁷ No deja de ser sorprendente que se persiga lo mismo que se quería para los hospitales y centros sanitarios locales treinta años antes. Entonces se criticaba la gestión por las Corporaciones locales de sus servicios benéficos-sanitarios con formas no personificadas con estos argumentos: «*Las fallas más importantes son, entre otras, las siguientes: en general, la falta de agilidad en la gestión jurídico-administrativa, la inexistencia de un patrimonio propio y específico, la no afectación de ingresos a un destino determinado, la rigidez presupuestaria de ingresos y pagos (en parte debida a la carencia de personalidad jurídica), la dificultad de llevar una verdadera contabilidad de costos de cada uno de los establecimientos...*» La solución era ya entonces la personificación. J. ORTIZ DÍAZ, *La desconcentración territorial en la Administración Local*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1972, pp. 53-58.

²⁸ Artículo 6 del derogado Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria de 1977.

danos. El debate parlamentario de la Ley 15/1997 de habilitación de nuevas formas de gestión lo ejemplifica²⁹, así como el político y mediático³⁰.

Vuelven a aparecer viejos argumentos: el lucro mercantil choca con la protección de la salud, con el empleo de todos los medios que sean necesarios para lograr su recuperación o mantenimiento con independencia de su coste y de la capacidad económica del paciente. La misma idea que recogía la legislación tradicional. En concreto, la exposición de motivos de la Ley de Bases de la Seguridad Social (1963) decía lo siguiente: «Una de las causas que explica más satisfactoriamente, no solo la gestión pública de la Seguridad Social, sino también la pervivencia y esplendor a través de los siglos del fenómeno de aseguramiento mutualista, incluso dentro de esquemas de Seguros Sociales obligatorios, es la inexistencia de ánimo de lucro como móvil de su actuación». Esta idea llevó a una medida concluyente: «la prohibición terminante de actuar en el terreno de la Seguridad Social, obteniendo o buscando un lucro mercantil». Todo esto se tradujo en la base 1.^a1.º que dispuso lo siguiente «La ordenación de la Seguridad Social quedará articulada sobre una conjunta consideración de las contingencias y situaciones objeto de cobertura y en ningún caso podrá servir de fundamento a operaciones de lucro mercantil». Lo repitió el artículo 3.4 del Texto Articulado de la Ley General de Seguridad Social (1966). Por tanto, rechazo a «hacer negocio con la salud», de modo más general, «hacer dinero con la seguridad social». El entendimiento parece el mismo entonces y ahora.

Esta crítica, aun poco fundada porque ni se reducen las prestaciones, ni se limita el acceso, ni siquiera se incrementa la financiación por los usuarios, sin embargo, condiciona la forma de gestión a la que transformar los centros sanitarios públicos, en particular los hospitales. Para evitar estas acusaciones es precisa una entidad que cuente con personalidad jurídica propia, que pueda tener patrimonio propio y que actúe con autonomía, preferiblemente de acuerdo con normas privadas, pero que carezca de ánimo de lucro. Esta última es la clave: que no sea una empresa.

²⁹ Véase Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (VI legislatura, 1996, 31, pp. 1297-1312).

³⁰ La prensa reflejó esa polémica, entre otros: J. M. ROMAY BECCARÍA, «Fundaciones sanitarias: un consenso ya alcanzado» (*El País*, 8 de diciembre de 1998, p. 28); G. ARIÑO ORTIZ, «Fundaciones sanitarias: mucho ruido y pocas nueces» (*Expansión*, 15 de diciembre de 1998, p. 63), «Salud pública, negocio privado» (*Cambio 16*, 18 de diciembre de 1998, pp. 12-16, 26-29), «Hacia el hospital barato» (*El Siglo*, 21 de diciembre de 1998, pp. 12-15); F. HERNÁNDEZ, «El Estado facilitador», y M. SÁNCHEZ BAYLE, «Garantía de equidad y calidad» (*El País*, 10 de enero de 1999, p. 15); A. NÚÑEZ FEIJOO, «Los verdaderos privatizadores» (*El País*, 12 de julio de 1999, p. 33); J. L. GARCÍA DE ARBOLEYA TOMERO, «La verdadera privatización de la sanidad» (*El País*, 19 de julio de 1999, p. 24).

A tenor de esa premisa, las formas de gestión inicialmente propuestas deben ser descartadas:

— Las entidades públicas empresariales cumplen buena parte de los requerimientos planteados, pero no todos. El calificativo «empresarial» parece llevar hacia lo mercantil y, además, como regla general perciben tarifas por los servicios que prestan y nadie piensa en cobrar a los pacientes ³¹.

— Las sociedades mercantiles públicas quedan apartadas por su condición empresarial y, por tanto, por ser susceptibles de privatización —mediante la venta de acciones—. Quizás también por el ánimo de lucro que, en teoría, las caracteriza; aunque es sabido que, más allá del disfraz mercantil, estas entidades también tienen como guía de su actuación el interés general —algo que se refleja en la regla general de equilibrio entre ingresos y gastos, sin que la generación de beneficios sea esencial— ³².

Pues bien, relegadas esas dos modalidades, la solución se encuentra en las fundaciones privadas.

En apariencia, esta clase de persona jurídica cumple todos los requisitos: personalidad jurídica propia, régimen jurídico privado que asegura su autonomía de gestión y, lo más importante, carecer de ánimo de lucro. Además, la posibilidad legal de que sean constituidas por entidades públicas lo favorece (el citado art. 6.4 de la Ley 30/1994). Otra cosa es que esta decisión fuera jurídicamente viable y, lo que es más importante, que sirviera para conseguir el objetivo de mejora de la eficiencia del servicio público ³³. Las críticas y los cambios normativos posteriores evidencian lo contrario ³⁴.

³¹ Sobre las entidades públicas empresariales, los trabajos de E. MONTROYA MARTÍN, *Las entidades públicas empresariales en el ámbito local*, Iustel, Madrid, 2006, y, con anterioridad, *Las empresas públicas sometidas al Derecho Privado*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

³² Sobre las sociedades públicas, E. GARCÍA RUIZ, *La nueva sociedad anónima pública*, Marcial Pons, Madrid, 2006, 302 pp., y J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, «Patrimonio público empresarial», en *Derecho de los bienes públicos*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1139-1166.

³³ La creación de fundaciones por la Administración para prestar servicios sanitarios y sociosanitarios públicos ha dado lugar a una bibliografía específica que sirve de referencia a las páginas que siguen. Los trabajos de J. L. PIÑAR MAÑAS, «Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 97, 1998, pp. 37-63, y «Las fundaciones sanitarias. De la perplejidad a la confusión, pasando por la demagogia», *ob. cit.*, pp. 73-99; M. VAQUER CABALLERÍA, *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública (la reforma de los servicios sanitarios públicos)*, *ob. cit.*, *passim*, y «Las fundaciones como forma de gestión directa de los servicios sanitarios: las enseñanzas de una experiencia truncada», en *La organización de los servicios públicos sanitarios*, *ob. cit.*, pp. 217-237; J. L. BERMEJO LATRE y O. MIR PUIGPELAT, «Algunas notas sobre las primeras experiencias en la fundaciones de iniciativa pública», *REDA*, n.º 104, 1999, pp. 575-593; M. A. CABRA DE LUNA, «La regulación y funcionamiento de las fundaciones. Las fundaciones de titularidad pública. Especial referencia a las fundacio-

(Nota 34 en pág. sig.)

II. Las fundaciones privadas sanitarias de la Administración: tensiones y contradicciones

1. *La iniciativa: la constitución de fundaciones hospitalarias*

La iniciativa pública de constituir fundaciones bien para realizar actividades sanitarias complementarias, bien para la prestación directa de servicios asistenciales³⁵, comienza en el ámbito autonómico. Así, en Cataluña se constituyen fundaciones privadas para la promoción, realización y difusión de la investigación médica realizada en determinados hospitales; y ello pese a que la legislación de fundaciones de esa Comunidad limitaba la capacidad de fundar a las personas naturales o jurídicas privadas (art. 1 de la Ley 1/1982, de 3 de marzo, de Fundaciones Privadas). Es el caso de la «*Fundación Augusto Pi y Suñer*», que se constituyó como fundación privada de la Ciudad sanitaria de Bellvitge (1991), abriendo las puertas a otras tantas con el mismo objeto. Por su parte, en Galicia se constituye la «*Fundación Hospital de Verín*» (1993), que tiene por objeto la gestión de ese centro sanitario y su ámbito de influencia, la «*Fundación Centro de Transfusión de Galicia*» (1993), responsable del servicio público de hemodonación y hemoterapia, y la «*Fundación Instituto Gallego de Oftalmología*» (1994), todas ellas con apoyo en el artículo 2 de la Ley 7/1983, de 22 de junio, de Régimen de Fundaciones de Interés Gallego. Se trata de iniciativas anteriores a la aprobación de la Ley estatal 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones e Incentivos Fiscales a la Participación en Actividades de Interés General.

nes públicas sanitarias», *Revista Española de Control Externo*, n.º 8, 2001, pp. 29-94; J. SOCIAS CAMACHO, *Fundaciones del sector público (en especial en el ámbito sanitario)*, Iustel, Madrid, 2006, 190 pp.; y DOMÍNGUEZ MARTÍN, *Formas de gestión de la sanidad pública en España*, ob. cit., pp. 154-172.

³⁴ La iniciativa de la Administración pública de constituir fundaciones ha dado lugar a un buen número de expresiones. Así, entre otras, «fundaciones administrativas» —J. L. PIÑAR MAÑAS, 1998—; «fundación en mano pública» —M. VAQUER CABALLERÍA, 1999—; «fundación del sector público» —J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, 2000, que la Ley 50/2002 utiliza como sector público estatal, también la emplea J. SOCIAS CAMACHO, 2006—; «Fundación de la Administración Pública» —M. T. CARBALLEIRA RIVERA, 2005—. En estas páginas se utiliza la expresión: «fundación privada de la Administración Pública», para hacer referencia a las creadas al amparo de la legislación general de fundaciones y «fundación pública sanitaria», para aludir a los organismos públicos creados con ese nombre —art. 111 de la Ley 50/1998, de los que se habla más adelante—.

³⁵ Es un lugar común considerar que el ámbito propio de las fundaciones sanitarias y sociales son las actividades auxiliares y complementarias de los respectivos servicios públicos, no la prestación de los mismos. Así, VAQUER CABALLERÍA, ob. cit., p. 73; MENÉNDEZ REXACH, ob. cit., p. 92, y SOCIAS CAMACHO, ob. cit., pp. 93-97.

Con esos precedentes, tal y como se avanzó, el RD-Ley 10/1996 abrió las puertas a la generalización de la fundación como modalidad de gestión de servicios sanitarios y sociosanitarios. Inmediatamente después de su aprobación, el Gobierno autorizó la constitución de la «*Fundación Hospital Alcorcón*» y la «*Fundación Hospital Manacor*» (enero de 1997), para la gestión y administración de esos dos nuevos hospitales de la red pública del INSALUD ³⁶.

A continuación, ya en vigor la Ley 15/1997, esta modalidad de gestión recibió un nuevo impulso. En Galicia se procedió a constituir la «*Fundación Hospital da Barbanza*» (1997), la «*Fundación Hospital Virxe da Xunquera*» (1997), la «*Fundación Hospital Comarcal do Salnés*» (1999) y la «*Fundación Urgencias Sanitarias de Galicia-061*» (1999). A su vez, tras la aprobación del RD 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión, que vino a desarrollar la Ley 15/1997, el INSALUD procedió a crear la «*Fundación Hospital Calahorra*», en La Rioja (2000) y la «*Fundación Hospital Son Llatzer*», en Baleares (2001) ³⁷. En todos los casos, la iniciativa se sustenta en la combinación de la Ley 15/1997, de habilitación de nuevas formas de gestión, con la Ley 30/1994, de Fundaciones.

Ahora bien, desde el primer momento, las tensiones y las contradicciones del régimen jurídico propio de estas fundaciones sanitarias con la legislación privada reguladora de esa institución y con la normativa del servicio público sanitario fueron patentes. A los efectos de su exposición, se toma como referencia la constitución y los estatutos de las Fundaciones Hospital Alcorcón y Hospital de Manacor, que son idénticos.

³⁶ Por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de noviembre de 1996, se autorizó al INSALUD a constituir determinadas fundaciones al amparo de la disposición final única del RD-Ley 10/1996, de 17 de junio, y se aprobaron los Estatutos de la *Fundación Hospital Manacor* y de la *Fundación Hospital Alcorcón* (BOE núm. 32, de 6 de febrero de 1997). En uno y otro caso, se trata de hospitales generales medianos: el Hospital de Manacor cuenta con 192 camas, con un presupuesto, en 2009, de 66 millones de euros; el Hospital de Alcorcón dispone de 364 camas, con un presupuesto, en 2009, de 130 millones de euros.

³⁷ Por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 7 de abril de 2000, se autorizó al INSALUD a constituir la *Fundación Hospital Calahorra* y se aprobaron sus Estatutos (BOE núm. 100, de 26 de abril de 2000). Igualmente, por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 8 de junio de 2001, se autorizó al INSALUD a constituir la *Fundación Hospital Son Llatzer* y se aprobaron sus Estatutos (BOE núm. 149, de 22 de junio de 2001). Esta regulación incorpora las previsiones sobre organización hospitalaria del RD 29/2000 sobre nuevas formas de gestión. Nuevamente, se trata de centros hospitalarios medianos: el Hospital Calahorra cuenta con 83 camas y 35 millones de euros de presupuesto, mientras el Hospital de Son Llatzer tiene 326 camas y un presupuesto de 116 millones de euros para 2010.

2. *Tensión con el derecho privado de fundaciones*

La constitución de esas fundaciones trae causa del artículo 6.4 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones (que se corresponde con el art. 8.4 de la Ley 50/2002). Con el carácter de norma básica, ese precepto autoriza la *constitución* de fundaciones a las personas jurídico-públicas, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario; previsión esta última que no aparece en las leyes de ordenación sanitaria, ni estatales ni autonómicas.

Con base en esa previsión legal y con la referencia de la creación de sociedades mercantiles públicas, el Gobierno autorizó al INSALUD para constituir esas fundaciones³⁸. Ninguna duda o reparo suscitó esa decisión. En ningún momento se tomaron en cuenta los argumentos contrarios tanto a que las Administraciones pudieran ejercer un derecho constitucionalmente reconocido a los particulares (art. 34 CE), como, aun admitiendo lo anterior, los que discuten una capacidad genérica de fundación con independencia de las competencias³⁹. En parte, esa omisión trae causa de la cobertura otorgada por el RD-Ley 10/1996 y por la Ley 15/1997, que vendrían a operar como la norma que concretaba esa capacidad genérica a favor de las Administraciones Públicas. En todo caso, esta iniciativa de constituir fundaciones para gestionar hospitales participa de la polémica que rodea a las fundaciones privadas de iniciativa pública a las que se acusa de desnaturalizar esta institución jurídica privada⁴⁰.

³⁸ El RD 29/2000 formalizó el procedimiento que se había seguido para la creación de las Fundaciones de los Hospitales Alcorcón y Manacor: autorización previa del Consejo de Ministros para que el INSALUD pueda constituir fundaciones hospitalarias (art. 40).

³⁹ Excede del ámbito de este trabajo abordar el debate sobre la capacidad o no de las Administraciones para constituir fundaciones. Un excelente resumen de las distintas posiciones en P. MENÉNDEZ GARCÍA, «Las fundaciones y las sociedades públicas», en T. CANO CAMPOS (coord.), *La organización de las Administraciones Públicas*, tomo II de la obra *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 288-296. También, M. CARBALLEIRA RIVERA, *Fundaciones y Administración Pública*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 60-70, y J. C. ALLÍ TURRILLAS, *Fundaciones y Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2010, 409-466. En relación con las fundaciones sanitarias, la explicación de SOCIAS CAMACHO, *Fundaciones del sector público*, ob. cit., pp. 56-68 y 117-123.

⁴⁰ Véase, AA.VV., *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Escuela Libre Editorial y Marcial Pons, Madrid, 1995, vol. I, p. 50. También, PIÑAR MAÑAS, «Fundaciones constituidas por entidades públicas...», ob. cit., p. 46; F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, Thomson-Civitas, 6.ª ed, 2006, pp. 123-124. Recientemente, muy crítico, ALLÍ TURRILLAS, ob. cit., p. 456. Una valoración favorable, aunque apuntando la necesidad de ajustes y desarrollos normativos: E. MALARET GARCÍA y M. MARSAL FERRET, *Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción*, Fundación Carles Pi y Suñer, Barcelona, 2005, 145 pp.

La regulación de las fundaciones que se estudian tampoco resulta pacífica en relación con los elementos esenciales de cualquier fundación: la persecución de un fin de interés general y la disposición de un patrimonio afecto al mismo (art. 1.1 de la Ley 30/1994 y art. 2.1 de la Ley 50/2002).

Cualquiera de las fundaciones mencionadas es una organización sin ánimo de lucro que, por voluntad de una Administración sanitaria, tienen afectado su patrimonio a la satisfacción de un fin de interés sanitario general, ya sea la gestión y provisión de servicios, ya sea la promoción y la prevención, ya sea la docencia y la investigación ⁴¹. Es cierto que, entre los *finés de interés general* que pueden perseguir las fundaciones, se mencionan de modo expreso los «sanitarios», también los de «asistencia social» (art. 2.1 de la Ley 30/1994 y art. 3 de la Ley 50/2002). Sin embargo, no deja de resultar paradójico que una actividad de servicio público como la sanidad o los servicios sociales, esto es, de competencia y responsabilidad administrativa, precise encontrar su fundamento en una cláusula genérica de fines de interés general que pueden perseguir los particulares.

El otro elemento esencial es la *afectación de un patrimonio* a la consecución de esos fines sanitarios que son de interés general. La legislación de fundaciones se refiere a un patrimonio dotacional «adecuado y suficiente» para el cumplimiento de sus fines distinto del patrimonio ordinario (art. 10.1 de la Ley 30/1994 y art. 12 de la Ley 50/2002). La dotación es pieza clave de esta institución. No vale cualquier patrimonio fundacional. Es preciso que sea adecuado y suficiente para la consecución de los fines que deben ser atendidos; de otra manera el negocio jurídico fundacional podría estar incurso en nulidad.

En el caso de las fundaciones sanitarias, la dotación inicial se limita al mínimo exigible ⁴². Es posible que se pensara que los bienes que conforman la infraestructura de esos hospitales podrían cumplir esa función esencial. Sin embargo, esa consideración pugna con la imposibilidad legal de que una organización, que no sea Administración Pública, sea titular de bienes de dominio público, y, además, con la prohibición de desmembrar el patrimonio único de la Seguridad Social, en el que aquellos se integran. Esta doble restricción explica que los estatutos se limiten a regular el régimen de cesión de los bienes

⁴¹ Esos fines en los artículos 1 y 6 de los Estatutos de la Fundación Hospital Manacor y de los propios de la Fundación Hospital Alcorcón (desde ahora Estatutos).

⁴² Se desconoce la dotación inicial de las fundaciones que se estudian, de la que no se dio publicidad. Pero la afirmación se confirma en otros casos: la Fundación Andaluza de Servicios Sociales fue constituida con 18.000 euros de dotación inicial (año 2001); sin embargo, maneja un presupuesto público superior a 332 millones de euros para 2010.

afectos a los servicios que se gestionan, sujetando su enajenación o baja a la previa autorización del Instituto Nacional de la Salud, y en general a la legislación sobre el patrimonio de la Seguridad Social⁴³. La consecuencia es que aquella dotación no es ni adecuada ni suficiente para cumplir sus fines y para responder de las obligaciones que contraiga de acuerdo con las exigencias de la legislación de fundaciones.

Otro elemento clave es la *personalidad y autonomía propia* de estas personas jurídicas, que deben contar con una organización para el adecuado manejo del patrimonio al servicio de aquellos fines (arts. 1.1 —organización— y 3 —personalidad— de la Ley 30/1994, arts. 2 y 4 de la Ley 50/2002). Esta entidad propia explica una regla típica del régimen de las fundaciones: la separación radical entre el fundador y la fundación, una vez que ésta queda constituida. Lo cierto es que, nuevamente, en el supuesto de las fundaciones hospitalarias, esa condición se diluye pese a lo que se dice en sus estatutos⁴⁴.

El levantamiento del velo de la personalidad permite descubrir la identidad personal entre el fundador, los patronos y las autoridades sanitarias que ejercen el protectorado, o, en el mejor de los casos, la dependencia de unos con respecto a los otros —el INSALUD es el fundador, sus cargos directivos los patronos, el protectorado lo ejerce el Ministerio de Sanidad que nombra a los anteriores—⁴⁵. La sujeción a la planificación sanitaria, así como los criterios y directrices que emanen de la Administración sanitaria competente lo ratifica⁴⁶. No hay separación real.

El control público económico y financiero confirma cuanto se dice. La condición pública de los recursos empleados se impone. Tan es así que, aun cuando la legislación de fundaciones se remite a la normativa mercantil, en materia de presupuestos, de gestión económica (operaciones de crédito e inversiones), de régimen contable y de control financiero (arts. 22 a 24 de la Ley 30/1994 y 24 a 26 de la Ley 50/2002), los estatutos de esas fundaciones establecen cautelas públicas, análogas a las que, en ese momento, gravan a las sociedades estatales de carácter mercantil⁴⁷.

⁴³ Artículo 17 de los Estatutos.

⁴⁴ Artículos 1 y 4 de los Estatutos.

⁴⁵ El Patronato, órgano de gobierno de las fundaciones, es presidido por el Director Ejecutivo del INSALUD quien, a su vez, tiene libertad para nombrar un máximo de seis vocales (arts. 9 a 16 de los Estatutos). El Protectorado recae en el Ministerio de Sanidad (art. 8).

⁴⁶ Artículo 5, segundo párrafo, de los Estatutos.

⁴⁷ Así, artículos 18.2 (presupuesto anual de ingresos y gastos se integra en presupuestos generales del Estado), 19.1 (régimen de contabilidad pública) y 19.2 (régimen de control financiero de la Ley General Presupuestaria) de los Estatutos.

En suma, la idea de personalidad jurídica autónoma se difumina y, con ella, una de las piezas claves del régimen jurídico de las fundaciones privadas.

Por otra parte, la exigencia legal de separación y autonomía pugna con la idea de un cambio de «titular». Nadie lo es en una fundación privada. Sin embargo, los estatutos de estas fundaciones incorporan la previsión de su transferencia a las Comunidades Autónomas correspondientes con ocasión del traspaso de bienes y servicios del INSALUD ⁴⁸. Esta previsión confirma la condición instrumental de esta fórmula de gestión. En todo caso, la contradicción con la legislación de fundaciones es patente.

3. *Tensión con el derecho público de fundaciones*

Como es sabido, el régimen jurídico de las fundaciones no es privado en su totalidad. En la medida que se trata de un patrimonio afecto a un fin de interés general, el respeto de la voluntad del fundador y con ello la realización de actividades que sirvan a ese fin justifican la intervención y el control público sobre su funcionamiento (así se explica en STC 341/2005, FJ 4.º).

El legislador regula esa intervención pública con minuciosidad. Se trata de una función que, tradicionalmente, se ha encomendado al *Protectorado*, que, también de ordinario, corresponde al Ministerio de Justicia u órgano equivalente en el ámbito autonómico (arts. 32 a 34 de la Ley 30/1994 y arts. 34 y 35 de la Ley 50/2002, y concordantes).

Pues bien, los estatutos de las fundaciones sanitarias estatales se separan de este régimen jurídico en cuanto que la función de protectorado se atribuye al Ministerio de Sanidad (disposición adicional primera del RD 316/1996, de 23 de febrero) ⁴⁹. Con esta decisión se diluye el mandato de separación entre Protectorado y Fundación, entre regulador y regulado, que impone la legislación como garantía del adecuado control de las actividades fundacionales.

Por otra parte, la rigidez que caracteriza a los *finés fundacionales y su protección* cuya tutela es una de las tareas encomendadas a la Administración desaparece en el régimen de las fundaciones que se estudian [arts. 32.2.b) de la Ley 30/1994 y 35.1.e) de la Ley 50/2002].

⁴⁸ Artículo 1.3 de los Estatutos estudiados. La confirmación en el RD 1478/2001, de 27 de diciembre, de traspaso a Baleares de las funciones y servicios del INSALUD y en el RD 1479/2001, de igual traspaso a la Comunidad de Madrid.

⁴⁹ Así lo dispone el apartado cuarto del Acuerdo del Consejo de Ministros que autorizó la constitución de las Fundaciones Hospitales de Manacor y Alcorcón y el artículo 8 de sus respectivos Estatutos.

La absoluta identidad entre los fines fundacionales y las competencias del fundador, el INSALUD, determina que esas fundaciones se sujeten a los criterios de planificación y coordinación y las directrices de carácter general que dicten las autoridades sanitarias en el ámbito de sus respectivas competencias⁵⁰. De este modo, los fines fundacionales no son ya los manifestados en el acto fundacional, ni tampoco su interpretación corresponde exclusivamente al Patronato, bajo la supervisión del Protectorado —como pasa con cualquier fundación privada—. Por el contrario, la Administración fundadora conserva la facultad de reinterpretar aquella voluntad; y no ya con disposiciones normativas, sino incluso con criterios y directrices carentes de eficacia jurídica, que —como es sabido— sólo la tienen cuando responden al principio de jerarquía —un vínculo en teoría inexistente entre el protectorado, el fundador y la fundación, pero que existe en la modalidad que se estudia—.

4. *Tensión con el derecho público, en particular de la gestión sanitaria*

El tercer bloque del estatuto jurídico de estas fundaciones lo forman un conjunto de normas que se explican en el carácter de servicio público de los fines que se les encomiendan, que quiebran cualquier analogía entre estas fundaciones sanitarias y las diseñadas por la Ley 30/1994 (luego por la Ley 50/2002).

Con carácter general, los estatutos remiten a la legislación vigente y a las Administraciones competentes la determinación y *alcance de las prestaciones sanitarias* en que se concrete la actividad de la fundación⁵¹. Se trata de una remisión que supone trasladar la decisión de precisar los fines de interés general que debe perseguir la fundación a un tercero —la Administración sanitaria— distinto del Patronato y del Protectorado. Es claro que esta decisión es la razonable, puesto que estas entidades son instrumentos al servicio de la prestación sanitaria pública. Pero la discordancia con el régimen general de las fundaciones queda de manifiesto.

La otra contradicción se produce en relación con los *beneficiarios*. La legislación de fundaciones exige que la fundación se dirija a un colectivo genérico de personas (art. 2.2 de la Ley 30/1994 y art. 3.2 a 4 de la Ley 50/2002). Los estatutos de las fundaciones hospitalarias formulan declaraciones generales para dar cumplimiento a esta exigencia legal⁵². Pero lo cierto es que esas previsiones no se sostienen.

⁵⁰ Artículo 5 de los Estatutos.

⁵¹ Esa remisión en el artículo 7 de los Estatutos.

⁵² Artículo 7, párrafo primero, de los Estatutos.

Las fundaciones hospitalarias de las que se habla cumplen la función que la legislación sanitaria encomienda a los hospitales en la organización sanitaria: atender las necesidades de atención especializada en el área de salud que le corresponda. Esto significa que cada uno de esos establecimientos viene obligado a atender la demanda asistencial del grupo de usuarios —antes, beneficiarios de la seguridad social— que legal y reglamentariamente le sean asignados. Con independencia de la obligación de atender las urgencias vitales, que recae sobre cualquier centro sanitario sea público o sea privado, lo cierto es que estas fundaciones no se dirigen a un colectivo genérico o indeterminado de personas, sino a uno determinado o, cuando menos, determinable —con la correspondiente tarjeta sanitaria— que viene establecido por las normas que ordenan este servicio público. Poco tiene que ver este régimen con la idea que subyace en la legislación de fundaciones.

La contrariedad es aun más notoria en cuanto al estatuto de los beneficiarios de una actividad fundacional y el que corresponde a los usuarios del servicio sanitario. Aquéllos no tienen un derecho a las prestaciones, menos aún a su mantenimiento en unas condiciones determinadas. Se ha explicado que se trata de una posición jurídica equivalente a la del donatario. Por el contrario, el usuario del servicio público tiene derecho a las prestaciones sanitarias y dispone de garantías sobre el modo de recibirlas y de exigir las que en nada se parecen a aquella situación. Tampoco podría asimilarse habida cuenta de la posición reglamentaria del usuario con independencia de la forma de gestión del servicio a que tiene derecho.

El enésimo desajuste se produce en relación con la normativa que rige las relaciones externas de estas fundaciones.

La naturaleza privada de las fundaciones determina que sus *relaciones con terceros se someten al derecho privado*: en la contratación de bienes y servicios se someten al derecho civil y mercantil, en la contratación de personal se sujetan al Derecho Laboral; igualmente, la gestión de su patrimonio es privada, sin perjuicio de la tutela que ejerce el Protectorado. La legislación no deja lugar a dudas (cfr. art. 1.2 de la Ley 30/1994 y 2.2 de la Ley 50/2002).

Ese es el régimen jurídico aplicado a las fundaciones hospitalarias que se estudian⁵³. Sin embargo, nuevamente, las incompatibilidades son patentes. Es inevitable preguntarse: ¿el disfraz de «fundación» de un establecimiento sanitario público determina su sujeción sin más al derecho privado? ¿En qué aspec-

⁵³ En este sentido, los artículos 3 (régimen normativo), 18 (recursos económicos), 18.4 (contratación en régimen de derecho privado) y 20 (personal en régimen laboral) de los Estatutos.

to sustancial se diferencia de cualquier otro hospital público no personificado? ¿Ese ropaje le da libertad para tomar decisiones de gestión, ofrecer servicios en régimen de libre competencia u obtener financiación privada por los servicios que presta?

La respuesta es clara. La competencia administrativa, el control público, la financiación presupuestaria y la obligada atención a los usuarios del servicio público, evidencian que se trata del mismo poder público responsable de atender esas prestaciones. Siendo así, dispongan lo que dispongan los respectivos estatutos, es contrario a esa condición que la actividad contractual se produzca al margen de los principios de objetividad, concurrencia y publicidad; que la selección de personal pueda serlo con independencia de los valores de igualdad, mérito y capacidad; que la gestión del patrimonio desconozca los principios de buena administración, o que el manejo de fondos públicos —subvenciones— lo sea por cauces ajenos a la publicidad, la concurrencia y la obligación de justificación. La normativa posterior irá reconduciendo estas disposiciones.

5. *La condición pública distorsiona el régimen de las fundaciones*

El conjunto de excepciones a la legislación de fundaciones que contienen los estatutos de las fundaciones hospitalarias ⁵⁴ obliga a preguntarse si realmente esas fundaciones merecen esa calificación y, de serlo, cómo se explica la derogación singular por acto administrativo —acuerdo del Gobierno— de la Ley que las regula ⁵⁵.

Estas fundaciones sanitarias no son fundaciones privadas. Si lo fueran, tanto su constitución como sus estatutos estarían incurso en causa de nulidad por infracción del principio de reserva de ley material. En ningún caso un acuerdo del Gobierno puede desplazar, inaplicar o derogar singularmente una ley básica estatal. Del contenido de sus estatutos, como también del acto de constitu-

⁵⁴ Los Estatutos de las Fundaciones Hospital Calahorra (2000) y Hospital Son Llatzer (2001), siguen la senda trazada por los que han sido analizados (Hospital Manacor y Hospital Alcorcón). La diferencia es que, constituidos con posterioridad a la aprobación del RD 29/2000, de habilitación de nuevas formas de gestión, esas normas incorporan la estructura hospitalaria que aquel reglamento establece. Así, en el caso del Hospital de Calahorra, los órganos de dirección (arts. 16 a 19), la comisión de participación y garantías de los ciudadanos (arts. 20 a 22), la junta asistencial y sus comisiones (arts. 23 a 27). Además, esos estatutos refuerzan la dependencia de la Administración sanitaria, la sujeción a la planificación sanitaria y establecen el control del INSALUD con independencia de las tareas del Protectorado (arts. 34 a 38).

⁵⁵ En este sentido, muy crítico, PIÑAR MAÑAS, «Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones», ob. cit., pp. 56-61.

ción, lo que resulta es una relación de dependencia con la Administración sanitaria, más próxima a un organismo público, incluso a una sociedad estatal, que a una fundación privada ⁵⁶.

Considerados en su conjunto, de los estatutos de las fundaciones sanitarias resulta la misma relación de instrumentalidad con la Administración Sanitaria que la que caracteriza a las empresas públicas sanitarias. Los fines de interés general que persiguen esas fundaciones son obligaciones prestacionales de la Administración constituyente. Los bienes que forman el patrimonio dotacional y el ordinario los aporta y controla esa entidad pública. Los miembros del Patronato son nombrados por la Administración fundadora, coincidiendo con los cargos directivos de ésta. Aquella establece sus líneas generales e interviene en sus decisiones más importantes: los actos de gravamen o disposición sobre el patrimonio. A diferencia de cualquier otra fundación, el responsable del servicio público, el Ministerio de Sanidad, asume las funciones de protectorado, quebrando la obligada separación entre el regulador y el regulado. En suma, estas instituciones se presentan como un instrumento ideado para mejorar la eficacia de un servicio del que es titular el fundador, titular también de su patrimonio.

Que no son fundaciones *stricto sensu* lo evidencia la mera proyección de los criterios de clasificación de los modos de gestión del artículo único de la Ley 15/1997. De su tenor literal resulta que las fundaciones sanitarias deberían ser un modo de gestión indirecto puesto que ni tienen naturaleza pública, ni son de titularidad pública —que lo fuera el fundador no transforma su naturaleza—. En cambio, la relación de instrumentalidad que las vincula a todos los efectos con una Administración Sanitaria impone su inclusión entre los modos directos de gestión, entre aquellos que tienen personalidad jurídica privada. La aplicación de los criterios jurisprudenciales empleados para encontrar a la Administración detrás del disfraz de entidad personificada lo confirma ⁵⁷. En

⁵⁶ De los estatutos de estas dos fundaciones resulta una mezcla del régimen propio de las sociedades estatales (por ejemplo, en su constitución y régimen económico, financiero, presupuestario y contable), del régimen de los organismos públicos (en este caso por carecer de patrimonio dotacional adecuado y suficiente, teniendo los bienes que conforman el hospital en régimen de adscripción) y de la legislación de fundaciones (lo organizativo y, por supuesto, la huida al derecho privado). Su régimen recuerda a las fundaciones públicas del servicio, reguladas en los artículos 85 a 88 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, luego transformadas en los actuales organismos autónomos locales, de los que dio cuenta F. ALBI, *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Aguilar, 1960, pp. 329-345.

⁵⁷ En el caso de una fundación privada de la Administración, esa relación de dependencia fue reconocida por el Tribunal Constitucional (ATC 206/1999, FJ 2.º). Ese tipo de relación que permite encontrar detrás del ente instrumental al poder público y, por tanto, aplicar y exigir los mandatos constitucionales que le obligan, quedó afirmado en las SSTC 35/1983

la misma Ley 15/1997 se encuentra un dato clarificador. Se define la gestión indirecta excluyendo la prestación y gestión «*con medios propios*», esto es, el caso de las fundaciones sanitarias. De hecho, la legislación posterior las considera un modo de gestión directa [cfr. art. 2.1.f) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria].

La consecuencia necesaria de lo expuesto hasta aquí no puede ser otra que la sujeción de esas fundaciones hospitalarias a los mandatos constitucionales que vinculan a los poderes públicos, así como a las normas que los desarrollan, y, a continuación, al régimen jurídico básico del servicio público, del que no pueden separarse. Y es que las fundaciones sanitarias son —fueron— otra manifestación de huida del derecho administrativo, más aun, de huida del derecho privado de las fundaciones hacia un estatuto jurídico propio plagado de excepciones. En la práctica, estas fundaciones no son sino sociedades mercantiles públicas que carecen de ánimo de lucro ⁵⁸.

III. Las fundaciones públicas sanitarias: un nuevo organismo público

1. Una formulación alternativa: el artículo 111 de la Ley 50/1998

Como alternativa a la utilización de fundaciones privadas de la Administración, el legislador diseña un nuevo organismo, de titularidad y naturaleza pública, para gestionar los centros sanitarios: las fundaciones públicas sanitarias (art. 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, ejemplo de «Ley de acompañamiento»). La explicación de esta iniciativa se resume en la justificación de la enmienda que dio lugar a ese precepto:

(FJ 3.º) y 14/1986 (FJ 8.º). No hay nada diferente en las fundaciones promovidas por la Administración sanitaria, por más que la idea de control o titularidad case mal con la esencia de una fundación privada como patrimonio adscrito a un fin de interés general. Pero, aun así, lo público se impone y condiciona todo el régimen jurídico.

⁵⁸ No se desconoce que, tras estas contradicciones, subyace la distinción entre las fundaciones privadas y las fundaciones públicas, aquellas sujetas a un régimen jurídico rígido por el carácter fugaz del fundador, y éstas condicionadas por la voluntad de un fundador —la Administración pública— que permanece, vinculado por unos intereses públicos esencialmente mutables. Se trata de una distinción que, a su vez, lleva a otra de más enjundia: la que diferencia entre instituciones y corporaciones [E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 14.ª ed, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 281-321]. Pero, aun siendo así, lo que quiere destacarse es que el disfraz de fundación privada no sirve para la gestión de centros sanitarios públicos.

«La necesaria personificación de los centros sanitarios públicos obliga a la búsqueda de formas organizativas dirigidas al logro de una mayor eficiencia. Se trata de lograr la desburocratización de la gestión, la descentralización en la toma de decisiones y la autonomía de gestión.

Para el logro de estos objetivos, además de la separación de funciones de compra y provisión, es necesario alcanzar mayores cotas de responsabilidad en la dirección de los servicios sanitarios, motivar al personal, establecer una mayor flexibilidad en la gestión económica y en la de recursos humanos, de forma que parte de las retribuciones se vinculen a la obtención de resultados.

Se trata de establecer una personificación jurídico-pública adecuada y adaptada a las circunstancias de las instituciones sanitarias públicas, como instrumento de eficiencia y eficacia, detectada la necesidad de buscar este tipo de personificaciones como salvaguarda del propio sistema público sanitario.

Este artículo daría vida a las Fundaciones Públicas Sanitarias con la finalidad de dejar clara su naturaleza y vocación públicas y responder a las críticas infundadas sobre la privatización de la sanidad»⁵⁹.

Los objetivos se repiten: separación de funciones, personificación y autonomía de los centros sanitarios, eficiencia y eficacia en la gestión. La diferencia y lo que condiciona la opción legislativa es la voluntad de evitar las acusaciones de privatización de la sanidad.

Ahora bien, si se trataba de salvar esas acusaciones, ¿por qué se diseña un organismo público nuevo en lugar de acoger alguna de las modalidades de organismo público diseñadas por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado?

La memoria del que se llamó *«proyecto de ley sobre fundaciones públicas sanitarias»* (julio de 1998) relaciona los siguientes problemas a resolver:

- 1) La voluntad de transformar los 80 hospitales del INSALUD existentes, que pugnaba con la necesidad de Ley para crear cualquier organismo público.
- 2) La necesidad de asegurar la contratación conforme al derecho privado en términos análogos a las sociedades estatales.
- 3) La obligación de mantener el régimen estatutario del personal sanitario en lugar del funcional o el laboral típico de esos organismos públicos.
- 4) La necesidad de mantener la gratuidad de la asistencia para los usuarios y, por tanto, la financiación con cargo a los presupuestos públicos.

⁵⁹ Boletín Oficial de las Cortes Generales (Senado), 113, de 4 de diciembre de 1998, pp. 250 y 251.

5) La posibilidad de contar con un patrimonio propio compatible con la adscripción de bienes de la Seguridad Social.

6) La atribución a los órganos directivos del INSALUD de las facultades de aprobación de estatutos y plan inicial de actividades.

Sin duda, todos estos factores condicionaron la opción legal por un organismo público singular.

De acuerdo con el citado artículo 111 de la Ley 50/1998, las fundaciones públicas sanitarias se articulan conforme al siguiente régimen jurídico ⁶⁰:

— Son organismos públicos, por tanto con personalidad jurídica pública (números 1 y 2 de ese precepto).

— Su constitución, modificación y extinción serán aprobados por Acuerdo de Consejo de Ministros, no es precisa una Ley *ad hoc* (número 3).

— El plan inicial de actuación no será aprobado por el Ministro, sino por el Presidente del INSALUD (número 4).

— Su personal tendrá carácter estatutario, sin que ello impida la incorporación de personal funcionario o laboral (números 5 y 6).

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

— Dispondrán de bienes propios y, en régimen de adscripción, bienes de la Administración General del Estado y de la Tesorería de la Seguridad Social, objeto de administración ordinaria (número 8).

— Sus recursos económicos podrán provenir de las mismas fuentes que los de los organismos autónomos, por tanto, se admiten consignaciones en los presupuestos y transferencias corrientes y de capital (número 9).

— Su régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, de intervención y de control financiero, será el aplicable a las entidades públicas empresariales (número 10).

— El régimen jurídico de estas últimas les será de aplicación con carácter supletorio (número 11).

A tenor de los debates parlamentarios, las fundaciones públicas sanitarias se presentan como la adecuada adaptación a este ámbito de actividad pública de

⁶⁰ Sobre esta clase de organismo público, con más detalle, VAQUER CABALLERÍA, ob. cit., pp. 91-97, y SOCÍAS CAMACHO, ob. cit., pp. 177-179.

las entidades públicas empresariales. Es importante destacar que esta regulación no es norma básica; la remisión a la normativa específica de cada Comunidad Autónoma lo confirma ⁶¹.

2. *Ni fundaciones privadas, ni empresas públicas*

El régimen jurídico de las fundaciones públicas sanitarias constituye una mezcla variopinta del estatuto de los organismos autónomos, de las entidades públicas empresariales y de las sociedades mercantiles públicas.

Tomando como referencia la legislación vigente en ese momento (1998), esa regulación hace suyas las siguientes determinaciones:

— De los organismos autónomos se toma la personalidad pública (que evita acusaciones de privatización), su régimen de personal, si bien se reemplaza la condición funcional por la de estatutario (art. 47 de la Ley 6/1997) y, además, su sistema de financiación, esencialmente basado en fondos públicos presupuestarios (art. 65.1). Con esto último se supera el condicionante principal de las entidades públicas empresariales: la realización de actividades susceptibles de contraprestación (art. 53.1 en relación con el 65.2).

— De las sociedades mercantiles públicas se incorpora la creación por acuerdo del Consejo de Ministros (art. 6.3 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria de 1977) y su régimen privado de contratación sin perjuicio de los principios de publicidad y concurrencia (disposición adicional 6.ª de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas).

— De las entidades públicas empresariales se toma la remisión general al Derecho Privado en cuanto a su funcionamiento (art. 53.2 de la Ley 6/1997), su régimen financiero, contable y de control (arts. 58 y 59) y, también, la posibilidad de tener un patrimonio propio, lo que permite superar las discusiones sobre el patrimonio dotacional de las fundaciones privadas (art. 56).

Con estas referencias cabe afirmar que las fundaciones públicas sanitarias no son fundaciones (privadas) porque son organismos públicos. El nombre sólo genera confusión ⁶². A su vez, entre aquéllos, ni son organismos autóno-

⁶¹ Su régimen jurídico se completa con posterioridad por los artículos 62 a 74 y disposición adicional 5.ª del RD 29/2000 sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud.

⁶² Lo ejemplifica la STSJ Madrid (c-a), de 27 de enero de 2000 (RJCA 1265) que califica a la Fundación Hospital de Alcorcón como entidad de derecho público (*sic*), interpretando conjuntamente el RD-Ley 10/1996, la Ley 15/1997 y los Estatutos de esa Fundación con el

mos ni siquiera, pese a lo que se afirmó en el debate parlamentario, merecen la condición de entidades públicas empresariales. Se trata de una organización que sólo tiene cabida en el cajón de sastre de los organismos apátridas (quizás debió ser una disposición adicional de la Ley 6/1997 como la que se refiere a las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social). Y ello con independencia de si, realmente, esta obra de ingeniería jurídica era necesaria para conseguir los objetivos planteados.

3. *La conversión de fundaciones privadas de la Administración en fundaciones públicas sanitarias*

Aprobado el estatuto de las fundaciones públicas sanitarias (el citado art. 111 de la Ley 50/1998), su implantación efectiva quedó suspendida hasta la aprobación del RD 29/2000 de nuevas formas de gestión del INSALUD, que estableció la fórmula para la transformación de los viejos hospitales de la Seguridad Social en esa nueva organización⁶³. Mientras, como quedó dicho, el Gobierno se limitó a crear otras dos nuevas fundaciones privadas, las de los Hospitales de Calahorra (2000) y de Son Llatzer (2001).

Es preciso destacar que, en paralelo y al margen de estas iniciativas «sanitarias», el legislador «presupuestario» reaccionó de inmediato para afirmar su control sobre las mismas. Entre 1997 y la aprobación de la nueva Ley de Fundaciones (2002), se produce una sucesión de medidas legales que comparten ese objetivo. El hito más relevante es la creación de una nueva categoría: las *fundaciones estatales*⁶⁴. La consecuencia fue el establecimiento de un régimen

artículo 111 de la Ley 50/1998, que entiende no crea una figura nueva sino que complementa la anterior normativa.

⁶³ El RD 29/2000 fue objeto de recurso contencioso-administrativo fundado, básicamente, en la inconstitucionalidad de las fundaciones públicas sanitarias, del uso de una ley de «acompañamiento» para regularlas y de la «deslegalización» de su creación pese a ser organismos públicos. Fue desestimado por STS 3.ª, de 27 de enero de 2003 (Ref. Iustel: §208142).

⁶⁴ El artículo 15 de Ley 65/1997, de 30 de diciembre, limitó la competencia del INSALUD sobre el presupuesto de las fundaciones hospitalarias; el artículo 52.13 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, de modificación del artículo 123.4 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria de 1977; el artículo 43 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que volvió a modificar el artículo 123.3 del citado Texto Refundido; el artículo 16 de la Ley 54/1999, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2000, que estableció el régimen presupuestario de las entidades creadas conforme a la Ley 15/1997 en el ámbito del INSALUD; hasta llegar al artículo 44 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Este precepto introdujo una nueva categoría de entidad instrumental: las fundaciones estatales, identificadas como aquellas fundaciones en cuya dotación participe, directa o indirectamen-

presupuestario, contable y de control financiero singular, aunque parecido al de las sociedades estatales. En cualquier caso, si algo pone de manifiesto esta sucesión normativa es la necesidad de controlar un fenómeno nuevo y, también, la falta de claridad conceptual de lo que busca el legislador.

La apuesta por las fundaciones públicas sanitarias tuvo su mejor —y casi único— reflejo en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia. La disposición adicional séptima de la Ley 5/2000, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y de Régimen Presupuestario y Administrativo, ordenó la transformación de las fundaciones privadas sanitarias existentes en fundaciones de titularidad y naturaleza pública —que se denominan fundaciones públicas sanitarias—. De su régimen jurídico debe destacarse su conversión, estructura orgánica y régimen de funcionamiento por Decreto del Consejo de Gobierno, la sujeción a las previsiones de la legislación de contratos de las administraciones públicas, el régimen laboral de su personal y la sujeción a las mismas reglas que las sociedades públicas autonómicas en materia financiera, presupuestaria y de control. El proceso de transformación fue realizado por el Decreto 276/2001, de 27 de septiembre, de adaptación de las fundaciones sanitarias a la disposición adicional séptima de la Ley 5/2000. Este cambio afectó a las fundaciones: Hospital de Barbanza, Hospital Virxe da Xunqueira, Urgencias Sanitarias de Galicia 061, Centro de Transfusión de Galicia, Hospital de Verín, Instituto Galego de Oftalmología y Hospital comarcal de O Salnés ⁶⁵.

Aun cuando a grandes trazos el proceso descrito es el mismo que pretendía el RD 29/2000, lo cierto es que las fundaciones públicas sanitarias gallegas tienen un régimen diferenciado del que corresponde a las estatales. En particular, el régimen laboral de su personal frente al estatutario de las estatales, la sujeción a la normativa de contratos y la aplicación como régimen supletorio del propio de las sociedades públicas autonómicas frente al correspondiente a las entidades públicas empresariales (cfr. art. 111 de la Ley 50/1998). En lo que sí hay coincidencia es en la voluntad de abandonar las fundaciones privadas de la Administración a favor de una organización de titularidad y naturaleza pública que, como queda dicho, no es fundación.

te, la Administración General del Estado, sus organismos autónomos o las entidades del sector público estatal.

⁶⁵ Con posterioridad, pero con este mismo régimen, mediante Decreto 451/2003, de 26 de diciembre, se crea la *Fundación Pública Gallega de Medicina Genómica*.

IV. El fracaso de la fundación en la gestión sanitaria

1. *Las fundaciones públicas sanitarias: una anécdota*

Toda la articulación jurídica que se ha expuesto sirvió para bien poco. El debate sobre nuevas formas de gestión estuvo acompañado del traspaso de las funciones y servicios del INSALUD a las Comunidades Autónomas, con lo que la Administración General del Estado se quedó sin centros sanitarios que atender, con excepción de Ceuta y Melilla. En diciembre de 2001, el Gobierno aprobó todas las transferencias, siendo efectivas desde el 1 de enero de 2002⁶⁶. Siendo así, la iniciativa estatal de promover nuevas formas de gestión quedó sin sentido. La gestión sanitaria es competencia autonómica.

La mejor prueba de lo que se dice es que la Administración estatal no llegó a promover la constitución de ninguna fundación pública sanitaria. La transferencia acabó con la posibilidad de hacer efectiva la conversión prevista por la disposición adicional 5.^a del RD 29/2000. Sólo, en el último momento, el Gobierno autorizó la creación de fundaciones de investigación vinculadas a varios hospitales de la red que gestionaba el INSALUD y aprobó sus estatutos, si bien, no llegaron a constituirse de manera efectiva⁶⁷. En todo caso, se trata de fundaciones privadas de la Administración sanitaria.

La realidad es que la fundación pública sanitaria como instrumento de gestión de centros sanitarios y sociosanitarios nunca llegó a pasar de las páginas del boletín oficial; al menos en el ámbito estatal. Como se apuntó, la Comunidad Autónoma de Galicia transformó sus fundaciones sanitarias privadas en fundaciones sanitarias públicas, pero conforme a su propia legislación. Salvo error, sólo existe una fundación constituida con base en el artículo 111 de la Ley 50/1998: la «Fundación Pública Sanitaria del Hospital Comarcal de Inca» en Baleares⁶⁸. Es posible por ello afirmar que esta clase de organismo público es una anécdota entre las formas de gestión de los establecimientos sanitarios públicos.

⁶⁶ Esos trasposos fueron llevados a cabo mediante RR.DD. 1472 a 1480/2001, de 27 de diciembre (BOE núms. 311, 312 y 313, de 28, 29 y 31 de diciembre de 2001), a favor de las Comunidades de Cantabria, La Rioja, Aragón, Castilla-La Mancha, Islas Baleares, Madrid, Castilla y León, Murcia, Extremadura y Asturias.

⁶⁷ Se trata de las Fundaciones de Investigación de los Hospitales Universitarios Príncipe de Asturias, Getafe, La Princesa, Son Dureta, Puerta de Hierro, Ramón y Cajal, San Carlos y La Paz. Fueron autorizados por Acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de agosto de 2001 (Príncipe de Asturias, BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2001) y de 14 de diciembre de 2001 (los restantes, BOE núms. 13 y 16, de 15 y 18 de enero de 2002).

⁶⁸ Acuerdo del Consejo de Gobierno de las Islas Baleares, de 17 de marzo de 2006, por el que se autoriza la constitución de la fundación pública sanitaria de carácter asistencial hospital comarcal de Inca (BOIB núm. 43, de 25 de marzo de 2006).

2. *Las fundaciones sanitarias: un estatus singular en la Ley 50/2002, de Fundaciones*

Con el antecedente señalado de las fundaciones estatales en la legislación presupuestaria (art. 44 de la Ley 14/2000), la Ley 50/2002, de 27 de diciembre, de Fundaciones, que derogó en parte a la anterior Ley 30/1994, incorpora algunas medidas en relación con las fundaciones privadas promovidas por las Administraciones Públicas ⁶⁹.

La primera y principal, la regulación de las «*fundaciones del sector público estatal*» (arts. 44 a 46 y disposición final segunda de la Ley 50/2002). Se trata de una regulación que se irá completando en los años siguientes con referencias en las leyes generales ⁷⁰. Sobre su contenido es obligado remitirse a la amplia bibliografía que se ha ocupado de su análisis y crítica ⁷¹.

La otra medida —la más relevante a efectos de estas líneas— es la decisión de mantener el régimen propio de las fundaciones sanitarias creadas con base en el artículo 111 de la Ley 50/1998, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y de aquellas otras que lo fueron al amparo de la Ley 15/1997, de habilitación de nuevas formas de gestión. En concreto, las primeras, las fundaciones públicas sanitarias, se establece que se sigan rigiendo por su normativa específica (disposición adicional 3.ª de la citada Ley) ⁷². En cuanto a las fundaciones privadas hospitalarias se mantiene su normativa especial, siéndoles aplicable la nueva Ley de Fundaciones sólo con carácter supletorio (disposición adicional 4.ª de la Ley 50/2002). Es el caso de las fundaciones de los hospitales de Manacor, Alcorcón, Calahorra y Son Llatzer.

El tratamiento que la Ley 50/2002 hace de las fundaciones que se vienen estudiando merece un juicio crítico. En el caso de las fundaciones públicas sanitarias, su exclusión es coherente con su naturaleza jurídica: no son fundaciones (privadas). Pero, teniendo clara su condición de organismos públicos, el

⁶⁹ Un análisis, artículo por artículo, de esa Ley: S. MUÑOZ MACHADO, CRUZ AMORÓS, R. DE LORENZO GARCÍA, *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Iustel, Madrid, 2005, 1337 pp. Sobre las distintas regulaciones autonómicas, las aportaciones recogidas en: AA.VV., *Anuario de Fundaciones 2009*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 179-458.

⁷⁰ Artículos 2.1.f), 3.3 y 64 de la Ley General Presupuestaria de 2003, disposición adicional 16.ª de la Ley General de Subvenciones de 2003 y artículo 3.1.f) de la Ley de Contratos del Sector Público, de 2007.

⁷¹ J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, «Fundaciones de la Administración Pública», en MUÑOZ MACHADO y otros, *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, ob. cit., pp. 645-752; SOCIAS CAMACHO, *Fundaciones del sector público*, ob. cit., pp. 144-158, y CARBALLEIRA RIVERO, *Fundaciones y Administración Pública*, ob. cit., pp. 122-188.

⁷² La exclusión se reitera en el RD 1337/2005, de 11 de noviembre, del Reglamento de las Fundaciones de competencia estatal.

que esta Ley se refiera a ellas sólo introduce confusión —un poco más—. Quizás se debió proceder a modificar su denominación. Igualmente, el régimen establecido para las fundaciones que se constituyeron al amparo de la Ley 15/1997 resulta hartamente discutible. Lo razonable hubiera sido ordenar su adaptación al régimen propio de las fundaciones del sector público, no su mera pervivencia con un régimen especial. Se desconoce el porqué de esta solución. Si no se ordenó la adaptación por considerar que esas fundaciones hospitalarias habían dejado de ser estatales para pasar a ser autonómicas, la disposición sobra porque tiene naturaleza supletoria. Y si se evitó la integración por las complicaciones que pudiera haber acarreado, la decisión parece contraria a la seguridad jurídica.

Con todo, lo que debe destacarse es que la iniciativa fundacional de la Administración Pública en el ámbito sanitario quedó excluida, en todo o en parte, de la primera regulación completa de las fundaciones privadas de iniciativa pública y, lo que es tanto o más importante, de la voluntad de ordenación general y afirmación del control público sobre esta clase de entidades promovidas por la Administración. Y ello con independencia de las carencias y críticas que el régimen jurídico de las fundaciones del sector público ha recibido.

Lo dicho no debe llevar a equívoco. Nada impide la creación por las Administraciones Públicas de fundaciones que tengan por objeto tareas sanitarias, ya sea con base en el artículo 8.4 de la Ley 50/2002, de Fundaciones, ya sea con apoyo en la respectiva Ley autonómica de Fundaciones⁷³. Lo que queda apartado es la vía de la Ley 15/1997 de habilitación de nuevas formas de gestión⁷⁴.

3. *La vuelta a lo público: integración de las fundaciones hospitalarias en los servicios de salud*

La iniciativa de convertir los hospitales en fundaciones, sea con forma privada, sea como organismo público de régimen especial, fue olvidada mucho

⁷³ A título de ejemplo, la *Fundación Rioja Salud* (31 de diciembre de 2001). Por otra parte, las fundaciones de investigación sanitaria también se irán extendiendo con el impulso dado a los institutos de investigación sin ánimo de lucro por la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de la Salud (art. 50) y por la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica (arts. 83 y 88).

⁷⁴ Por otra parte, aun excediendo de los fines de este estudio, es importante destacar que la regulación de las fundaciones del sector público alcanza, de modo injustificado, a las fundaciones mixtas, en las que una parte de la participación dotacional o patrimonial estable sea de titularidad privada. El régimen de estas fundaciones no difiere del que es propio de las sociedades mixtas y suscita las mismas dudas que esa clase de sociedades planteó, en particular en materia de contratación pública. Lo apuntó L. MIGUEZ MACHO, «Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español», *Revista de Administración Pública*, n.º 175, 2008, en particular pp. 198-209.

antes de que se aplicara y pudiera comprobarse su efectividad. Casi sin dejar de ser poco más que una idea fue desechada. No obstante, las acusaciones de privatización quedaron en el ambiente. Esta crítica latente ha tenido su reflejo en las iniciativas dirigidas a la desaparición de algunas de las pocas fundaciones hospitalarias existentes en España.

En el caso de la Comunidad Autónoma de Galicia, el proceso tiene dos hitos normativos. Mediante el Decreto 91/2007, de 26 de abril, se establecieron las bases para la integración en el régimen estatutario del personal de las fundaciones públicas sanitarias, con lo que se homogeneizaron los derechos y deberes del personal que presta servicios en los distintos hospitales del Servicio Gallego de la Salud. A continuación, el Decreto 183/2008, de 31 de julio, dispuso la extinción de las fundaciones públicas hospitalarias (Hospital da Barbanza, Hospital Virxe da Xunqueira, Hospital de Verín y Hospital Comarcal de Salnés), que pasaron a integrarse como establecimientos sin personalidad jurídica en el Servicio Gallego de la Salud. La idea recurrente es homogeneizar las condiciones de prestación del sistema público de salud.

El otro caso paradigmático es el de la «Fundación Pública del Hospital del Oriente de Asturias Francisco Grande Covián». Se trataba de una fundación privada promovida por el Principado de Asturias (98,04% Principado, 1,96% Ayuntamiento de Parrés). Pues bien, la Ley 2/2010, de 12 de marzo, dispuso la integración de ese Hospital y de su personal en el Servicio de Salud del Principado de Asturias en régimen de gestión directa (BOE núm. 105, de 30 de abril de 2010). Otra vez, la preocupación es la igualación del régimen jurídico; la homogeneidad antes mencionada. Los términos empleados son elocuentes:

«... aunque es una institución pública que, de acuerdo con sus estatutos, está adscrita al Servicio de Salud del Principado de Asturias... no deja de constituir una anómala excepción en la estructura organizativa y de gestión del sistema sanitario público... La presente Ley... lejos de ser caprichosa, responde a la necesidad de poner fin a la anomalía, sin justificación alguna en la actualidad... anomalía frente a la que se ha producido una importante movilización ciudadana que viene reclamando la homogeneización de los servicios que se prestan en el citado hospital con los que se vienen desarrollando en el resto de recursos hospitalarios y asistenciales de la red pública... La norma pretende, por tanto, corregir una excepción... Sólo la igualdad de régimen jurídico garantiza a los usuarios que su hospital de referencia disfrute de las mismas condiciones que el resto de la red hospitalaria en materia de financiación, de contratación del personal y de gestión de los recursos».

Ninguna relación tiene este entendimiento con las llamadas a la personificación y a la autonomía de gestión de los centros sanitarios como medio para

mejorar la eficiencia de la sanidad pública y, con ello, contribuir al control y racionalización del gasto público. Ahora, la homogeneidad y la integración se presentan como mejores alternativas; en especial, la igualación de las condiciones laborales del personal que presta servicios en esos centros. Todos consideran que trabajan para el mismo empleador: el respectivo Servicio Autónomo de Salud, cualquiera que sea la forma jurídica del hospital en el que trabajan. Además, como queda apuntado, esta equiparación se presenta como algo positivo para asegurar la igualdad de trato a los usuarios del sistema sanitario público.

Esta doble iniciativa autonómica pudiera considerarse algo puntual en respuesta a problemas singulares que concurren en esas Comunidades. Sin embargo, no parece que sea así. La vuelta a lo público, entendido como gestión directa de las prestaciones sanitarias por establecimientos públicos sin personalidad, se reconoce también en la proposición de ley de modificación de la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de la Salud⁷⁵. Esta propuesta pretende limitar la gestión indirecta a acuerdos, convenios y contratos con personas o entidades exclusivamente públicas y, además, garantizar el carácter público de la titularidad, financiación, gestión y provisión de servicios sanitarios y sociosanitarios.

Con independencia de cuál sea la evolución de esta iniciativa legislativa, lo cierto es que refleja un entendimiento de la gestión sanitaria que nada tiene que ver con los problemas que subyacen en el debate sobre las nuevas formas de gestión, ni, por supuesto, con la preocupación por la eficiencia y la autonomía de gestión⁷⁶. En todo caso, la problemática del gasto sanitario y socio sanitario sigue pendiente⁷⁷.

⁷⁵ BOCG, IX legislatura, 111-1, de 30 de mayo de 2008.

⁷⁶ Esta iniciativa pretende ser una respuesta a la gestión indirecta —concesiones de obra y de servicio público— de centros sanitarios que se entiende contraria al derecho constitucional a la protección de la salud y a un régimen público de seguridad social. Sobre esta cuestión: A. MENÉNDEZ REXACH, «La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública. Reflexiones en torno al debate sobre la privatización de la sanidad», *Revista de Administración Sanitaria*, n.º 6/2, 2008, pp. 269-296, y F.J. VILLAR ROJAS, «La privatización de la gestión de los servicios sanitarios públicos: las experiencias de Valencia y Madrid», *Revista Derecho y Salud*, n.º 17, 2009, pp. 1-23.

⁷⁷ La propuesta de personificar a los centros sanitarios —los denomina «entes semi-autónomos»— como respuesta a los problemas de la sanidad pública subsiste: J. COLOMER I MASCARÓ, «La gestión sanitaria a través de la administración pública: burocracia y privilegios», *Gestión clínica y sanitaria*, n.º 11/4, 2009, pp. 140-144.

V. El limitado papel de las fundaciones en la asistencia sanitaria pública

1. *El objetivo de mejorar la eficiencia: no hay datos comparables*

El motivo primario de la creación de fundaciones para la gestión y administración de centros sanitarios públicos era conseguir un funcionamiento más eficiente y, con ello, un mejor control del gasto público sanitario. ¿Se ha conseguido ese objetivo?

No es fácil dar una respuesta, ni en el caso de las fundaciones, ni en el de ninguna otra modalidad de gestión personificada (entidades públicas, sociedades mercantiles...). No hay datos.

Es cierto que los pocos que se conocen son negativos ⁷⁸. Sin embargo, la valoración de esta clase de informes requeriría de un estudio comparativo con la situación presupuestaria y financiera de otros centros sanitarios públicos que no es posible. No lo es porque los hospitales que carecen de personalidad integran sus cuentas en las propias del servicio autonómico del que forman parte, haciendo inviable esa evaluación ⁷⁹. Por otra parte, no puede olvidarse que la sanidad es un ámbito de gestión pública en el que, año tras año, el gasto real excede del presupuestado; y no sólo por deficiencias en el funcionamiento de los servicios, sino también por la incertidumbre vinculada con la demanda.

En consecuencia, sin objetivos ni parámetros que evaluar y comparar, difícilmente se puede valorar la mayor o menor eficacia, eficiencia o equidad de la gestión sanitaria de hospitales públicos mediante fundaciones.

2. *La realidad: relación de dependencia, no autonomía de gestión*

Como queda dicho, la personificación de los centros sanitarios públicos es un elemento esencial para dotarlos de entidad propia y de autonomía de ges-

⁷⁸ Así CARBALLEIRA RIVERA, *Fundaciones y Administración pública*, ob. cit., pp. 19 y 20. A modo de ejemplo, el Consejo de Cuentas de Galicia llamó la atención sobre constantes modificaciones presupuestarias durante 2006 para sanear un desfase de 17,7 millones de euros sobre un presupuesto total de 122,9 millones de euros para las ocho fundaciones sanitarias de esa Comunidad Autónoma, si bien se afirma que aquella cantidad sirvió para compensar resultados negativos de ejercicios anteriores (Informe de Fiscalización de la Cuenta General del Servicio Gallego de la Salud, ejercicio 2006, 2 tomos).

⁷⁹ Es el caso de los hospitales no personificados del Servicio Gallego de Salud. En el mismo informe antes mencionado se alude a un gasto sanitario para todos ellos superior a 1.700 millones de euros con una desviación de algo más del 3% sobre el presupuesto inicial.

tión, con capacidad de tomar decisiones, de contratación de bienes y servicios, de selección de personal, de disposición de sus bienes, de gestión presupuestaria, de financiación y de tesorería. El contrapeso es la asunción de las consecuencias que pudieran derivar de un desempeño inadecuado o deficiente de esas capacidades —aunque, realmente, esos efectos nunca se han regulado porque nadie se plantea el cierre de hospitales, la reducción de plantillas de empleados públicos, ni siquiera la vinculación real de las retribuciones con los objetivos del centro—. Este es el modelo teórico de autonomía de gestión.

El análisis del régimen jurídico de las fundaciones privadas que fueron promovidas por la Administración sanitaria, como de los organismos públicos denominados fundaciones públicas sanitarias, evidencia que la autonomía de gestión es sólo una declaración retórica.

El artículo 12 del RD 29/2000, de nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud, se titula: «*autonomía de gestión*». Sin embargo, la realidad es que la autonomía que se reconoce a las entidades públicas sanitarias —incluidas las fundaciones— difiere poco de la que ostentan los centros y servicios sanitarios tradicionales, no personificados. También el artículo 4 del RD 521/1987, que aprobó el reglamento sobre estructura, organización y funcionamiento de los hospitales gestionados por el INSALUD, se refería a la necesidad de proporcionar a los hospitales la mayor autonomía en la gestión y utilización de sus recursos. Pero, ahora como antes, la relación de dependencia o instrumentalidad es incuestionable. La personalidad es ficticia; el patrimonio propio inexistente; la libertad para contratar pura retórica; la autonomía de gestión, buenas palabras. Estas entidades están sujetas al control, dirección y planificación de la Administración fundadora, de igual modo que, en caso de insuficiencias, esa Administración es quien asume las consecuencias⁸⁰.

En realidad, la fundación privada de la Administración —por supuesto con mayor razón la fundación pública sanitaria— es a la fundación privada lo mismo que los contratos-programa a los contratos administrativos de gestión de servicios públicos⁸¹. Tan es así que se ha comenzado a utilizar el mecanismo

⁸⁰ Se cumplen todos los elementos que identifican una relación de instrumentalidad. En este sentido, la explicación de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, ob. cit., pp. 416-420.

⁸¹ El contrato administrativo de gestión de servicios públicos no es aplicable a los supuestos en que la prestación se realice mediante la creación de una entidad de derecho público destinada a ese fin, ni cuando lo sea a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública. Básicamente, porque nadie contrata consigo mismo. Así, artículo 8.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (antes, art. 154.2 del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000).

de la encomienda a entidades que son medio propio y servicio técnico de la Administración sin que haya surgido ninguna dificultad⁸²; y es claro que ese vínculo es la mejor prueba de la dependencia⁸³.

Lo que se reconoce en el estatuto de estas fundaciones es un ejemplo más de relación de instrumentalidad entre un poder público y una entidad gestora. Los desajustes normativos que quedaron expuestos no pueden ocultar esta realidad, tampoco la denominación ni las llamadas al ordenamiento jurídico privado que se hacen en los estatutos. Lo público se impone sobre la forma privada. No hay autonomía de gestión; tampoco puede haberla.

3. *La viabilidad de la fundación requiere un cambio drástico en la sanidad pública*

Las tensiones y las contradicciones que rodean a la fundación como medio para la gestión y administración de centros y servicios sanitarios vienen determinados por las condiciones de ordenación y funcionamiento del servicio público sanitario. Mientras éste no cambie, la personificación de los establecimientos sanitarios públicos será inútil en orden a la consecución de los objetivos de control del gasto sanitario.

Con independencia de su ropaje, ninguno de los hospitales constituido como fundación se diferencia de la estructura, funcionamiento, virtudes y defectos de los hospitales tradicionales sin personificar. En uno y otro caso, el régimen jurídico básico del servicio que prestan es el mismo. El financiador es único: el correspondiente servicio autonómico de salud; la obtención de in-

⁸² Esa es la condición que se atribuye a la *Fundación (Hospital) Marqués de Valdecilla*, que tiene la condición de entidad del sector fundacional de la Comunidad de Cantabria (art. 94.4 de la Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria, en redacción introducida por Ley 9/2008, de 26 de diciembre, de Medidas).

⁸³ Cfr. artículo 24.6 de la Ley de Contratos del Sector Público. Es claro que los dos requisitos fundamentales exigidos por el derecho comunitario a los servicios *in house* se cumplen a rajatabla: a) la autoridad ejerce sobre las fundaciones sanitarias un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios —hospitales no personificados—, y b) esas fundaciones ejercen la parte esencial de su actividad —prestación de servicios sanitarios— para la autoridad pública de la que dependen. Por otra parte, ni en su dotación, ni en su patrimonio, intervienen sujetos privados. Esta doctrina, entre otras muchas, en la STJUE de 6 de abril de 2006, C-410/04, apdo. 24. En relación con la regulación de las fundaciones del sector público estatal, la aplicabilidad de este mecanismo lo había defendido GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, «Fundaciones de la Administración Pública», ob. cit., pp. 701-706. Con carácter general sobre esta técnica, J. M. GIMENO FELIU, *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público, de 30 de octubre de 2007, en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2010, pp. 101-125.

gresos extrapresupuestarios es irrelevante⁸⁴. Los usuarios constituyen un mercado cautivo integrado por aquellos pacientes asignados a ese centro sanitario —tarjetas sanitarias—; la atención a otros pacientes resulta también menor. En estas condiciones, la idea de autonomía de gestión resulta paradójica. Mucho más la competencia con otros establecimientos sanitarios por la prestación de servicios, por la obtención de recursos públicos o por la captación de «clientes». El marco normativo actual impide cualquiera de estas situaciones; también la fuerza de la inercia.

Siendo así, descartadas las ventajas de la personificación y la falsa autonomía de gestión, lo que queda sobre la mesa es el coste añadido que supone cualquier forma personificada de gestión, que incorpora una carga burocrática que no tiene justificación. No tiene sentido un consejo de administración o un patronato para limitarse a cumplir las instrucciones de la Administración sanitaria; un gerente para gestionar un presupuesto sujeto al control de aquélla; unos servicios administrativos para dar forma a decisiones que deben tomarse como consecuencia de la condición de persona jurídica, pero que son papel mojado porque las decisiones las toma la Administración matriz. En estas condiciones, la personalidad jurídica y la autonomía formal son una carga inútil. Pero carga a fin de cuentas. Se entiende por ello los procesos de vuelta a la gestión directa no personificada de los hospitales que quedaron apuntados.

¿Significa esa conclusión que las fundaciones no pueden ser un medio adecuado para la gestión de los centros sanitarios públicos?

En modo alguno. Esa modalidad de persona jurídica puede servir para la prestación de servicios sanitarios, en especial complejos como los hospitalarios⁸⁵. Pero las reglas de funcionamiento del servicio público deben cambiar

⁸⁴ Por ejemplo, pagos de compañías de seguros por asistencia a sus asegurados en centros sanitarios públicos, como en los casos de accidentes de tráfico.

⁸⁵ De hecho, en Inglaterra, de donde se tomó la idea de transformar los hospitales en fundaciones, se han seguido dando pasos para su consolidación. La «*Health and Social Care (Community Health and Standards) Act 2003*» diseña un nuevo instrumento de gestión de los hospitales públicos, el «*NHS foundations trust*», en los que pueden transformarse los hospitales estructurados como «*NHS trust*». En estos casos, el gobierno y gestión se traslada al ámbito local, que es donde se eligen los miembros del patronato u órgano de gobierno, quedando liberados del control y dirección de las autoridades centrales, y se les concede autonomía de gestión, financiera y tesorería. Su actividad queda sujeta a la supervisión de un nuevo organismo regulador denominado «*Monitor*», que, además, tiene la competencia para evaluar y, en su caso, aprobar la conversión de los hospitales en esta nueva estructura. En 2009, 109 centros hospitalarios, incluyendo los psiquiátricos, de un total de 225, se habían transformado en «*NHS foundations trust*». Ahora bien, lo importante de este planteamiento no es el régimen de autonomía que se reconoce a estos centros, sino sobre todo el proceso de descentralización que comporta y que contrasta con el modelo sanitario español, basado en el control autonómico absoluto.

de modo drástico. Es preciso que exista posibilidad de competencia entre prestadores de servicios sanitarios, sean públicos o sean privados —en este caso, acreditados—, de modo que, efectivamente, pugnen por la obtención de recursos públicos y sus resultados sean comparables. Pero, además, para que esa situación se produzca es imprescindible que los usuarios tengan libertad de elección de profesional, servicio y centro sanitario donde ser atendidos. Sólo de este modo tendrá sentido la autonomía de gestión y, con ella, la necesidad de personificar los establecimientos sanitarios para que sean centros de imputación de derechos y obligaciones. En todo caso, el cambio de reglas del que se habla se refiere a la prestación o gestión de los servicios sanitarios, no la universalidad ni a su financiación pública presupuestaria, que se puede y se debe mantener. Mientras esos cambios estructurales se producen —si es que se llegan a producir porque los mismos traerían consigo sus propias tensiones y conflictos—, las formas personificadas de gestión, incluyendo las fundaciones, resultan más una carga que un beneficio.

¿Qué hacer entonces? El problema del gasto sanitario persiste. A falta de otra clase de medidas, la eficiencia, la eficacia, el mejor equilibrio entre la atención a la necesidad sanitaria y la limitación de los recursos económicos, debe buscarse en las normas administrativas —que no son inmutables—, con las modulaciones y cambios que sean precisos —que no será la primera vez en el caso de la sanidad pública⁸⁶—, pero sin quebrar el equilibrio privilegio-garantía en que se sustenta el ordenamiento administrativo. Lo que tiene poco sentido es continuar con cambios de lo organizativo que no cambian nada; que se basan en un prejuicio de lo administrativo pero que evitan los equilibrios propios de lo privado —el mercado, la libre competencia—, y de los que se desconocen sus ventajas porque no existen datos comparables. Al final lo que queda es un cambio recurrente de un disfraz por otro que nada aporta a la problemática que plantea la garantía pública de la asistencia sanitaria y social que demandan los ciudadanos.

⁸⁶ Una vez superado el debate sobre la sujeción o no de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas (de lo que dio cuenta M. BASSOLS COMA, «La contratación administrativa en el ámbito de la Seguridad Social», *Libro Homenaje a J. González Pérez*, Civitas, Madrid, 1991, tomo III, pp. 1756-1766), el legislador admitió algunas modulaciones del régimen general a favor de este servicio público. Así, un contrato menor *ad hoc* por razones de urgencia sanitaria (art. 158.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, hoy inserto en el art. 122.3 de la Ley de Contratos del Sector Público); un supuesto particular de procedimiento negociado [art. 159.2.f) del citado Texto Refundido, actual art. 156.c) de la Ley de Contratos del Sector Público]; y una modalidad de contrato de gestión de servicios públicos con una duración máxima de 10 años [art. 157.c) del Texto Refundido, el vigente art. 254.c) de la Ley de Contratos del Sector Público].