

UNIVERSIDAD DE GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social



TESIS DOCTORAL

**GESTIÓN ADMINISTRATIVA DE LA ASISTENCIA
SANITARIA EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD**

Presentada por el doctorando:

BRAULIO ANTONIO GIRELA MOLINA

Bajo la dirección de:

PROF. DR. JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Granada, 1 de julio de 2014

Editor: Editorial de la Universidad de Granada
Autor: Braulio Antonio Girela Molina
D.L.: GR 2054-2014
ISBN: 978-8-9083-238-7

Editor: Editorial de la Universidad de Granada
Autor:
D.L.: En trámite
ISBN: En trámite

Tesis Doctoral: "Gestión Administrativa del Asistencia Sanitaria en el Sistema Nacional de Salud"

El doctorando D. Braulio Antonio Girela Molina y el director de la Tesis, D. José Luis Monereo Pérez:

Garantizamos, al firmar esta Tesis Doctoral, que el trabajo ha sido realizado por el doctorando bajo la dirección del director de la Tesis y hasta donde nuestro conocimiento alcanza, en la realización del trabajo, se han respetado los derechos de otros autores a ser citados, cuando se han utilizado sus resultados o publicaciones.

Granada, a 30 de junio de 2014

Director de la Tesis



Fdo.: José Luis Monereo Pérez

Doctorando

Fdo.: Braulio Antonio Girela Molina

A mi familia

ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA GESTIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

SUMARIO

	<u>Página</u>
<u>ABREVIATURAS</u>	9
<u>INTRODUCCIÓN</u>	13
<u>CAPÍTULO PRIMERO: EXPOSICIÓN HISTÓRICO-LEGISLATIVA DE LA ASISTENCIA SANITARIA CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS INSTITUCIONES DE GESTIÓN</u>	25
I. ETAPA ANTERIOR A LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978	25
II. ETAPA POSTERIOR A LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978	42
<u>CAPÍTULO SEGUNDO: LOS PROBLEMAS DE LOS SERVICIOS SANITARIOS Y LAS REFORMAS EMPRENDIDAS EN LA GESTIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA</u>	111
<u>CAPÍTULO TERCERO: FORMAS JURÍDICAS DE LA GESTIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS SERVICIOS SANITARIOS</u>	159
<u>CAPÍTULO CUARTO: ORDENACIÓN DE LOS SERVICIOS SANITARIOS Y GESTIÓN ADMINISTRATIVA DE LA ASISTENCIA SANITARIA POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS</u>	405
<u>CAPÍTULO QUINTO: BALANCE Y VALORACIÓN CRÍTICA DE LA ACTUAL ORGANIZACIÓN DE LOS SERVICIOS SANITARIOS Y GESTIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA, CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS POSIBLES CRITERIOS ATINENTES A SU ORDENACIÓN EN EL FUTURO</u>	611
<u>CONCLUSIONES Y PROPUESTAS</u>	675
<u>BIBLIOGRAFÍA</u>	703
<u>INDICE SISTEMÁTICO</u>	719

ABREVIATURAS

AISNA	Administración Institucional de la Sanidad Nacional
CC	Código Civil
CE	Constitución Española de 1978
CPP	Colaboración público-privada
CCPP	Contrato de colaboración público-privada
CPPC	Colaboración público-privada concesional
CPPI	Colaboración público-privada institucional
CCAA	Comunidades Autónomas
D	Decreto
EBEP	Ley 7/2007, de 12 de abril, aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público
EM	Ley 55/2003, de 6 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud
ET	Estatuto de los Trabajadores
FJ	Fundamento Jurídico
GC	Gestión Clínica
INAS	Instituto Nacional de Asistencia Social
INEM	Instituto Nacional de Empleo
INGESA	Instituto Nacional de Gestión Sanitaria
INP	Instituto Nacional de Previsión
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
INSALUD	Instituto Nacional de la Salud
INSERSO	Instituto Nacional de Servicios Sociales
ISFAS	Instituto Social de las Fuerzas Armadas
ISM	Instituto Social de la Marina
LB/1963	Ley de Bases de la Seguridad Social, de 28 de diciembre 1963
LAE	Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales para la mejora de los Servicios públicos
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local
LCAP	Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas
LCC	Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud
LCSP	Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público
LEEA	Ley de Entidades Estatales Autónomas, de 18 de diciembre de 1958
LF	Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones
LGS	Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad
LGSS/1974	Decreto 2065, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social
LGP	Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.
LJ CA	Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- administrativa de 13 de julio de 1998
LJ/1956	Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- administrativa de 27 de diciembre de 1956, modificada por Ley de 17 de marzo de 1973 y por Ley 30 de abril de 1992.
LM	Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento
LO	Ley Orgánica

LOEx	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
LOFAGE	Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado
LOLS	Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical
LOPS	Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias
LPAP	Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas
LPRL	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales
LRJPAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 26 de noviembre de 1992, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero
MATEPs	Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales
MCM	Mecanismos cuasicompetitivos y de mercado
MUFACE	Mutualidad General Funcionarios Civiles del Estado
MUGEJU	Mutualidad General Judicial
MUNPAL	Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local
O	Orden
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OM	Orden Ministerial
PFI	Private Finance Initiative (Iniciativa de Financiación Privada).
PIB	Producto Interior Bruto
PPP	Private Finance Partnerships
PSC	Public Sector Comparator
RD	Real Decreto
RDCS	Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece el contenido de la Cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el Procedimiento de su actualización
RD Ley	Real Decreto Ley
RD Legislativo	Real Decreto Legislativo
RDNFG	Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del INSALUD
RPT	Relación de Puestos de Trabajo
RSCL	Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955
SNS	Sistema Nacional de Salud
SOE	Seguro Obligatorio de Enfermedad
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TRLCAP	Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Con anterioridad, la Ley 53/1999, modificó la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP).
TRLCSP	Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
TRLGSS	Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio

TRRL	Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 19 de abril
TS	Tribunal Supremo
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UGC	Unidad de Gestión Clínica
VFM	Value for money
ZBS	Zona Básica de Salud

INTRODUCCIÓN

“De todos los empeños que se han esforzado en cumplir los poderes públicos desde el nacimiento mismo de la Administración contemporánea, tal vez ninguno haya sido tan ensayado ni con tanta contumacia frustrado como la reforma de la Sanidad”. Con estas palabras, tan expresivas de la dificultad que encierra el planteamiento, organización y puesta en práctica de un Sistema de Salud, comienza el preámbulo de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS).

Enjuiciar y valorar el ambicioso diseño de la nueva concepción legal del Sistema Nacional de Salud realizado por la LGS y la plural forma de prestación de servicios que contempla, exigiría un ambicioso y dilatado esfuerzo investigador multidisciplinar, que difícilmente podría emprenderse desde la pura especialización del jurista, requiriéndose para ello el análisis desde la perspectiva de diversas disciplinas científicas, entre las que se encuentran, el Derecho Administrativo, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Economía de la Salud y la Salud Pública.

Esta Tesis aborda el tema, desde una perspectiva jurídica. De entrada, los dos componentes a considerar son: “Organización Administrativa” y “gestión de la asistencia sanitaria en el Sistema Nacional de Salud”.

1. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Es clásica la opinión de Waldo¹ de que “la organización es estructura y la administración es función”. Uniendo ambos términos en la expresión “organización administrativa”, tal combinación nos conduce a considerarla bajo el doble perfil estático y dinámico, o lo que es igual, estructural y funcional, puesto que la organización administrativa, desde el punto de vista jurídico, puede ser estimada como el conjunto de normas que regulan la estructura y la atribución de facultades y obligaciones (competencias o funciones) de un determinado ente (órgano).

1.1. El órgano y sus funciones

El órgano y sus funciones, competencias y/o atribuciones, es decir, estructura orgánica y funcional, es la esencia de toda organización administrativa, privada o pública.

Los órganos pueden ser:

- Por su ámbito territorial, centrales, autonómicos y locales, según que su competencia se extienda a todo el territorio nacional, a una Comunidad Autónoma, o un ámbito local.
- Por la forma de su composición, burocráticos, democráticos y mixtos, en atención a su carácter de libre designación entre los funcionarios, su elección por las corporaciones, sindicatos u organizaciones empresariales, y su naturaleza dual, integrantes de ambas formas burocráticas y democrática.
- Por su actividad, legislativos, ejecutivos, administrativos y judiciales.
- Por el carácter de sus funciones, activos (de dirección o de gestión), consultivos y de fiscalización.

El órgano es independiente y distinto de su titular, persona individual o colectiva que lo encarna y representa.

¹WALDO, D. C., “Introduzione alla Scienza dell’ Amministrazione pubblica”, Zanichelli, Bologne, 1957.

La competencia de un órgano administrativo, no es más que la esfera de atribuciones encomendadas por el Ordenamiento Jurídico; es decir el conjunto de facultades y funciones que el mismo puede ejercer.

Por los criterios seguidos para su determinación, la competencia puede ser:

- Competencia jerárquica o vertical, a través de la cual se precisa la preferencia de un órgano para el ejercicio de una función respecto sus superiores o inferiores.
- Competencia territorial u horizontal, que determina la demarcación de la competencia de un órgano, en función del territorio, con preferencia a los de su mismo nivel jerárquico.

2. GESTIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Esta locución comprende tres conceptos, el de gestión, el de asistencia sanitaria y el de Sistema Nacional de Salud (SNS).

2.1. El vocablo gestión

El rigor de la técnica jurídica, financiera y administrativa, escribe Gala Vallejo² suele distinguir la gestión de la administración. La gestión es considerada como social y política, en tanto que la administración es una función técnica que requiere pericia y capacidad de aproximación hacia los beneficiarios para poderlos servir bien.

Conceptualmente la palabra gestión puede entenderse en dos acepciones, objetiva y subjetiva, es decir, como actividad encaminada a realizar las diligencias conducentes al logro de un negocio cualquiera, o bien por traslación, el órgano, único o plural, encargado de llevar a la práctica esa tarea. Por tanto cuando se habla de “gestión de la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud”, nos estamos refiriendo, tanto al conjunto de operaciones o labores propias de los verbos gestionar y administrar dicha institución, como al sujeto o sujetos activos de ese complejo operativo, personificados en la Entidad o Entidades Gestoras.

Refiriéndonos a la Seguridad Social, tras la vigencia de la CE³, la cuestión de la gestión de la Seguridad Social se ha venido conformando como una actividad del Estado de manera irreversible. En efecto, el art. 41 de la CE configura a la Seguridad Social como un compromiso directo del Estado en la realización de los fines de la misma, de manera que el Estado, no sólo es responsable de la organización de un régimen público de Seguridad Social, sino responsable también de una protección concreta que se satisface a través de un régimen público de Seguridad Social, como una función directa del Estado⁴. Hay que concretar la actuación estatal de ese compromiso prestacional en el marco jurídico adecuado, y ello desemboca en el problema de la gestión, como manera de actuar el Estado el compromiso adquirido.

Ese compromiso supone la necesidad de desarrollar una actividad para asegurar la garantía de amparo que encierra el proceso prestacional, ya que la Seguridad Social sólo adquiere sentido con la aplicación de las prestaciones establecidas; aplicación que comporta una actividad de ciertas personas a las que tradicionalmente se viene designando con la denominación de Entidades Gestoras⁵.

²GALA VALLEJO, C., “Gestión Institucional de la Seguridad Social”, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, Madrid, 1980.

³ GARCÍA NINET, J.: “La Seguridad Social en la Constitución: aproximación al art. 41 C.E”, en “Historia y Derecho: estudios jurídicos en homenaje al profesor Arcadio García Sanz”, coord. MARTINEZ VAZQUEZ DE CASTRO, L., 1995, págs. 343-374.

⁴VIDA SORIA, J., “La Seguridad Social en la Constitución de 1978”, Jornadas Técnicas sobre Seguridad Social Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1983.

⁵VILLA GIL. L.E. y DESDENTADO BONETE, A., “Manual de Seguridad Social”, Aranzadi, 1977.

Esta argumentación es trasladable al derecho a la protección de la salud contenido en el art. 43 de la CE, y a las acciones que permiten hacerlo efectivo (art. 1.1. LGS).

2. 2. Asistencia sanitaria

La asistencia sanitaria está comprendida en la acción protectora del sistema de Seguridad Social, de acuerdo con el art. 38.1. a) del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS).

2.2.1. Debate doctrinal

En el plano doctrinal se planteó si la asistencia sanitaria se debía considerarse como una prestación de la Seguridad Social o como una realidad política y jurídica distinta y con propia autonomía. A favor de que la asistencia sanitaria se había desgajado de la Seguridad Social para integrarse en el área sanitaria, estaba el tratamiento jurídico dado por la CE, al contemplar de manera independiente, en los arts. 41 y 43, la doble protección, en línea con los textos internacionales, salvo el Convenio 102 de la OIT de 1952, sobre norma mínima en materia de Seguridad Social, que incluye entre la acción protectora de ésta, la asistencia sanitaria.

Sin embargo el problema no se puede plantear en términos tajantes, pues el derecho a la protección del bien individual salud, podrá ser instrumentado tanto dentro de un sistema sanitario unitario, en conexión con los servicios de la salud pública, como dentro del sistema de Seguridad Social, en conexión con las prestaciones económicas. La CE asume una posición neutral. El modelo que se imponga es el que determinará la situación en uno u otro campo de la prestación de asistencia sanitaria, o su incardinación en los dos.

La inclusión en la acción protectora del Sistema de Seguridad Social de la asistencia sanitaria, en virtud del art. 38.1 a) TRLGSS, que no desarrolla su contenido, permitiendo la vigencia transitoria de la anterior regulación de la asistencia sanitaria, y el sentido universalista que a dicha prestación de la Seguridad Social imprimió la normativa Sanitaria posterior, son indicadores de la intención de adoptar un criterio complejo, considerando la asistencia sanitaria como una prestación de la Seguridad Social, pero que su actuación se llevará a cabo por la normativa de la esfera de la Sanidad, pues la prestación se extiende tanto a los sujetos protegidos por el sistema, como a los no incluidos en él⁶.

La asistencia sanitaria y su gestión queda regulada por la legislación Sanitaria y por la correspondiente a la Seguridad Social.

2.2.2. Concepto de asistencia sanitaria

Para aproximarse al concepto de asistencia sanitaria, hay que enmarcarla normativamente. Es preciso analizar, aunque sea brevemente, el llamado derecho a la protección de la salud tal y como se contempla en la LGS, que desarrolla el art. 43 de la CE⁷. Además hay que considerar las

En el Derecho comparado, vid. GARCÍA NINET, J.I., “Las entidades gestoras de la previsión social italiana”, Revista de Seguridad Social, nº 4, 1979, págs. 157-208.

⁶BORRAJO DACRUZ, E., “El derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social”, Revista de Seguridad Social, nº 8, 1980.

⁷ APARICIO TOVAR, J., “El derecho a la protección de la salud. El Derecho a la asistencia sanitaria”, en “Comentario a la Constitución Socio-Económica de España”, Dirs. MONEREO PÁREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M.N, Ed. Comares, Granada, 2002, págs. 1553-1565.

MONEREO PÉREZ, J.L., “Protección de la salud”, en VV.AA. “La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, MONEREO ATIENZA, C., MONEREO PÉREZ J.L.

normas que se mantienen vigentes en esta materia en el ámbito de la Seguridad Social⁸, las previsiones realizadas por la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (LCC), que ha sido desarrollada por el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece el contenido de la Cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el Procedimiento de su actualización (RDCS) y finalmente, el Real Decreto ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. En tanto no se elabore la normativa de desarrollo de la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud establecida por éste último, permanecerá en vigor el R.D.1030/2006, de 15 de septiembre, en todo lo que no se oponga al propio Real Decreto ley 16/2012.

El derecho a la protección de la salud es una forma simplificada de expresión, pues tal y como se desprende, entre otros, de los arts. 1.4 y 10⁹ de la LGS, ese genérico derecho, en realidad, consiste en una serie de ventajas concretas que la Ley garantizará, en tanto el Sistema de Salud pueda proveer, y estarán en función de la posición en que los sujetos se encuentren. Es decir, estrechamente ligadas a las prestaciones están las obligaciones que recaen sobre el asistido (art. 11 LGS), sin que pueda hablarse de exactas correlaciones entre las obligaciones y los derechos a la asistencia. Por esta razón es más conveniente hablar de situaciones de ventaja, que coexisten con las obligaciones o situaciones de carga.

Entre los derechos concretos que componen el derecho a la protección de la salud, destaca el derecho a la asistencia sanitaria. Este a su vez es un conjunto de derechos entre los que destacarían los derechos a las prestaciones concretas, que actualmente son dispensadas, a raíz de la LGS, por el SNS.

El núcleo de lo que puedan llegar a ser, los normalmente llamados derechos de los individuos, está concebido en la LGS como deberes que vinculan a los poderes públicos. En efecto, así se desprende de los contenidos del Título I LGS, especialmente del Capítulo primero referido a los principios generales del Sistema de Salud, donde se establece que la asistencia sanitaria pública “se extenderá a toda la población española” (art. 3.2), y que las “actuaciones de las Administraciones Públicas Sanitarias están orientadas: a la promoción de la salud, a la educación sanitaria, a la prevención de la enfermedad, a garantizar la asistencia sanitaria y la rehabilitación” (art. 6).

Los derechos específicos reconocidos en el art. 10 de la LGS vienen a disciplinar esas actuaciones, pero se está dando por supuesto que el derecho a la protección de la salud es el resultado de esas actividades de promoción, educación, prevención, asistencia y rehabilitación que como características fundamentales del SNS vuelven a aparecer en el art. 46 de la LGS, y cuyas “funciones y prestaciones ... son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud” (art. 45 de la LGS).

La variedad de las funciones que el Sistema despliega hace que la naturaleza de los derechos que los individuos eventualmente puedan llegar a adquirir sea también muy distinta, por ello se

(Dir.)., Ed. Comares, Granada, 2012. Aborda este trabajo, la configuración del derecho a la protección de la salud como un derecho social fundamental en el ámbito de la Unión Europea.

⁸Artículos en vigor de :

*Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, concretamente el Título II (Régimen General de la Seguridad Social), Capítulo IV (Asistencia Sanitaria): arts. 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 108, 109, 110, 112, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 123, 124 y 125.

⁹ Art. 10 LGS, apartados 1 y 2, redacción según Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad. Apartados 5, 6, 8, 9, 11, fueron derogados por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

recurre a un genérico y ambiguo derecho a la protección de la salud. Ahora bien, no se puede olvidar que esa protección también se consigue por otros medios distintos al derecho en sentido subjetivo, como son las compulsiones que pueden implicar severas restricciones a la libertad personal, actualmente recogidas en la LO 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública.

2.2.3. Sujetos protegidos

La tradicional consideración colectiva de alguna de las medidas de promoción de la salud y de la prevención de enfermedades, ha supuesto una dificultad para ser consideradas como derechos subjetivos apegados desde su nacimiento a los intereses individuales, lo que no ha ocurrido con la asistencia sanitaria entendida como la prestada en los “casos de pérdida de salud” (art. 6.4 LGS) cuya individualización es obvia. Pero su garantía por el Sistema de Seguridad Social ha venido a acentuar su dimensión colectiva y a relativizar las fronteras entre lo individual y lo colectivo en este campo. Ahora bien, si por definición, las medidas de salud pública general tienen como sujetos a todos los individuos sin distinción, no ocurre lo mismo con la asistencia sanitaria que ha tenido que ser provista por los Sistemas de Seguridad Social, de ahí que las preocupaciones de la LGS de garantizar a toda la población el derecho a la protección de la salud (art. 1), sean en gran medida, las de extender a toda la población el derecho a la asistencia sanitaria (art. 3.2).

En cuanto a los sujetos protegidos, el art. 1.2 de la LGS dice que “son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional”, apostillándose en el art. 3.2, que la “asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española” y que la dispensación de prestaciones sanitarias se hará en “condiciones de igualdad efectiva”.

Sin embargo, en la propia LGS, se pueden encontrar datos que inducen a pensar en la distinta situación de los sujetos que pueden llegar a estar protegidos. Lo establecido en el art. 3.2 de la LGS es un principio que informa al Sistema de Salud, pero no dice nada acerca del título en virtud del cual se accede a las prestaciones de asistencia sanitaria. Cabría pensar que tal acceso se realizaría en virtud de la titularidad del derecho a la protección de la salud que se declara en el art. 1.2, sin embargo en su art. 16, se reconoce que el título con el que se accede a la utilización de los servicios sanitarios puede ser distinto. Expresamente se afirma que puede haber usuarios sin derecho a la asistencia sanitaria. Además, el propio art. 16 habla de “los usuarios previstos en el art. 80”, esto es, las personas no incluidas en el campo de cobertura de la asistencia sanitaria del Sistema de la Seguridad Social, para las que el Gobierno regulará un sistema de financiación de su cobertura. Quiere esto decir, que en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria quinta de la LGS, la extensión del derecho a la asistencia sanitaria se hará en función de criterios de oportunidad, “progresivamente”, sin que se marque plazo alguno, y por tanto hasta que la extensión no sea total, seguirá habiendo personas sin derecho a la asistencia sanitaria.

Sin embargo, lo anterior no quiere decir, que las personas carentes del título jurídico de derecho subjetivo a la asistencia sanitaria no puedan acceder a la misma, pues del análisis conjunto de los arts. 16 y 80 de la LGS, se desprende que dentro de ese grupo de personas se distinguen dos tipos; por una parte, los que tienen recursos económicos suficientes, quienes accederán a los servicios a través de la vía contractual, y por otra, los que carecen de esos recursos. Para éstos la financiación de su asistencia se hará “en todo caso con cargo a transferencias estatales”. Pero eso implica determinar quiénes tienen recursos y quienes no los tienen, o lo que es lo mismo, probar la carencia de los mismos.

Una nueva extensión del derecho a la asistencia sanitaria se realizó con la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del SNS (LCC). Esta Ley, menciona entre sus principios

informadores “el aseguramiento universal y público por parte del Estado”, dedicando su art. 3 a especificar quienes son los titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria. Remite además, al art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, extendiendo el derecho a la asistencia sanitaria a extranjeros no residentes que se encuentren en España, en diversos supuestos.

Un cambio de la tendencia hacia la universalización de la asistencia sanitaria se ha producido con el Real Decreto ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, al regular la condición de asegurado, y modificar, mediante su Disposición final tercera, el art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000, antes referida. Se retorna a una terminología de Seguridad Social y surgen dudas sobre el derecho a la protección de la salud de determinados colectivos.

2.2.4. Contingencia

La contingencia protegida es la alteración de la salud como se desprende del art. 98.1 de la LGSS/74, donde se establece que la asistencia sanitaria no sólo tiende al restablecimiento de la salud alterada, sino también a su conservación, lo que resulta de plena coherencia con lo previsto en la LGS (arts. 1 y 6). Por consiguiente, está excluida cualquier referencia a la enfermedad asegurable con prestaciones tasadas en función de lo asegurado. Los riesgos que provoquen la alteración de la salud son indiferentes, ya sea enfermedad común o profesional, accidente de cualquier clase, maternidad o riesgo durante el embarazo¹⁰.

Que la alteración de la salud sea la contingencia protegida sin ninguna otra consideración implica que son indiferentes los actos, incluso voluntarios, que puedan llevar al sujeto a encontrarse en la contingencia y dar lugar a exigir la prestación.

2.2.5. Dinámica de la prestación

El derecho nace, según los casos, de forma automática o por el reconocimiento de la condición de asegurado o de beneficiario –de oficio o por solicitud del interesado- por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y dura mientras persista el proceso patológico.

Es importante señalar que para la asistencia sanitaria, los sujetos protegidos, se encuentran siempre en situación de alta de pleno derecho, aunque el empresario hubiese incumplido sus obligaciones en materia de Seguridad Social (art. 125.3 TRLGSS) y por ello tiene plena afectividad el principio de automaticidad de las prestaciones (art. 3.3 Decreto 2766/1967).

El acceso de los ciudadanos a las prestaciones de la atención sanitaria que proporciona el Sistema Nacional de Salud se facilitará a través de la tarjeta sanitaria individual -art. 57 LCC-.

2.2.6. Contenido de la prestación

Respecto al contenido de la asistencia sanitaria, la antigua regulación¹¹ señalaba que la asistencia sanitaria tenía como objeto “la prestación de los servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar o restablecer la salud y aptitud para el trabajo. Proporcionará también los servicios convenientes para completar las prestaciones médicas y farmacéuticas y, de un modo especial, atenderá a la rehabilitación física precisa para la recuperación profesional de los trabajadores”.

¹⁰ Art. 38.1 a) TRLGSS; Art. 99 LGSS/74; Ley 16/2003, de 28 de mayo de cohesión y calidad del SNS.

¹¹ El contenido de la prestación se regulaba en el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, arts. 103 a 108; Decreto 2766/1967, que siguen vigentes.

Esa regulación, ha sido sustituida, en concordancia con el art. 43 CE, por la Ley 16/2003 de cohesión y calidad del SNS (LCC) y su posterior reforma, mediante el Real Decreto ley 16/2012.

La LCC -art. 7- establece el Catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud, cuyo objeto es garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención. Se consideran prestaciones de atención sanitaria del SNS, los servicios o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud dirigidos a los ciudadanos. Las prestaciones que comprenderá el Catálogo son las siguientes: salud pública, atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, urgencias, farmacéutica, ortoprotésica, productos dietéticos y transporte sanitario.

El Real Decreto ley 16/2012, modificando la LCC, ha establecido la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Salud, que se articulará en torno a las siguientes modalidades: Cartera común básica de servicios asistenciales del SNS, Cartera común suplementaria del SNS y Cartera común de servicios accesorios del SNS, contemplándose también, la Cartera de servicios complementaria de las Comunidades Autónomas.

2.2.7. Derechos específicos

Las prestaciones deben dispensarse respetando los derechos específicos que el art. 10¹² de la LGS reconoce a todos. Pero es en este grupo de derechos, tan importantes como aparentemente autónomos por estar ligados a la personalidad, donde se pone de manifiesto con más claridad su carácter no absoluto, consecuencia inevitable de la integración del sujeto en el campo jurídico que en su interés define la institución.

2.2.8. Obligaciones

Hay una pluralidad de obligaciones¹³ para los beneficiarios. Además de las generales que pesan sobre todos los sujetos incluidos en el campo de aplicación del Sistema, la asistencia sanitaria exige a los protegidos un comportamiento disciplinado por las reglas de la organización de los servicios que de modo general están abstraídas en el art. 11 de la LGS.

El objeto de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, que tiene la condición de básica, es la regulación de los derechos y obligaciones de los pacientes, usuarios así como de los centros y servicios sanitarios, públicos y privados, en materia de autonomía del paciente, de información y documentación clínica.

2.3. Sistema Nacional de Salud

La promulgación de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS) trató de poner en práctica una reforma de la actividad estatal en materia sanitaria, arbitrando los medios para acabar con las descoordinaciones y desconexiones existentes de esa actividad e implantando una organización para hacer eficaz el derecho a la protección de la salud. Para ello establece una estructura unitaria e integrada de todos los organismos y recursos públicos en este ámbito.

¹²La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, ha derogado los apartados 5, 6, 8, 9 y 11 del art. 10 de la LGS. La Ley 26 /2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con Discapacidad ha dado nueva redacción a los apartados 1 y 2 del art. 10 LGS.

¹³Se regulan en el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, art. 102; Decreto 2766/1967, art. 17 y en art. 11 de la LGS (derogado el apartado 4 por la Ley 41/2002).

El Sistema Nacional de Salud (SNS), es el modelo organizativo elegido por el legislador – LGS- para hacer efectivo el derecho a la protección de la salud. Es el resultado de un complejo proceso histórico, a lo largo del cual se ha ido produciendo una migración progresiva de un modelo vinculado a la Seguridad Social y financiado por cuotas, hacia otro inspirado en los Servicios Nacionales de Salud de orientación poblacional y financiado por impuestos. Además, este proceso se ha acoplado con una descentralización de competencias y financiación a las Comunidades Autónomas (CCAA), que han recibido la transferencia de la inmensa mayoría de establecimientos de titularidad pública de las diferentes Administraciones. Desde enero de 2002, las CCAA se configuran como la Administración territorial especializada en la gestión de servicios del bienestar social tan importantes como la Sanidad, la Educación y los Servicios Sociales; la Sanidad es el que mayor peso económico tiene, con cerca del 40% del presupuesto de gasto.

Aparicio Tovar¹⁴ concluye que “El SNS, en definitiva, debe ser visto como el fruto del dinamismo del Sistema de Seguridad Social acorde con la naturaleza dinámica que la salud tiene. Esto no quiere decir que orgánicamente tenga necesariamente que estar integrado conjuntamente al resto de los entes gestores del Sistema. Puede ser visto como el más acabado, desarrollado e importante de los servicios sociales en tanto está llamado a proveer prestaciones sanitarias para la totalidad de la población y residentes en España”.

La LGS da el nombre de SNS a “todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud” (art. 44.1), que están integradas en los respectivos Servicios de Salud de la Administración del Estado y los de las Comunidades Autónomas (art. 44.2).

Las tareas de planificación, información y coordinación de los distintos Servicios serán competencia del Consejo Interterritorial del Sistema de Salud¹⁵.

El Sistema se presenta descentralizado, por ello reviste particular importancia el papel que están llamados a cumplir los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas.

3. OBJETIVOS DE LA TESIS

Aunque la asistencia sanitaria está incluida en la acción protectora del Sistema de la Seguridad Social, sin embargo la gestión de la misma, está descentralizada, en su mayor parte, a los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, salvo la asistencia sanitaria gestionada por Organismos y Entidades del Estado y por Entidades colaboradoras privadas. A este resultado se llegó, después de un largo periodo de transferencias a las Comunidades Autónomas, desde la entrada en vigor de la CE en 1978.

En las últimas décadas del siglo XX, los Sistemas Sanitarios de los países desarrollados, integrados de una u otra forma en el ámbito público, con la excepción de Estados Unidos, tuvieron que afrontar determinados problemas, comunes a muchos de ellos, como el crecimiento continuo de costes financieros, la escasa implicación y motivación de los profesionales de la salud y la creciente insatisfacción de los ciudadanos con determinados aspectos del funcionamiento de los mismos.

Otros retos comunes a los que se enfrentan los Sistemas Sanitarios, están suficientemente identificados: el incremento de la demanda de servicios derivados del envejecimiento de la población, el aumento del volumen de la población cubierta durante los últimos años de fuerte

¹⁴ APARICIO TOVAR, J., “La Seguridad Social y la protección de la salud”, Editorial Civitas, Madrid, 1989.

¹⁵ El art. 47 de la LGS ha sido derogado por la LCC, siendo regulado actualmente el Consejo Interterritorial del SNS por el Capítulo X de esta última Ley.

crecimiento demográfico y las mayores expectativas de atención y servicios de una población con mayor nivel de formación.

Resolver esos problemas y responder adecuadamente a la demanda, manteniendo e incluso mejorando la calidad, así como continuando con la incorporación de la innovación terapéutica y tecnológica de las prestaciones que se ofrecen en las carteras de servicios, es uno de los principales desafíos de los Sistemas de protección social europeos, incluido el español, en los que la asistencia sanitaria pública absorbe una importante proporción del gasto social, representando en España, el 6,1 % del PIB¹⁶.

Para hacer frente a estos desafíos, una herramienta fundamental es la innovación en la gestión de los servicios sanitarios.

La evolución política seguida en España, desde la aprobación en 1978 de la CE, condicionó que se incorporase con posterioridad a otros países desarrollados, al debate sobre la problemática de la gestión de la asistencia sanitaria en el SNS. No obstante, las medidas de reforma, que han influido en las producidas en nuestro Sistema Sanitario, han tenido denominadores comunes para todos los países inmersos en este tipo de transformaciones, aunque es cierto que pueden apreciarse en su concreción peculiaridades específicas propias de la realidad de cada uno de ellos.

Estando aún en curso la implantación del SNS establecido en la LGS, y pendientes las transferencias de gestión de la asistencia sanitaria a diez Comunidades Autónomas, se puso en marcha otro proceso de reorganización de la gestión sanitaria con la Ley 15/1997, de 25 de abril, de Habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud. Esta Ley, de carácter básico, traía causa de las recomendaciones para la mejora de la eficacia y eficiencia de la gestión sanitaria, del “Informe Abril Martorell” y del “Informe de la Subcomisión Parlamentaria para la Consolidación y Modernización del Sistema Nacional de Salud”. Estos informes recomendaban la potenciación de la autonomía en la gestión sanitaria con la configuración de los centros asistenciales como organizaciones autónomas con facultades de decisión efectivas y responsables y órganos de gobierno operativos y participativos, y la extensión de las nuevas formas de gestión a toda la red de asistencia pública.

Incluso con anterioridad a esa última Ley, algunas Comunidades Autónomas se adelantaron con la implantación de nuevas fórmulas de gestión de la asistencia sanitaria.

La búsqueda de fórmulas para mejorar la eficiencia del Sistema, se intensificó a partir de los años noventa, pero también es cierto, que han sido objeto de discusión permanente en el debate sanitario, el cual ha girado, entre otros aspectos, en los efectos de la no sujeción de las condiciones laborales de su personal al Derecho público, el riesgo de deterioro del servicio que puede derivar de la priorización del criterio de control del gasto sobre los objetivos de salud, así como en la vertiente de su eficacia y rentabilidad. También, surgieron dudas, sobre si la implantación de nuevas formas de gestión, supone un giro hacia la privatización de los servicios sanitarios públicos, y hasta que punto, encajan estos planteamientos con los principios inspiradores del SNS.

La descentralización sanitaria ha permitido desarrollar distintas estrategias en salud y gestión sanitaria que a menudo se vinculan a la persistencia de diferencias interterritoriales, respecto de distintas variables relevantes, tanto las relacionadas con la oferta de servicios sanitarios como con los indicadores de salud. Pero siendo importante la atención a la salud a través de los servicios sanitarios, también lo es, el desarrollo de políticas de salud pública eficaces en el ámbito de la

¹⁶Fuente: Eurostat. Government Statistiques. El dato corresponde al año 2008. En ese año el porcentaje del PIB correspondiente a UE-15 fue del 6,9%.

prevención y educación, así como las actuaciones encaminadas a la reducción de las desigualdades sociales y económicas.

Los interrogantes surgidos siguen sin aclararse, reabriéndose el debate con la profunda crisis económica que se está viviendo en Europa, cuestionándose incluso, la eficiencia y viabilidad de los entes públicos, sometidos al Derecho privado, creados al amparo de esas nuevas fórmulas de gestión de la asistencia sanitaria y del propio Sistema Sanitario Público, así como la problemática irrupción de agresivas formas de externalización de la gestión.

La profusión de diferentes fórmulas de gestión se ha llevado a cabo en ausencia de herramientas de seguimiento e información homogeneizada que logran visibilizar el conjunto de la gestión desarrollada en el SNS, por lo que resulta muy difícil evaluar su aportación al Sistema en términos de los objetivos de mejor funcionamiento perseguidos.

Ensamble el panorama, el no haber existido una evaluación sistemática y objetiva, en términos de eficiencia relativa, equidad e igualdad de acceso, del complejo panorama de la gestión sanitaria del SNS por parte de los organismos encargados de garantizar la calidad y coordinación del Sistema, tanto en el nivel estatal como en el autonómico.

Por consiguiente, la crítica situación de la economía y de los ingresos públicos, refuerza el interés por mejorar la eficiencia en la gestión sanitaria sin comprometer la equidad y la sostenibilidad a largo plazo del Sistema.

El núcleo central de esta investigación consiste en analizar como se organiza actualmente la gestión de la asistencia sanitaria en el SNS, valorando las innovaciones organizativas y la implantación de nuevas formas de gestión. Para ello es necesario previamente, conocer los antecedentes históricos de las instituciones de gestión sanitaria en España, tanto en la etapa preconstitucional como en el marco constitucional y su desarrollo posterior. También es preciso conocer los problemas de los Sistemas Sanitarios de los países desarrollados, muchos de ellos comunes con los de nuestro país, las reformas emprendidas, y ver como han influido en nuestro Sistema de Salud.

El objetivo general de la Tesis, exige acometer las siguientes tareas específicas:

1º.- Exposición histórico legislativa del nacimiento y evolución en España de la asistencia sanitaria, con especial referencia a las instituciones de gestión de la misma.

2º.- Estudio de la configuración y evolución del Sistema Nacional de Salud, como marco en el que se desenvuelve la gestión de la asistencia sanitaria.

3º.- Conocer los problemas de los Servicios Sanitarios y las reformas emprendidas en el campo de la gestión de la asistencia sanitaria, haciendo un balance de su evolución, desde la perspectiva del desarrollo autonómico, de la cohesión, calidad y sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud.

4º.- Analizar las formas jurídicas de gestión administrativa de los servicios sanitarios, realizando una valoración de la gestión en las coordenadas: Público/privado, centralización /descentralización.

5º.- Investigar como se ordenan los Servicios Sanitarios de las Comunidades Autónomas y como desarrollan la gestión administrativa de la asistencia sanitaria.

6º.- Valorar las ventajas e inconvenientes, y obtener conclusiones, sobre los regímenes jurídicos aplicables al personal del Sistema Nacional de Salud, a efectos de la gestión sanitaria.

7°.- Realizar una valoración crítica de la actual gestión de la asistencia sanitaria en el Sistema Nacional de Salud, identificando oportunidades de mejora y haciendo una especial referencia a los posibles criterios atinentes a su ordenación en el futuro.

CAPÍTULO PRIMERO: EXPOSICIÓN HISTÓRICO-LEGISLATIVA DE LA ASISTENCIA SANITARIA CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS INSTITUCIONES DE GESTIÓN

I. ETAPA ANTERIOR A LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

La evolución histórica del sector sanitario público en los siglos XIX y gran parte del XX, hasta la entrada en vigor de la CE, presenta como resultado, el nacimiento y ajuste sucesivo de las tres piezas básicas en que se estructuró el Sistema: La Beneficencia, la Sanidad Nacional y la Seguridad Social. Las mismas nacieron atendiendo a coyunturas y situaciones históricas diferentes, para proteger a colectivos también diferentes, mediante organizaciones administrativas sectoriales, entre las que no siempre llegó a darse una coordinación suficiente.

1. SERVICIOS DE ASISTENCIA SANITARIA INDIVIDUALIZADA DEPENDIENTES DE LA BENEFICENCIA PÚBLICA

La Beneficencia Pública, recogió una dinámica que ya se encontraba en la Iglesia, en instituciones sociales y en particulares, siendo asumida, como una consecuencia de la desamortización, por el Estado a partir de la segunda década del siglo XIX. El Estado se subrogó pues, en el papel de la Iglesia y de los particulares, y prestó asistencia al individuo pobre e imposibilitado mediante actividades curativas.

La Beneficencia fue un sector de la Administración bien diferenciado por su organización de los servicios sanitarios, que evolucionó de acuerdo con sus propios postulados, sin tener una conexión estable con la organización sanitaria.

El que no tenía la condición de pobre, podía cuidar de su salud mediante la ayuda que las propias profesiones liberales podían dispensarle, con cargo a su patrimonio.

Sin embargo el dogma decimonónico de la autosuficiencia del individuo para atender su propia salud, se rompe al aparecer la Administración como prestadora de una atención sanitaria individual con ánimo de restaurarla.

2. SERVICIOS DE SANIDAD PÚBLICA¹⁷

Paralelamente a la asistencia a la salud del indigente prestada por la Beneficencia, la Sanidad Nacional se fue nucleando en su etapa moderna, ante todo y sobre todo, mediante una atención a la prevención de la enfermedad. Los servicios dependientes de ella, estaban destinados a proteger la salud de todos los ciudadanos, cuando como colectivo se enfrentaban con la enfermedad. Para ello desarrollaban actividades de promoción de la salud, de vigilancia, de policía, y excepcionalmente de atención individualizada, en el caso de enfermedades transmisibles, que por su alta incidencia, ponían en riesgo la salud de la colectividad. Por consiguiente, los fundamentos eran distintos: la Sanidad ayudaba al individuo cuando el problema no era solamente suyo, sino que afectaba o podía afectar a la colectividad y la Beneficencia atendía situaciones singulares de indigencia, con prestaciones que reparaban el daño.

La legislación dedicada específicamente a la Sanidad Pública y a la organización administrativa sanitaria, tuvo una continuidad con el Antiguo Régimen hasta la Ley de 28 de noviembre de 1855, sobre “El Servicio General de Sanidad”, que estableció una organización sanitaria pública que perduró, básicamente intacta, más de un siglo. Estableció como órgano rector

¹⁷MUÑOZ MACHADO, S., “La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos”, Alianza, Madrid, 1995.

de la Sanidad, la Dirección General de Sanidad, que residirá en el Ministerio de Gobernación, a la que estaban atribuidas todas las competencias respecto de la Sanidad.

Pese a las eventuales vinculaciones en un solo centro directivo de la Beneficencia Pública y de la Dirección General de Sanidad, los establecimientos sanitarios de la organización administrativa de la primera, permanecieron separados de esta última, perdiéndose una oportunidad de integración. A partir de la Ley antes referida, se acentuó la progresiva estatalización de la gestión de la Sanidad pública, en detrimento de los municipios.

Las competencias sanitarias sufrieron una notable dispersión, por la insuficiencia de los servicios dependientes de la Dirección General de Sanidad para abordar los nuevos problemas, asumiendo un papel importante en la organización general de los servicios otros departamentos ministeriales. La dispersión iniciada a principios del siglo XX será en lo sucesivo irreversible.

La Ley de Bases de Sanidad Nacional, de 25 de abril de 1944, desde el punto de vista de la organización de los servicios sanitarios, no supuso ningún avance, aunque con ella se llegó a la total exclusión de los entes locales en la gestión de los servicios sanitarios.

Como Órganos centrales de la Administración del Estado, la Dirección General de Sanidad, permaneció como máximo órgano sanitario y el Consejo Nacional de Sanidad como órgano consultivo.

En los Órganos periféricos de la Administración del Estado hubo escasos cambios respecto del modelo decimonónico, fortaleciéndose los órganos desconcentrados en provincias de la Dirección General de Sanidad, que desde 1939 pasaron a denominarse Jefaturas Provinciales de Sanidad. Estas seguirán las instrucciones y directrices de la Dirección General de Sanidad, aunque dependientes de los gobernadores civiles. Estas competencias directas en Sanidad de los gobernadores civiles, poco a poco fueron decreciendo, lo que unido a la generalidad de las funciones desempeñadas por ellos y el marcado carácter técnico de la función sanitaria, provocó posteriormente el nacimiento de las Delegaciones Especiales de la Dirección General de Sanidad.

Como Órganos sanitarios consultivos provinciales, se regularon los Consejos Provinciales de Sanidad, que pierden su carácter representativo al integrarse en exclusiva por funcionarios.

Las Diputaciones Provinciales, mantienen sus competencias con bastante independencia, atribuyéndoles la Ley de Bases el establecimiento de servicios hospitalarios para la asistencia médico-quirúrgica, instituciones para la asistencia infantil, maternal, psiquiátrica, servicios para enfermos infecciosos, etc. Su fundamento hay que buscarlo en que esos servicios encomendados a las Diputaciones han sido durante largo tiempo la manifestación de servicios sanitarios asistenciales de la Administración Pública y su existencia se funda directamente en las obligaciones de las Diputaciones relativas a la protección de los necesitados. Por lo que tuvieron de insólito y temprano exponente de la Sanidad pública asistencial, funcionaron desconectados del resto de los servicios sanitarios.

La Organización sanitaria municipal no cambió esencialmente con la Ley de Bases de 1944.

La centralización de los servicios sanitarios hizo necesaria una mayor utilización de las técnicas de descentralización funcional, que culminó con el Decreto-Ley de 29 de diciembre de 1972, por el que se creó la Administración Institucional de la Sanidad Nacional (AISNA), organismo autónomo en el que se fusionaron todos los servicios que con anterioridad habían tenido el carácter de autónomos y habían funcionado con independencia.

Se acentuó a partir de la Ley de Bases 1944, la dispersión de los servicios sanitarios, que llevaron a una fragmentación del sector pese a la creación de órganos colegiados de coordinación.

3. SERVICIOS SANITARIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Desde finales del siglo XIX, las reivindicaciones sociales por la asistencia sanitaria de la gran masa de trabajadores asalariados al servicio de la progresiva industrialización, se fueron haciendo cada vez más intensas. Los trabajadores estaban en una zona intermedia, penosa e indefinida, a la que no llegaban los auxilios individualizados del Estado, por no tratarse de pobres en el sentido legal del término, y tampoco podían autosatisfacer sus necesidades pues carecían de medios suficientes como para costear la asistencia privada requerida.

Inicialmente el Estado se limitó a aconsejar y fomentar la previsión; al principio sólo en su manifestación más elemental, la fórmula del ahorro. Al hacerse esta intervención insuficiente, se inicia el camino hacia la implantación del seguro de enfermedad, que hasta ser definitiva, conoció diversas etapas.

Los programas públicos de aseguramiento social, en conjunción con las políticas laborales, están en el germen del Estado Social en España. Este modelo de Estado, intervencionista y regulador, ha de garantizar las condiciones idóneas para la cohesión social. Entre sus actuaciones se encuentra la protección contra los riesgos de la existencia (enfermedad, accidente común o laboral, desempleo, maternidad, vejez, muerte y supervivencia), lo cual remite a la concepción clásica de la previsión social y su desarrollo posterior como Seguridad Social y sus correspondientes programas sociales. Además de la función aseguradora frente a los riesgos, asume una función distributiva en el reparto de los mismos y en la organización de los servicios públicos.

El Estado social intervencionista - Estado de servicio público- organiza la “sociedad aseguradora”, utilizando la tecnología del seguro social (público) como instrumento técnico y político jurídico, para la gestión y reducción de los riesgos sociales.

El intervencionismo, con un papel más activo del Estado, es una tercera vía entre el individualismo liberal y el socialismo; el intervencionismo público podrá resolver la cuestión social mediante restricciones al mercado (a través de normas protectoras) y la introducción de sistemas públicos de protección social para situaciones de necesidad de las clases más desfavorecidas.

En la segunda postguerra mundial, el Estado social devenido ya en la fórmula de Estado del Bienestar, busca su legitimidad tratando de establecer un programa de protección social que pretende liberar a los individuos de la necesidad y del riesgo. El Estado del Bienestar se constituye en la instancia de organización de la solidaridad, realiza políticas redistributivas, asumiendo una intermediación política de la lucha entre los individuos y grupos sociales¹⁸.

Con anterioridad a la implantación del Seguro Obligatorio de Enfermedad (SOE), el riesgo de enfermedad era cubierto en nuestro país por la acción mutualista espontánea o gracias a la cobertura del seguro mercantil.

Las primeras instituciones del Seguro no se encargaban de proporcionar asistencia sanitaria al asegurado, sino que se limitaban a garantizar a éste los ingresos que no recibían durante su enfermedad; con este auxilio económico, el asegurado habría de buscar la asistencia facultativa por su cuenta.

¹⁸ MONEREO PÉREZ, J. L., “Los orígenes de la Seguridad Social en España, José Maluquer y Salvador”, en Colección de Trabajo y Seguridad Social, Dir. José Luis Monereo Pérez, Editorial Comares, Granada, 2007.

Posteriormente irán surgiendo los servicios sanitarios propios del Seguro, concretamente es a partir de la postguerra civil, cuando se empiezan a organizar servicios sanitarios para prestar asistencia sanitaria individualizada a trabajadores.

La evolución histórica de la gestión de los servicios sanitarios de la Seguridad Social, hay que contemplarla necesariamente en el marco de la gestión de la Seguridad Social. Aunque toda división en el estudio de la historia es arbitraria, aún a sabiendas de ello, vamos a considerar dos etapas durante el periodo que va desde la implantación del SOE hasta la entrada en vigor de la CE de 1978:

- Anterior a la Reforma Institucional de la Gestión de la Seguridad Social de 1978.
- Reforma de la Gestión Institucional y su desarrollo jurídico.

3.1. Etapa anterior a la Reforma Institucional de la Gestión de la Seguridad Social de 1978

3.1.1. Gestión de la Seguridad Social¹⁹

Para el estudio de la gestión de la Seguridad Social en cualquier etapa, es necesario abordar tres grandes problemas. Dos de ellos hacen referencia al quién de la actividad gestora, esto es, al sujeto o sujetos que deben realizarla. El tercero se refiere al cómo ha de organizarse y ejecutarse, o sea a los modos o formas en que la gestión puede y debe llevarse a cabo. Esto se traduce en tres grandes cuestiones: Estatismo o Privatismo, Unidad o Pluralidad y Administración Burocrática o Democrática.

En referencia al primero de los problemas, la Ley de Bases de 28 de diciembre de 1963 (LB/1963), pretendió crear un Sistema de Seguridad Social, donde antes sólo existía un conjunto asistemático de seguros sociales²⁰ y optó a favor de una gestión pública de la Seguridad Social,

¹⁹ESQUEMA DE LA GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL ANTES DEL REAL DECRETO-LEY 36/1978, DE 16 DE NOVIEMBRE (Tomado de Pendás Díaz, B., "Organización administrativa de la Seguridad Social española", colección de Tesis doctorales de la Universidad Complutense de Madrid, 1983).

Entidades Gestoras:

Régimen General: Instituto Nacional de Previsión, Mutualidades Laborales (de ámbito nacional, de ámbito provincial, Mutualidades y Cajas de Empresa), Servicio del Mutualismo Laboral, Instituto Español de Emigración.

Regímenes Especiales: *Adscritas al INP: Mutualidad Nacional Agraria de la Seguridad Social, Mutualidad Nacional de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar, Mutualidad del Seguro Escolar; *Adscritas al Servicio del Mutualismo Laboral: Mutualidad Laboral de la Minería del Carbón, Mutualidad Laboral de Transportes y Comunicaciones, Mutualidad Laboral de Trabajadores Autónomos, Mutualidad Laboral de Regímenes Especiales Diversos; * Independientes de ambos organismos: Instituto Social de la Marina; *Dependientes del Ministerio de la Presidencia del Gobierno: Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado; * Dependientes del Ministerio de Defensa: Instituto Social de las Fuerzas Armadas; * Adscrita al Ministerio de Justicia: Mutualidad General Judicial; * Régimen asimilado a Régimen Especial de la Seguridad Social: Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local.

Colaboración en la Gestión:

- Organizaciones Colegiales Sanitarias.
- Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo.
- Empresas.
- Agrupaciones de Empresas.

Servicios Sociales: Servicio Social de Medicina Preventiva.

Servicios Comunes: Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, Fondo Compensador del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, Fondo de Pensiones, Servicio de Reaseguro de Accidentes de Trabajo, Caja de Compensación del Mutualismo Laboral, Comisiones Técnicas Calificadoras, Instituto de Estudios de Sanidad y Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social.

Servicios Comunes Gestores de Servicios Sociales: Servicio de Asistencia a Pensionistas de la Seguridad Social, Servicio de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos Físicos y Psíquicos, Servicio de Higiene y Seguridad en el Trabajo, Servicio de Empleo y Acción Formativa y Servicio de Universidades Laborales.

²⁰ALONSO OLEA, M., "Las Bases de la Seguridad Social (Consideración en conjunto de la Ley de 28 de diciembre de 1963)", Revista de Política Social, enero-marzo, nº 61, 1964.

aunque más exactamente, fue una publicación relativa de la gestión, sólo parcialmente privatizada en materia de accidentes de trabajo²¹ y enfermedades profesionales, ya que las Mutuas de Accidentes de Trabajo fueron los únicos entes privados que al final fueron conservados por el legislador en concurrencia con los demás entes públicos.

Respecto al grado de publicación elegido, la LB/1963 se decantó por una gestión descentralizada por Entes públicos²² de previsión, creados por el Estado para realizar el régimen de previsión y dotados de personalidad jurídica, refiriéndose a ellos Vida Soria, como entes públicos instrumentales²³. Se estaba ante un supuesto de descentralización administrativa, y más concretamente de descentralización funcional o institucional. La doctrina iusadministrativista²⁴ lo explicó como fórmula de huida del ordenamiento general aplicable a la Administración del Estado, es decir una búsqueda de un régimen jurídico más flexible, de un espacio sin los controles rígidos que regula la actuación de la Administración Pública.

La tensión entre unidad de gestión o pluralidad de entes gestores, tiene su origen en la disyuntiva de si la gestión o administración de la Seguridad Social debe llevarse a cabo en base a un solo ente gestor o de varios. En España, desde el nacimiento en 1908 del Instituto Nacional de Previsión (INP), hasta la época de la floración de las Mutualidades Laborales –iniciada en 1942 y generalizada en el bienio 1946-1947-, fue gestor único de los distintos seguros sociales que sucesivamente se fueron creando.

Pese a que entre los principios de la LB/1963, se encontraba la “unidad de gestión”²⁵, sin embargo, se produjo una unificación relativa de la gestión en un número reducido de organizaciones, con una tendencia a erigirse en focos independientes e incoordinados²⁶: Una

²¹ TORTUERO PLAZA, J.L., “El texto refundido de accidentes de trabajo de 1956 y la formación del sistema de Seguridad Social”, en “Legislación histórica de previsión social”, dirs. GARCÍA MURCIA, J., CASTRO ARGÜELLES, M.A., Ed. Aranzadi, 2009, págs. 235-261.

²² VENTURI, A., “Il fondamenti scientifici della Sicurezza Sociale ». Milano, Dott. A. Giuffré Editore, 1954. Es clásica la clasificación que realiza de los entes públicos:

- Corporaciones (universitas personarum), que tienen como elemento básico una colectividad de individuos y se rigen por sí mismas, con voluntad propia.
- Instituciones o Fundaciones (universitas bonorum) que tienen como elemento característico una organización dirigida a un fin determinado. Se rigen por una norma exterior que es la voluntad del fundador.

Dentro de la gestión por Instituciones Públicas en el modelo español estarían el INP y el ISM, y las tres Entidades gestoras de la Seguridad Social creadas por el RD Ley 36/1978, de 16 de noviembre: INSALUD, INSS e Instituto Nacional de Servicios Sociales.

Tienen la consideración legal de Corporaciones de Derecho Público las Mutualidades Laborales Españolas, según el art. 39.2 de la LGSS/74.

²³ VIDA SORIA, J., “Aspecto Jurídico de la Gestión de la Previsión Social”, Revista de Política Social, nº 61, 1964.

²⁴ CLAVERO ARÉVALO, M., “Personalidad jurídica, Derecho General y Derecho Singular en las Administraciones Autónomas”, Documentación Administrativa, 58, 1962.

²⁵ Con anterioridad a la LB/1963 no existía un sistema de organización unitario, sino un conjunto de organizaciones independientes. Hasta 1956, tales organizaciones eran específicas para la gestión de cada seguro social (Cajas Nacionales a partir de 1940, conectadas con un ente público, el INP), pero lo que era más grave como síntoma de incoordinación, a partir de 1946-1947, hacen aparición las Mutualidades Laborales, que gestionaban sistemas de previsión diversificados en función de los distintos sectores profesionales, dotadas cada una de su propia organización. El Mutualismo Laboral nació como un sistema complementario profesional y con la LB/1963 se convierte en un mecanismo de gestión en igualdad jurídica con el INP, repartiéndose ambos organismos las competencias, no sólo del Régimen General, sino también en la mayoría de los Regímenes Especiales.

²⁶ La LB/1963 terminó con la duplicidad de sistemas protectores, estableciendo uno, único y uniforme para la población protegida (o para ser más precisos, varios regímenes uniformes de protección, ya que junto al Régimen General protector de los trabajadores por cuenta ajena de la industria o servicios, se permitieron varios Regímenes Especiales para otros sectores de la población), pero conservó las instituciones que habían nacido en función de aquellas fórmulas ya extinguidas, poniéndolas al servicio del nuevo sistema. Hubo a partir de entonces un sistema de protección único, con una pluralidad de instituciones, entre las que había que repartir las competencias. A diferencia de los organismos

pluralidad de Entidades gestoras se articulaban en torno a dos grandes organizaciones, el INP²⁷ y el Mutualismo Laboral²⁸. Además existían Entes gestores de determinados Regímenes Especiales, sin conexión con los dos macroorganismos citados, una triple colaboración en la gestión, a cargo, principalmente de entidades privadas y una variedad de Servicios de la Seguridad Social.

Dificultaba mucho la unificación, la irracional distribución de competencias entre los diversos entes gestores y entre las macroorganizaciones referidas. En efecto, las mismas prestaciones aparecían distribuidas como competencias del INP y del Mutualismo, sin más razón que la atención al hecho causante del que derivaba la contingencia (si era profesional, el

autónomos, cuya creación sólo podía realizarse con norma de rango de ley formal, en el dominio de la Seguridad Social, la creación de los entes gestores, era facultad discrecional del Ministerio de Trabajo, que ejerció ampliamente, sobre todo para la creación de entidades gestoras de Regímenes Especiales y para el establecimiento de Servicios Comunes.

²⁷El INP creado por la Ley de 27 de febrero de 1908. Eduardo Dato fue el artífice político de la creación del INP, pero la idea técnica fue, sin duda de Maluquer. “Para Maluquer y López Núñez, el INP constituía un ámbito autónomo de la Administración Pública, donde es intensa y continuada la colaboración de todas las fuerzas políticas y sociales de cualquier tendencia; esto es, una Institución típicamente pluralista de organización del intervencionismo en materia de previsión social. Estaba llamado a gestionar preferentemente el régimen de los seguros sociales (previsión social); constituyendo una institución aseguradora pública de carácter social”. Se trata de un intervencionismo administrativo encaminado a resolver la cuestión social predisponiendo no sólo medidas jurídicas de protección sino también estableciendo una racionalidad administrativa específica para atender al ámbito singular de lo social. Un rasgo diferenciador respecto a situaciones precedentes será la tendencia a incorporar a las representaciones de los distintos intereses sociales en las estructuras y organizaciones administrativas, conformando de algún modo, una organización (administrativa) de los intereses sociales. De ahí su doble carácter de organismo de enseñanza de la previsión y de caja de pensiones”. Véase MONEREO PÉREZ, J. L., “Los orígenes de la Seguridad Social en España, José Maluquer y Salvador”, en Colección de Trabajo y Seguridad Social, Dir. José Luis Monereo Pérez, Editorial Comares, Granada, 2007.

El INP presidirá la construcción ulterior y gradualista de un régimen de seguros sociales en nuestro país cumpliendo una función social del Estado al servicio del interés general de previsión. En dicho organismo público el Estado delega, con arreglo a las bases legales, toda una función nacional (previsión en un aspecto de riesgos inherentes a personas de determinadas zonas sociales). Su función es la de organiza.

Los seguros sociales son definidos por el Real Decreto de 20 de noviembre de 1919, como operaciones de previsión social fundadas en el ahorro y que tengan por base la vida humana, su duración o cualquiera de sus incidencias.

El INP fue al principio una fundación casi nacional, es decir, el Estado con ciertas colaboraciones, creó la sede central, la cual con una serie de Cajas regionales, aplicaría los Seguros. Treinta años después, se nacionaliza por completo. En efecto, las Cajas colaboradoras se convierten en Delegaciones del propio Instituto, sin perjuicio del régimen de autonomía, en virtud de la Ley de 1 de septiembre de 1939. Hasta su extinción en 1978, sufre una serie de modificaciones, tanto en su estructura orgánica como en sus Estatutos, consolidándose como órgano gestor de la Seguridad Social. El Instituto comenzó por hacer propaganda del ahorro y del seguro, pasando a un régimen de “libertad subsidiada” (operaciones de libre contratación, pero el Estado se obliga a bonificarlas), más como ello no bastaba, al cabo del tiempo, la obligación sustituyó a la convicción. Después de diez años de previsión libre en vejez y más de treinta, en accidentes, la previsión obligatoria hizo su aparición; entonces comienza a desarrollarse el citado Instituto, pero sobre todo a partir de 1939, con la implantación de otros seguros y su reorganización estructural es cuando conocería su momento culminante.

²⁸El Mutualismo Laboral fue un mutualismo desnaturalizado, pues estaba presidido por la nota de la afiliación obligatoria. La Orden de 10 de septiembre de 1954 aprobó el Reglamento General del Mutualismo Laboral, instituyendo “un sistema de Previsión Social obligatorio”, destinado a la protección “contra contingencias y riesgos fortuitos y previsibles”, configurándose como un sistema complementario de los Seguros Sociales Unificados, mejorando las prestaciones, pero a costa de una gravosa duplicidad de aseguradoras (INP y Mutualidades). Por consiguiente las Mutualidades Laborales constituyeron un sistema de previsión netamente laboral, cuya historia puede conocerse examinando las Reglamentaciones de Trabajo. Como señala Juan Eugenio Blanco Rodríguez, en su artículo “El Mutualismo Laboral en la doctrina española” (Cuadernos de Previsión Social, nº 7, 1954), estas entidades gestoras, si bien forzadas y surgidas por impulso del Ministerio de Trabajo, constituyen cuerpos de una administración autónoma, en la que se da una intervención directa de los trabajadores y de las empresas en la gestión de la previsión; esa participación de los interesados en la gestión, llevaba consigo una gran dosis de inmediatez en el mecanismo de concesión de las prestaciones.

Las Mutualidades Libres, por el contrario, estaban caracterizadas por ser absolutamente voluntarias en su creación y ser voluntaria también la asociación o incorporación a las mismas, y por dedicarse a fines de previsión social sin ánimo de lucro. Su norma reguladora básica fue la Ley de 6 de diciembre de 1941 y su Reglamento se aprobó por Decreto de 26 de mayo de 1943.

Mutualismo; si común, el INP), como era el caso de la asistencia sanitaria, la incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional. El mismo ente gestor, INP, encargado de la asistencia sanitaria lo era también de las prestaciones de desempleo y de la protección de la familia, mientras que el Mutualismo lo era de las pensiones por invalidez permanente, jubilación, muerte y supervivencia.

La cuestión Administración Democrática o Burocrática plantea como deben ser administradas las Entidades gestoras, bien por los propios interesados o sus representantes (democracia social), ya por funcionarios especializados (gestión burocrática), o bien por una combinación de democracia y burocracia. Tanto burocracia como democracia son posibles en un órgano gestor privado, público o mixto, sin que ambas sean excluyentes, sino que pueden ser concurrentes²⁹.

La LB/1963 y el Decreto 907, de 21 de abril de 1966, arbitraron un sistema de “participación en la gestión” de representantes de los trabajadores y de los empresarios en los órganos de gobierno de cada uno de los Entes públicos gestores. Sin embargo, hubo una falta de representación real de los sujetos interesados en la gestión de la Seguridad Social, ya que el gobierno efectivo de las instituciones se había trasladado “fuera de ellas” a los órganos de la Administración central en los que por el contrario, no se encontraban tales representaciones, de modo que las decisiones de los órganos representativos no afectaban para nada a la política de Seguridad Social en su conjunto, y ni siquiera a la parcela atribuida al Ente en cuestión. En las prestaciones que consisten en servicios, tampoco tuvo especial relieve la actividad de los representantes; por lo que se refiere a la asistencia sanitaria, el núcleo esencial del control de la calidad del servicio debe ejercitarse “in situ”, en órganos inmediatos de control a nivel de las diversas instituciones sanitarias y esa clase de control no existía, mientras que la planificación real era competencia del Ministerio y no de las Entidades gestoras, y en ella no tenían ningún papel, por consiguiente, los representantes elegidos.

Otros problemas de la gestión de la Seguridad Social fueron la falta de un régimen jurídico adecuado para la tutela del interés público y la inexistencia de un régimen adecuado de control que provocaba una falta de transparencia de las cuentas de la Seguridad Social.

Por los Decretos 907 y 909 de 21 de abril de 1966 se aprobaron los textos articulados primero y segundo de la LB/1963 que recogieron el derecho sustantivo y adjetivo o procedimiento laboral, respectivamente. El texto articulado de la Ley de Bases, Decreto 907, quedaba muy alejado del ideal de Sistema de Seguridad Social³⁰. De un lado la proliferación, junto al Régimen General, de Regímenes Especiales, y de otro, por la subsistencia de una multiplicidad de aseguradoras (INP, Mutualidades, Mutuas Patronales colaboradoras de la gestión de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales). Por otro lado el ánimo de lucro no desapareció, al subsistir las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. En tercer lugar, la insistentemente anunciada consideración conjunta de contingencias y prestaciones, sólo se realizó a medias, como se demostraba por el tratamiento peculiar de las consecuencias del accidente de trabajo y enfermedades profesionales.

La LGSS/74, transformó el Mutualismo Laboral en una Entidad Gestora y consideró los ingresos de las Mutuas Patronales como integrante del patrimonio de la Seguridad Social. A la “Gestión del Seguridad Social”, en general, se refería el Capítulo VII del Título I de esa Ley.

²⁹PENDÁS DIAZ, B., Op. citada. Opina que la gestión democrática y burocrática de la Seguridad Social no deben ser antagónicas, sino complementarias. El meollo de la cuestión radica en definir las parcelas de una y otra; en líneas generales, administrar, en el sentido propiamente dicho, es tarea propia de la democracia social, mientras que la gestión, como equivalente a ejecución, corresponde a los instrumentos burocráticos.

³⁰MONTOYA MELGAR, A., “La Seguridad Social española: notas para una aproximación histórica”, Revista de Trabajo, números 54-55, 1975.

En resumen, los principios informadores del marco jurídico ordenador de la gestión en esta etapa son los tres siguientes³¹: La participación de los trabajadores y empresarios en los Órganos colegiados de gobierno de las Entidades Gestoras, la supresión de todo lucro mercantil y el pluralismo institucional dentro de la unidad orgánica del sistema, pues la Seguridad Social se estructura en un Régimen General y en Regímenes Especiales, cada uno de ellos con su propia y respectiva Entidad Gestora.

3.1.2. Gestión de los Servicios Sanitarios de la Seguridad Social

El Seguro Obligatorio³² de Enfermedad (SOE), establecido por la Ley de 14 de diciembre de 1942, supuso una ampliación notable de la asistencia sanitaria, que continuó tras la adopción de un Sistema de Seguridad Social de tendencia expansiva, creándose nuevos centros asistenciales para trabajadores.

El efecto inmediato de la implantación del SOE fue que la Dirección General de Sanidad perdió fuerza expansiva, e incluso en los propios servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social estaba el germen de una absorción paulatina de competencias de aquella Dirección General.

La Ley creadora del SOE, extendía su protección a “todos los productores económicamente débiles” (art. 1º), a los que reconocía el derecho a prestaciones sanitarias, que incluían asistencia médica (medicina general y especialidades), análisis clínicos, hospitalización, medicina preventiva, servicios de prótesis, baños y ortopedia, prestaciones farmacéuticas y prestaciones económicas por enfermedad, maternidad y por gastos funerarios³³.

El Decreto de 11 de noviembre de 1943, aprueba el Reglamento del Seguro Obligatorio de Enfermedad, y regula detalladamente los fines y ámbito del Seguro, el campo de aplicación, las prestaciones, el ente asegurador, la organización de los servicios sanitarios, la inspección, la jurisdicción y el régimen disciplinario. A partir de entonces, la producción normativa sobre el SOE será incesante.

Para la gestión del SOE se crea la Caja³⁴ Nacional del Seguro de Enfermedad que estableció el INP, con separación completa de sus demás funciones y responsabilidades. La Caja Nacional

³¹GALA VALLEJO, C., “Gestión Institucional de la Seguridad Social”, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, Madrid, 1980.

³²Al principio, un régimen de seguro obligatorio, aunque limitado, subjetiva y objetivamente, friccionaba con el pensamiento liberal individualista, que veía en el seguro exclusivamente una técnica o un mecanismo (mercantilizado) de autoaseguramiento individualizado y estrictamente voluntario.

Para Maluquer el seguro social obligatorio (su finalidad reside en la protección humanitaria y presupone la intervención del Estado) es ante todo un “seguro de utilidad pública”: la denominación de “utilidad pública”, propia de otras esferas jurídicas, indica inmediata y claramente el carácter integral de su eficacia, y explica la protección del Estado, que se extiende hasta bonificarlo pecuniariamente y hacerlo obligatorio. Al tratarse de un seguro de utilidad pública, la intervención del Estado es más incisiva que respecto de los seguros de utilidad privada (en estos se limita básicamente a una reglamentación del contrato, civil o mercantil, de seguros, con restricciones y régimen de inspección. En cuanto a la función del seguro social, es una fórmula matemática de solidaridad humana. El seguro social obligatorio de vejez, fue el primer gran seguro social obligatorio en España (el seguro de accidentes estaba basado en un régimen de libertad subsidiada).

³³BLANCO, J. E., “Planificación de la Seguridad Social Española”, Ediciones Marte, Barcelona, 1964.

³⁴PARADA VAZQUEZ, J. R., “Derecho Administrativo II, Régimen Jurídico de la actividad administrativa”, Madrid: Open, 2013. Se refiere a las cajas especiales: Eran órganos administrativos ordinarios insertados en la jerarquía administrativa, pero privilegiados con excepciones de dudosa legalidad, a los principios y reglas presupuestarias de unidad de caja (todos los pagos e ingresos públicos deben hacerse en una caja única y contabilizarse en una cuenta también única) y de especialidad (las asignaciones del presupuesto se hacen por capítulos, artículos, conceptos, y han de gastarse dentro del periodo de vigencia de aquel, sometiendo los gastos a una rigidez anticipada), con objeto de administrar tasas recaudadas por la prestación de servicios, que se destinan a gastos de material o, preferentemente, a

gozaba de personalidad jurídica para cuanto se relacionase con sus propios fines. No obstante, para la gestión del SOE, se admitió el régimen de conciertos con las llamadas entidades colaboradoras, que actuaban por delegación de la Caja Nacional.

Posteriormente, el INP³⁵ se convirtió de facto, en la entidad gestora de toda la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, ya que las Mutualidades del Régimen General concertaban con él la prestación efectiva de los servicios sanitarios a ellas atribuidos, y otro tanto ocurría con las Entidades gestoras de Regímenes Especiales³⁶.

Al carecer el INP tanto de profesionales como de centros sanitarios propios, inicialmente abordó la prestación de la asistencia sanitaria con medios ajenos, conforme al modelo de seguros sociales, mediante contratos de servicios, suscritos con los médicos, con centros sanitarios, con hospitales privados y de las entidades locales. Las deficiencias de los establecimientos y medios inicialmente contratados, llevaron al INP a elaborar un Plan de Instalaciones ya en 1945³⁷ y la consiguiente construcción de una red propia de ambulatorios y centros hospitalarios de titularidad pública, atendidos por personal propio. Su progresiva expansión en las décadas siguientes convirtió a la red pública en la más importante del país. El concierto como modalidad de colaboración privada para servicios específicos, subsistirá, pero con carácter auxiliar y complementario.

Como norma con rango de ley, relativa a la asistencia sanitaria y a la organización administrativa de su gestión, destaca en el periodo analizado la LB 193/1963, y en concreto sus Bases³⁸ I, V, VI y XVII.

compensar las insuficientes dotaciones presupuestarias del personal. Es decir eran órganos administrativos liberados en parte del dogmatismo presupuestario, que creaban y administraban por sí mismos, y al margen de las reglas presupuestarias, fondos públicos de diversa procedencia, lo que, sin llegar a la atribución de personalidad jurídica independiente, les hacía más libres y eficaces, pero a costa de incrementar los riesgos de corrupción por los menores controles, provocando a su vez, graves desigualdades retributivas entre los funcionarios.

³⁵Entre las competencias del INP estaba la gestión de las funciones y servicios derivados de la asistencia sanitaria por maternidad, enfermedad común y accidente no laboral (art. 196.1 LGSS/74), y la gestión de determinadas contingencias de la acción protectora de los Regímenes Especiales consignados en el art. 2º del RD 2564/1977 de 6 de octubre (Regímenes Especiales cuyas Entidades Gestoras estaban adscritas al Servicio del Mutualismo Laboral: Régimen Especial de la Minería del Carbón, Régimen Especial de Trabajadores Ferroviarios, Régimen Especial de los Toreros, Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos – asistencia sanitaria a pensionistas-, Régimen Especial de Artistas, Régimen Especial de los Escritores de Libros –asistencia sanitaria a pensionistas-, Régimen Especial de los Representantes de Comercio –asistencia sanitaria a pensionistas-).

A las Mutualidades Laborales, el art. 197 de la LGSS/74 no asignó competencias sobre la gestión de las funciones y servicios derivados de la prestación asistencia sanitaria por contingencias derivadas de riesgos comunes.

Independiente del INP y de las Mutualidades Laborales, al Instituto Social de la Marina se le encomendaba la gestión, organización y dispensación de todas de las prestaciones incluidas en la acción protectora del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, y en concreto los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y la asistencia sanitaria derivada de enfermedad común y accidente no laboral. En la gestión de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales colaboraban las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo, en las mismas condiciones que en el Régimen General.

³⁶FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M., “La Administración de la Seguridad Social: Análisis de una reforma”, Revista de Seguridad, número 3, 1979.

³⁷En los estudios e informes de Jordana de Pozas, de 1950 y 1954 (biblioteca virtual del INGESA), puede verse la influencia de los planteamientos de Beveridge y la inspiración en su modelo de los proyectos del INP.

³⁸BLANCO RODRÍGUEZ, J.E., “Planificación de la Seguridad Social Española”, Op.cit.; realizó este autor, las siguientes observaciones a las previsiones de la LB/1963:

- Base VI: Asistencia Sanitaria:

El suministro y renovación de prótesis y ortopedia, y vehículos para inválidos, habían sido hasta la aprobación de la Ley una prestación graciable.

Respecto a los Servicios de Medicina de Urgencia, que habían sido perfeccionados por el Seguro de Enfermedad, la Ley los menciona como objeto de una organización especial, que supone un impulso a la inmediata asistencia facultativa en núcleos urbanos y rurales.

No hay innovaciones sustantivas en la ordenación de los servicios médicos. La facultad de elección no podrá establecerse reglamentariamente en forma muy distinta a la etapa anterior a la Ley; subsiste el sistema de asignación de cupos a médicos generales y especialistas y la remuneración en base de cantidad fija por asegurado o asistido, salvo casos especiales que aconsejen otro sistema.

La Exposición de motivos de la LB193/1963, reflejaba una razón ideológica, que era el rechazo a ganar dinero con la Seguridad Social: "Una de las causas que explica más satisfactoriamente, no sólo la gestión pública de la Seguridad Social, sino también la pervivencia y esplendor a través de los siglos del fenómeno del aseguramiento mutualista, incluso dentro de los esquemas de Seguros Sociales obligatorios, es la inexistencia de ánimo de lucro como móvil de actuación". Este planteamiento se lleva a la Base I: "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"; y se mantiene en la LGSS de 1966, y en otras leyes como la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 1944 y en la Ley de Hospitales de 1962. El art. 63 de la Ley de Contratos del Estado de 1965 excluía de la contratación pública los servicios sin contenido económico (la gestión indirecta requiere que el servicio público a prestar sea susceptible de explotación económica; a riesgo y ventura del concesionario, lo cual justifica su beneficio), como por ejemplo, la asistencia sanitaria. La ausencia del ánimo de lucro mercantil en la ordenación y gestión de la Seguridad Social, y en concreto de la asistencia sanitaria, actualmente se mantiene en el TRLGSS, art. 4, y en el sector sanitario, en la LGS, art. 90.2.

La Base VI dedicada a la Asistencia Sanitaria, establecía que se organizaría su prestación a través de un sistema coordinado, colaborando en su gestión las organizaciones colegiales. La Ley también se refirió a los servicios de urgencia. Sin embargo no hubo innovaciones sustantivas en la ordenación de los servicios médicos³⁹.

La Base XVII se dedicaba a la Gestión de la Seguridad Social. En ella se establecía la coordinación de las Entidades Gestoras, en orden a la utilización de instalaciones sanitarias y a la percepción unificada de prestaciones. Las empresas podían intervenir en la gestión de la Seguridad Social, colaborando en los regímenes de enfermedad.

Destaca como norma básica, la modificación de la Ley de Seguridad Social, de 21 de abril de 1966, en materia de ordenación de los servicios sanitarios, por el Decreto Ley de 13/1971, de 22 de julio.

Las enmiendas aceptadas por la Comisión Especial, que dictaminó el Proyecto, dejaron reducidas a la "coordinación", la más ambiciosa meta propuesta en aquel de organizar la asistencia sanitaria en un sistema unitario, introduciendo además la intervención de los médicos a través de sus órganos colegiales, en la gestión de aquella.

En la prestación farmacéutica, se introducen tres medidas importantes. La fundamental innovación es la contribución de los asegurados a los gastos de farmacia, pese a la posible repulsa con que podría ser acogida por extensos sectores de la población laboral. En las instituciones del Seguro se introduce la adquisición directa de medicamentos, para beneficiar su economía. En tercer lugar, se suprimió el Petitorio y el Catálogo de Especialidades Farmacéuticas o de cualquier otro sistema de listas de medicamentos.

- Base XVII: Gestión de la Seguridad Social.

Las Mutualidades asumen por primera vez en su historia la gestión de unas prestaciones de asistencia inmediata o automática, que habría de originar una posibilidad de servicios administrativos y sanitarios análogos a los del Seguro de Enfermedad, aunque lo más probable, según este autor, en atención sanitaria sea el concierto o la colaboración de los servicios sanitarios generalizados de la Seguridad Social, como así ocurrió.

³⁹Los principios generales que marca la LB/1963 para regir la ordenación de los servicios médicos de la Seguridad Social, excluidos los de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, son los siguientes: a) Facultad de elección, en la forma que reglamentariamente se establezca, a la persona titular del derecho a la asistencia sanitaria, cuando en una determinada zona o circunscripción territorial presten sus servicios a la Seguridad Social varios médicos generales, pediatras de familia o tocólogos; b) Corresponderá un médico general a cada cupo base de titulares o, en su caso, de beneficiarios, que se determinará en las diferentes localidades en que haya suficiente número de ellos, teniendo en cuenta la proporción existente entre su total población y el número de aquellos que en la población reside; se señalarán los cupos máximos que puedan ser asignados a cada facultativo, los cuales no podrán sobrepasarse salvo circunstancias excepcionales. El número de especialistas, guardará relación en su caso con el de médicos generales; c) Los servicios sanitarios de la Seguridad Social se prestarán conforme al estatuto jurídico que reglamentariamente se establezca. El internamiento se podía efectuar en las instituciones sanitarias de la Seguridad Social o bien mediante concierto, en aplicación del principio legal de coordinación hospitalaria, en las clínicas, sanatorios y establecimientos de análoga naturaleza, ya revistan el carácter de público o privado. Se dictarán normas por las que hayan de regirse los conciertos que con las Facultades de Medicina formalicen las Entidades competentes de la Seguridad Social.

Como normas reglamentarias, relativas a la organización administrativa de la gestión de la asistencia sanitaria que fijan el marco orgánico, se promulgaron las siguientes disposiciones:

-D 2766/1967, de 16 de noviembre sobre Prestación sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social. Este Decreto sentó los parámetros de los servicios médicos de la Seguridad Social, en base a una distribución territorial en zonas, servicios provinciales, regionales y nacionales, describiendo el catálogo de especialidades y señalando las modalidades de asistencia médica, según sea ésta domiciliaria, ambulatoria o en régimen de internamiento. Sufrió modificaciones, estando sólo en vigor el apartado dos de su art. sexto (disp. derog. Única R D 1192/2012).

-D 1872/1971, de 23 de julio y O de 28 de julio de 1971 que lo desarrolla sobre Jerarquización de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social. Esos dos textos se complementan por la O de 7 de julio de 1972. Estas disposiciones prevén la posibilidad de establecer servicios jerarquizados en las instituciones abiertas y, en todo caso, en los Centros de Diagnóstico y Tratamiento.

-O de 7 de julio de 1972 que regula el Reglamento General para el Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social. Se modifica por otra O de 27 de junio de 1973.

- R D 1558/1977, de 4 de julio, que crea el Ministerio de Sanidad y Seguridad Social. Es la disposición que marca un punto de inflexión en la organización de la Sanidad, pues supuso la ambicionada meta de la unidad de dirección política y administrativa, básica para ulteriores reformas de la Sanidad y de la Seguridad Social. La organización periférica se realizó por D 2109/1977, de 11 de julio, que regula las competencias de la Administración Provincial de Sanidad y Seguridad Social.

3.2. Reforma de la Gestión Institucional de la Seguridad Social y su desarrollo jurídico⁴⁰

Se llevó a cabo por el Real Decreto Ley 36/1978, de 16 de noviembre, de gestión institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo. Desarrollaron la reforma, los Decretos 1854, 1855 y 1856, todos de treinta de julio de 1979.

⁴⁰ESQUEMA DE LA GESTIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL DESPUES DEL REAL DECRETO-LEY 36/1978, DE 16 DE NOVIEMBRE, NORMAS QUE LO DESARROLLAN (Tomado de Pendás Díaz, B, Op. cit.)

Entidades Gestoras: Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Instituto Nacional de la Salud (INSALUD), Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO), Instituto Nacional de Empleo (INEM).

Entidades Gestoras de Regímenes Especiales: Instituto Social de la Marina, Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS), Mutualidad General Judicial, Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local (MUNPAL).

Organismos Autónomos: Administración Institucional de la Sanidad Nacional (AISNA), Instituto Nacional de Asistencia Social (INAS).

Servicios Comunes: Tesorería General de la Seguridad Social, Comisiones Técnicas Calificadoras y Gerencia de Informática de la Seguridad Social.

Colaboración en la gestión: Empresas, Mutuas Patronales, Asociaciones, Fundaciones, Entidades Públicas, Entidades Privadas.

Sobre posteriores reformas del Sistema de Seguridad Social, Vid. TORTUERO PLAZA, J.L., ALONSO OLEA, M., "Instituciones de Seguridad Social", Ed. Aranzadi, 2002, y TORTUERO PLAZA, J.L., "Cómo, cuándo y qué reformar en la Seguridad", Temas para el debate, nº 225-226 (ag.-sept.), Fundación Sistema (<http://www.fundacionsistema.co...>), 2013, págs. 33-35; GARCÍA NINET, J.I., DE VICENTE PACHÉS, F., GARRIGUES JIMÉNEZ, A., "Configuración técnica de los servicios sociales y régimen jurídico", en "La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras: homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación" / Coords. MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M.N., 2008, págs. 1157-1184.

3.2.1. Principios de la reforma

Los principios sobre los que giró la reforma, fueron los siguientes⁴¹: Gestión publicada, descentralización territorial, unidad gestora, participación de los interesados, y colaboración complementaria.

3.2.1.1. Gestión publicada

Sigue manteniéndose de forma idéntica a la situación precedente a la reforma, sólo residualmente privatizada la gestión de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Inmediatamente después al R D Ley reformador, con el art. 41 de la CE, la publicación de la gestión será la regla general y la privatización la excepción, refiriéndose esta última a las prestaciones complementarias.

3.2.1.2. Centralización-descentralización

El principio de descentralización territorial se introdujo en la reforma de la gestión de la Seguridad Social⁴², pero aunque así no hubiera sido, bastaría para sentarlo la previsión del art. 137 de la CE. Dicho principio en la Seguridad Social tenía que contar con los principios basilares de la estructura territorial del Estado: Unidad (constituido por un sólo Estado, con unidad de territorio integrado), Autonomía (constituido por un Estado regional) y Solidaridad (evitando desequilibrios que impidan las condiciones de igualdad de los españoles). Las Comunidades Autónomas, deben ser consideradas como nivel territorial de gestión dentro del esquema organizativo de nuestra Seguridad Social, teniendo en cuenta los arts. 148.1.20ª y 21ª y 149.1. 16ª y 17ª de la CE.

Los Entes institucionales que se establecen en la nueva disposición tenían las mismas competencias que sus predecesores, si bien redistribuidas de forma no coincidente. Tales Entes institucionales siguen siendo Entes Gestores de la Seguridad Social, pero una parte de las instituciones reguladas en el R D Ley tienen la calificación de Organismos autónomos; se trataba de las entidades que ya tenían tal carácter con anterioridad a la reforma: AISNA y el INAS.

Sin embargo se introdujo en el art. 2º.2 del R D Ley 36/1978 la novedad de una descentralización territorial a favor de las entidades locales (sin precisar cuales) al establecer que “los centros sanitarios y asistenciales de los organismos citados en el artículo anterior, podrán ser gestionados y administrados por las Entidades Locales”⁴³. Era una descentralización de segundo grado, puesto que el establecimiento y regulación de los centros pertenece obviamente a las entidades gestoras.

⁴¹ALMANSA PASTOR. J.M., “Principios de Reforma de la Gestión de la Seguridad Social”, Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón, Editorial Tecnos, Madrid, 1980.

⁴²Cfr. art. 2, del R D Ley 36/1978, según el que “los organismos a que se refiere el presente Decreto Ley desarrollarán su actividad en régimen descentralizado en los diferentes ámbitos territoriales” así como “los centros sanitarios y asistenciales de los organismos citados podrán ser gestionados y administrados por las entidades locales”.

⁴³El art. 1.1, a) y c) del R D 1855/1979 desarrolla esa previsión, al extender el principio de descentralización territorial a los ámbitos de la Administración local, fundamentalmente por lo que se refiere a los cometidos del INSALUD, el cual puede concertar con aquella el desarrollo y ejecución de las prestaciones sanitarias, así como los servicios de medicina preventiva, de promoción de la salud, etc, bajo coordinación funcional del Instituto.

3.2.1.3. Principio de unidad de gestión⁴⁴

Para acercarse a este principio el R D Ley 36/1978 se refiere a la simplificación del número de las entidades gestoras, a la racionalización en la distribución de sus competencias y al ahorro de costes.

Respecto a la simplificación, el balance en realidad fue dudoso. Se extinguieron las Entidades Gestoras, INP y Servicio de Mutualismo Laboral con sus Mutualidades Laborales y demás entidades gestoras de estructura mutualista, creándose:

- El Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), para la gestión de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, en orden a su reconocimiento, así como a los presupuestos materiales previos de inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de los sujetos protegidos, así como el reconocimiento del derecho a la protección de la asistencia sanitaria.
- El Instituto Nacional de la Salud (INSALUD), Entidad Gestora de la Seguridad Social, para la administración y gestión de los servicios sanitarios. En realidad el INSALUD será el continuador con otro nombre del INP, en la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

El RD 1855/1979⁴⁵ de 30 de julio, caracterizó al INSALUD, como Organismo ejecutivo fundamental de la política, que corresponde al Estado y desarrolla el Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, para la asistencia médica y sanitaria y para la promoción de la salud; le asigna la gestión de la protección sanitaria del Sistema de Seguridad Social con exclusividad, la gestión de la medicina preventiva y de la promoción de la salud, así como la coordinación funcional de las actividades sanitarias de las instituciones públicas o privadas. Con la creación del INSALUD se sientan los cimientos de un sistema sanitario integral⁴⁶.

- El Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO), para la gestión y administración de las prestaciones sociales.

Se mantuvo el Instituto Social de la Marina (ISM).

Referente a la racionalización, se pretendió una triple dimensión: racionalización interna de la Seguridad Social (Principio de caja única en todo el Sistema de Seguridad Social, simplificar el número de las Entidades Gestoras y racionalizar sus funciones), una racionalización global del Estado y de la Seguridad Social (remite al Estado funciones tales como el Empleo y Servicios Sociales) y una racionalización intermedia (al nivel de las competencias sectoriales que al Departamento impulsor de la reforma corresponden: Salud, Seguridad Social y Servicios de Asistencia Social). La reforma supuso un avance, dada la irracional distribución de competencias a nivel de macroorganizaciones, creándose entidades especializadas; sin embargo ese balance positivo se diluyó al no se unificarse las entidades competentes en materia sanitaria, consagrándose la dualidad de instituciones asistenciales, las de la Seguridad Social, a través del INSALUD y las del Estado, a través de la preexistente AISNA.

⁴⁴La unidad de gestión puede ser predicable, en dos sentidos, de la titularidad de la función o del ejercicio de la función.

En el primer sentido, la titularidad de la función corresponde a un único ente a quien compete en exclusiva la ordenación de la actividad que desarrolla la función; el principio de unidad gestora, propiamente dicho, se refiere a la titularidad de la función, que corresponde en exclusiva al Estado.

En el segundo sentido, el ejercicio de la función habría de corresponder a un único ente institucional. En sentido impropio, permite que una pluralidad de entes institucionales desarrollen el ejercicio de la función, sin menoscabo de la única titularidad. Es así como los principios de simplificación, racionalización y de ahorro de costes referidos fundamentalmente al ejercicio de la función gestora, se adecuan al principio de unidad de gestión.

⁴⁵El R D 1855/1979, de 30 de julio lo califica como "...Entidad Gestora de la Seguridad Social para la administración y gestión de servicios sanitarios...", fórmula que ponía en tela de juicio si el INSALUD tenía personalidad jurídica como las restantes Entidades Gestoras.

⁴⁶ALMANSA PASTOR, J.M. , "Derecho de la Seguridad Social", Op.cit.

El Ahorro de costes deriva de la simplificación y racionalización, pues la concentración gestora ha de producir de inmediato un abaratamiento de los gastos de la gestión dispensadora de prestaciones y además se contempla la economicidad de la gestión recaudatoria, al crearse la Tesorería de la Seguridad Social, quien se encargará además de custodiar y distribuir los ingresos del Sistema⁴⁷.

3.2.1.4. Participación de los interesados en la gestión⁴⁸

La reforma se planteó extraer al Sistema del excesivo oscurantismo y democratizar la Seguridad Social. La auténtica participación y las justas proporciones de participación, necesitan contar previamente con los intereses colectivos que se debaten en la gestión del Sistema (de los trabajadores por cuenta ajena, de los empresarios, de los profesionales autónomos, de los beneficiarios vitalicios y pensionistas, de los funcionarios y personal de entidades de gestión y de la sociedad, personificada en el Estado) y que sostienen la aspiración legítima de estar presentes en la participación. En evitación de que exista discriminación de todos ellos han de surgir lo que la CE califica de interesados en la Seguridad Social (art. 129.1 CE).

En el art. 3º del RD Ley 36/1978 se recogen los principios que han de regir la participación:

“Se faculta al Gobierno para regular la participación en el control y vigilancia de la gestión del INSALUD, del INSS y del INSERSO, que se efectuará gradualmente desde el nivel estatal al local, por órganos en los que figurarán, fundamentalmente, por partes iguales, representantes de los distintos sindicatos, de las organizaciones empresariales y de la Administración Pública. Igualmente se regulará un régimen de participación de carácter tripartito en el control de las Mutualidades”.

Los Reales Decretos que desarrollan la reforma, regulan definitivamente los Consejos Generales de las Entidades Gestoras, permitiendo sentar las siguientes observaciones respecto de la participación: 1) Se adoptó un sistema formal de participación dualista⁴⁹, al existir separación entre órganos de participación (Consejo General y Comisión Ejecutiva) y órganos de dirección y gestión (Dirección General y Secretaría General). 2) Las representaciones quedan referidas a las sindicales y empresariales. 3) Respecto a la intensidad participatoria, los Consejos Generales se constituyeron como auténticos órganos gestores, cuyas decisiones deben ser aplicadas por los órganos ejecutivos, bajo la supervisión y control de las Comisiones Ejecutivas⁵⁰.

⁴⁷Al INP, centro de una galaxia administrativa, rodeado de multitud de planetas y satélites gestores, correspondía la recaudación de los ingresos y la dispensación de la mayor parte de las prestaciones sanitarias, económicas y asistenciales. La reforma supuso una ordenación más equilibrada y racional de la gestión de los ingresos y los gastos de la Seguridad Social.

⁴⁸En el orden material de la participación hay que realizar las siguientes precisiones: 1) Distinguir la gestión propiamente dicha, que verifica la entidad gestora, mediante decisiones adoptadas por sus órganos, de la dirección, vigilancia y tutela que sobre las entidades gestoras realizan los órganos estatales, cuya esfera trasciende del ámbito participatorio. 2) La participación en la gestión de personal ha de diversificarse respecto de los restantes ámbitos materiales de gestión, precisamente por la peculiaridad de los intereses colectivos afectados por la gestión de personal. 3) Distinguir las competencias materiales de los órganos centrales y las competencias materiales de los órganos territoriales de las entidades gestoras. 4) Hay que diferenciar en la intensidad de la participación: * Cogestión: implica la participación en la adopción de decisiones y en la ejecución de éstas, llevando aparejada la participación en la responsabilidad decisoria (por ejemplo derecho al veto, codecisión); * Control de decisión: Supone una influencia en la adopción y ejecución de las decisiones, pero éstas, así como la responsabilidad dimanante, pertenecen exclusivamente al órgano decisor (por ejemplo derecho de información, derecho de protesta, derecho de sugerencias).

⁴⁹Se rechaza, a *sensu contrario*, el sistema formal integrante, que supone que en el mismo órgano decisor se integran las representaciones participatorias. Este era el sistema seguido por el Consejo de Administración y la Comisión Permanente del INP y por las Asambleas y Juntas Rectoras del Mutualismo Laboral.

⁵⁰ALMANSA PASTOR, J. M., “Principios de la reforma”, op. cit.

3.2.1.5. Colaboración complementaria

El principio de eficacia social enunciado en la reforma se traduce legalmente en la colaboración complementaria en la gestión, que según el R D Ley 36/1978, art. 2.3, se puede seguir realizando por empresas, mutuas patronales, asociaciones y fundaciones y entidades públicas y privadas, previa inscripción en un registro público.

A partir del R D Ley, 36/78, la financiación y la gestión de la Seguridad Social, van a ser cuestiones deslegalizadas, esto es, sobre las cuales el Gobierno no necesitará de una autorización del poder legislativo para regularlas.

3.3. Resultados sobre la gestión de la asistencia sanitaria

3.3.1. Competencias del INP que son asumidas por el INSALUD

- Asistencia sanitaria por maternidad, enfermedad común o accidente no laboral.
- Asistencia sanitaria por enfermedad común o accidente no laboral de los trabajadores activos comprendidos en los Regímenes de Trabajadores Ferroviarios, Artistas y Toreros.
- Asistencia sanitaria de pensionistas de los Regímenes Especiales citados en el apartado anterior, así como la relativa a los Escritores de Libros, Representantes de Comercio y Trabajadores Autónomos.

3.3.2. Competencias de las Mutualidades Laborales traspasadas al INSALUD

- Asistencia sanitaria por accidente de trabajo y enfermedades profesionales, cuando el beneficiario se encuentre en la situación de incapacidad laboral transitoria o invalidez provisional, en el supuesto de que la cobertura de estas contingencias se hubiese establecido con la Mutualidad Laboral correspondiente.

El órgano relacionado con el área de salud, Servicio Social de Medicina Preventiva, se extinguió, siendo asumidas sus funciones por el INSALUD.

3.3.3. INSS

En este organismo se integraron las Mutualidades Laborales y demás entidades gestoras de estructura mutualista, asumiendo dicho Instituto sus funciones y competencias; además asumió funciones y competencias del INP que quedó extinguido, planteándose problemas de delimitación de atribuciones frente al INSALUD en la gestión de la asistencia sanitaria.

Se produce una separación de competencias entre el INSS y el INSALUD en el caso de la incapacidad laboral transitoria y maternidad en los Regímenes Especiales de Trabajadores Ferroviarios, Toreros y Artistas, pues la incapacidad laboral transitoria conlleva la prestación económica y la sanitaria.

3.3.4. AISNA

Le atribuye el art. 1º.2.1 del RD Ley 36/1978 “la gestión de los servicios de prevención y asistencia que tenga encomendados”. Por consiguiente, al Organismo AISNA se le ratifica la competencia de los servicios preventivos y asistenciales que ya tenía asignados, pero sin aumento ni disminución de sus atribuciones.

3.3.5. Prestaciones recuperadoras⁵¹

La delimitación de funciones quedó como sigue:

- Competencias atribuidas al INP sobre prestaciones recuperadoras en situación de incapacidad laboral transitoria o invalidez provisional por maternidad, enfermedad común o accidente no laboral. Las competencias se atribuyen a tres organismos distintos: Al INSALUD el tratamiento sanitario, al INSS el subsidio de recuperación y al INEM la orientación y formación profesional y el empleo selectivo.
- Competencias atribuidas a las Mutualidades Laborales sobre prestaciones recuperadoras que procedan durante las situaciones de incapacidad protegidas por las Mutualidades. Las competencias se atribuyen de igual forma que en el caso anterior.

3.3.6. Mutualidades no adscritas al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

MUFACE, ISFAS, MUGEJU y MUNPAL, seguirían con su adscripción, “en tanto no se disponga otra cosa por el Gobierno”.

3.3.7. La Medicina Preventiva Laboral

Pasó a ser competencia del INSALUD⁵².

4. LOS PROBLEMAS DE LA ORGANIZACIÓN SANITARIA PÚBLICA ESPAÑOLA AL LLEGAR 1978

Pese a la reforma emprendida en la gestión de la Seguridad Social en 1978, año en que entra en vigor la CE, la organización sanitaria pública arrastraba históricamente, unos problemas, que se pueden esquematizar de la siguiente forma:

4.1. Centralización y dispersión

La evolución del Sistema del Sanitario español marcó dos características principales: la centralización y la dispersión.

Desde que emergió la Administración contemporánea del Antiguo Régimen, hasta la CE de 1978, la Administración sanitaria, evolucionó hacia una clara centralización, de tal modo que las decisiones configuradoras y rectoras del Sistema de Salud, así como las de gestión pasaron a corresponder exclusivamente al Estado. Ese mecanismo centralizador, se realiza a favor de determinados colectivos profesionales que van a llevar la dirección del Sistema de Salud a través de la Sanidad Nacional, concretamente en la Dirección General de Sanidad. En la más reciente Administración sanitaria paralela creada en el contexto de la Seguridad Social, también el papel de las profesiones sanitarias fue decisivo. Esas profesiones han sido tres, Medicina, Farmacia y Veterinaria. Se descuidan por tanto, aquellos aspectos de la protección de la salud que no son

⁵¹La LGSS/1974, en sus arts. 146 a 152, disponía que las prestaciones recuperadoras se concretan en tratamiento sanitario, subsidio de recuperación, orientación y formación profesional y empleo selectivo. La Ley 52/2003, de 10 de diciembre, derogó los artículos del Capítulo VI – Recuperación – del TRLGSS.

⁵²El nuevo Organismo autónomo de carácter administrativo, relacionado con el área de la salud, INSTITUTO NACIONAL DE HIGIENE Y SEGURIDAD EN EL TRABAJO (antes del RD Ley 36/1978, era el Servicio Social de Higiene y Seguridad en el Trabajo), que se encuadra a raíz de la reforma en los Servicios Comunes Gestores de Servicios Sociales, asumirá escasas competencias.

propios de las mismas. Tampoco existía un planteamiento interdisciplinario en la dirección y gestión de los servicios sanitarios.

Paralelamente a la centralización se produce una profunda dispersión en la actividad sanitaria, es decir una creciente intervención de otros Departamentos Ministeriales en la gestión sanitaria que dificulta la organización del sector. En vez de una descentralización territorial, que sí introdujo la reforma de la gestión de la Seguridad Social de 1978, se utiliza la técnica de la descentralización funcional, creándose una red de Organismos autónomos de la Sanidad Nacional, que dificultan la adecuada planificación para un mejor aprovechamiento de los recursos sanitarios.

A la vez se multiplica la creación de órganos colegiados de coordinación, tanto a nivel nacional como provincial, que acrecienta el proceso de fragmentación del sector, obligando a abrir paso a fórmulas integradoras que con la Constitución vigente han de pasar necesariamente por las Comunidades Autónomas.

La creación del Ministerio de Sanidad supuso un paso importante para la estructuración de un sistema sanitario unitario, aunque no consiguió el objetivo.

La dicotomía: enfermedad –asistencia individual –actividad curativa, de una parte y salud pública-acción colectiva-prevención, de otra parte, era una realidad en la época preconstitucional.

4.2. Problemas organizativos

Los principales problemas del Sistema Sanitario preconstitucional eran especialmente organizativos. La Seguridad Social no se limitó a sus funciones de aseguramiento, sino que montó una organización sanitaria propia. Consecuencia de ello es el desarrollo en paralelo con las redes hospitalarias estatales, provinciales y municipales de una red establecimientos sanitarios de la Seguridad Social, y al extenderse ésta a la mayor parte de la población, exigía establecer convenios y conciertos con instituciones públicas y privadas. Es en el ámbito de la Seguridad Social donde se fragua la política sanitaria general. Se aboca a una organización, que más bien es un complejo de organizaciones sanitarias yuxtapuestas, con múltiples problemas de coordinación y distorsiones en el personal sanitario, siendo imposible una gestión unitaria de los aspectos asistenciales de la protección de la salud.

4.3. Deficiente atención primaria de salud y hospitalocentrismo

Desde el punto de vista funcional, la evolución del Sistema Sanitario se caracterizó por un marcado hospitalocentrismo, en detrimento del nivel asistencial primario. Ese fenómeno de culturización médica en torno a la medicina hospitalaria, provocó un gran desarrollo hospitalario, en los planos asistencial, docente e investigador, y una pobre situación de la atención primaria de salud y de la salud comunitaria. Esa tendencia era contraria a la Declaración de Alma-Ata, de 12 de Septiembre de 1978, organizada conjuntamente por la OMS y la UNICEF, en la que se afirmó que la atención primaria de salud era clave para lograr la salud para todos en el año 2000.

4.4. Desigual distribución de los profesionales sanitarios

La tendencia a la especialización y las mejores perspectivas profesionales y económicas provocaron que las nuevas generaciones de médicos mostraran una tendencia inequívoca a permanecer en las ciudades con evidente perjuicio de las zonas rurales, produciéndose una desigual distribución de recursos personales.

4.5. Indefinición del sector público frente al privado

El ejercicio libre de la profesión médica ha sido a lo largo de la historia del Sistema Sanitario público un factor importante. A medida que se desarrolla el INP, en el que prestaban servicio profesionales asalariados, disminuye la demanda del libre ejercicio profesional; sin embargo los profesionales médicos perfunden paulatinamente la estructura sanitaria pública, prestando servicios para la misma y ejerciendo como profesionales liberales. Esto provoca una indefinición del sector público frente a la iniciativa privada, ocurriendo que profesionales asalariados del sector público pudieran favorecer el tratamiento de su cliente privado utilizando las facultades que aquella condición le da. Por otra parte ciertos colectivos médicos, especialmente en los hospitales Clínicos Universitarios y en los hospitales de las Diputaciones Provinciales, tenían la potestad del ejercicio privado en esos centros públicos, provocándose situaciones de discriminación entre los pacientes y de disconformidad y conflicto entre los propios profesionales.

4.6. Dificultad para identificar los principios rectores del Sistema Sanitario

La Ley de Sanidad de 25 de noviembre de 1944, fue una simple Ley de principios, cuyo desarrollo por medio de múltiples reglamentaciones de rango mínimo, provocaron una deslegalización casi completa de la regulación de la intervención pública en el sector sanitario y de su organización, lo que permitía que las orientaciones políticas sometieran a la organización a continuas variaciones.

4.7. Inexistencia de garantías de los derechos individuales frente las intervenciones públicas limitadoras

Existen múltiples manifestaciones de la tutela pública de la salud de los ciudadanos que requieren la intervención de las autoridades y sus agentes sanitarios en sus derechos y libertades. Faltaba en las normas preconstitucionales un tratamiento jurídico idóneo para garantizar los derechos individuales frente a las intervenciones sanitarias de tipo limitador.

II. ETAPA POSTERIOR A LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

1. LA ORGANIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS SANITARIOS EN EL MARCO CONSTITUCIONAL

La CE se ocupa de la Sanidad tanto en su parte dogmática (arts. 41, 43 y 49)⁵³, como en la organizativa (arts. 148.1.21^a y 149.1. 16^a y 17^a) empleando los conceptos de: Seguridad Social, Salud, Salud Pública (en la parte sustantiva) y Sanidad Exterior e Interior (en la organizativa).

Los arts. 41 y 43 afectan de modo directo al contenido y a la organización de los servicios sanitarios, aunque los aspectos más relevantes para la organización de ellos son los relativos al reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, establecido en los arts. 148.1.21^a y 149.1. 16^a y 17^a.

El art. 43 de la CE consagra el bien de la salud bajo la forma del reconocimiento del derecho a la protección de la salud, que es un derecho universal, ínsito en el status de ciudadanía. Respecto al contenido de ese derecho, hay coincidencia doctrinal en que comprende un aspecto negativo, en cuanto que es un derecho del individuo a que el Estado se abstenga de cualquier acto que pueda

⁵³El art. 50 CE, refiriéndose a los ciudadanos durante la tercera edad, prevé que los poderes públicos “promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”.

lesionar su salud, y un aspecto positivo, que se concreta en el conjunto de medidas que los poderes públicos deben establecer para conseguir la prevención de las enfermedades o la mejora de las condiciones sanitarias. El término “salud pública”, empleado en el párrafo 2 del art. 43 para determinar el objeto del sistema de protección y tutela que deben organizar los poderes públicos plantea dificultades de interpretación, que se ha resuelto mediante una interpretación amplia, comúnmente admitida, basándose en el concepto de salud pública propuesto por Wislow⁵⁴, obligándose a los poderes públicos a organizar servicios sanitarios que ofrezcan a los ciudadanos prestaciones de carácter preventivo, curativo, rehabilitador, de promoción de la salud, de fomento de la educación sanitaria y la educación física y el deporte así como de facilitación de la utilización adecuada del ocio, y, por conexión con el art. 49 de la CE, las que correspondan a una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los discapacitados físicos, sensoriales y psíquicos.

Ahora bien, el constituyente no está creando ni atribuyendo directamente un derecho individual; se refiere a la salud como derecho y remite expresamente al legislador ordinario el establecimiento de los derechos y los deberes de todos al respecto. Se está, pues ante un bien que, por su trascendencia, ha de traducirse, en el proceso continuado de integración social cumplido en el contexto del desarrollo constitucional y a través de la pertinente acción estatal, tanto en derechos y deberes, como en acciones públicas preventivas, prestacionales y de servicio.

En el orden constitucional se ha establecido la separación de la Seguridad Social (art. 41) y la Sanidad (Salud Pública en el art. 43) que se corresponde con la diferenciación de ambas materias en la asignación de competencias en la Constitución (art. 149.1.17^a CE para la primera y arts. 148.1.21^a y 149.1.16^a para la segunda).

La regulación de la Seguridad Social se realiza desde una perspectiva objetiva (régimen jurídico que ha de ser público y ha de proporcionar las suficientes garantías), pero con distinción de un ámbito público (la asistencia y las prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad que se corresponden con el régimen público) y otro privado-libre (la asistencia y las prestaciones complementarias). La regulación de la salud y por tanto de la Sanidad, por el contrario, se realiza desde una perspectiva subjetiva: la del derecho a la protección de la salud, para desde ella imponer la consecuente responsabilidad a los poderes públicos, sin distinción de ámbitos público y privado. Pero tanto para la Seguridad Social como para la Salud, la regulación constitucional aparece presidida por la universalidad, es decir teniendo por destinatario a todos los ciudadanos.

La doctrina ha sostenido diversas interpretaciones posibles respecto al mandato que contienen los arts. 41 y 43 para la organización de los servicios sanitarios, planteándose el debate de saber si los servicios sanitarios tienen que organizarse dentro de la Seguridad Social, siendo una prestación más de la misma o, por el contrario, deben establecerse al margen del régimen de la Seguridad Social. Las opciones teóricas serían:

1^a. Establecer dos sistemas separados; un Sistema de Seguridad Social, que organizaría prestaciones estrictamente económicas y un Sistema Sanitario cuyo objeto sería la promoción, defensa y mejora de la salud.

⁵⁴MUÑOZ MACHADO, S., “La organización, las prestaciones y otros problemas jurídicos actuales de los servicios sanitarios”, R.V.A.P, nº 57, 2000. Cita a WISLOW: “La salud pública es la ciencia y el arte de primero, impedir las enfermedades; segundo, prolongar la vida,; y tercero, fomentar la salud y la eficiencia mediante el esfuerzo realizado por la comunidad para el saneamiento del medio, el control de las enfermedades transmisibles, la educación de los individuos en higiene personal, la organización de los servicios médicos y enfermería para el diagnóstico temprano y el tratamiento preventivo de las enfermedades, y el desarrollo de un mecanismo social que asegure a cada uno un nivel de vida adecuado para la consecución de la salud, organizando estos beneficios de tal modo que cada ciudadano se encuentre en condiciones de gozar de su derecho natural a la salud y a la longevidad”.

2ª. Un Sistema Sanitario que separara las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social y los servicios de la Sanidad Pública, que serían administrados por organizaciones separadas.

3ª. La Seguridad Social englobaría a la totalidad de las prestaciones económicas y a las distintas medidas de protección de la salud, tanto individuales como colectivas.

Muñoz Machado⁵⁵ defiende que la CE se ha mantenido abierta a cualquier posible organización, siempre que sea razonable y ofrezca una protección coherente a la salud de los ciudadanos; concluye este autor que salvo el mandato de que debe existir una organización sanitaria pública, no se encuentran en la Constitución prescripciones que impongan algunas peculiaridades y excluyan otras.

Además, considera la CE necesaria la presencia de la iniciativa privada (arts. 36 y 38), lo que obliga a establecer una normativa no prohibitiva de la presencia de esa iniciativa en el sector sanitario; pero la protección constitucional de la misma no condiciona las opciones de organización sanitaria pública que elija el legislador.

Es un lugar común la afirmación⁵⁶ de que el orden constitucional, en su art. 43, prejuzga la organización de un servicio público en sentido amplio, pero no determina necesariamente, que su prestación se haya de realizar en régimen de monopolio.

Por otra parte el art. 41 CE contempla un régimen público de Seguridad Social, comprensivo de las contingencias relativas a la salud, que debe ser mantenido por los poderes públicos; pero la condición de público se predica únicamente del régimen, no quedando prejuzgados los términos concretos de la configuración de las prestaciones y los servicios sanitarios cubiertos o garantizados por el régimen público. Es decir de la realización efectiva y adecuada de la asistencia sanitaria es responsable sin duda el Estado al ser “social” y en virtud de los arts. 1.1 y 9.2 CE; en consecuencia el Estado tiene que desarrollar una acción positiva de creación de las condiciones que garanticen en la realidad la satisfacción de las necesidades sociales en esta materia de conformidad con las previsiones constitucionales, no pudiéndose inferir que esa acción ha de consistir necesariamente, en la asunción, administrativizándolas, de la gestión y desarrollo de todas las prestaciones y servicios que materialmente implique la asistencia sanitaria necesaria. La STC 37/1994, de 10 de febrero, ha dicho que “el carácter público del Sistema de Seguridad Social no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas de importancia relativa en el conjunto de la acción protectora de aquél”

La CE no impone, ni siquiera, un determinado y específico modelo de Administración pública, en el sentido de organización de la actividad de ejecución de los programas legislativos justamente “administrativos”. Tampoco prejuzga la norma fundamental (salvo los principios que rigen su estatuto propio, según los arts. 103, 104 y 105 CE), la construcción o configuración y el funcionamiento de las organizaciones administrativas y las técnicas de gestión empleadas para el desarrollo de las actividades que le son propias o están encomendadas. Es claro que estos extremos están encomendados al legislador ordinario.

⁵⁵MUÑOZ MACHADO, S., “La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos”. Op. Cit.

⁵⁶SÁNCHEZ-CARO, J., “Régimen jurídico de las nuevas formas de gestión en la Sanidad española”, en VV.AA., “La organización de los servicios públicos sanitarios”, Ed. Marcial Pons, 2000.

1.1. Reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas y la organización de los Servicios Sanitarios

La fuerte descentralización política que representan las Comunidades Autónomas, con amplias competencias en materia de sanidad, incide en las opciones que pueden orientar la organización del Sistema Sanitario.

Los arts. 148 y 149⁵⁷ de la CE contienen las reglas básicas sobre distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, incluyéndose en esos artículos funciones normativas o ejecutivas que pueden ser asumidas por las Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos. Concretamente el reparto de competencias sanitarias en sentido amplio, se establece en los arts. 148.1.21^a y 149.1.16^a y 17^a de la CE.

La distribución de competencias de Sanidad, entendida como Salud Pública, en su vertiente de Salud colectiva (Salud ambiental, sanidad alimentaria, programas de vacunaciones, etc) se encuentra en los arts. 148.1.21^a y 149.1.16^a, de acuerdo con los cuales las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en materia de sanidad e higiene, y al Estado le corresponde la competencia exclusiva para la Sanidad Exterior, las Bases y coordinación general de la Sanidad y la legislación sobre productos farmacéuticos.

Muy relacionada con la Sanidad, pero siendo preciso deslindarla de ella por el diferente régimen competencial, está la Seguridad Social, cuya distribución competencial se establece en el art. 149.1.17^a, que asigna al Estado la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas. Para que los Servicios Sanitarios de la Seguridad Social se integren en los Servicios de Salud Autonómicos, es necesario que las Comunidades Autónomas hayan asumido competencias, no en materia de Sanidad, sino en materia de gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, conforme al artículo 149.1.17^a. Pero hay que tener en cuenta que la asunción de la competencia por la Comunidad Autónoma no es suficiente para gestionar la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, pues es imprescindible que se realice el correspondiente traspaso de los bienes materiales y personales para ello; es decir, la titularidad de la competencia sobre una materia no es equivalente al ejercicio de la misma, pues es preciso que el Estado proceda previamente al traspaso de los correspondientes recursos materiales y personales, como dice la STC 25/1983.

Todas las Comunidades Autónomas, aunque no las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, asumieron la competencia para la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, transfiriéndose los correspondientes bienes materiales y personales a las distintas Comunidades Autónomas a lo largo de veinte años, como se verá más adelante.

⁵⁷El art. 148 de la CE recoge materias en las que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en sus Estatutos de Autonomía. El art. 149.1 de la CE parece enunciar las competencias exclusivas del Estado; no obstante de su lectura detenida se desprende que si bien, en algunas materias atribuye la competencia en bloque al Estado (relaciones internacionales, defensa y fuerzas armadas), en la mayor parte de los casos lo que regula son competencias compartidas con las Comunidades Autónomas. Así, en algunas materias se asigna al Estado la regulación normativa y se permite a las Comunidades Autónomas que asuman funciones ejecutivas (apartado 7: Legislación laboral, sin perjuicio de la ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas); en otros casos se reserva al Estado parte de la potestad legislativa y algún aspecto específico de la ejecución (apartado 16: Sanidad exterior, Bases y coordinación general de la Sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos); y finalmente en algunas materias, se dispone que el Estado establecerá únicamente las bases o la legislación básica, mientras las Comunidades Autónomas pueden ejercer competencias legislativas de desarrollo y funciones de ejecución y gestión.

1.2. La competencia sobre las Bases de la Sanidad

Respecto a esta competencia, que corresponde al Estado, hay que considerar que desde la STC de 28 de enero de 1982, está establecido que cuando se confiere a los órganos generales del Estado la competencia para fijar las bases de una materia (como ocurre con la Sanidad interior, en el artículo 149.1.16ª de la CE) lo que se está pretendiendo es que “tales bases tengan una regulación normativa uniforme y vigencia en toda la nación”. Las sentencias del TC de 28 de abril y de 20 de mayo de 1983, hicieron las primeras aplicaciones de esta doctrina a la Sanidad. De la primera de ellas proviene la idea de que con la reserva al Estado de la competencia sobre las bases, lo que pretende la CE es que sea posible construir un Sistema Sanitario de alcance nacional.

Por consiguiente la jurisprudencia del TC apunta a la necesidad de que las bases no se desglosen en regulaciones particulares y segmentadas, sino que se conjuguen al servicio de un modelo sanitario único, en cuyo marco deben producirse de modo armónico todas las regulaciones precisas para la tutela de la salud.

La dificultad de implantar un modelo sanitario único radica sobre todo, en la presencia de las importantes competencias que las Comunidades Autónomas tienen sobre la materia; pero las dimensiones de esas competencias dependen a su vez del modo en que se use la competencia sobre las bases.

El poder legislativo estatal utiliza un poder discrecional medianamente amplio para fijar el contenido de las bases. En el caso de la Sanidad, la cuestión previa que condiciona cualquier concepción que pueda manejarse acerca de los mínimos normativos uniformes que deben existir en todo el Estado, es el modelo sanitario que se pretende implantar o que efectivamente está implantado, por lo que la elección de este modelo es elemento esencial de la competencia estatal sobre las bases.

Si es posible distinguir en lo básico, entre lo esencial (lo que siempre e irreductiblemente tiene que ser atendido por el legislador estatal) y lo accidental (lo que su incorporación a la regulación básica depende de opciones políticas más coyunturales), el núcleo básico, de acuerdo con la terminología de la STC de 28 de abril de 1983, es la definición del modelo sanitario.

La definición del modelo sanitario es lo fundamental de la competencia del Estado por las siguientes razones:

- Del modelo sanitario elegido depende el contenido del derecho a la protección de la salud, consagrado en el art. 43 de la CE. El contenido básico de ese derecho individual, tiene que ser igual en todo el territorio español (art. 139.1.CE), y por tanto el Estado es competente para definir las condiciones básicas de su ejercicio (art. 149.1.1ª CE).
- La determinación del modelo sanitario tiene consecuencias estructurales. Si se implanta un sistema integral de salud y las competencias en materia sanitaria están repartidas entre distintas Administraciones Públicas, esa opción impone una reconsideración del orden de reparto de las competencias para conseguir, por lo menos, que la titularidad y gestión de los servicios se refunda y entregue a Administraciones únicas.
- La separación de la asistencia sanitaria del marco organizativo de la Seguridad Social, optando por un modelo integrado, es una decisión que corresponde al Estado (arts. 149.1.16ª y 17ª CE), siendo básica.
- También dependen del modelo, la coordinación –competencia estatal-, la planificación, la organización de las relaciones entre Servicios, y en fin, la programación de inversiones para evitar desequilibrios territoriales, y la definición del contenido mismo de las prestaciones públicas (pueden ser complementadas por las Comunidades Autónomas que estén en disposición de hacerlo).

En cuanto a las consecuencias de la definición del núcleo básico sobre la articulación de las competencias entre las diferentes Administraciones Públicas, hay que señalar que las competencias de las Comunidades Autónomas están definidas en los Estatutos de Autonomía, y no puede aprovecharse la ocasión de la aprobación de una ley básica para definir las sino para delimitarlas, en sentido negativo. La ley estatal puede reconsiderar o redefinir las competencias propias del Estado o de los entes locales, pero no puede alterar las competencias autonómicas fijadas en los Estatutos. La parte más importante de las competencias ejecutivas y de gestión sanitarias a la luz de la CE corresponde a las Comunidades Autónomas.

1.3. Otros conceptos constitucionales utilizados para la delimitación de competencias sanitarias

1.3.1. La Coordinación

La coordinación de la sanidad está reservada al Estado en virtud del art. 149.1.16ª de la CE. Mientras que la formulación de las bases es el título competencial sustantivo, la competencia de coordinación es más formal que sustantiva, siendo un método de actuación, un modo de ejercicio de competencias. De acuerdo con la concepción utilizada por las Sentencias del TC de 28 de abril y 20 de mayo de 1983, se alude a la necesidad de que las competencias estatales y autonómicas se desenvuelvan de una manera determinada, con un conocimiento previo de las necesidades, ajustando el ejercicio de las mismas por quien sea su titular, hacia objetos predeterminados elegidos después de contrastar los criterios de todos los responsables. Impone una coordinación de esfuerzos y una coparticipación en la formulación de objetivos que las diferentes partes de un sistema sanitario deben alcanzar.

Para coordinar, es preciso poseer la información suficiente, por ello, ésta debe ser una previsión inexcusablemente contemplada en la regulación básica de la Sanidad.

Los instrumentos de coordinación que la CE habilita son:

- El diseño de dispositivos orgánicos –Consejos y Juntas- en los que se puede arbitrar la participación.
- La planificación, cuyo principio rector debe ser el que no pueda usarse para imponer a las Comunidades Autónomas, decisiones estatales, ni sustituirlas en el ejercicio de sus propias competencias. Los planes sanitarios de las Comunidades Autónomas deben expresar las propias opciones de las mismas.

1.3.2. Alta Inspección

Es una competencia estatal con alcance organizativo, expresamente contemplada en los Estatutos de Autonomía. El TC se ha pronunciado diciendo que es una manifestación, en el caso particular de la Sanidad, de funciones estatales de vigilancia. Cuando las competencias sobre una materia, como la sanitaria, se reparten de modo que la ejecución de las leyes estatales se lleva a término en las Comunidades Autónomas, es preciso reconocer al poder central unas facultades de supervisión que le permitan comprobar que su legislación es cumplida efectivamente por los ejecutores autonómicos y también es interpretada conforme a unas pautas uniformes por todos ellos.

Se establece un derecho del poder central a ser debidamente informado de la forma en que se cumplen sus leyes y tener facultades de emitir directivas, con el fin de uniformar las tareas de ejecución.

La Alta inspección puede extenderse a la comprobación de que el Sistema Sanitario funciona como un Sistema equilibrado y solidario, conforme a unas pautas comunes.

1.4. Conceptos constitucionales y posiciones jurisprudenciales con trascendencia en la organización de los servicios sanitarios

1.4.1. Competencias sanitarias y de orden público

De acuerdo con la STC 33/82, se reconoce el carácter de orden público de las crisis sanitarias, pero sólo pueden invocarse las competencias de orden público para intervenir en cuestiones sanitarias, cuando las medidas que se adopten, no sólo se justifiquen por urgencia y necesidad, sino que se adopten de forma, que no sustituyan más que en lo indispensable la intervención de las autoridades competentes para la acción sanitaria o ayuden y complementen a la actividad de estas.

1.4.2. Productos farmacéuticos

Siempre ha dicho la jurisprudencia que la competencia del Estado en ésta materia es normativamente más amplia (art. 149.1.16ª) que la que posee el Estado con carácter general sobre el sector sanitario. En materia de productos farmacéuticos, el Estado tiene reservada “toda la legislación”, concepto que comprende la función legislativa y reglamentaria.

1.4.3. Sanidad Exterior

Está atribuida exclusivamente al Estado, por el art. 149.1.16ª de la CE, quien tiene competencia plena, comprensiva de todas las funciones legislativas y ejecutivas. La jurisprudencia del TC ha reconocido el régimen constitucional diferente que tiene la Sanidad Exterior en relación con el establecido para la Sanidad Interior.

2. LA ORGANIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS SANITARIOS: EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD COMO MODELO ORGANIZATIVO

La LGS ha desarrollado el orden constitucional descrito anteriormente, siendo la norma central o básica en materia organizativa, definiendo también el contenido del derecho a la protección de la salud y las funciones sanitarias públicas en términos generales.

La LGS organiza los servicios sanitarios de forma autónoma, y no como una prestación de la Seguridad Social, dedicando a ello el Título III, que se denomina “De la estructura del sistema sanitario público”; su Capítulo I se refiere a la Organización General del Sistema Sanitario Público, el Capítulo II a los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, el Capítulo III a las Áreas de Salud, el Capítulo IV a la Coordinación General Sanitaria y el Capítulo V a la Financiación.

2.1. Ideas básicas del Sistema

La LGS es la opción histórico política derivada de la CE que establece un sistema, cuyas ideas básicas son las siguientes:

2.1.1. Reintegración de la Sanidad

En cuanto acción relativa a la salud, se entiende por Sanidad, el conjunto de las actuaciones relativas a la protección de la salud de los ciudadanos y para la efectividad del derecho de los ciudadanos a ella.

2.1.2. Reparto de competencias sanitarias

Se aprovecha para la reintegración el reparto de competencias sanitarias que está establecido en la CE y en los Estatutos de Autonomía. La LGS, acertadamente se abstiene de incidir directamente en el reparto de competencias. La técnica⁵⁸ aplicada por la Ley, que se generaliza después por imposición de la STC 89/88, de 19 de abril, es la de regular las bases, precisando lo que estima como básico, concretando la competencia estatal y, al mismo tiempo, enmarca las competencias de desarrollo legislativo y ejecución que corresponden a las Comunidades Autónomas.

Por consiguiente, el Estado queda reducido a la dirección en los aspectos considerados básicos y de coordinación⁵⁹; las Comunidades Autónomas pasan a ser el centro del sistema sanitario, asegurando la participación de las Administraciones locales⁶⁰. Así las Comunidades Autónomas tendrán la competencia de la ordenación territorial de los Servicios y regularán la organización, funciones, asignación de medios personales y materiales de cada uno de los Servicios de Salud; dispondrán acerca de los órganos de gestión y control de los mismos y ajustarán el ejercicio de sus competencias en materia sanitaria a criterios de participación democrática de todos los interesados así como de los representantes sindicales y de las organizaciones empresariales. Con

⁵⁸El art. 41 de la LGS dice:”1. Las Comunidades Autónomas ejercerán las competencias asumidas en sus Estatutos y las que el Estado les transfiera o, en su caso les delegue. 2. Las decisiones y actuaciones públicas previstas en esta Ley que no se hayan reservado expresamente al Estado se entenderán atribuidas a las Comunidades Autónomas.”

⁵⁹La reserva a favor del Estado se hace en los arts. 38 (Sanidad Exterior) y 40 de la LGS. Este último artículo desarrolla las actuaciones de la Administración del Estado en 16 puntos de los que sólo están indirectamente relacionados con la organización administrativa de la gestión de la asistencia sanitaria los siguientes: 8. La reglamentación sobre acreditación, homologación, autorización y registro de centros o servicios, de acuerdo con lo establecido en la legislación sobre extracción y trasplante de órganos; 9. El Catálogo y Registro General de centros, servicios y establecimientos sanitarios que recogerán las decisiones, comunicaciones y autorizaciones de las Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus competencias; 13. El establecimiento de sistemas de información sanitaria y la realización de estadísticas, de interés general supracomunitario; 15. La elaboración de informes generales sobre salud pública y la asistencia sanitaria; 16. El establecimiento de medios y de sistemas de relación que garanticen la información y comunicación recíprocas entre la Administración Sanitaria del estado y la de las Comunidades Autónomas en las materias objeto de esta Ley.

⁶⁰Las competencias de las corporaciones locales se concretan en el art. 42 de la LGS. La autonomía local que consagra la Constitución, exige que el legislador, estatal o autonómico, con la ocasión de aprobar las leyes de cada uno de los sectores de la actividad pública, especifiquen cuál es la parcela de responsabilidades, funciones públicas que se reserven a las Administraciones locales. Este principio es el seguido por el art. 42.1: “Las normas de las Comunidades Autónomas, al disponer sobre la organización de sus respectivos servicios de salud, deberán tener en cuenta las responsabilidades y competencias de las provincias, municipios y demás Administraciones territoriales intracomunitarias, de acuerdo con lo establecido en los Estatutos de Autonomía, la ley de Régimen Local y la presente Ley”. Por afectar a los intereses locales la organización de los servicios sanitarios próximos a su demarcación, la Ley contempla en el apartado 2 del art. 42 que “las Corporaciones Locales participarán en los órganos de dirección de dichas Áreas de Salud”. Las competencias de las Corporaciones Locales se completan con la determinación específica de algunas competencias mínimas de los Ayuntamientos en el artículo 42.3, pues la Ley pretende mantener y financiar algunos servicios próximos a la vida municipal. Esas responsabilidades mínimas se refieren a competencias en el ámbito de la salud pública, sin incluir ninguna sobre gestión de la asistencia sanitaria. Sin embargo el art. 55.2 de la LGS prevé que “las Corporaciones Locales que a la entrada en vigor de la presente Ley vinieran desarrollando servicios hospitalarios, participarán en la gestión de los mismos, elevando propuesta de definición de objetivos y fines, así como de presupuestos anuales. Asimismo elevarán a la Comunidad Autónoma propuesta en tema para el nombramiento de director del Centro Hospitalario”.

el fin de articular la participación, en el ámbito de las Comunidades Autónomas se creará el Consejo de Salud de la Comunidad Autónoma.

2.1.3. Organización integrada de servicios sanitarios

Regula una organización integrada⁶¹ de servicios sanitarios, que sustituye al sistema preconstitucional, a nivel nacional y especialmente en las Comunidades Autónomas⁶²; éstas deberán organizar sus Servicios de Salud de acuerdo con los principios básicos de la LGS y mantendrán el control de esa integración y se inspirarán en ella, a efectos de la gestión de los servicios⁶³. La integración establecida no se limita a la situación establecida, sino que se proyecta a cualquier decisión futura.

2.1.4. Modelo organizativo: Sistema Nacional de Salud

Establece un modelo organizativo que se corresponde con el SNS para asegurar la coherencia de la sanidad. Este sistema se sustenta sobre la organización del conjunto de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas⁶⁴, compatibilizando los mandatos constitucionales de descentralización territorial y la integración de los servicios sanitarios públicos en el nivel de la Comunidad Autónoma, sin perjuicio de la articulación desconcentrada de ellos por Áreas de Salud. Éstas son definidas por la LGS como las estructuras fundamentales del Sistema Sanitario, responsabilizadas de la gestión unitaria de los centros y establecimientos del Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma en su demarcación territorial. Están organizadas conforme a una concepción integral de la sanidad de modo que sea posible ofrecer desde ellas todas las prestaciones propias del sistema sanitario. Las Áreas de Salud se distribuyen en demarcaciones territoriales delimitadas, teniendo en cuenta factores de diversa índole, pero sobre todo, respondiendo a la idea de proximidad de los servicios a los usuarios y de gestión descentralizada y participativa.

⁶¹La integración prevista en la Ley se ha ido consumando lentamente: * Centros de las Corporaciones Locales: las dificultades planteadas, se han ido sorteando por algunos gobiernos autónomos, estableciendo convenios con las Administraciones locales, titulares de los centros y servicios; * Centros sanitarios de la Seguridad Social: es donde ha estado el obstáculo mayor para la integración, pues la Disp. Adic. Sexta de la Ley, prevé que “los centros sanitarios de la Seguridad Social quedarán integrados en el Servicio de Salud, sólo en los casos en que la Comunidad Autónoma haya asumido competencias en materia de asistencia sanitaria de la Seguridad Social de acuerdo con su Estatuto. En los restantes casos, la red de la Seguridad Social se coordinará con el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma”. Las competencias sobre asistencia sanitaria de la Seguridad Social se rigen por lo previsto en el art. 149.1.17 de la CE. Se tardó, más de veinte años, en que todas las Comunidades Autónomas hayan podido obtener las transferencias de los servicios sanitarios del INSALUD.

⁶²El art. 50 de la LGS expresa: “1. En cada Comunidad Autónoma se constituirá un Servicio de Salud integrado por todos los centros, servicios y establecimientos de la propia Comunidad, Diputaciones, Ayuntamientos, y cualquiera otras Administraciones territoriales intracomunitarias, que estará gestionado, como se establece en los artículos siguientes, bajo la responsabilidad de la respectiva Comunidad Autónoma”. “2. No obstante el carácter integrado del servicio, cada Administración territorial podrá mantener la titularidad de los centros y establecimientos dependientes de la misma, a la entrada en vigor de la presente ley, aunque, en todo caso, con la adscripción funcional al servicio de salud de cada Comunidad Autónoma.”

Respecto a los servicios de Sanidad Penitenciaria y los del Registro Civil y Forense, la LGS prevé su participación en los Servicios del SNS. La Sanidad Militar ha mantenido convenios de colaboración con los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas.

⁶³El art. 51.2 expresa que “La ordenación territorial de los servicios será competencia de las Comunidades Autónomas y se basará en la aplicación de un concepto integrado de la atención a la salud”.

⁶⁴El art. 44 de la LGS dice que el SNS es el conjunto de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas en los términos establecidos en la propia Ley. Todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud integrarán el SNS. Añade el art. 45 que el SNS integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud.

El SNS es un simple agregado de Servicios Autonómicos, integrados, organizados y dirigidos bajo la dependencia estricta de las Comunidades Autónomas. Estas constituyen el eje del modelo surgido a partir de la LGS.

La organización del sistema sanitario público en torno al denominado SNS no implicó, sin embargo la creación de una arquitectura institucional acorde con las necesidades de gobernanza que iba implicar el nuevo modelo. El SNS, carece de personalidad jurídica propia en torno a la que se vertebró la idea de Sistema, más allá de la suma de las actuaciones de los distintos servicios de salud y de los acuerdos adoptados en el Consejo Interterritorial del SNS⁶⁵.

2.1.5. Separación entre planificación y gestión

La LGS admite la separación entre planificación y gestión. Sienta en materia organizativa y de funcionamiento, los principios de economía, eficiencia y eficacia, prevé la gestión por objetivos, con evaluación continuada de la calidad, establece la adecuación de la organización y su flexibilidad y compatibiliza la estructura y el funcionamiento del Sistema con la autonomía de los hospitales.

2.1.6. Formas organizativas de gestión

De todas las posibles opciones de nuestra Carta Magna, la LGS se decantó por una forma organizativa, caracterizada por la gestión directa de los Servicios de Salud, llevada a cabo sin entes instrumentales intermedios dotados de personalidad jurídica, sin perjuicio de admitir la vinculación de los hospitales generales de carácter privado mediante convenios singulares y los conciertos para la prestación de los servicios sanitarios con medios ajenos, dándose prioridad a los establecimientos, centros y servicios sin carácter lucrativo. Convenios y conciertos que se han considerado tradicionalmente como una modalidad de gestión indirecta. Es decir, la LGS permite la utilización de las formas de gestión admitidas con carácter general, con arreglo a los principios y criterios en ella establecidos⁶⁶.

2.2. Elementos del Sistema Nacional de Salud

2.2.1. La doble perspectiva del Sistema

Se diseña el Sistema desde la doble perspectiva: la del derecho constitucional de todos a la protección de la salud, y de otro lado la del despliegue de las acciones necesarias para la efectividad de ese derecho. Las acciones son tanto públicas como privadas y junto a la organización prestacional pública, el texto legal reconoce expresamente el ejercicio libre de las profesiones sanitarias a tenor del art. 36 de la CE y también la libertad de empresa para la creación y el

⁶⁵El Consejo Interterritorial del SNS es en realidad el único órgano visible, si bien carece de una organización propia, permanente y diferenciada del propio Ministerio de Sanidad, Asuntos Sociales e Igualdad. Para superar esta indefinición y falta de integración de las funciones y objetivos del SNS sería útil, sobre la base del consenso, la creación de un instrumento horizontal que preste servicios a los sistemas de salud de las comunidades autónomas para mejorar la eficiencia y calidad, facilitando la coordinación, las economías de escala y costes, la capacidad analítica y de evaluación, así como la colaboración mutua entre servicios de salud de las comunidades Autónomas. En otros países con una configuración político sanitaria similar a España esta función la realizan organismos específicos, como el Socialstyrelsen (Consejo Nacional de Salud y Bienestar) en Suecia o el Canadian Institute of Health Information en Canadá, una opción que se va abriendo paso en otros países como Reino Unido. Vid. REPULLO, J.R., FREIRE, J.M., "Gobernabilidad del SNS: mejorando el balance entre los beneficios y los costes de la descentralización", en "Informe SESPAS: Mejorando la efectividad de las intervenciones públicas sobre la salud", Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria, 2008.

⁶⁶En las nuevas formas de gestión, se distingue entre el carácter directo o indirecto de la gestión, una posibilidad admitida por la LGS y que la Ley 15/1997 desarrolló con amplitud.

mantenimiento de centros sanitarios (art. 38 CE), previendo incluso la conexión de éstos con los públicos mediante las técnicas de la homologación y el concierto como ya se ha dicho.

No hay pues, asunción total de la actividad de la asistencia sanitaria por el sector público. Los centros privados tienen una doble condición: por un lado reflejan el ejercicio de una actividad privada libre y por otro, en cuanto contribuyen a la efectividad de unas prestaciones que son responsabilidad de los poderes públicos, son gestores indirectos de un servicio público.

2.2.2. El principio de gestión unitaria

Junto al principio descentralización en la gestión, para la organización de las prestaciones sanitarias, la LGS establece, en su art. 56.2, el principio de gestión unitaria por Áreas de Salud⁶⁷, las cuales desarrollarán sus actividades en el ámbito de la Atención primaria de salud y en el nivel de la Atención especializada.

Las Áreas de Salud contarán como mínimo, con los siguientes órganos (art. 57 de la LGS):

- El Consejo de Salud de Área. Es el órgano colegiado de participación comunitaria para la consulta y el seguimiento de la gestión.
- El Consejo de Dirección del Área de Salud. Es el órgano de dirección al que corresponde formular las directrices en política de salud y controlar la gestión del Área, dentro de las normas y programas generales establecidos por la Administración autonómica.
- El Gerente del Área de Salud: Es el órgano de gestión de la misma y será el encargado de la ejecución de las directrices establecidas por el Consejo de Dirección, de las propias del Plan de Salud del Área y de las normas correspondientes a la Administración autonómica y del Estado.

Para conseguir la máxima operatividad y eficacia en el funcionamiento de los servicios a nivel primario, las Áreas de Salud se dividirán en Zonas Básicas de Salud, que son el marco territorial de la Atención primaria de salud en donde desarrollan las actividades sanitarias los Centros de Salud, centros integrales de atención primaria.

Además, cada Área de Salud estará vinculada o dispondrá, al menos, de un hospital general, que será el establecimiento encargado tanto del internamiento clínico como de la Asistencia especializada y complementaria que requiera su zona de influencia. La LGS prevé el establecimiento de medidas adecuadas para garantizar la interrelación entre los diferentes niveles asistenciales.

Es de destacar que en lo relativo a las Áreas de Salud el papel de la Comunidad Autónoma es preponderante ya que, cuando haya asumido competencia sobre esta materia, la LGS, en lugar de ser norma básica en sentido del art. 149.1.16^a, será meramente derecho supletorio de las normas que dicte la Comunidad sobre la materia (art. 2.1 LGS).

Formará parte de la política sanitaria de todas las Administraciones públicas la creación de una red integrada de hospitales del sector público. Los hospitales del sector privado podrán vincularse a

⁶⁷A la delimitación de las Áreas de Salud se dedican los puntos 3 y 4 del art. 56 de la LGS. Estas Áreas se delimitarán teniendo en cuenta factores geográficos, socioeconómicos, demográficos, laborales, epidemiológicos, culturales, climatológicos y de dotación de vías y medios de comunicación, así como las instalaciones sanitarias del Área. Aunque puedan variar la extensión territorial y el contingente de población comprendida en las mismas, deberán quedar delimitadas de manera que puedan cumplirse desde ellas los objetivos que se señalan en esta Ley. Como regla general, y sin perjuicio de las excepciones a que hubiera lugar, atendidos los factores expresados anteriormente, el Área de Salud extenderá su acción a una población no inferior a 200.000 habitantes ni superior a 250.000. Se exceptúan de la regla anterior las Comunidades Autónomas de Baleares y Canarias y las ciudades de Ceuta y Melilla, que podrán acomodarse a sus específicas peculiaridades. En todo caso, cada provincia tendrá, como mínimo, un Área.

la red pública mediante convenios singulares, quedando sometidos a las mismas inspecciones y controles sanitarios, administrativos y económicos que los hospitales públicos.

2.2.3. Otros principios del SNS

El SNS se asienta sobre los principios de universalidad en el acceso, equidad en el acceso a los servicios y prestaciones, financiación pública y participación social.

2.2.3.1. Universalidad de la asistencia sanitaria pública.

2.2.3.2. Igualdad

Igualdad efectiva en el acceso y en el contenido de las prestaciones e igualdad para todos de las normas de utilización de los servicios sanitarios, con independencia de la condición que determine el acceso.

2.2.3.3. Autonomía de las Administraciones públicas

Se predica en cuanto a la organización y desarrollo de las propias acciones conforme a la concepción integral del Sistema Sanitario, sin perjuicio de la adecuación de su organización y funcionamiento a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad.

2.2.3.4. Participación comunitaria y social en la formulación y control de la política sanitaria.

La Sanidad es una de las vertientes de la protección social con mayor presencia en la vida cotidiana de los ciudadanos y, en todo caso, una de aquellas a las que más importancia se le concede. La LGS sentó las bases para reforzar la posición de los ciudadanos en su relación con el sistema, diseñando los derechos que les conferirían la cualidad de verdaderos protagonistas del mismo, aumentando sus posibilidades de elección y participación (individual y colectiva) así como, en su caso, articulando vías de reclamación. La participación ciudadana es uno de los principios básicos que deben regir el funcionamiento del SNS y se configura como otro de los derechos de los usuarios en la LGS (art. 10.10) que propugnan su participación a través de instituciones comunitarias, en las actividades sanitarias (art. 5 LGS).

2.2.4. Derechos de los ciudadanos

Entre los derechos establecidos en el art. 10 LGS⁶⁸, respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias, muchos de ellos, son propios del ciudadano en el contexto de la organización

⁶⁸Art. 10 LGS: (apartados 5,6,8, 9 y 11 derogados por la Ley 41/2002)

Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias:

- Al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por su origen racial o étnico, por razón de género y orientación sexual, de discapacidad o de cualquier otra circunstancia personal o social.

- A la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso. La información deberá efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad.

- A la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público.

pública. A partir de esas premisas, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, completa las previsiones que la LGS enunció como principios generales.

La importancia que tienen los derechos de los pacientes como eje básico de las relaciones clínico-asistenciales se pone de manifiesto al constatar el interés que han demostrado por los mismos casi todas las organizaciones internacionales con competencia en la materia. La exposición de motivos de la Ley 41/2002, alude a la relevancia del Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina del Consejo de Europa respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina, suscrito el día 4 de abril de 1997, el cual entró en vigor en el reino de España el 1 de enero de 2000. Es el primer instrumento jurídico vinculante para los países que lo suscriben y establece un marco común para la protección de los derechos humanos y la dignidad humana en la aplicación de la biología y la medicina, persiguiendo además una armonización de las legislaciones de los diversos países.

La plasmación de los derechos relativos a la información clínica y la autonomía individual de los pacientes en lo relativo a su salud, fue objeto de regulación básica en el ámbito del Estado, a través de la LGS. Esta Ley aunque fija básicamente su atención en el establecimiento y ordenación del sistema sanitario desde un punto de vista organizativo, dedica a esta cuestión diversas previsiones, entre las que destaca la voluntad de humanización de los servicios sanitarios. Así, mantiene el máximo respeto a la dignidad de la persona y a la libertad individual, de un lado, y del otro, declara que la organización sanitaria debe permitir garantizar la salud como derecho inalienable de la población mediante la estructura del SNS, que debe asegurarse en condiciones de escrupuloso respeto a la intimidad y al libertad individual del usuario, garantizando la confidencialidad de la información relacionada con los servicios sanitarios que se prestan y sin ningún tipo de discriminación.

La Ley 41/2002, trata de ofrecer en el terreno de la información y la documentación clínicas las mismas garantías a todos los ciudadanos del Estado, fortaleciendo con ello el derecho a la protección de la salud que reconoce la CE. Trata de la regulación de los derechos y obligaciones

- A ser advertido de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, que, en ningún caso, podrá comportar peligro adicional para su salud. En todo caso será imprescindible la previa autorización, y por escrito, del paciente y la aceptación por parte del médico y de la dirección del correspondiente centro sanitario.

- A que se le asigne un médico, cuyo nombre se le dará a conocer, que será su interlocutor principal con el equipo asistencial. En caso de ausencia, otro facultativo del equipo asumirá tal responsabilidad.

- A participar, a través de las Instituciones comunitarias, en las actividades sanitarias, en los términos establecidos en esta Ley y en las disposiciones que la desarrollen.

- A utilizar las vías de reclamación y de propuesta de sugerencias en los plazos previstos. En uno u otro caso deberá recibir respuesta por escrito en los plazos que reglamentariamente se establezcan.

- A elegir el médico y los demás sanitarios titulados de acuerdo con las condiciones contempladas en esta Ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las que regule el trabajo sanitario en los centros de Salud.

- A obtener los medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios para promover, conservar o restablecer su salud, en los términos que reglamentariamente se establezcan por la Administración del Estado.

- Respetando el peculiar régimen económico de cada servicio sanitario, los derechos contemplados en los apartados 1, 3, 4, 5, 6, 7, 9 y 11 de este artículo serán ejercidos también con respecto a los servicios sanitarios privados.

de los pacientes⁶⁹, usuarios y profesionales, así como de los centros y servicios⁷⁰ sanitarios, públicos y privados, en materia de autonomía del paciente, de información y documentación clínica.

La Ley 41/2002, regula también el “consentimiento informado”⁷¹ y las denominadas “instrucciones previas”⁷².

Respecto a la historia clínica, su fin principal es facilitar la asistencia sanitaria. Además de regular su contenido mínimo, especifica la Ley 41/2002, el acceso a la historia clínica con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia⁷³. La gestión de la historia clínica por los centros con pacientes hospitalizados, o por los que atiendan a un número suficiente de pacientes bajo cualquier otra modalidad asistencia, según el criterio de los Servicios de Salud, se realizará a través de la unidad de admisión y documentación clínica, encargada de integrar en un solo archivo las historias clínicas. La custodia de dichas historias clínicas estará bajo la responsabilidad de la dirección del centro sanitario.

2.2.5. Actuaciones

Entre las actuaciones contempladas, las principales son las prestacionales. Pero algunas precisan el ejercicio de autoridad o “*imperium*”, es decir, suponen la intervención pública en relación con la salud individual y colectiva; por ejemplo las autorizaciones, las inspecciones, los controles y los registros.

⁶⁹La Ley 41/2002, en su art. 3 da unas definiciones legales. Entre ellas distingue paciente (la persona que requiere asistencia sanitaria y está sometida a cuidados profesionales para el mantenimiento o recuperación de su salud) y usuario (persona que utiliza los servicios sanitarios de educación y promoción de la salud, de prevención de enfermedades y de información sanitaria).

⁷⁰La Ley 41/2002, en su art. 3 da la definición legal de centro sanitario (el conjunto organizado de profesionales, instalaciones y medios técnicos que realiza actividades y presta servicios para cuidar la salud de pacientes y usuarios) y servicio sanitario (la unidad asistencial con organización propia, dotada de los recursos técnicos y del personal cualificado para llevar a cabo actividades sanitarias).

⁷¹El art. 8.1 de la Ley 41/2002, dice que “Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el art. 4, haya valorado las opciones propias del caso”.

⁷²El art. 11.1 de la Ley 41/2002, preceptúa que “Por el documento instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.”

Según redacción dada al apartado 3 del art. 16 de la Ley 41/2002, por la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, el acceso “se rige por lo dispuesto en la LO 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal, y en la LGS, y demás normas de aplicación en cada caso. El acceso a la historia clínica con estos fines obliga a preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clínicoasistencial, de manera que, como regla general, quede asegurado el anonimato, salvo que el propio paciente haya dado su consentimiento para no separarlos. Se exceptúan los supuestos de investigación de la autoridad judicial en los que se considere imprescindible la unificación de los datos identificativos con los clínicoasistenciales, en los cuales se estará a lo que dispongan los jueces y tribunales en el proceso correspondiente. El acceso a los datos y documentos de la historia clínica queda limitado estrictamente a los fines específicos de cada caso. Cuando ello sea necesario para la prevención de un riesgo o peligro grave para la salud de la población, las Administraciones sanitarias a las que se refiere la Ley 33/2011, General de Salud Pública, podrán acceder a los datos identificativos de los pacientes por razones epidemiológicas o de protección de la salud pública. El acceso habrá de realizarse, en todo caso, por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta, asimismo, a una obligación equivalente de secreto, previa motivación por parte de la Administración que solicitase el acceso a los datos”.

2.2.6. Sistema Nacional de Salud y Sistema Sanitario Público

Se diferencia dentro del Sistema Total o Nacional de Salud, y para asegurar la efectividad de éste, de un concreto Sistema Sanitario Público para el que la LGS adopta el concepto de Sistema con una organización adecuada para la atención integral de la salud. Además, cada Comunidad Autónoma deberá organizar su servicio de salud⁷⁴- Sistema Sanitario Público de la Comunidad Autónoma-

2.2.7. Técnicas al servicio de la integración

Son técnicas necesarias para que el agregado de los diecisiete Servicios de Salud pueda constituir el SNS. La LGS establece la coordinación, la planificación y la vigilancia.

2.2.7.1. Coordinación

La coordinación establecida en el art. 73.1 LGS, se entiende como un mecanismo de interrelación, de puesta en común de la información, de las iniciativas y necesidades, a los efectos de conseguir que las acciones individualizadas se orienten hacia objetivos definidos en común.

El instrumento fundamental es la fijación por el Estado, de los llamados “criterios generales de coordinación”, que se elaboran de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las Comunidades Autónomas y el asesoramiento y colaboración de sindicatos y organizaciones empresariales. Una vez elaborados por el Estado, se remiten a las Comunidades Autónomas para que formulen éstas, a su vez, sus planes de salud y presupuestos anuales.

La Coordinación General Sanitaria incluirá en relación con la gestión de los servicios sanitarios, el establecimiento con carácter general, de índices o criterios mínimos básicos y comunes para evaluar las necesidades de personal, centros o servicios sanitarios y el inventario definitivo de recursos institucionales y de personal sanitario. También incluirá, el establecimiento con carácter general, de criterios mínimos básicos y comunes de evaluación de la eficacia y rendimiento de los programas, centros o servicios sanitarios.

La LGS crea en el art. 47, como elemento de articulación de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Dicho artículo ha sido derogado por la disp. derog. primera de la Ley 16/2003, de 28 de mayo de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (LCC), procediéndose a una nueva regulación en su Capítulo X⁷⁵. El Consejo Interterritorial del SNS es el órgano permanente de coordinación, cooperación, comunicación e información de los Servicios de Salud, entre ellos y con la Administración del Estado, que tiene como finalidad promover la cohesión del SNS a través de la garantía efectiva y equitativa de los derechos de los ciudadanos en todo el territorio del Estado.

En el art. 48 de la LGS, están previstos otros órganos e instrumentos de integración: comisiones y comités técnicos, convenios y programas en común, Estado y Comunidades Autónomas.

⁷⁴Art. 49 LGS.

⁷⁵El art. 71 de la LCC referido a las funciones, estructura las materias sobre las que el Consejo Interterritorial emitirá recomendaciones, en cuatro bloques: 1) En relación con funciones esenciales en la configuración del SNS, que se ejercerán sin menoscabo de las competencias legislativas de las Cortes Generales y, en su caso, normativas de la Administración General del Estado, así como de las competencias de desarrollo normativo, ejecutivas y organizativas de las Comunidades Autónomas. 2) En relación con funciones de asesoramiento, planificación y evaluación en el SNS. 3) En relación con funciones de coordinación del SNS. 4) En relación con funciones de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

2.2.7.2. Planificación

En cuanto a la planificación, la LGS prevé los siguientes planes:

- Planes de los Servicios Sanitarios de las Comunidades Autónomas o planes en los que se proponga una contribución financiera del Estado.
- Planes de Salud conjuntos, establecidos entre el Estado y las Comunidades Autónomas.
- Plan Integrado de Salud: Es el fundamental, y comprende los planes sanitarios de las Comunidades Autónomas, los planes conjuntos y las propias iniciativas planificadas del Estado. Este Plan debe respetar los criterios de coordinación general sanitaria, elaborados por el Gobierno, siendo confeccionado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

2.2.7.3. Alta Inspección

El art. 43 de la LGS regulaba la Alta Inspección como función de garantía y verificación del cumplimiento de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas, en materia de Sanidad y de Atención sanitaria del SNS, de acuerdo con lo establecido en la CE, en los Estatutos de Autonomía y en las leyes. En el Capítulo XI de LCC, regula la Alta Inspección en términos análogos a los contenidos en el art. 43 de la LGS, que queda derogado, si bien lleva a cabo una mejor sistematización de sus funciones⁷⁶, incorporando algunas inequívocamente propias de esta función que corresponde al Estado y que no se recogían en la LGS.

La estructura sanitaria diseñada por la LGS se vislumbraba que se implantaría lentamente. Con anterioridad a ella, el preámbulo del RD 137/1984 sobre Estructuras Básicas de Salud decía que se trataría de un proceso lento, quedando entre tanto una organización residual⁷⁷.

3. LA DESCENTRALIZACIÓN DE LA GESTIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA A LAS COMUNIDADES AUTONOMAS

Como ya se dijo, la CE de 1978 operó una importante descentralización política y administrativa. Los diferentes Estatutos de Autonomía aprobados entre 1978 y 1983 permitían a las Comunidades Autónomas asumir competencias en materia de Salud Pública (Sanidad e Higiene) y a algunas de ellas, las que accedieron por la vía del art. 151 de la CE o las que recibieron delegación de competencias a través de ley orgánica, asumir también la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

La consecuencia de ello es la producción de dos procesos transferenciales distintos. Por una parte, el proceso transferencial a todas las Comunidades Autónomas de los medios y servicios del

⁷⁶El art. 76.2 de la LCC, dedicado a las funciones y actividades de la Alta Inspección, en relación con la organización de los servicios sanitarios, regula las siguientes: * Supervisar la adscripción a fines sanitarios de los centros, servicios o establecimientos del Estado transferidos con dicha finalidad, sin perjuicio de las reordenaciones que puedan acordar las correspondientes Comunidades Autónomas y, en su caso, las demás Administraciones públicas. * Verificar la inexistencia de cualquier tipo de discriminación en los sistemas de administración y regímenes de prestación de servicios sanitarios, así como de los sistemas o procedimientos de selección y provisión de puestos de trabajo. * Supervisar que el ejercicio de las competencias en materia de sanidad se ajusta a criterios de participación democrática de los interesados.

⁷⁷ALONSO OLEA, M., "Las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social", Civitas, 1994. La organización residual consistía en una unidad territorial que es la zona médica, como ámbito de actuación del médico general, con varias plazas de médico cada una de ellas, que atienden a un determinado colectivo de asegurados. A cada médico se asigna un cupo base de 750 titulares del derecho a la asistencia sanitaria, siendo estos bloques de 750 los determinantes de la creación de plazas. Los especialistas tenían también fijado un cupo variable según la frecuencia de uso de la especialidad, aunque también se pueden organizar en proporción al número de médicos generales. Sin embargo los médicos especialistas tendían a formar parte de los equipos médicos de las instituciones sanitarias.

Estado dedicados a la “Sanidad e Higiene” (Salud Pública) y por otra, el proceso transferencial a favor únicamente de las Comunidades Autónomas del art. 151 de la CE y asimiladas, de los medios y servicios dedicados a la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social. Posteriores reformas de los Estatutos de Autonomía del resto de las Comunidades Autónomas permitieron concluir los traspasos de las funciones y servicios del INSALUD (gestión de la asistencia sanitaria) a todas ellas.

La gestión de la asistencia sanitaria a la Comunidades Autónomas, se completará con el traspaso a las mismas de las funciones y servicios del Instituto Social de la Marina.

Las transferencias en materia de Sanidad e Higiene fueron las primeras que se llevaron a cabo, completándose los traspasos de competencias a todas las Comunidades Autónomas antes de 1986.

Un proceso transferencial efectuado de forma independiente al anterior, es el que igualmente, bajo el título competencial de “Sanidad e Higiene”, transfiere el Organismo autónomo AISNA – Administración Institucional de la Sanidad Nacional-, dependiente del Ministerio de Sanidad y Consumo, a las Comunidades Autónomas. Este proceso se desarrolló⁷⁸ a partir de 1980 (Cataluña y País Vasco), produciéndose la supresión del AISNA en 1987.

Finalmente en la gran descentralización operada, hay que hacer referencia a las transferencias de los servicios e instituciones sanitarias dependientes de Instituciones Penitenciarias.

La asunción de competencias sanitarias por las Comunidades Autónomas ha sido uno de los aspectos más determinantes de las características del modelo sanitario español, sustentado en la actividad de los servicios de salud autonómicos. Desde diversos ámbitos se han puesto de relieve las ventajas de la descentralización de competencias en materia sanitaria como uno de los aspectos más positivos de la reforma sanitaria. Se considera su contribución a aumentar el dinamismo, la innovación sanitaria y la mejora de la gestión.

A raíz de las transferencias sanitarias, el propio desarrollo autonómico se ha visto reforzado.

3.1. Traspasos a las Comunidades Autónomas de las funciones y servicios del INSALUD

En 1981, Cataluña⁷⁹ se convirtió en la primera Comunidad Autónoma que asumió competencias de gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, siguiéndole Andalucía⁸⁰ en 1984. Posteriormente fueron las Comunidades Autónomas de País Vasco⁸¹, Valencia⁸², Galicia⁸³, Navarra⁸⁴, y Canarias⁸⁵, las que asumieron esas competencias, previendo la LGS que el

⁷⁸RD 340/1982, entes preautonómicos, transferencia a varios de competencias, funciones y servicios del Organismo autónomo AISNA.

RD 1713/1985 Andalucía, traspaso de funciones y servicios del Organismo autónomo AISNA.

RD 1781/1985 Aragón, traspaso de funciones y servicios del Organismo autónomo AISNA.

⁷⁹RD 1517/1981, de 8 de julio, sobre traspasos de servicios de la Seguridad Social a la Generalidad de Cataluña en materia de Seguridad Social (INSALUD e INSERSO).

⁸⁰RD 400/1984, de 22 de febrero, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de las funciones y servicios del INSALUD.

⁸¹RD 1536/1987, de 6 de noviembre, sobre traspaso al País Vasco de las funciones y servicios del INSALUD.

⁸²RD 1612/1987, de 27 de noviembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Valencia de las funciones y servicios del INSALUD.

⁸³RD 1679/1990, de 28 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Galicia de las funciones y servicios del INSALUD.

⁸⁴RD 1680/1990, de 28 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Foral de Navarra de las funciones y servicios del INSALUD.

proceso culminaría con la integración de los servicios sanitarios de la Seguridad Social en todas las Comunidades Autónomas⁸⁶.

Mientras las Comunidades Autónomas no asumieran las competencias⁸⁷ de gestión de los Servicios Sanitarios de la Seguridad Social, el INSALUD se mantendría como órgano gestor de los mismos, conviviendo con el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma en el que se integraban los servicios sanitarios de Ayuntamientos y Diputaciones, Sanidad Local y AISNA. Los Hospitales Clínicos⁸⁸ pertenecientes a las Universidades, en estos casos, siguieron dependiendo del INSALUD, mientras que en las Comunidades Autónomas que habían asumido las competencias de gestión de los servicios sanitarios de la Seguridad Social se incorporaron a los Servicios de Salud.

A finales del año 2001 se culminó el traspaso de las funciones y servicios del INSALUD al resto de las Comunidades Autónomas, mediante los correspondientes Reales Decretos: Cantabria⁸⁹, La Rioja⁹⁰, Aragón⁹¹, Castilla-La Mancha⁹², Illes Balears⁹³, Madrid⁹⁴, Castilla y León⁹⁵, Región de Murcia⁹⁶, Extremadura⁹⁷ y Principado de Asturias⁹⁸.

Ahora bien, los centros y establecimientos sanitarios, que forman parte del patrimonio único de la Seguridad Social, continuarán titulados a nombre de la Tesorería de la Seguridad Social, sin

⁸⁵RD 446/1994, de 11 de marzo, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Canarias de las funciones y servicios del INSALUD.

⁸⁶La Disp. Trans. Tercera de la LGS regula lo siguiente: “1. El Instituto Nacional de la Salud continuará subsistiendo y ejerciendo las funciones que tiene atribuidas, en tanto no se haya culminado el proceso de transferencias a las Comunidades Autónomas con competencia en la materia” 2. “Las Comunidades Autónomas deberán acordar la creación, organización y puesta en funcionamiento de sus Servicios de Salud en el plazo máximo de doce meses, a partir del momento en que quede culminado el proceso de transferencias de servicios que corresponda a sus competencias estatutarias”..... 3. “En los casos en que las Comunidades Autónomas no cuenten con competencias suficientes en materia de Sanidad para adaptar plenamente el funcionamiento de sus servicios a lo establecido en la presente Ley, el Estado celebrará con aquéllas acuerdos y convenios para la implantación paulatina de los establecido en la misma y para conseguir un funcionamiento integrado de los servicios sanitarios”.

⁸⁷Disp. Adic. Sexta de la LGS: “Los centros sanitarios de la Seguridad Social quedarán integrados en el Servicio de Salud sólo en los casos en que la Comunidad Autónoma haya asumido competencias en materia de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, de acuerdo con su Estatuto. En los restantes casos, la red sanitaria de la Seguridad Social se coordinará con el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma”.

⁸⁸RD 1558/1986, Universidades, Bases generales del régimen de conciertos con las Instituciones sanitarias. Se modificó por el RD 644/1988.

RD 1523/1986, Hospitales, integración de los Clínicos andaluces en la Red de Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social.

⁸⁹RD 1472/2001 de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Cantabria de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud.

⁹⁰RD 1473/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de la Rioja de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud.

⁹¹RD 1475/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la comunidad autónoma de Aragón de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud.

⁹²RD 1476/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud.

⁹³RD 1478/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Illes Balears de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud.

⁹⁴RD 1479/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Madrid de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud.

⁹⁵RD 1480/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Castilla y León de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud.

⁹⁶RD 1474/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud.

⁹⁷RD 1477/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Extremadura de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud.

⁹⁸RD 1471/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso al Principado de Asturias de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud.

perjuicio de su adscripción funcional a las distintas Administraciones Públicas Sanitarias (Disp. Adic. 7ª de la LGS).

Mediante los Reales Decretos se aprueban los Acuerdos de las Comisiones Mixtas de Transferencias previstas en cada uno de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas, quedando traspasadas a las Comunidades Autónomas, las funciones y servicios del INSALUD, así como los bienes, derechos, obligaciones, personal y créditos presupuestarios adscritos a los mismos.

El Acuerdo de traspaso a la Generalitat Valenciana y los Acuerdos aprobados en los Reales Decretos del año 2001⁹⁹ tienen la misma estructura, siendo similar a la de los Acuerdos de Cataluña, Andalucía, País Vasco, Galicia, Comunidad Foral de Navarra y Canarias.

En todos los Acuerdos se dice expresamente que “la gestión de los centros, establecimientos y servicios, así como de las funciones que se traspasan, se realizará de acuerdo con la legislación básica del Estado. Igualmente, la Comunidad Autónoma se sujetará a la normativa general de la Seguridad Social en lo relativo a la determinación de los beneficiarios, requisitos e intensidad de la acción protectora y regímenes económico-financiero y económico-administrativo”.

Las Comunidades Autónomas ostentan y han podido hacer efectivas sus competencias en materia de gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social en base a las siguientes normas, que amparan las transferencias:

- La CE arts. 149.1.16ª y 17ª.
- Estatutos de Autonomía¹⁰⁰.

⁹⁹Los Reales Decretos de traspaso de funciones y servicios del INSALUD publicados en los Boletines Oficiales del Estado de 27, 28 y 29 de diciembre de 2001(Asturias, Cantabria, La Rioja, Aragón, Castilla-La Mancha, Illes Balears, Madrid, Castilla y León, Región de Murcia, Extremadura) tienen la siguiente estructura:

- Referencia a normas constitucionales, estatutarias y legales en las que se amparan las transferencias.
- Funciones que asume la Comunidad Autónoma e identificación de los servicios que se traspasan.
- Competencias, servicios y funciones que se reserva la Administración del Estado.
- Funciones en las que han de concurrir la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma.
- Valoración de las cargas financieras de los medios que se traspasan.
- Bienes, derechos y obligaciones del Estado y de la Seguridad Social que se traspasan.
- Personal adscrito a los servicios e instituciones que se traspasan.
- Puestos de trabajo vacantes que se traspasan.
- Documentación y expedientes de los servicios que se traspasan.
- Adscripción de financiación provisional a cuenta de la financiación que le corresponda por el sistema general de financiación (no se contempla este apartado en el RD 1612/1987, de 27 de noviembre de traspaso de funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud a la Generalitat Valenciana, ni en el RD 1474/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia).
- Fecha de efectividad del traspaso.

¹⁰⁰Los artículos de los Estatutos de Autonomía en que se amparan las transferencias hacen referencia a lo siguiente:

En materia de *Sanidad Interior*, corresponde a las Comunidades Autónomas el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado.

En *materia de Seguridad Social*, corresponde a las Comunidades Autónomas el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, salvo las normas que configuran el régimen económico de la misma. También corresponde a la Comunidad Autónoma la gestión del régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la Caja Única y la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

Corresponde a las Comunidades Autónomas la *ejecución* de la legislación del Estado sobre productos farmacéuticos.

Las Comunidades Autónomas tienen competencia exclusiva en materia de fundaciones que desarrollen principalmente sus actividades en cada una de ellas.

En los Estatutos de Autonomía, y sus posteriores reformas, se regulan las competencias sanitarias asumidas por las Comunidades Autónomas:

Andalucía: LO 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, art. 55. Deroga a la LO 6/1981.

- LGS, disp. adic. sexta, párrafo 1¹⁰¹ y dispos. trans. cuarta¹⁰².
- Normas que regulan el funcionamiento de las Comisiones Mixtas de Transferencias, así como la forma y condiciones a que han de ajustarse los traspasos de funciones y servicios a la Comunidad Autónoma.

3.1.1. Funciones y servicios traspasados

Se traspasan a las Comunidades Autónomas dentro de su ámbito territorial, las siguientes funciones y servicios que venía realizando el INSALUD:

- Los servicios y funciones correspondientes a los centros y establecimientos sanitarios, asistenciales y administrativos, de la Seguridad Social, gestionados por el INSALUD en cada una de las Comunidades Autónomas¹⁰³.
- Las servicios y funciones encomendadas por la legislación vigente a las Direcciones Provinciales¹⁰⁴ de la expresada Entidad Gestora de la Seguridad Social en cada una de las

Aragón: LO 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, arts. 71 y 77. Deroga a la LO 8/1982, de 10 de agosto, reformada por las Leyes Orgánicas 6/1994, de 24 de marzo, y 5/1996, de 30 de diciembre.

Canarias: Estatuto de Autonomía LO 10/1982, de 10 de agosto, reformado por LO 4/1996, de 30 de diciembre, arts. 32.7, 34.B.3 en relación con el art. 35 del mismo texto y con la LO 11/1982, art. 1, de transferencias complementarias para Canarias.

Cantabria: Estatuto de Autonomía LO 8/1981, de 30 de diciembre, reformado por la Leyes Orgánicas 7/1991, de 13 de marzo, 2/1994, de 24 de marzo y 11/1998, de 30 de diciembre, arts. 25.3, 26.1 y 8, 24.29 y disk. adic. 2ª, apartado 4º.

Castilla y León: Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, arts. 71 y 74. Deroga a LO 4/1983, de 25 de febrero, reformado por las Leyes Orgánicas 11/1994 de 24 de marzo y 4/1999, de 8 de enero.

Castilla-La Mancha: Estatuto de autonomía LO 9/1982, de 10 de agosto, reformado por las Leyes Orgánicas 7/1994, de 24 de marzo y 3/1997, de 3 de julio, arts. 31. uno.25º, 32.3 y 33.1 y 8.

Cataluña: LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña Estatuto, art. 162. Deroga la LO 4/1979, de 18 de diciembre.

Comunidad Valenciana: LO 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana Estatuto de Autonomía, arts. 49 y 54. Deroga las Leyes Orgánicas 5/1982, 4/1991 y 5/1994.

Extremadura: (LO 1/1983, de 25 de febrero reformado por las Leyes Orgánicas 5/1999, de 13 de marzo, 8/1994, de 24 de marzo y 12/1999, de 6 de mayo), arts. 8 y 9.

Galicia: Estatuto de Autonomía (LO 1/1981, de 6 de abril), art. 33.

Illes Balears: LO 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears Estatuto de Autonomía, arts. 30 y 31. Deroga a las Leyes Orgánicas 2/1983, 9/1994, 3/1999.

La Rioja: Estatuto de Autonomía LO 3/1982, de 9 de junio, reformado por las Leyes Orgánicas 3/1994, de 24 de marzo y 2/1999, de 7 de enero), arts. 9, apartados 4 y 5, 11.uno.12, 11.uno.14 y 8.uno.34.

Madrid: Estatuto de Autonomía LO 3/1983, de 25 de febrero, reformado por las Leyes Orgánicas 10/1994, de 24 de marzo y 5/1998, de 7 de julio), arts. 27.4 y 5, 28.1.1 y 1.10, 26.1.26.

Navarra: Estatuto de Autonomía LO 13/1982, de 10 de agosto, reformado por LO 1/2001, de 26 de marzo), arts. 53, 54 y disp. trans. 4ª.

País Vasco: Estatuto de Autonomía LO 3/1979, de 18 de diciembre, art. 18 y disposición transitoria quinta.

Principado de Asturias: Estatuto de Autonomía LO 7/1981, de 30 de diciembre, reformado por las Leyes Orgánicas 3/1991, de 13 de marzo, 1/1994 de 24 de marzo y 1/1999 de 5 de enero), arts. 11.2 y 11.3, 12.13 y 10.30.

Región de Murcia: Estatuto de Autonomía LO 4/1982, de 9 de junio, reformado por las Leyes Orgánicas 1/1991, de 13 de marzo, 4/1994 de 24 de marzo y 1/1998, de 15 de junio, arts. 11, 12, 10.uno.26.

¹⁰¹Disp. adic. sexta párrafo 1 de la LGS: “ Los centros sanitarios de la Seguridad Social quedarán integrados en el Servicio de Salud sólo en los casos en que la Comunidad Autónoma haya asumido competencias en materia de asistencia sanitaria de la Seguridad Social de acuerdo con sus Estatutos”.

¹⁰²Disp. trans. cuarta de la LGS: “Las posibles transferencias a realizar en materia de gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a favor de las Comunidades autónomas, que puedan asumir dicha gestión, deberán acomodarse a los principios establecidos en esta Ley “.

¹⁰³En el RD 1471/2001, correspondiente al Principado de Asturias se incluye el Instituto Nacional de Silicosis. El RD 1476/2001, correspondiente a Castilla-La Mancha incluye el Centro de Paraplégicos de Toledo.

Comunidades Autónomas, así como las funciones correspondientes al Ministerio de Sanidad y Consumo respecto a dichas Direcciones Provinciales.

- La elaboración y la ejecución de los planes de inversiones que se aprueben en materia de asistencia sanitaria en cada Comunidad Autónoma, así como la gestión de las inversiones en curso.
- La contratación, gestión, actualización y resolución de los conciertos con entidades e instituciones sanitarias o asistenciales que presten servicios en cada Comunidad Autónoma, dentro de los límites presupuestarios, subrogándose la Comunidad Autónoma, en los conciertos en vigor entre el INSALUD y otros organismos y entidades, hasta que se extingan.
- La creación, transformación y ampliación, dentro de los límites presupuestarios, así como la clasificación y supresión de los centros y establecimientos sanitarios en régimen ordinario o experimental, y de los centros administrativos y asistenciales del INSALUD en cada Comunidad Autónoma, de acuerdo con la legislación básica del Estado.
- Las funciones de gestión que realiza el INSALUD a través de sus Servicios Centrales, en cuanto se refiere al territorio de cada Comunidad Autónoma y, entre ellas, la Inspección de Servicios y la gestión de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social.
- La planificación de programas y medidas de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, en el ámbito cada Comunidad Autónoma, de acuerdo con la legislación básica del Estado.
- El análisis y evaluación del desarrollo y resultados de la acción sanitaria de la Seguridad Social en la Comunidad Autónoma.
- La organización y régimen de funcionamiento de los centros y servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social en cada Comunidad Autónoma, así como la definición de los criterios generales para la evaluación de la eficacia y rendimiento de los programas, Centros o servicios sanitarios en cada Comunidad Autónoma, todo ello de acuerdo con la normativa básica del Estado y la normativa reguladora del régimen económico de la Seguridad Social.
- Los Reales Decretos de Transferencias publicados en el año 2001, excepto el correspondiente a Aragón, incluyen un apartado más. Así, para las Comunidades Autónomas del Principado de Asturias, Cantabria, La Rioja, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Madrid, Illes Balears, Región de Murcia y Extremadura, se contempla la tutela y el control sobre las fundaciones sanitarias ubicadas en su ámbito territorial, entre las funciones y servicios que se traspasan. A este respecto hay concreciones en lo Reales Decretos de Transferencias de las Comunidades Autónomas de Illes Balears, Madrid y La Rioja.

La Comunidad Autónoma de las Illes Balerars asume las funciones de protectorado y de registro, incluidas las de tutela y control sobre las fundaciones sanitarias ubicadas en su ámbito territorial, en concreto, las Fundaciones Hospital de Manacor y Hospital Son Llátzer y la Fundación de Investigación del Hospital Son Dureta. Además se subroga en la posición que tiene el Estado a través del Presidente Ejecutivo en la Fundación del Hospital de Manacor o a través del Director General del INSALUD en el caso de la Fundación del Hospital de Son Llátzer, constituidas, ambas, en su ámbito territorial, así como la de Investigación señalada anteriormente.

La Comunidad Autónoma de Madrid asume las funciones de protectorado y de registro, incluidas las de tutela y control sobre las fundaciones sanitarias ubicadas en su ámbito territorial, en concreto, las Fundación de Alcorcón y las Investigación de los Hospitales Príncipe de Asturias, Ramón y Cajal, Puerta de Hierro, Clínico San Carlos, La Paz, La Princesa y Getafe. Además se subroga en la posición que tiene el Estado en la Fundaciones del Hospital de Alcorcón, y las de Investigaciones señaladas anteriormente.

La Comunidad Autónoma de la Rioja se subroga en la posición que tiene el Estado a través del Presidente Ejecutivo en la Fundación del Hospital de Calahorra constituida en su ámbito territorial.

¹⁰⁴En los Reales Decretos publicados en el 2001 se hace referencia a las Dirección Territorial, en vez de a las Dirección Provincial del INSALUD en las Comunidades Autónomas uniprovinciales y a la Dirección Territorial y a las Direcciones Provinciales, en las Comunidades Autónomas pluriprovinciales.

Para la efectividad de esas funciones, se traspasan a cada Comunidad Autónoma, los servicios y instituciones de su ámbito territorial que se detallan en las relaciones de los Reales Decretos de transferencias.

3.1.2. Reserva a favor de la Administración del Estado

La Administración del Estado se reserva las siguientes competencias, servicios y funciones¹⁰⁵: las actuaciones que se establecen en el art. 40 de la LGS, el ejercicio de la Alta Inspección, la coordinación general sanitaria y las relaciones y acuerdos sanitarios internacionales.

Los Reales Decretos de Transferencias publicados en el año 2001, incorporaron la siguiente función: La Administración del Estado constituirá y gestionará el fondo de desplazados a que se refiere el apartado 4.2.B) b) del sistema de Financiación de Comunidades Autónomas de Competencias Comunes, aprobado por el Consejo de Política Fiscal y Financiera en sus sesiones de 27 de julio, 16 y 22 de noviembre de 2001, ateniéndose a los fines, funciones y prescripciones establecidos en dicho Acuerdo.

3.1.3. Funciones concurrentes

Las funciones en que han de concurrir la Administración del Estado y la de cada una de las Comunidades Autónomas son:

- El intercambio de información en materia de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, así como el asesoramiento y cooperación de carácter permanente.
- La elaboración de estudios y proyectos conjuntos, así como la realización de propuestas tendentes al perfeccionamiento de la acción sanitaria de la Seguridad Social y la colaboración en acciones programadas de interés general.
- El desarrollo de los programas de informática de proyección estatal y el acceso a la información derivada de los mismos.
- El intercambio de información sobre los conflictos laborales que puedan producirse en los centros y servicios sanitarios de la Seguridad Social.
- Cualquiera otra que pueda contribuir a la mejor relación y coordinación entre la administración del Estado y la Comunidad Autónoma.

La descentralización de la gestión de la asistencia sanitaria, se llevó a cabo de manera escalonada en varias fases. No hubo una planificación *ex ante* de cómo ejercería el Estado su función de coordinación o cuales serían los instrumentos de coordinación más eficaces para, a la vista de la experiencia internacional comparada, mantener los servicios prestados con el carácter de universal y transferible a los ciudadanos de unos y otros territorios. La circunstancia de que la negociación se llevara a cabo por separado con cada una de las Comunidades Autónomas y sin una fijación previa de objetivos sanitarios (de carácter asistencial, de mejora de la atención y gestión, de inversión, y participación social), determinó el predominio del enfoque económico en las transferencias y la falta de articulación de un modelo de coordinación y cooperación eficaz desde la perspectiva del conjunto del sistema.

¹⁰⁵En Los Reales Decretos de transferencias correspondientes a Cataluña y Andalucía varían los contenidos, al no estar vigente aún, la LGS.

3.2. El Instituto Social de la Marina y el traspaso a las Comunidades Autónomas de sus funciones y servicios

La asistencia sanitaria de los trabajadores del mar, pensionistas y beneficiarios de unos y otros, es prestada dentro del territorio nacional por el Instituto Social de la Marina (ISM) en coordinación con los Servicios de Salud de las respectivas Comunidades Autónomas.

Para completar la asistencia con medios propios, el ISM realiza conciertos con Centros y Servicios privados.

3.2.1. Instituto Social de la Marina

3.2.1.1. Régimen jurídico

Se creó por Ley de 18 de octubre de 1941 como Entidad Gestora del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar y mantuvo su existencia tras la reforma de la Gestión Institucional de la Seguridad Social operada por el R D Ley 36/1978.

El ISM se reestructuró por los RD 1414/1981, de 3 de julio y por el RD 258/1982, de 27 de agosto, derogados por el vigente R D 504/2011, de 8 de abril, de estructura orgánica y funciones del Instituto Social de la Marina.

3.2.1.2. Naturaleza y dependencia orgánica

Tras la última reforma de su estructura, el ISM se configura como una entidad de derecho público¹⁰⁶, con personalidad jurídica propia, actuando bajo la dirección y tutela del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, a través de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social.

El ISM tiene atribuida la gestión del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar como entidad gestora de la Seguridad Social, así como las demás competencias y funciones que se establecen en el capítulo II del R D 504/2011 o que le puedan ser encomendadas.

3.2.1.3. Competencias y funciones

En relación con la asistencia sanitaria, son las siguientes (art. 3 R D 504/2011):

- La asistencia sanitaria de los trabajadores del mar a bordo y en el extranjero utilizando sus propios medios tales como el centro radio médico, los buques sanitarios y de apoyo logístico, los centros asistenciales en el extranjero y otros que puedan implantarse o acordando la evacuación y repatriación de trabajadores enfermos o accidentados, sin perjuicio de las obligaciones que competen a los empresarios de acuerdo con la legislación vigente e incluyendo la concesión de subvenciones para financiar en parte la dotación obligatoria de los botiquines de a bordo.
- La sanidad marítima, incluyendo la información sanitaria a los trabajadores del mar, la realización de los reconocimientos médicos de embarque marítimo de acuerdo con la normativa española específica y con los convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por España, la inspección y control de los medios sanitarios a bordo, de los botiquines de los que han de ir

¹⁰⁶Anteriormente al R D 504/2011, era solamente Entidad Gestora de la Seguridad Social.

dotados los buques y cualesquiera otras actuaciones de medicina preventiva y formación sanitaria dirigida a los trabajadores del mar que se le puedan encomendar en un futuro.

- La gestión de los buques sanitarios y de apoyo logístico del Instituto Social de la Marina, Esperanza del Mar y Juan de la Cosa.

- En las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla y en aquellos territorios en los que dichas funciones no se hayan traspasado a la Comunidad Autónoma correspondiente, la asistencia sanitaria de los trabajadores del mar y sus beneficiarios dentro del territorio nacional, incluyendo la asistencia hospitalaria, servicios de especialidades y urgencias; la asistencia y servicios sociales dirigidos a promover el bienestar de los trabajadores del mar y de sus familias, así como la asistencia a los marinos y pescadores de la tercera edad y sus familias, la formación profesional y las políticas activas de empleo.

3.2.1.4. Órganos en el ámbito nacional y provincial

El ISM se estructura en los órganos siguientes:

- Órganos directivos centrales:

- De participación en el control y vigilancia de la gestión: Consejo General y Comisión ejecutiva del Consejo General.

- De dirección y gestión: Dirección y Subdirecciones generales.

- Órganos periféricos:

- De participación en el control y vigilancia de la gestión: Comisiones ejecutivas provinciales.

- De dirección y gestión: Direcciones provinciales y Direcciones locales.

- Servicios periféricos del ISM en el exterior.

3.2.2. Traspaso a las Comunidades Autónomas de las funciones y servicios en materia de asistencia sanitaria del ISM.

Las funciones y servicios de la Seguridad Social en materia de asistencia sanitaria encomendadas al ISM, se han traspasado a las siguientes Comunidades Autónomas: Galicia¹⁰⁷, País Vasco¹⁰⁸, Comunidad Valenciana¹⁰⁹, Canarias¹¹⁰, Cataluña¹¹¹ y Andalucía¹¹², Asturias¹¹³, Cantabria¹¹⁴, Illes Balears¹¹⁵ y Región de Murcia¹¹⁶.

¹⁰⁷RD 212/1996, de 9 de febrero, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Galicia de las funciones y servicios de la Seguridad Social en materia de asistencia sanitaria encomendada al ISM.

¹⁰⁸RD 1946/1996, de 23 de agosto, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma del País Vasco de las funciones y servicios de la Seguridad Social en materia de asistencia sanitaria encomendada al ISM.

¹⁰⁹R D 1951/1966, de 23 de agosto, sobre traspaso a la Comunidad Valenciana de las funciones y servicios de la Seguridad Social en materia de asistencia sanitaria encomendada al ISM.

¹¹⁰RD 2464/1996, de 2 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Canarias de las funciones y servicios de la Seguridad Social en materia de asistencia sanitaria encomendada al ISM.

¹¹¹RD 1049/1997, de 27 de junio, sobre traspaso a la Generalidad de Cataluña de las funciones y servicios de la Seguridad Social en materia de asistencia sanitaria encomendada al ISM.

¹¹²RD 1784/2004, de 30 de julio, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de las funciones y servicios de la Seguridad Social en materia de asistencia sanitaria encomendada al Instituto Social de la Marina.

En virtud de la disp. adic. 7ª de la LGS, los centros y establecimientos sanitarios que se traspasan, se adscriben funcionalmente a las Comunidades Autónomas, pero al formar parte del patrimonio único de la Seguridad Social, continuarán titulados a nombre de la Tesorería de la Seguridad Social.

Mediante Reales Decretos se aprobaron los Acuerdos de las Comisiones Mixtas de Transferencias previstas en cada uno de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas, quedando traspasadas a las mismas, las funciones y servicios de la Seguridad Social en materia de asistencia sanitaria encomendadas al ISM, así como los bienes, derechos, obligaciones, personal y créditos presupuestarios adscritos a los mismos.

Todos los Acuerdos tienen la misma estructura. En ellos se dice expresamente que “la gestión de los centros, establecimientos y servicios, así como de las funciones que se traspasan, se realizará de acuerdo con la legislación básica del Estado. Igualmente, la Comunidad Autónoma se sujetará a la normativa general de la Seguridad Social en lo relativo a la determinación de los beneficiarios, requisitos e intensidad de la acción protectora y regímenes económico-financiero y económico-administrativo”.

Las Comunidades Autónomas ostentan y han podido hacer efectivas sus competencias en materia de gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social encomendada al ISM en base a las siguientes normas, que amparan las transferencias:

- CE, arts. 149.1.16ª y 17ª.
- Estatutos de Autonomía.
- LGS, disp. adic. sexta, párrafo 1 y disp. trans. cuarta.
- RD 1414/1981, de 3 de julio, por el que se reestructura el ISM, regula la estructura y funciones del Instituto, adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y dotado de personalidad jurídica.
- Normas que regulan el funcionamiento de las Comisiones Mixtas de Transferencias, así como la forma y condiciones a que han de ajustarse los traspasos de funciones y servicios a la Comunidad Autónoma.

3.2.2.1. Funciones y servicios traspasados

Se traspasan a las Comunidades Autónomas dentro de su ámbito territorial, las siguientes funciones y servicios que venía realizando el ISM:

- En materia de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, la recogida en el apartado 3 del art. 2 del RD 1414/1981, de 3 de julio, y en concreto la asistencia sanitaria de los trabajadores del mar y sus beneficiarios en los establecimientos propios del ISM, así como la asistencia hospitalaria, con carácter general, servicios de especialidades y urgencias.

¹¹³Real Decreto 1292/2005, de 28 de octubre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias de las funciones y servicios de la Seguridad Social en materia de asistencia sanitaria encomendada al Instituto Social de la Marina.

¹¹⁴Real Decreto 1584/2006, de 22 de diciembre sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Cantabria de las funciones y servicios de la Seguridad Social, en materia de asistencia sanitaria encomendada al Instituto Social de la Marina.

¹¹⁵Real Decreto 1733/2007, de 21 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears de las funciones y servicios de la Seguridad Social en materia de asistencia sanitaria encomendada al Instituto Social de la Marina.

¹¹⁶Real Decreto 1083/2008, de 30 de junio, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, de las funciones y servicios de la Seguridad Social, en materia de asistencia sanitaria encomendada al Instituto Social de la Marina.

- La contratación, gestión, actualización y resolución de los conciertos con entidades e instituciones sanitarias o asistenciales que presten servicios en cada Comunidad Autónoma, dentro de los límites presupuestarios, subrogándose la Comunidad Autónoma, en los conciertos en vigor entre el ISM y otros organismos y entidades, hasta que se extingan.

Para la efectividad de esas funciones, se traspasan a cada Comunidad Autónoma receptora de las mismas, los servicios e instituciones de su ámbito territorial que se detallan en las relaciones de los Reales Decretos de transferencias.

3.2.2.2. Reserva a favor de la Administración del Estado

La Administración del Estado se reserva las siguientes funciones:

- La asistencia sanitaria de los trabajadores del mar, a bordo y en el extranjero, utilizando sus propios medios, tales como centro radio médico, banco de datos, centros en el extranjero, buques sanitarios y otros que pueden implantarse, o acordando la evacuación y repatriación de trabajadores enfermos o accidentados; todo ello sin perjuicio de las obligaciones que competen a los empresarios, de conformidad con la legislación vigente, y de los reintegros a que éstos puedan tener derecho.
- La información sanitaria al trabajador del mar.
- Educación y distribución de la guía sanitaria a bordo
- La práctica de los reconocimientos médicos previos al embarque.
- Inspección y control de los medios sanitarios a bordo y de las condiciones higiénicas de las embarcaciones.
- Cualesquiera otras funciones de medicina preventiva y educación sanitaria que le correspondan.

3.2.2.3. Funciones concurrentes

Las funciones en que han de concurrir la Administración del Estado y la de cada una de las Comunidades Autónomas son:

- El intercambio de información en materia de asistencia sanitaria de los trabajadores del mar, así como el asesoramiento y cooperación de carácter permanente. En particular, ambas Administraciones cooperarán facilitándose, en los casos en que se precise, la realización de consultas de especialidad, análisis o exploraciones complementarias en relación con el ejercicio de sus respectivas funciones en materia de asistencia sanitaria a los trabajadores del mar, previa firma del correspondiente convenio entre la Administración sanitaria de la Comunidad Autónoma y el ISM.
- La elaboración de estudios y proyectos conjuntos, así como la realización de propuestas tendentes al perfeccionamiento de la acción sanitaria de los trabajadores del mar y la colaboración en acciones programadas de interés general.
- El desarrollo de los programas de informática de proyección estatal y el acceso a la información derivada de los mismos.
- El intercambio de información sobre los conflictos laborales que puedan producirse en los centros y servicios sanitarios de la Seguridad Social.
- Cualquiera otra que pueda contribuir a la mejor relación y coordinación entre la Administración del Estado y la Comunidad Autónoma.

3.3. Transferencia a las Comunidades Autónomas de los servicios e instituciones sanitarias dependientes de Instituciones Penitenciarias

Los servicios sanitarios dependientes de Instituciones Penitenciarias también se transfieren a las Comunidades Autónomas para su plena integración en los correspondientes Servicios Autonómicos de Salud (Dispos. Adicional Sexta LCC).

A tal efecto la LCC, estableció el plazo de 18 meses desde su entrada en vigor, para que mediante el correspondiente real decreto, se procediera a la integración de los servicios sanitarios penitenciarios en el SNS, conforme al sistema de traspasos establecidos por los Estatutos de Autonomía.

La gestión descentralizada que caracteriza el sistema español, donde las comunidades autónomas responden del 90% del gasto sanitario, que representa aproximadamente un 35% de sus presupuestos, plantea retos diferenciales respecto a otros sistemas, en la línea de reforzar la eficiencia del mismo, garantizando a un tiempo la calidad, la universalidad, la equidad y la cohesión territorial. Aunque, según diversos estudios, la desigualdad regional en términos de utilización, cobertura y acceso es moderada en España en comparación con otros países, lo que en buena medida es consecuencia de los mecanismos de nivelación presupuestaria que incorpora el sistema de financiación de los comunidades de régimen común.

Entre las ventajas del sistema sanitario descentralizado, destacan los mayores incentivos a la innovación organizativa y de gestión, así como la posibilidad de desarrollar enfoques más orientados al paciente y a las necesidades sanitarias locales, y diversificar las prestaciones en función de preferencias locales.

Sin embargo, la gestión del modelo descentralizado plantea importantes retos al sistema, tanto desde el punto de vista de la eficiencia como de la equidad.

En el campo de la eficiencia, la descentralización puede suponer una pérdida de las economías de escala en ámbitos muy relevantes del control del gasto, como la gestión de compras. En este sentido, y para superar el reto, resulta necesario articular mecanismos institucionales potentes y compartidos de información, coordinación, cohesión, evaluación y control de las políticas sanitarias.

Igualmente, desde el punto de vista de la equidad y la cohesión, es preciso definir más claramente una cartera común de servicios básicos y articular la validez asistencial de la tarjeta sanitaria en todo el territorio del Estado, para evitar que la articulación de políticas sanitarias diversas impliquen o lleguen a implicar un grado de cobertura y acceso diferente en función del territorio.

Alcanzar esos retos es el objetivo de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del SNS.

4. LA GESTIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA POR ORGANISMOS Y ENTIDADES DEL ESTADO

El art. 45 LGS establece que el SNS integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que son responsabilidad de los poderes públicos. Por consiguiente, la asistencia sanitaria comprendida en la acción protectora de determinados Regímenes Especiales de la Seguridad Social

está integrada en el SNS, siendo gestionada por los Organismos y Entidades del Estado, que a continuación se estudian.

4.1. Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE)

4.1.1. Régimen jurídico y mecanismos de cobertura del Régimen Especial de los Funcionarios Civiles del Estado.

Este Régimen Especial de la Seguridad Social, se rige por lo dispuesto en las siguientes normas:

- RD Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado y sus normas de desarrollo, siendo la más importante de ellas el RD 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Mutualismo Administrativo.
- Por la legislación de Clases Pasivas del Estado, concretamente por el RD Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado.

Por consiguiente, este Régimen Especial, está integrado por dos mecanismos de cobertura, el Régimen del Mutualismo Administrativo y el Régimen de las Clases Pasivas del Estado.

El Sistema del Mutualismo Administrativo se gestiona a través de MUFACE.

4.1.2. Naturaleza jurídica y régimen jurídico de MUFACE¹¹⁷

Es un organismo público, con personalidad jurídica diferenciada, patrimonio y tesorería propios y autonomía de gestión, que se rige por las previsiones de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), relativas a los Organismos autónomos, salvo lo siguiente:

- Régimen económico-financiero, patrimonial, presupuestario, contable y de intervención, así como el régimen de conciertos para la prestación de los servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica, que se regulan por el RD Legislativo 4/2000, de 23 de junio, citado anteriormente.
- Por la Ley General Presupuestaria (LGP).
- Supletoriamente se aplica la LOFAGE.

MUFACE gozará del mismo tratamiento fiscal que la Ley establezca para el Estado.

4.1.3. Adscripción y competencias

MUFACE depende del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas¹¹⁸.

El sistema de mutualismo administrativo, se gestionará y prestará a través de la MUFACE. La gestión de las prestaciones las lleva a cabo de forma unitaria, sin perjuicio de las obligaciones que corresponden a las Comunidades Autónomas respecto a los funcionarios civiles del Estado transferidos y adscritos a su servicio¹¹⁹.

¹¹⁷MUFACE se regula en el Capítulo II del RD Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado y en los arts. 4 y 5 del Reglamento General del Mutualismo Administrativo.

¹¹⁸R D 1823/2011, de 21 de diciembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales.

¹¹⁹El apartado g del art. 3.2 del RD Legislativo 4/2000, excluye de este Régimen Especial a “los funcionarios de la Administración Civil del Estado transferidos a las Comunidades Autónomas, que hayan ingresado o ingresen voluntariamente en Cuerpos o Escalas propios de la Comunidad Autónoma de destino, cualquiera que sea el sistema de acceso”.

4.1.4. Gobierno y organización de MUFACE

Se prevé en el art. 5 del Reglamento General del Mutualismo Administrativo que por RD se establecerán, en forma análoga a las entidades gestoras de la Seguridad Social, los órganos de gobierno, administración y representación, determinándose su composición, funcionamiento y atribuciones. Igualmente por RD se establecerán las estructuras propias de sus servicios centrales y de sus servicios periféricos.

4.1.5. Personal

El personal al servicio de MUFACE depende del Ministerio de Administraciones Públicas, y será funcionario o laboral, en los mismos términos que los establecidos para la Administración General del Estado.

4.1.6. Gestión de la asistencia sanitaria

Entre las prestaciones a que tienen derecho los mutualistas o sus beneficiarios, de acuerdo con el art. 12 del RD Legislativo 4/2000, está la asistencia sanitaria. A esta prestación y a su gestión, se refiere la Sección I del Capítulo V de ese texto legal, arts. 13 a 17 y el Capítulo V del Reglamento General del Mutualismo Administrativo. Concretamente se especifica en el apartado 3 del art. 65 del Reglamento que “la asistencia sanitaria se prestará conforme a lo establecido en el texto refundido, en este Reglamento y, en lo que resulte de aplicación, en la LGS y demás normativa sanitaria vigente, debiéndose garantizar el contenido de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud, así como las garantías sobre accesibilidad, movilidad, calidad, seguridad, información y tiempo, recogidas en dichas normas”.

La asistencia sanitaria se facilitará por MUFACE, bien directamente, o por concierto con otras entidades o establecimientos, públicos o privados. Estos conciertos se establecerán preferentemente con instituciones de la Seguridad Social.

Los conciertos que tengan por objeto la prestación de servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica y que, para el desarrollo de su acción protectora, celebre la MUFACE con entidades públicas, entidades aseguradoras, sociedades médicas, colegios farmacéuticos y otras entidades o empresas, cualquiera que sea su importe y modalidad, tendrán la naturaleza de contratos de gestión de servicio público regulándose por la normativa especial de cada mutualidad y, en todo lo no previsto por la misma, por la legislación de contratos del sector público (Disp. Adicional vigésima TRLCSP)

Cuando la asistencia se facilite mediante concierto, los mutualistas podrán elegir, bien en el momento de la afiliación o alta, bien dentro del periodo que se señale al efecto, la entidad o establecimiento público o privado a través del cual hayan de recibir la prestación de dicha asistencia.

MUFACE no abonará los gastos que puedan ocasionarse cuando el beneficiario, por decisión propia o de sus familiares, utilice servicios médicos distintos de los que le hayan sido asignados, sin perjuicio de los casos establecidos en el Reglamento General del Mutualismo Administrativo¹²⁰.

¹²⁰Se establecen en los puntos a) y b) del apartado 1 del art. 78 del Reglamento General del Mutualismo Administrativo, artículo que regula la asistencia prestada por medios ajenos.

En referencia a la gestión de la prestación farmacéutica, los facultativos que tengan a su cargo la asistencia sanitaria, podrán prescribir, de acuerdo con las instrucciones que al efecto establezca la Dirección General de la Mutualidad, cualesquiera especialidades farmacéuticas, fórmulas magistrales, efectos y accesorios farmacéuticos y otros productos sanitarios reconocidos por la legislación sanitaria vigente, que sean convenientes para la recuperación de la salud de sus pacientes. La prescripción se efectuará en modelo de receta oficial establecido por la Mutualidad.

4.2. Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS)

4.2.1. Régimen jurídico y mecanismos de cobertura del Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas

Este Régimen Especial de la Seguridad Social se rige por lo dispuesto en el R D Legislativo 1/2000, de 9 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y por el R D 1726/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas. También se le aplica la legislación de Clases Pasivas del Estado.

Por consiguiente, este Régimen especial, queda integrado por dos mecanismos de cobertura: El Régimen de Clases Pasivas del Estado, de acuerdo con sus normas específicas, y el regulado por las normas anteriores.

4.2.2. Régimen jurídico y naturaleza jurídica del ISFAS

El ISFAS es un Organismo público con personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión, y se regirá por las previsiones de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, relativas a los Organismos autónomos, salvo en lo que respecta al régimen económico-financiero, patrimonial, presupuestario y contable, así como el de intervención y control financiero de las prestaciones y el régimen de los conciertos para la prestación de los servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica será el establecido por el RD Legislativo 1/2000 y sus normas de desarrollo, por la LGP en las materias que sea de aplicación y supletoriamente por la LOFAGE.

4.2.3. Adscripción y competencias

Está adscrito orgánicamente a la Subsecretaría de Defensa, según lo establecido en el art. 7.7 del RD 1287/2010, de Estructura Orgánica Básica del Ministerio de Defensa.

El ISFAS es el órgano gestor del Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas. Le corresponde la misión de proporcionar al personal encuadrado en las Fuerzas Armadas y a sus familiares protección ante la contingencia de pérdida de salud y otros estados de necesidad, mediante las correspondientes prestaciones. No tiene a su cargo, sin embargo, las pensiones básicas por retiro, muerte y supervivencia, ya que, encuadradas éstas en el Régimen de Clases Pasivas, su reconocimiento es competencia de la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa.

4.2.4. Gobierno y organización

Conforme al RD 1726/2007, son Órganos de Gobierno del ISFAS el Consejo Rector y la Junta de Gobierno. Como Órganos Directivos, la Gerencia del ISFAS es el órgano encargado de desarrollar y ejecutar los planes de actuación establecidos por sus órganos de Gobierno, en la que estarán integradas la Subdirección de Prestaciones y la Subdirección Económico Financiera.

La titularidad de la Gerencia del ISFAS corresponde al Secretario General Gerente.

El Subdirector de Prestaciones, con rango de Subdirector General, tendrá a su cargo la gestión y administración de las prestaciones sanitarias y no sanitarias del Instituto, bien directamente o a través de conciertos con otras Entidades, y sustituirá, además, al Secretario General Gerente, en el caso de ausencia, vacante o enfermedad.

Otros órganos del ISFAS son la Secretaría General Adjunta, la Inspección de Servicios, la Asesoría Jurídica y la Intervención Delegada.

Para la ejecución de sus funciones, el Instituto contará con las Delegaciones Territoriales que se determinen. La Gerencia podrá establecer, además, oficinas delegadas de dichas delegaciones cuando concurren circunstancias que lo hagan aconsejable.

4.2.5. Gestión de la asistencia sanitaria

Entre las prestaciones, otorgadas por este Régimen Especial a los asegurados o a sus beneficiarios, se encuentra la asistencia sanitaria¹²¹. Concretamente, en cuanto a la forma de la prestación, el art. 14 RD Legislativo 1/2000 prevé que la prestación de la asistencia sanitaria se hará efectiva mediante los servicios facultativos, auxiliares y de hospitalización, propios de este Régimen Especial de la Seguridad Social. A tal fin concertará, primordialmente, con la Sanidad Militar, y con los que sean precisos de la Seguridad Social y con los de otras instituciones públicas y privadas, en la forma y condiciones que reglamentariamente se determinen.

Los conciertos que tengan por objeto la prestación de servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica y que, para el desarrollo de su acción protectora, celebre el ISFAS con entidades públicas, entidades aseguradoras, sociedades médicas, colegios farmacéuticos y otras entidades o empresas, cualquiera que sea su importe y modalidad, tendrán la naturaleza de contratos de gestión de servicio público regulándose por la normativa especial de cada mutualidad y, en todo lo no previsto por la misma, por la legislación de contratos del sector público (Disp. Adicional vigésima TRLCSP).

El ISFAS no abonará los gastos que puedan ocasionarse cuando el beneficiario, por decisión propia o de sus familiares, utilice medios distintos de los que hayan sido asignados, excepto en los supuestos:

- En los casos de asistencia urgente, inmediata y de carácter vital, procederá el reintegro de los gastos, siempre que se constate que no pudieron utilizarse oportunamente los servicios sanitarios adscritos a este Régimen especial, y que tal utilización no constituya una práctica desviada o abusiva de esta excepción.
- También procederá el reembolso de gastos, cuando la utilización de los centros o servicios ajenos esté motivada por una denegación injustificada de la asistencia sanitaria que este Régimen de Seguridad Social está obligado a prestar

La dispensación extrahospitalaria de medicamentos se efectuará, de acuerdo con el art. 15 del RD Legislativo citado, mediante concierto con los servicios farmacéuticos de las Fuerzas Armadas y, en su caso, con las farmacias civiles, en las condiciones que reglamentariamente se determinen.

¹²¹R D Legislativo 1/2000, arts 10,11, 12, 13, 14, 15 y 16 y R D 1726/2007, arts. 50 a 66. De este RD, el art. 61 se dedica a las modalidades de prestación de la asistencia sanitaria y el art. 62 a la asistencia sanitaria prestada con medios ajenos.

4.3. Mutualidad General Judicial (MUGEJU)

4.3.1. Régimen jurídico y mecanismos de cobertura del Régimen Especial de la Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia

Este Régimen Especial de la Seguridad Social se rige por lo dispuesto en el RD Legislativo 3/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia y en sus normas de aplicación y desarrollo, así como por la legislación de Clases Pasivas del Estado.

Queda integrado por tanto, por los mecanismos de cobertura siguientes:

- El Régimen de Clases Pasivas del Estado, de acuerdo con sus normas específicas.
- El Mutualismo Judicial regulado en el RD Legislativo 3/2000.

Por RD 1026/2011, de 15 de julio, se aprueba el Reglamento del Mutualismo Judicial. La gestión del Mutualismo Judicial corresponde a la Mutualidad General Judicial (MUGEJU).

4.3.2. Régimen jurídico y naturaleza jurídica de MUGEJU

La MUGEJU fue creada en 1978, regulándose actualmente por las normas antes referidas. El régimen jurídico se completa con el Real Decreto 1206/2006, de 20 de octubre, por el que se regulan la composición y funciones de los órganos de gobierno, administración y representación de la Mutualidad General Judicial.

Es un organismo público con personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión, y se regirá por las previsiones de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, relativas a los Organismos autónomos, salvo el régimen económico-financiero, patrimonial, presupuestario y contable, así como el de intervención y control financiero de las prestaciones y el régimen de los conciertos para la prestación de los servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica que será el establecido por su legislación específica, por la LGP en las materias que sean de aplicación y supletoriamente por la LOFAGE.

Asimismo, MUGEJU gozará del mismo tratamiento fiscal que la Ley establezca para el Estado.

4.3.3. Adscripción y competencias

Es la Entidad Gestora del Régimen Especial de los Funcionarios al servicio de la Administración de Justicia. Está adscrita al Ministerio de Justicia.

4.3.4. Gobierno y organización¹²²

MUGEJU, para el ejercicio de sus funciones, se estructura en los siguientes órganos:

De participación en el control y vigilancia de la gestión:

¹²²Los arts. 6 (Gobierno y Administración de la Mutualidad) y 8 (Funcionamiento de los órganos de la Mutualidad) del RD Legislativo 3/2000 han sido derogados por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre. El Real Decreto 1206/2006, de 20 de octubre, por el que se regulan la composición y funciones de los órganos de gobierno, administración y representación de la Mutualidad General Judicial.

- La Asamblea General.
- La Comisión Permanente.

De dirección y gestión:

- La Gerencia.
- Los Delegados Provinciales.

4.3.5. Gestión de la asistencia sanitaria

La asistencia sanitaria tiene por objeto conservar, recuperar o restablecer la salud, con la extensión o alcance, al menos determinado en el Régimen General de la Seguridad Social¹²³. Las prestaciones sanitarias se regulan

La asistencia sanitaria se facilitará por la MUGEJU directamente, por servicios propios dependientes de la misma, o por conciertos con otras entidades o establecimientos públicos o privados, preferentemente con instituciones de la Seguridad Social.

Los conciertos que la MUGEJU celebre para la prestación de servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica con entidades públicas, entidades aseguradoras, sociedades médicas, colegios farmacéuticos y otras entidades o empresas, y que sean precisos para el desarrollo de su acción protectora, se convendrán de forma directa entre la Mutuality y la Entidad correspondiente, previo informe de la Abogacía del Estado del Ministerio de Justicia y de la Intervención Delegada en el Organismo (Disp. Adicional vigésima TRLCSP).

Los conciertos estipularán los derechos y obligaciones recíprocos de las partes, así como las modalidades, forma, condiciones de la asistencia y las causas por las que ésta se prestará a los beneficiarios con derecho a ella.

Cuando la asistencia se facilite mediante concierto, los mutualistas podrán elegir, bien en el momento de la afiliación o alta, bien dentro del periodo que se señale al efecto, la entidad o establecimiento público o privado a través del cual hayan de recibir la prestación de dicha asistencia.

El beneficiario que, por decisión propia o de sus familiares, utilice servicios sanitarios distintos de los que le correspondan (medios ajenos), abonará, sin derecho a reintegro, los gastos que puedan ocasionarse, sin perjuicio de las siguientes situaciones:

- Cuando MUGEJU facilite directamente la asistencia sanitaria y el beneficiario utilice servicios sanitarios distintos de los que tenga asignados por causa de denegación injustificada de asistencia sanitaria o por asistencia urgente de carácter vital, competirá a aquélla dictar resolución con el fin de proceder, en su caso, al reintegro de gastos, siempre que en el segundo caso se notifique a la Mutuality el comienzo de dicha asistencia.

¹²³Las Prestaciones Sanitarias se regulan en los arts. 13, 14, 15, 16 y 17 del R D Legislativo 3/2000 y en el Capítulo V, Sección 1ª, arts. 61 a 81 del R D 1026/2011.

- Cuando un beneficiario esté adscrito a una Entidad aseguradora privada concertada por la Mutualidad General Judicial, podrá utilizar servicios sanitarios distintos de los de dicha Entidad en las siguientes circunstancias:
- Si la asistencia sanitaria solicitada le ha sido denegada por parte de dicha Entidad Aseguradora y esta denegación ha sido injustificada, de acuerdo con lo estipulado en los conciertos vigentes en cada momento. En este supuesto podrá hacer uso de servicios sanitarios distintos de los que le correspondan y reclamar el reintegro de los gastos ocasionados por éstos.
- Si la utilización de dichos servicios sanitarios ha sido debida a una asistencia urgente de carácter vital. En este caso el interesado podrá reclamar el reintegro de los gastos ocasionados por ésta, siendo indispensable que se notifique el comienzo de la asistencia sanitaria a la Entidad aseguradora de adscripción del beneficiario en los plazos, términos y condiciones que se establezcan en los oportunos conciertos.

4.4. El Instituto Nacional de Gestión Sanitaria

Culminado el proceso de transferencias, fue necesario la adaptación del INSALUD a una entidad de menor dimensión, pasando a denominarse Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA).

4.4.1. Régimen jurídico y naturaleza jurídica

Se reguló inicialmente su estructura, por el RD 840/2002, de 2 de agosto, ya derogado, por el que se modificaba y desarrollaba la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Consumo, la cual posteriormente, ha sufrido varias modificaciones¹²⁴.

Este Instituto conserva el régimen jurídico, económico, presupuestario y patrimonial, y la misma personalidad jurídica y naturaleza de Entidad Gestora de la Seguridad Social que el extinguido INSALUD.

4.4.2. Adscripción y competencias

La Entidad Gestora de la Seguridad Social INGESA queda adscrita al actual Ministerio de Sanidad, Asuntos Sociales e Igualdad, a través de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud, de la Secretaría General de Sanidad y Consumo¹²⁵.

¹²⁴Mediante el Real Decreto 263/2011, de 28 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, en su art. 7.6, quedó adscrito al Ministerio, a través de la Secretaría General de Sanidad, la entidad gestora de la Seguridad Social Instituto Nacional de Gestión Sanitaria. La última modificación operada por el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, ha regulado, en su art. 13, la estructura del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. La Disposición adicional primera del Real Decreto 1887/2011 sobre subsistencia de adscripciones y dependencias de organismos públicos, prevé Las actuales adscripciones y dependencias de los organismos públicos continuarán en vigor con las modificaciones que se deriven de las previsiones contenidas en este real decreto. Además hay que considerar: el Real Decreto 38/2008, de 18 de enero, por el que se modifica parcialmente el Real Decreto 1746/2003, de 19 de diciembre, por el que se regula la organización de los servicios periféricos del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria y la composición de los órganos de participación en el control y vigilancia de la gestión, y el Real Decreto 1746/2003, de 19 de diciembre, regula la organización de los servicios periféricos del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria y la composición de los órganos de participación en el control y vigilancia de la gestión.

¹²⁵Apartado 4 del Art 10 del Real Decreto 200/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

Le corresponderá la gestión las prestaciones sanitarias en el ámbito de las ciudades de Ceuta y Melilla y realizar cuantas otras actividades sean necesarias para el normal funcionamiento de sus servicios, en el marco de lo dispuesto en la disp. trans. tercera de la LGS.

4.4.3. Gobierno y Organización

La Presidencia del INGESA corresponde al titular Secretario General de Sanidad y Consumo.

4.4.4. Órganos de Dirección y Gestión

Al Director General del INGESA, con nivel orgánico de Subdirector General, corresponde el ejercicio de las facultades atribuidas a los Directores de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social en el marco de las competencias del Instituto, en su respectivo ámbito territorial de actuación, y en general, la dirección y gestión ordinaria del referido Instituto.

De la Dirección del INGESA dependen las siguientes Subdirecciones Generales:

- Subdirección General de Atención Sanitaria.
- Subdirección General de Gestión Económica y de Recursos Humanos.

La Subdirección General de Atención Sanitaria tendrá como funciones la ordenación, control y evaluación de la gestión de la atención primaria, la atención especializada y los conciertos del INGESA.

A la Dirección del INGESA se adscribirá la Intervención Central, sin perjuicio de su dependencia funcional respecto de la Intervención General del Estado y de la Intervención General de la Seguridad Social, y el Centro Nacional de Dosimetría de Valencia¹²⁶.

En el ámbito periférico, la dirección y gestión del INGESA, se realizará a través de las Direcciones Territoriales de Ceuta y Melilla que dependen de la Dirección del Instituto.

Además, se crea en cada una de esas ciudades, una Gerencia de Atención Sanitaria, para gestionar los servicios sanitarios, que dependerán orgánicamente, de su respectiva Dirección Territorial sin perjuicio de su dependencia funcional respecto de los servicios centrales del INGESA. Los centros de atención primaria y atención especializada dependerán de la respectiva Gerencia de Atención Sanitaria.

4.4.5. Órganos de Participación en el Control y Vigilancia de la Gestión

La participación en el control y vigilancia de la gestión del INGESA, se lleva a través del Consejo de Participación y por las Comisiones Ejecutivas Territoriales, en el ámbito de Ceuta y Melilla. Participan en esos Órganos, los usuarios y consumidores, trabajadores, empresarios y Administraciones Públicas.

5. GESTIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA POR ENTIDADES COLABORADORAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

¹²⁶Tiene encomendadas la lectura y control dosimétrico mensual de los trabajadores del SNS, profesionalmente expuestos a radiaciones ionizantes.

En términos generales, las entidades colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social, son entidades de carácter privado, que sustituyen parcialmente a las Entidades Gestoras en la administración de la Seguridad Social. La colaboración en la gestión supone una suplantación de la gestión pública, estando tutelada por órganos técnicos y públicos, sin que se atribuyan espacios autónomos de gestión privada.

El vigente TRLGSS dedica a la colaboración en la gestión de la Seguridad Social, la Sección 4ª, Capítulo VII de su Título I, estableciendo en el art. 67, las entidades colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social:

- Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (MATEPs).
- Las empresas, individualmente consideradas, en relación con su propio personal (autoaseguradoras).
- Las asociaciones, fundaciones, entidades públicas y privadas, inscritas en un registro público especial.

Actualmente la colaboración se desarrolla en su mayor parte por las MATEPs y por las empresas autoaseguradoras, siendo la tercera opción de carácter residual.

Las prestaciones, asistencias y servicios objeto de la colaboración forman parte de la acción protectora de la Seguridad Social y están sujetas al régimen establecido en el TRLGSS y en sus normas de aplicación y desarrollo (art. 68.3, párrafo 4º TRLGSS). Entre las prestaciones, está asistencia sanitaria, que está integrada en el SNS (art. 45 LGS).

5.1. Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (MATEPs)

5.1.1. Régimen jurídico

Está regulado en el TRLGSS, arts. 68 a 76 y en el RD 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre colaboración de las MATEPs, modificado en diversas ocasiones. Estas entidades forman parte del sector público estatal en los términos establecidos en el art. 2.1.d) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

5.1.2. Concepto

Un concepto, que desarrolla la definición legal, se establece en el apartado 1¹²⁷ del art. 2 del Reglamento de colaboración:

“Se considerarán Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social las asociaciones de empresarios que, debidamente autorizadas por el Ministerio de Trabajo e Inmigración y con tal denominación, se constituyan con el objeto de colaborar, bajo la dirección y tutela de dicho Ministerio, en la gestión de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales del personal a su servicio, sin ánimo de lucro, con sujeción a las normas del presente Reglamento y con la responsabilidad mancomunada de sus miembros”.

5.1.3. Caracteres de las MATEPs

Se recogen en el art. 68¹²⁸ TRLGSS y en el art. 2 del Reglamento de colaboración, siendo los siguientes:

¹²⁷Redacción dada por: RD 428/2004, de 12 de marzo y RD 1382/2008, de 1 de agosto.

¹²⁸La Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, mediante su art. 7 da nueva redacción al párrafo tercero y se añade un párrafo cuarto al apartado 3 del art. 68 del TRLGSS. Concretamente

- Son asociaciones de empresarios que responden mancomunadamente de las obligaciones contraídas por la Mutua.
- Tienen personalidad jurídico-privada, gozando de plena capacidad de para adquirir, poseer, gravar o enajenar bienes y realizar toda clase de actos y contratos o ejercitar derechos y acciones en lo relativo al cumplimiento de sus finalidad.
- Para existir han de contar con autorización expresa del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, adquiriendo personalidad jurídica con su inscripción en un Registro existente al efecto.
- Pueden realizar su actividad de colaboración en todo el territorio del Estado.
- En su denominación ha de figurar la expresión “Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social”.
- Gozan de exención tributaria en las mismas condiciones que las Entidades Gestoras.
- No tienen ánimo de lucro, no pudiendo generar su gestión la percepción de beneficios económicos a favor de sus asociados.
- Las actividades de colaboración de las MATEPs se especifican en el apartado 2 del art. 68 del TRLGSS:
 - a) La colaboración en la gestión de contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Incluye la asistencia sanitaria en la protección.
 - b) La realización de actividades de prevención, recuperación y demás previstas en el TRLGSS¹²⁹. Las actividades que las mutuas puedan desarrollar como Servicio de Prevención ajeno se regirán por lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y en sus normas reglamentarias de desarrollo¹³⁰.
 - c) La colaboración en la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.
 - d) Las demás actividades, prestaciones y servicios de Seguridad Social que le sean atribuidas legalmente. Así, las MATEPs conceden los beneficios de la Asistencia Social (art. 67 del Reglamento de colaboración).

5.1.4. Órganos de las MATEPs

Se regulan en el Capítulo IV del Reglamento de colaboración, siendo los siguientes:

- Órganos de gobierno:
 - Colegiados: Junta General y Junta Directiva
 - Unipersonal: Director Gerente
- Órganos de participación:
 - Comisión de Control y Seguimiento.
 - Comisión de Prestaciones Especiales.

el párrafo cuarto queda redactado en los siguientes términos: “Las prestaciones, asistencias y servicios objeto de la colaboración forman parte de la acción protectora de la Seguridad Social y están sujetas al régimen establecido en esta ley y en sus normas de aplicación y desarrollo”.

¹²⁹La Orden TAS/3623/2006, de 28 de noviembre, regula las actividades preventivas en el ámbito de la Seguridad Social y la financiación de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales.

¹³⁰El Real Decreto 688/2005, regula el régimen de funcionamiento de las mutuas de AT y EP como servicios de prevención ajenos. Este RD, modifica el art. 13 “Actividades preventivas” del RD 1993/1995, separando las actividades preventivas del accidente de trabajo y enfermedades profesionales que pueden desarrollar, en su condición de colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social, de las funciones que las mutuas pueden desarrollar como servicios de prevención ajenos para sus empresas asociadas, rigiéndose éstas, por lo dispuesto en la LPRL y en sus normas reglamentarias de desarrollo. Las actividades de las mutuas como servicios de prevención podrán desarrollarse a través de una “sociedad de prevención” o directamente por la mutua, a través de una organización específica e independiente de la correspondiente a las funciones o actividades de la colaboración en la gestión de la Seguridad social.

El Real Decreto 843/2011, de 17 de junio, establece los criterios básicos sobre la organización de recursos para desarrollar la actividad sanitaria de los servicios de prevención.

5.1.5. Gestión de la asistencia sanitaria

Entre las prestaciones y servicios legalmente atribuidos a las MATEPs, reviste especial importancia, la asistencia sanitaria que dispensan a los trabajadores al servicio de los empresarios asociados y a los trabajadores por cuenta propia adheridos, no sólo por su ámbito y materia y por el origen de las lesiones o enfermedades que motivan dicha asistencia sanitaria, sino por el peso que esta prestación tiene en la actividad encomendada a las mutuas.

El apartado 2 del art. 68 del TRLGSS incluye la prestación de la asistencia sanitaria, dentro de la protección por accidente de trabajo y enfermedad profesional.

También podrán prestar asistencia sanitaria correspondiente a contingencias comunes que sea legalmente autorizada o que pueda realizarse y facturarse de conformidad con la normativa aplicable.

Por otra parte, las MATEPS pueden prestar atenciones y servicios a favor de personas que carezcan de derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social en virtud de lo dispuesto en el art. 71.5 TRLGSS y normas de desarrollo. Puede ocurrir que, aun cuando se trate de personas que ostenten tal derecho, exista un tercero responsable civil o penalmente de los hechos que dan origen a la prestación, en cuyo caso la mutua tiene derecho a reclamar a ese tercero responsable el coste de las prestaciones sanitarias que hubiese satisfecho, como previene el citado artículo 71.5 en relación con el art. 127.3 de la misma ley.

Las prestaciones, servicios sanitarios y recuperadores, se llevarán a cabo por las MATEPS, de acuerdo con lo regulado en el art. 12¹³¹ del Reglamento de colaboración y en el RD 1630/2011, de 14 de noviembre por el que se regula la prestación de servicios sanitarios y de recuperación por las MATEPs Para hacerlos efectivos, las MATEPS disponen de la siguientes modalidades:

- a) Medios propios, a través de los recursos sanitarios y recuperadores gestionados por las MATEPS, incluidos los de entidades y centros mancomunados

Las MATEPs podrán establecer instalaciones y servicios sanitarios y recuperadores para la prestación de la asistencia debida y la plena recuperación de los trabajadores incluidos en el ámbito de protección de las mismas.

La utilización de dichos servicios, en cuanto que se están destinados a la cobertura de prestaciones incluidas en la acción protectora de la Seguridad Social e integradas en el SNS, deberá estar coordinada con los de las Administraciones públicas sanitarias, en concordancia con lo establecido en el art. 4.1 LGS, estando sometidos, además, a la inspección y control de estas Administraciones.

La creación, modificación y supresión¹³² de las referidas instalaciones y servicios sanitarios y recuperadores, requerirán la autorización del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, previa valoración e informe, preceptivo y determinante, de las Administraciones sanitarias competentes

¹³¹Redacción según RD 28/2010, de 15 de enero, por el que se regula la prestación de servicios sanitarios y de recuperación por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social. Los apartados 3 y 4 fuero derogados por el RD 1630/2011, de 14 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento sobre colaboración de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, aprobado por el RD 1993/1995, de 7 de diciembre.

¹³²Los arts. 3, 4 y 5 RD 1630/2011, desarrollan la creación, modificación, supresión y acreditación de suficiencia de las instalaciones y servicios sanitarios y recuperadores y la prestación de servicios profesionales clínicos. El Reglamento de colaboración, en el apartado 1 el art. 12, aclara que se entenderá por modificación: “toda actuación que se realice sobre éstos e implique variaciones sustanciales en el tipo de prestaciones sanitarias dispensadas desde los mismos, independientemente de que conlleve o no cambios o alteraciones físicas de la instalaciones donde se ubican”.

acerca de la ubicación y características de las instalaciones y servicios propuestos y de su adecuación a las finalidades que deben cumplir, y se ajustarán a lo establecido en esta materia en la normativa específica que resulte de aplicación en la Comunidad Autónoma donde se ubiquen, y en las disposiciones de aplicación y desarrollo. Si la creación o modificación de instalaciones y servicios sanitarios o recuperadores llevase consigo la realización de operaciones patrimoniales, se estará al trámite establecido en los artículos correspondientes del Reglamento de colaboración.

En la planificación de instalaciones y servicios sanitarios y recuperadores, habrá de tenerse en cuenta la participación de la mutua, en su caso, en las entidades y centros mancomunados regulados en el Título III del Reglamento de colaboración. Esas instalaciones y servicios, deberán reunir las condiciones precisas para la correcta y eficaz prestación de la asistencia a la que están destinados. En tal sentido, las MATEPs deberán acreditar ante el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, la suficiencia de dichas instalaciones y servicios, otorgada por los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas competentes en la materia.

Con el fin de obtener la mayor eficacia y racionalización de los recursos que gestionan, las MATEPs podrán establecer entre ellas los acuerdos de colaboración que sean necesarios para que las prestaciones sanitarias y recuperadoras a su cargo puedan hacerse efectivas mediante la utilización del conjunto de sus recursos asistenciales y recuperadores.

Atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, podrá autorizar a las MATEPs la utilización de sus medios sanitarios y recuperadores para la prestación de asistencia en supuestos distintos de los previstos anteriormente.

Las instalaciones y servicios de las MATEPs, llevarán libros de asistencias y de reclamaciones, debiendo llevar al día los datos sobre su actividad, y estando obligados a aportar cuantos datos y estadísticas les sean requeridos por los órganos competentes del Sistema Sanitario Público y de la Seguridad Social. Deberán llevar también, el registro de reconocimientos médicos a tenor de lo dispuesto en los arts. 196 y 197 TRLGSS.

Los ingresos que las MATEPs puedan generar en las instalaciones y servicios sanitarios y recuperadores como consecuencia de la dispensación de prestaciones y servicios a personas ajenas a su colectivo de trabajadores protegidos tendrán, en todo caso, el carácter de recursos de la Seguridad Social.

- b) Medios ajenos, por medio de convenios de colaboración con las Administraciones públicas o mediante conciertos con medios privados.

Los convenios de colaboración con las Administraciones públicas sanitarias de las Comunidades Autónomas regularán la utilización recíproca de los recursos sanitarios y recuperadores respectivos.

Las MATEPs asumirán con cargo al presupuesto autorizado, sin perjuicio del resarcimiento posterior por los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas o por las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, el coste originado por la realización de pruebas diagnósticas, tratamientos y procesos de recuperación funcional dirigidos a evitar la prolongación innecesaria de los procesos de incapacidad temporal por contingencias comunes, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional quincuagésima primera del TRLGSS. Podrán también, prestar su colaboración a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social para el desarrollo de las competencias que éstas tienen encomendadas mediante los instrumentos jurídicos que resulten de aplicación.

En el caso de que las mutuas no dispongan de recursos sanitarios y recuperadores, incluidos los mancomunados, ni exista posibilidad de utilización de instalaciones de otras mutuas en condiciones económicas al menos tan ventajosas como las que ofrezcan los conciertos privados o no exista convenio con las Administraciones públicas sanitarias a través de los cuales se pueda dispensar de forma adecuada la prestación de asistencia sanitaria y recuperadora en el área geográfica de influencia en la que se precise dicha asistencia, las mutuas podrán prestar dichos servicios mediante concierto con medios privados. En este supuesto, las MATEPS sólo podrán realizar el tipo de contrato de gestión de servicios públicos, respecto a la gestión de la prestación de asistencia sanitaria (Art. 8 TRLCSP)

El Tribunal de Cuentas ha puesto de manifiesto repetidamente la infrautilización de los recursos asistenciales de las MATEPS, en especial de los hospitalarios, al tiempo que reseñaba la proliferación, no siempre controlada, de asistencias realizadas a través de conciertos con medios privados mientras que una parte de los recursos propios se mantenían ociosos.

Al establecimiento de mecanismos de optimización de los recursos sanitarios públicos, gestionados por las MATEPs, y a la consecución de la mayor calidad posible en la asistencia sanitaria dispensada, responde el RD 1630/2011, en el que se parte, como principio general, de la plena utilización de los recursos sanitarios de las mutuas, reservando la posibilidad de acudir a los medios privados a los supuestos de inexistencia, insuficiencia o no disponibilidad de recursos sanitarios de las mutuas o de inexistencia de convenios con las Administraciones públicas sanitarias, y siempre que dichos medios privados cuenten con la aprobación de las referidas Administraciones públicas sanitarias y reúnan el resto de las condiciones que en el RD 1630/2011 se establecen.

Tales conciertos, que deberán ajustarse a lo dispuesto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, no podrán suponer la sustitución de la función colaboradora atribuida a las mutuas, en cuyo nombre se prestará la asistencia, ni excluir la posibilidad de que tales conciertos se extiendan a otras mutuas.

La vigencia de dichos conciertos no podrá superar el periodo de dos años cuando la prestación de servicios se realice en centros hospitalarios, o de un año en el resto de los supuestos, y podrán prorrogarse expresamente por igual periodo, por acuerdo de la junta directiva, en el caso de persistir las circunstancias señaladas anteriormente.

El art. 12 RD 1630/2011, exige unos requisitos determinados y tasados a los centros sanitarios privados para concertar con las MATEPs.

Los centros privados con los que se concierte la prestación sanitaria y recuperadora deberán contar con recursos propios suficientes y adecuados para llevar a cabo la prestación objeto del concierto. Excepcionalmente, la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social podrá autorizar la prestación de los tratamientos quirúrgicos o postquirúrgicos con medios personales propios de las mutuas en centros hospitalarios concertados debidamente autorizados, cuando razones de especialidad, volumen de gestión u otras circunstancias concurrentes, suficientemente acreditadas, lo hagan aconsejable, estableciéndose al respecto, un régimen de incompatibilidades.

El Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social¹³³ en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y

¹³³ Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (Boletín Oficial de las Cortes Generales, número 106-1, de 25 de julio de 2014), en su Exposición de motivos, Apartado III dice que: “Al objeto de potenciar el aprovechamiento de los centros asistenciales adscritos a las Mutuas, se facilita

Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social prevé, la posibilidad de que las MATEPS, para adelantar la asistencia sanitaria a los trabajadores en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes, en lista de espera en el Sistema Sanitario Público, puedan suscribir convenios con los Servicios Autonómicos de Salud, que serían retribuidas por estos como contraprestación a la asistencia prestada. Ello podría suponer que con cargo a fondos sanitarios públicos, se priorizará la asistencia de un sector de ciudadanos –los trabajadores en incapacidad temporal- frente al resto de la población, vulnerando el principio de equidad del Sistema Nacional de Salud. Se produciría una descapitalización del Sistema, no desarrollándose la asistencia propia del SNS, lo que iría también, en detrimento de los facultativos y demás profesionales del mismo¹³⁴.

Si los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, pueden encomendar a las MATEPS pruebas o tratamientos a trabajadores en incapacidad temporal, mediante los referidos conciertos, podría socavarse el principio de libre competencia en la contratación pública, al no poder participar los centros sanitarios privados –empresas privadas- a concurso alguno.

El anteproyecto también prevé que la MATEPS, puedan contratar asistencia sanitaria con entidades privadas -aseguradoras privadas-.

5.2. Empresas

5.2.1. Régimen jurídico

El régimen jurídico de la colaboración empresarial en la gestión viene establecido por el art. 77 del TRLGSS y por la OM de 25 de noviembre de 1966, varias veces modificada, sobre colaboración de las empresas en la gestión del Régimen General.

su utilización por los Servicios Públicos de Salud, por las Entidades Gestoras y por otras Mutuas de la Seguridad Social. A tal efecto se establece que dichos ingresos generarán crédito en el presupuesto de gastos de la Mutua que preste el servicio, en los conceptos correspondientes a los gastos de la misma naturaleza”. A su vez, La disposición adicional undécima, en su apartado 6, queda redactada en los siguientes términos: “Las Mutuas de la Seguridad Social podrán celebrar convenios y acuerdos con las Entidades Gestoras de la Seguridad Social y con los Servicios Públicos de Salud, previa autorización del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, para la realización en sus Centros asistenciales adscritos de reconocimientos médicos, pruebas diagnósticas, informes, tratamientos sanitarios y rehabilitadores, incluidas intervenciones quirúrgicas, que aquellos les soliciten, siendo de aplicación las condiciones establecidas en el párrafo anterior. Los Convenios y Acuerdos autorizados fijarán las compensaciones económicas que hayan de satisfacerse como compensación a la Mutua por los servicios dispensados, así como la forma y condiciones de pago. Con carácter subsidiario respecto de los convenios y acuerdos previstos en el párrafo anterior, siempre que los Centros asistenciales adscritos dispongan de un margen de aprovechamiento que lo permita, las Mutuas de la Seguridad Social podrán celebrar conciertos con entidades privadas, previa autorización del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, para la realización de las pruebas y los tratamientos señalados a favor de las personas que aquellos les soliciten, los cuales se supeditarán a que las actuaciones que se establezcan no perjudiquen los servicios a que los Centros están destinados, ni perturben la debida atención a los trabajadores protegidos ni a los que remitan las entidades públicas, ni minoren los niveles de calidad establecidos para los mismos, siendo asimismo de aplicación las limitaciones y condiciones establecidas en este apartado relativas a los medios que se pueden emplear. Los derechos de créditos que generen los convenios, acuerdos y conciertos son recursos públicos de la Seguridad Social, siendo de aplicación a los mismos lo dispuesto en el artículo 70.2.”

¹³⁴GARRIDO GAMEZ, L., MORÁN LLANES, J., “La otra privatización del Sistema Nacional de Salud”, Diario Médico, 12 de mayo de 2014. Los autores analizan que se produciría una descapitalización de los centros propios del SNS que desviaría parte de sus fondos a favor de las MATEPS: Ahorros en el pago de la prestación económica de la incapacidad temporal por el acortamiento de las bajas, obtención de recursos por el pago por parte de los Servicios Autonómicos de Salud de la asistencia prestada y ocupación de los recursos ociosos (20-25%) de las MATEPS fruto de su negligente hipertrofia (financiada con cuotas sociales). Proponen que las MATEPS se integren con sus recursos asistenciales en el SNS, como preveía la Disposición Final 3ª LGS.

5.2.2. Formas de colaboración

Las empresas, individualmente consideradas y en relación con su propio personal, tienen dos formas de colaboración en la gestión de la Seguridad Social: voluntaria y obligatoria¹³⁵. No obstante lo anterior, legalmente se prevé la posibilidad de autorizar esa colaboración a agrupaciones de empresas que se constituyan a ese único efecto.

5.2.3. Gestión de la asistencia sanitaria por las empresas

Tras la reforma operada por la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, las empresas, solamente gestionan la asistencia sanitaria en la modalidad de colaboración voluntaria respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, prevista en la letra a) del apartado 1 del art. 77 TRLGSS.

Para asumir este tipo de colaboración, las empresas han de reunir los siguientes requisitos formales¹³⁶:

- Tener más de 250 trabajadores fijos, afiliados y en alta en el Régimen General, con la excepción de aquellas empresas que tengan por finalidad, exclusiva o no, prestar asistencia sanitaria, en cuyo caso es suficiente que tengan a su servicio un mínimo de cien trabajadores.
- Poseer instalaciones sanitarias propias que sean suficientemente eficaces para prestar la asistencia derivada de las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional, exceptuada la hospitalización quirúrgica.
- Observar un correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas de la legislación social.

Además han de reunir como requisito formal, la autorización¹³⁷ del Ministerio de Empleo y Seguridad Social para poder colaborar.

Los empresarios que se acojan a este tipo de colaboración tienen como obligaciones, respecto de los trabajadores a su servicio, prestar a su cargo la asistencia sanitaria que corresponda a la situación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional y pagar también directamente a su cargo, el subsidio de incapacidad temporal. Estarán obligados a facilitar las prestaciones correspondientes, al menos, con la extensión y en la cuantía establecida reglamentariamente con carácter general para las respectivas situaciones y contingencias.

Como derechos tendrán los empresarios, la exención de ingresar con sus cotizaciones a la Seguridad Social, la parte de prima o cuota correspondiente a las prestaciones de asistencia sanitaria e incapacidad temporal respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Sí tendrán que ingresar, en concepto de aportación al sostenimiento de los servicios comunes y sociales de la Seguridad Social y de contribución de los demás gastos generales y a la satisfacción de las exigencias de la solidaridad nacional, la cantidad que resulte de aplicar el

¹³⁵Tendrán carácter voluntario las formas de colaboración previstas, respectivamente, en los epígrafes a), b), y d) del apartado 1 del art. 77 TRLGSS. La letra b) del apartado 1 del art. 77 TRLGSS ha sido suprimida por la disposición final tercera.dos de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre. La Disposición transitoria cuarta de la Ley 2/2008, prevé que las empresas que, a 31 de diciembre de 2008, estuvieran acogidas a la modalidad de colaboración regulada en el apartado 1.b del art. 77 TRLGSS podrán, en su caso y en lo que respecta a la prestación económica de incapacidad temporal, acogerse a la modalidad de colaboración prevista en la letra d) del apartado 1 del art. 77 TRLGSS.

Tendrán carácter obligatorio, las formas de colaboración previstas en el apartado c) del art. 77 TRLGSS.

¹³⁶Art. 4 OM 25 de noviembre de 1966. A partir de la entrada en vigor de la Orden de 16 de enero de 1992, el número de trabajadores, pasó a 250, siendo con anterioridad, la cifra de 500.

¹³⁷En virtud del art. 14 de la OM de 25 de noviembre de 1966, la autorización de la colaboración en la gestión por las empresas respecto a las contingencias profesionales y comunes, exige el informe previo de la Inspección de Servicios Sanitarios y de las correspondientes Entidades Gestoras.

coeficiente que para cada año fije el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, sobre la parte de cuota correspondiente a incapacidad permanente, muerte y supervivencia, habida cuenta de la relación media general existente entre los porcentajes establecidos en las tarifas que se encuentren en vigor para estas situaciones y para la restante acción protectora por accidente de trabajo y enfermedad profesional.

La asistencia sanitaria gestionada por las empresas será prestada en coordinación con los Servicios Sanitarios de la Seguridad Social y estará sometida a la Inspección de Servicios Sanitarios. Se ajustará además, a las instrucciones generales y, en su caso, particulares que se establezcan para regular la prestación de la asistencia sanitaria.

6. COHESIÓN Y CALIDAD DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

La salud de las personas y la calidad de los sistemas sanitarios son indicativos esenciales del nivel de bienestar y protección social alcanzado por la sociedad. El acceso a una asistencia sanitaria de calidad, basada en los principios de universalidad, equidad y solidaridad contribuye a reforzar la cohesión social de un país. Al mismo tiempo, a raíz de las transferencias sanitarias, el propio desarrollo autonómico se ha visto reforzado con la gestión de los servicios y prestaciones de la Seguridad Social por parte de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas. Unido a lo anterior, el papel estratégico del sistema sanitario como vector de competitividad y crecimiento sostenible en una economía enfocada al conocimiento refuerza el interés de la reflexión sobre las mejoras que se pueden abordar en el mismo a través de la coordinación y la cooperación.

La organización del sistema sanitario público en torno al SNS no implicó la creación de una arquitectura institucional acorde con las necesidades de gobernanza que iba a significar el nuevo modelo, por lo que cualquier intento de abordar reformas estructurales en el Sistema debería partir de subsanar esa carencia. Para superar esta indefinición y falta de integración de las funciones y objetivos del SNS sería útil, sobre la base del consenso, la creación de un instrumento horizontal que preste servicios a los Sistemas de Salud de las comunidades autónomas para mejorar la eficiencia y calidad, facilitando la coordinación, las economías de escala y costes, la capacidad analítica y de evaluación, así como la colaboración mutua entre Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas.

La aceptación y asunción de las determinantes características de un sistema sanitario descentralizado como el español, no debe significar en ningún caso la renuncia a su equidad, lo que ha apuntado a la necesidad de mejorar su coordinación, tanto desde una perspectiva general del sistema, como desde el punto de vista de sus distintos ámbitos, en áreas como la cartera de servicios, la Atención primaria, sin olvidar tampoco elementos vinculados a la gestión y prestación de servicios, tales como las políticas de recursos humanos, la investigación e innovación, los sistemas de información, la innovación organizativa y las formas de gestión o el gasto sanitario y la financiación del SNS¹³⁸.

Una vez plenamente consolidada la descentralización procedía explorar las áreas susceptibles de mejora en la organización y gestión, a través de un avance en los mecanismos de cooperación y coordinación, para hacer efectivas las ventajas de la descentralización y aprovechar las economías de escala del Sistema. La coordinación general de la sanidad sigue siendo uno de los principales cometidos que corresponden a la Administración general del Estado en materia sanitaria, junto al ejercicio de la Alta Inspección, las bases de la legislación farmacéutica, las

¹³⁸DESARROLLO AUTONÓMICO, COMPETITIVIDAD Y COHESION SOCIAL EN EL SISTEMA SANITARIO, nº 01/2010, Consejo Económico y Social, Madrid, 2010, pág. 10.

relaciones y acuerdos sanitarios internacionales, así como la gestión del Fondo de Cohesión Sanitaria.

Como ocurre en todos los países federales, a los que el nivel de descentralización alcanzado por la Sanidad en España es prácticamente equiparable, la gobernabilidad de un sistema tan complejo requiere el ejercicio activo y eficaz de las funciones de coordinación o alta dirección por parte del Ministerio o un Órgano central (Agencias en algunos países).

No habiendo sido satisfactorios los resultados del ejercicio de la función de coordinación que corresponde en exclusiva al Ministerio de Sanidad, Asuntos Sociales e Igualdad, debió fortalecerse esta función, dotándose de herramientas eficaces para tal cometido, lo que requiere una revisión en profundidad del papel del Consejo Interterritorial del SNS, como principal órgano de coordinación del sistema.

6.1. Cohesión y calidad en la organización de los servicios sanitarios

Los profundos cambios acaecidos en la sociedad, tanto culturales como tecnológicos y socioeconómicos, así como en la manera de vivir y de enfermar, tras la entrada en vigor de la LGS, plantearon nuevos retos para la organización del SNS, entre los que destacan la orientación a resultados en salud, la potenciación del papel de los usuarios como decisores, la implicación de los profesionales en las reformas administrativas y la toma de decisiones clínicas basadas en la evidencia científica, así como la búsqueda de mecanismos de integración en la atención sanitaria y la sociosanitaria; retos todos ellos que pusieron de manifiesto la necesidad del funcionamiento cohesionado del Estado y de las Comunidades Autónomas para complementar algunos elementos esenciales del SNS de manera que pudiera adaptarse a la modernización que el entorno exigía.

La Ley 16/2003, de 28 de mayo de cohesión y calidad del SNS (LCC), plantea la colaboración de las Administraciones públicas sanitarias con la finalidad de mejorar el funcionamiento del SNS. La equidad, la calidad y la participación como objetivos comunes, las actuaciones en los diferentes ámbitos y los instrumentos para llevarlas a cabo, constituyen el núcleo básico del SNS y lo que proporciona unos derechos comunes a todos los ciudadanos.

El propósito de la LCC, es establecer un marco legal para las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias como medio de asegurar a los ciudadanos el derecho a la protección de la salud, con el objetivo común de garantizar la equidad¹³⁹, la calidad¹⁴⁰ y la participación social¹⁴¹ en el SNS, entendido éste en los términos de la LGS.

Sin perjuicio de ese objetivo general, la LCC contiene normas aplicables a todo el Sistema Sanitario español, no sólo a la sanidad pública, en la medida en que, por imperativo del art. 43.1 de la CE, incumbe también a los poderes públicos, ejercer un control sobre la sanidad privada, en

¹³⁹La Ley se refiere, en el apartado I de la Exposición de Motivos, a los términos de Equidad, Calidad y Participación ciudadana.

Equidad: En línea de desarrollo del principio constitucional de igualdad, que garantice el acceso a las prestaciones y, de esta manera, el derecho a la protección de la salud en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio y posibilite la libre circulación de todos los ciudadanos.

¹⁴⁰Calidad: Que, conjugue la incorporación de innovaciones con la seguridad y efectividad de éstas, que oriente los esfuerzos del Sistema hacia la anticipación de los problemas de salud o hacia soluciones eficaces cuando éstos aparecen; calidad que evalúe el beneficio de las actuaciones clínicas, incorporando sólo aquello que aporte un valor añadido a la mejora de la salud, e implicando a todos los actores del sistema.

¹⁴¹Participación social: La participación ciudadana, tanto en el respeto a la autonomía de sus decisiones individuales como en la consideración de sus expectativas como colectivo de usuarios del Sistema sanitario, y para permitir el intercambio de conocimientos y experiencias.

relación con las actividades de información, salud pública, formación e investigación y en materia de garantías de seguridad y de calidad.

El diseño del modelo establecido por la LGS, consideraba que la coordinación debería llevar a alcanzar un sistema sanitario coherente, armónico y solidario en torno al principio de equidad, un concepto que, aplicado al sistema sanitario, se despliega en distintas acepciones que se han ido incorporando a los objetivos del sistema:

- Equidad en el acceso al sistema sanitario, lo que implica la posibilidad de acceder al mismo servicio para igual necesidad.
- Equidad en los recursos y equidad financiera, lo que supone alcanzar la equidad estructural mínima suficiente para poder conseguir la equidad en el acceso, que las Comunidades Autónomas pueden completar con sus propios recursos.
- Eficacia y efectividad en la introducción de técnicas y realización de actividades sanitarias que contribuyan a mejorar el nivel de salud.
- Eficiencia en la gestión: tanto a nivel macroeconómico en lo que se refiere a los límites de los recursos asignables como a la eficiencia “micro”, es decir, lograr la máxima y mejor atención a la salud con los recursos disponibles en un momento dado.
- Satisfacción del usuario.

La Ley plantea como necesario la búsqueda de un nuevo modelo de coordinación sanitaria que ofrezca nuevos instrumentos que permitan a los ciudadanos recibir un servicio sanitario público de calidad y en condiciones de igualdad efectiva en el acceso, independientemente del lugar de residencia.

La primera aportación de la LCC al nuevo modelo es la definición de aquellos ámbitos en que es precisa la colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En estos ámbitos se define un núcleo común de actuación del SNS y de los Servicios de Salud que lo integran. Sin interferir en la diversidad de fórmulas organizativas, de gestión y de prestación de servicios consustancial con un Estado descentralizado, se pretende que la atención al ciudadano por los servicios públicos sanitarios responda a unas garantías básicas y comunes.

Los ámbitos de colaboración entre las Administraciones públicas sanitarias definidas por la LCC son: las prestaciones del SNS, la farmacia, los profesionales sanitarios, la investigación, el sistema de información sanitaria y la calidad del sistema sanitario.

En materia de prestaciones, define la LCC, su art. 7, el catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud, cuyo objeto es garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención. Se consideran prestaciones de atención sanitaria del Sistema Nacional de Salud los servicios o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud dirigidos a los ciudadanos. El catálogo comprenderá las prestaciones correspondientes a salud pública¹⁴²,

¹⁴² La prestación de salud pública comprende las siguientes actuaciones (redacción dada al apartado 2 del art. 11 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, por la disp. final segunda de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública): a) La información y la vigilancia en salud pública y los sistemas de alerta epidemiológica y respuesta rápida ante emergencias en salud pública, b) La defensa de los fines y objetivos de la salud pública que es la combinación de acciones individuales y sociales destinadas a obtener compromisos políticos, apoyo para las políticas de salud, aceptación social y respaldo para unos objetivos o programas de salud determinados, c) La promoción de la salud, a través de programas intersectoriales y transversales, d) La prevención de las enfermedades, discapacidades y lesiones, e) La protección de la salud, evitando los efectos negativos que diversos elementos del medio pueden tener sobre la salud y el bienestar de las personas, f) La protección y promoción de la sanidad ambiental, g) La protección y promoción de la seguridad alimentaria, h) La protección y promoción de la salud

atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, la prestación farmacéutica, la ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario.

Por otra parte, la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud es el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, entendiendo por tales cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica, mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias.

Además la LCC ofrece mecanismos de cooperación y coordinación tanto en la organización de la asistencia sanitaria como en salud pública. Concretamente en asistencia sanitaria se regulan los planes integrales de salud, para que las Administraciones sanitarias adopten un enfoque integral en la atención a las enfermedades más prevalentes.

Para que ello sea factible la LCC diseña una serie de instrumentos para tomar aquellas decisiones que corresponde asumir conjuntamente al Estado y a las Comunidades Autónomas. De esta forma la Ley crea o potencia órganos especializados, que se abren a la participación de las Comunidades Autónomas¹⁴³.

La disp. final cuarta LCC instó al Gobierno para que modificara la estructura orgánica del Ministerio de Sanidad y Consumo¹⁴⁴, con objeto de proceder a la creación del Instituto de Información Sanitaria, de la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud y del Observatorio del Sistema Nacional de Salud.

laboral, i) La evaluación de impacto en salud, j) La vigilancia y control de los posibles riesgos para la salud derivados de la importación, exportación o tránsito de bienes y del tránsito internacional de viajeros, k) La prevención y detección precoz de las enfermedades raras, así como el apoyo a las personas que las presentan y a sus familias. Esta prestación incluirá, asimismo, todas aquellas actuaciones singulares o medidas especiales que, en materia de salud pública, resulte preciso adoptar por las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones públicas, dentro del ámbito de sus competencias, cuando circunstancias sanitarias de carácter extraordinario o situaciones de especial urgencia o necesidad así lo exijan y la evidencia científica disponible las justifique.

Según el preámbulo de Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, tiene importancia una gestión sanitaria adaptada a la salud pública, dedicándose a ello, su Capítulo V – “La gestión sanitaria como acción de salud pública” -. Para alcanzar los objetivos de esa Ley es esencial que en todos los niveles y escalones asistenciales se coordine apropiadamente la prevención de la enfermedad y la promoción de la salud, garantizando la reducción de los desequilibrios sociales y territoriales; por tanto, la gestión sanitaria atenderá a los resultados en salud. Lo establecido de esta manera sobre gestión sanitaria, está en línea con la propuesta del informe de la Organización Mundial de la Salud «Informe sobre la salud en el mundo 2000 - Mejorar el desempeño de los sistemas de salud» y los desarrollos posteriores en la esfera internacional, que abogan por una dirección de los servicios asistenciales guiada a mejorar la salud de la población.

¹⁴³La ley se refiere a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, la Agencia de Evaluación de Tecnologías, la Comisión de Recursos Humanos, la Comisión Asesora de Investigación en Salud, el Instituto de Salud Carlos III, el Instituto de Información Sanitaria, la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud y el Observatorio del Sistema Nacional de Salud.

¹⁴⁴La última reforma operada por Real Decreto 200/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, establece que de la Secretaría General de Sanidad y Consumo, con rango de Subsecretaría, dependen los siguientes órganos directivos: La Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación, La Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, La Dirección General de Ordenación Profesional. A la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación, le corresponde ejercer la Alta Inspección del SNS, asumir la coordinación de las relaciones de los órganos del Departamento con las comunidades autónomas, las corporaciones locales y otras entidades y organizaciones sanitarias, así como ejercer el seguimiento de los actos y disposiciones de las comunidades autónomas en materia de sanidad. Desarrollará también, las funciones de la Agencia de Calidad del SNS y del Instituto de Información Sanitaria. Se adscriben también a esa Dirección General el Observatorio del SNS, el Observatorio de Salud de las Mujeres y el Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias. De la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación, dependen entre otras, la Subdirección General de Calidad y Cohesión y la de Información Sanitaria e Innovación.

El órgano básico de cohesión es el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud¹⁴⁵. Junto a él se sitúa la Alta Inspección¹⁴⁶, a la que se atribuye el seguimiento de los acuerdos de aquel, entre otras funciones.

En 2008 se formuló la convocatoria, por parte del Ministerio de un Pacto de Estado en Sanidad. Entre los principios en los que se quiso sustentar este pacto, figuran la equidad en las prestaciones sanitarias para toda la ciudadanía y la cohesión entre las autonomías. Su finalidad era encontrar puntos de encuentro entre todas las Administraciones Sanitarias para garantizar y reforzar la calidad y sostenibilidad del SNS. A tal efecto, en febrero de 2009, se constituyó la Subcomisión del Congreso para el Pacto de Estado en Sanidad, en el seno de la Comisión de Sanidad y Consumo del Congreso de los Diputados.

Mientras tanto, el 18 de marzo de 2010 el Consejo Interterritorial del SNS aprobó el documento de consenso “Actuaciones y medidas para promover la calidad, la equidad, la cohesión y la sostenibilidad del SNS”. Situándose ya, en el actual escenario de crisis económica, parte de la premisa de que es necesario garantizar que los recursos disponibles se utilicen de la manera más racional y eficiente posible.

Trascurridos dos meses en el contexto de las decisiones adoptadas con carácter extraordinario para luchar contra el déficit, el Gobierno aprobó nuevas medidas con amplia repercusión en el Sistema Sanitario, concretamente, el Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

Un paso más en la mejora de la calidad, la cohesión y la sostenibilidad del SNS, se ha dado con el Real Decreto-Ley 9/2011, de 19 de agosto, de medidas para la mejora de la calidad y cohesión del Sistema Nacional de Salud, de contribución a la consolidación fiscal, y de elevación del importe máximo de los avales del Estado para 2011.

Tiene la finalidad de reforzar las medidas fiscales y presupuestarias de reducción de déficit público, prioridad ineludible de la política económica del gobierno. Las políticas públicas se orientan hacia escenarios de austeridad y racionalidad del gasto que permitan el mantenimiento de un adecuado nivel de los servicios públicos sin menoscabo de sus componentes de equidad y calidad. Así, se establecen una serie de medidas de austeridad en la prestación farmacéutica que pretenden aliviar la tensión financiera de los servicios de salud, junto con la optimización de la aplicación de las nuevas tecnologías en los sistemas de información sanitaria y la mejora de la coordinación de la atención sociosanitaria. En el plazo de 6 meses, se deberá elaborar una estrategia de coordinación sociosanitaria, participando en ella el Ministerio de Sanidad, Asuntos Sociales e Igualdad, las Comunidades Autónomas y organizaciones de ciudadanos, profesionales y las empresas del sector.

La necesidad de una mejor gobernanza del SNS se ve reforzada por el avance de algunas tendencias. Entre ellas, destacan la cada vez mayor importancia que se quiere otorgar en los sistemas sanitarios a la prevención y la salud pública; el objetivo de calidad y la medicina basada en la evidencia científica; la necesidad de un marco regulador claro que facilite la actividad el entramado empresarial de base científica y tecnológica vinculado a las ciencias de la salud y la

¹⁴⁵El Consejo Interterritorial del SNS, creado por la LGS, se regula en el capítulo X de la LCC, quedando derogado el art. 47 de la LGS (Disp. derog. primera de la LCC).

¹⁴⁶El capítulo XI de la LCC regula la Alta Inspección, en términos análogos a los contenidos en el art. 43 de la LGS, que se deroga (Disp. derog. primera), si bien se lleva a cabo una mejor sistematización de sus funciones, incorporando algunas inequívocamente propias de ésta función que corresponde al Estado y que no se recogían en aquella Ley.

provisión de servicios sanitarios; la necesidad de garantizar la movilidad de pacientes y profesionales dentro del SNS o la diversificación de formas de gestión.

6.1.1. Sistema de información sanitaria del SNS

A él se dedica el Capítulo V de la LCC que prevé el establecimiento por el Ministerio de Sanidad, Asuntos Sociales e Igualdad, de un Sistema de información sanitaria del SNS que garantice la disponibilidad de la información y la comunicación recíprocas entre las Administraciones sanitarias.

El Sistema de información estará a disposición de sus usuarios, que serán las Administraciones públicas sanitarias, los gestores y profesionales de la Sanidad y los ciudadanos, en los términos de acceso y difusión que se acuerden en el Consejo Interterritorial del SNS.

El sistema de información sanitaria contendrá información¹⁴⁷ sobre las prestaciones y la cartera de servicios en atención sanitaria pública y privada, e incorporará, como datos básicos, los relativos a población protegida, recursos humanos y materiales, actividad desarrollada, farmacia y productos sanitarios, financiación y resultados obtenidos, así como las expectativas y opinión de los ciudadanos, todo ello desde un enfoque de atención integral a la salud, desagregando por sexo todos los datos susceptibles de ello.

Las Comunidades Autónomas, la Administración del Estado y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social aportarán a este Sistema de información sanitaria los datos necesarios para su mantenimiento y desarrollo.

Con el fin de que los ciudadanos reciban la mejor atención sanitaria posible en cualquier centro o servicio del SNS, el Ministerio de Sanidad, Asuntos Sociales e Igualdad coordinará los mecanismos de intercambio de información clínica y de salud individual, previamente acordados con las Comunidades Autónomas, para permitir tanto al interesado como a los profesionales que participan en la asistencia sanitaria el acceso a la historia clínica¹⁴⁸ en los términos estrictamente necesarios para garantizar la calidad de dicha asistencia y la confidencialidad e integridad de la información, cualquiera que fuese la Administración que la proporcione. El Ministerio establecerá un procedimiento que permita el intercambio telemático de la información que legalmente resulte exigible para el ejercicio de sus competencias por parte de las Administraciones públicas.

Por otra parte, para facilitar el acceso de los ciudadanos a las prestaciones de la atención sanitaria del SNS, se regula la tarjeta sanitaria individual¹⁴⁹, que atenderá a los criterios establecidos con carácter general en la Unión Europea.

Sin perjuicio de su gestión en su ámbito territorial por las Comunidades Autónomas, la tarjeta sanitaria individual incluirá de manera normalizada, los datos básicos de identificación del titular, su derecho a las prestaciones y la Entidad responsable de la asistencia sanitaria. La Ley establece que deberá garantizarse, que los dispositivos que las tarjetas incorporen para almacenar la

¹⁴⁷Art 53 (apdo. 2) LCC, redacción según Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

¹⁴⁸El art. 6 Real Decreto Ley 9/2011, prevé que las administraciones sanitarias establecerán de manera generalizada la conexión e intercambio de información con el Sistema de Historia Clínica Digital del SNS, antes del 1 de enero de 2013. También, en el ámbito del Sistema de Información Sanitaria, el art. 7 del R D Ley 9/2011, contempla que las administraciones sanitarias en su ámbito de competencia, adoptarán las medidas precisas para que el aplicativo de la receta electrónica esté implantado y sea interoperable en todo el SNS, antes del 1 de enero de 2013.

¹⁴⁹El art. 5 del Real Decreto Ley 9/2011, prevé que el Gobierno en coordinación con las comunidades autónomas en el plazo de 6 meses desde la entrada en vigor Real Decreto-ley, establecerá el formato único y común de tarjeta sanitaria válido para todo el Sistema Nacional de Salud. La fecha de entrada en vigor fue el 20 de agosto de 2011.

información básica y las aplicaciones que la traten, permitan la lectura y comprobación de datos en todo el territorio nacional. Se establece además, un código de identificación personal único.

Se crea el Instituto de Información Sanitaria, como órgano del Ministerio de Sanidad, Asuntos Sociales e Igualdad al que se encomienda el desarrollo de las actividades necesarias para el funcionamiento del Sistema de información sanitaria. Su creación se ajustará a lo previsto en el art. 67.1 de la LOFAGE.

El Real Decreto Ley 9/2011, aborda medidas relativas al sistema de información sanitaria, tendentes a culminar las actuaciones que se están desarrollando de manera coordinada entre todas las administraciones sanitarias. Los proyectos concretos que en la actualidad están siendo objeto de implementación son la tarjeta sanitaria, la historia clínica digital y la receta electrónica. Para todos ellos en esta norma se establece un marco temporal en el cual todos los proyectos deberán estar operativos e interoperables en todo el territorio, lo que supondrá un avance esencial en la cohesión del SNS.

6.1.2. La mejora de la calidad en el SNS

El Capítulo VI LCC, dedicado a la “calidad”, establece el principio de que la mejora de la calidad del Sistema Sanitario en su conjunto, debe presidir las actuaciones de las instituciones sanitarias públicas y privadas.

Se concretan los elementos de la denominada por la LCC “infraestructura de la calidad”, siendo los siguientes: normas de calidad y seguridad, indicadores, guías de práctica clínica y guías de práctica asistencial, el registro de buenas prácticas y el registro de acontecimientos adversos. Estos elementos estarán a disposición del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, de las Comunidades Autónomas y de los centros sanitarios públicos y privados.

Se prevé la elaboración periódica de planes de calidad del SNS en el seno de Consejo Interterritorial de SNS, sin perjuicio de las competencias autonómicas de planificación sanitaria y de organización de servicios.

Tanto el Ministerio de Sanidad, Asuntos Sociales e Igualdad como los órganos competentes de las Comunidades Autónomas fomentarán la evaluación externa y periódica de la calidad y la seguridad de los centros y servicios sanitarios mediante auditorías por parte de instituciones públicas y privadas acreditadas.

En relación con la calidad se crean¹⁵⁰ dos órganos dependientes del Ministerio de Sanidad, Asuntos Sociales e Igualdad: La Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud y el Observatorio del Sistema Nacional de Salud.

El Observatorio del Sistema Nacional de Salud, proporcionará un análisis permanente del SNS en su conjunto, mediante estudios comparados de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas en el ámbito de la organización, provisión de los servicios, gestión sanitaria y resultados.

El Real Decreto Ley 9/2011, incorpora también previsiones para la mejora de la calidad de la atención a las personas que reciben servicios sanitarios y de atención social, instando al Gobierno a que en el plazo de seis meses elabore, en cooperación con las Comunidades Autónomas, con las

¹⁵⁰ Su creación se llevará a cabo de acuerdo con el procedimiento previsto en el art. 67.1 de la LOFAGE.

Mutualidades de funcionarios, y con la colaboración de las organizaciones ciudadanas, los profesionales y las empresas del sector, una estrategia de coordinación de la atención sociosanitaria.

6.1.3. Los planes integrales de salud

Entre los instrumentos de coordinación contemplados por la LGS, está el Plan Integrado de Salud del SNS, elaborado a partir de los planes de salud de las Comunidades Autónomas y de los diferentes planes de salud estatales, cuya elaboración contribuiría a marcar los objetivos en salud y orientar las actuaciones del conjunto del sistema en torno a los mismos.

Sin perjuicio de las competencias autonómicas de planificación sanitaria y de organización de los servicios, se prevé la elaboración conjunta de planes integrales de salud por el Ministerio de Sanidad y Consumo y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, en relación con las patologías más prevalentes, relevantes o que supongan una especial carga sociofamiliar.

Estos planes establecerán criterios sobre la forma de organizar los servicios para atender esas patologías, de manera integral y semejante, en el conjunto del SNS. Las Comunidades Autónomas, una vez establecidos los estándares generales, bases y criterios, organizarán sus servicios de acuerdo con el modelo que más se adapte a sus peculiaridades y necesidades.

EL Plan Integrado de Salud no se ha conseguido desarrollar.

6.1.4. La gestión de la prestación farmacéutica¹⁵¹

Las oficinas de farmacia colaboran con el SNS en el desempeño de la prestación farmacéutica a fin de garantizar el uso racional del medicamento. Para ello los farmacéuticos actuarán coordinadamente con los médicos y otros profesionales sanitarios.

En el marco de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, la Dirección General de Cartera de Servicios y Farmacia del Ministerio de Sanidad, Asuntos Sociales e Igualdad¹⁵², establecerá los criterios generales y comunes para el desarrollo de la colaboración de las oficinas de farmacia, por medio de conciertos que garanticen a los ciudadanos la dispensación en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio nacional, independientemente de su comunidad autónoma de residencia.

¹⁵¹El Capítulo I del RD L 9/2011 ha adoptado medidas relativas a la prestación farmacéutica, entre las que está la modificación de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Las medidas de austeridad en la prestación farmacéutica que ha introducido, con la finalidad de aliviar las dificultades financieras en los servicios de salud, son: 1. Generalización de la prescripción por principio activo; 2. Modificaciones en el sistema de precios de referencia; 3. Supresión de la posibilidad de la rebaja gradual en dos años de los medicamentos que deben incorporarse a un conjunto con precio de referencia: Ahora, la rebaja será inmediata, sin ningún periodo transitorio; Deducción del 15% a aquellos medicamentos que, por carecer de genérico, no se han incorporado al sistema de precios de referencia, pero ya han transcurrido 10 años para la amortización de las inversiones realizadas en su comercialización; 5. Introducción de distintos criterios para mejorar la financiación selectiva y no indiscriminada de medicamentos; 6. Adecuación del contenido de los envases de los medicamentos a la duración real de los tratamientos; 7. Establecimiento de un sistema de compensación para las farmacias ubicadas en núcleos pequeños de población, aislados o socialmente deprimidos.

¹⁵²Apartado 2 del art. 12 del Real Decreto 200/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

Se tenderá a la dispensación individualizada de medicamentos y a la implantación de la receta electrónica, en cuyo desarrollo participarán las organizaciones colegiales médica y farmacéutica.

Entre los criterios se definirán los datos básicos de farmacia, para la gestión por medios informáticos de la información necesaria para el desempeño de las actividades anteriormente mencionadas y para la colaboración con las estructuras asistenciales del SNS. Se ajustarán a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y a las especificaciones establecidas por los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas.

6.1.5. La participación social

En el Capítulo IX de la LCC se regula la participación de los ciudadanos y de los profesionales en el SNS, que se articula principalmente a través del Consejo de Participación Social del SNS dependiente del Ministerio de Sanidad, Asuntos Sociales e Igualdad. Este órgano tendrá tres formas de organización, pudiendo actuar como Comité Consultivo, como Foro Abierto o como Foro Virtual.

El Consejo de Participación Social del SNS pretende ofrecer un cauce de comunicación permanente entre las Administraciones públicas sanitarias, los profesionales y las sociedades científicas, las organizaciones sindicales y empresariales y los consumidores y usuarios.

El Comité Consultivo¹⁵³ es el órgano, dependiente del Consejo Interterritorial del SNS, mediante el cual se hace efectiva, de manera permanente, la participación social en el SNS, y se ejerce la participación institucional de las organizaciones sindicales y empresariales en el SNS. Sus funciones serán las de informar, asesorar y formular propuestas sobre materias que resulten de especial interés para el funcionamiento del SNS.

El Foro Abierto de Salud se constituirá con carácter temporal, para el estudio, debate y formulación de propuestas sobre temas específicos que en un determinado momento tengan impacto en el SNS.

El Foro Virtual se mantendrá a través de la red informática.

Las Administraciones sanitarias podrán crear redes de conocimiento que generen y transmitan conocimiento científico y favorezcan la participación social en las materias de su competencia. El Ministerio de Sanidad, Asuntos Sociales e Igualdad, creará una infraestructura de comunicaciones que permita el intercambio de información y promueva la complementariedad de actuaciones en formación y en gestión sanitaria, entre otras materias.

La puesta en marcha de algunos instrumentos creados por la LCC ha permitido avances especialmente en el plano de la información sobre el SNS, un requisito previo insoslayable para abordar las necesarias reformas, aunque todavía existen numerosos ámbitos susceptibles de mejora en este campo, en especial respecto a la información territorializada.

¹⁵³Según el art. 67, apartado 2 de la LCC, estará presidido por el representante de la Administración General del Estado, que designe el Ministro de Sanidad y Consumo. Estará integrado por los siguientes miembros: a) Seis representantes de la Administración General del Estado, b) Seis representantes de las Comunidades Autónomas; c) Cuatro representantes de la Administración Local; d) Ocho representantes de las organizaciones empresariales; e) Ocho representantes de las organizaciones sindicales más representativas en el ámbito estatal.

Hasta el momento no han sido satisfactorios los resultados del ejercicio de la función de coordinación que corresponde en exclusiva al Ministerio de Sanidad, Asuntos Sociales e Igualdad y que debería fortalecerse, dotándose de herramientas eficaces para tal cometido, lo que requiere una reactivación de la Alta Inspección en el ejercicio de las funciones que le corresponden y una revisión del papel del Consejo Interterritorial del SNS, como principal órganos de coordinación del Sistema.

La búsqueda de la cohesión y calidad del SNS, iniciada hace una década, no ha alcanzado todos los objetivos, debiéndose continuar en esa línea.

6.2. El personal al servicio del Sistema Nacional de Salud y la gestión de la asistencia sanitaria

La introducción de nuevas fórmulas de gestión de los servicios sanitarios para dar respuesta a los problemas de eficiencia del Sistema, ha sido una constante desde la creación del SNS y una tendencia presente en todos los países desarrollados. Su intensificación a partir de los años noventa ha sido objeto de debate, que ha girado entre otros aspectos, en los efectos de la no sujeción, en determinadas formas jurídicas de gestión, de las condiciones laborales de su personal al Derecho público, el riesgo de deterioro del servicio que puede derivar de la priorización del criterio de control del gasto sobre los objetivos de salud, así como en la vertiente de su real eficacia y rentabilidad.

Un factor clave en la cohesión del SNS son las políticas de recursos humanos, siendo necesario mejorar la coordinación de elementos vinculados a la gestión y prestación de servicios del personal del Sistema.

El ejercicio profesional en las organizaciones sanitarias se rige por las normas reguladoras del vínculo entre los profesionales y las organizaciones sanitarias, por los preceptos de la propia Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (LOPS) y las demás normas legales que resulten de aplicación.

6.2.1. El régimen jurídico de la prestación de servicios

La LGS establece que en los Servicios de Salud se integrarán los diferentes servicios públicos del respectivo ámbito territorial. Tal integración se realiza con las peculiaridades organizativas y funcionales de los correspondientes centros, entre ellas el régimen jurídico de su personal. Ello motiva que en los Servicios de Salud y en sus centros sanitarios se encuentren prestando servicios, personal con vinculación funcional¹⁵⁴, laboral¹⁵⁵ y estatutaria.

Si bien el personal funcionario y laboral vio actualizados sus respectivos regímenes jurídicos tras la promulgación de la CE, no ha sucedido lo mismo con el personal estatutario, regulado por unos estatutos preconstitucionales, puntualmente modificados.

¹⁵⁴Regulado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

¹⁵⁵El régimen jurídico del personal laboral se rige, en lo no dispuesto por el Estatuto Básico del Empleado Público, que regula las especialidades del empleo público de esta naturaleza, por la legislación laboral común y por las demás normas convencionalmente aplicables (Art. 7 EBEP). El EM será de aplicación al personal funcionario y al personal sanitario laboral que preste servicios en los centros del SNS gestionados directamente por entidades creadas por las distintas Comunidades Autónomas para acoger los medios y recursos humanos y materiales procedentes de los procesos de transferencias del INSALUD, en todo aquello que no se oponga a su normativa específica de aplicación y si así lo prevén las disposiciones aplicables al personal funcionario o los convenios colectivos aplicables al personal laboral de cada Comunidad Autónoma.

La propia LGS, en su art. 84, estableció que un estatuto marco regularía la normativa básica aplicable al personal estatutario de todos los Servicios de Salud, lo cual no sucedió hasta la entrada en vigor de la Ley 55/2003, de 6 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud (EM).

En el Capítulo III de este trabajo se analiza el personal del SNS y la gestión sanitaria.

6.2.2. El ejercicio de las profesiones sanitarias

La LCC, dedica su Capítulo III a los profesionales del SNS. Como principio general establece que la formación y el desarrollo de la competencia técnica de los mismos deben orientarse a la mejora de la calidad del SNS.

El desarrollo profesional constituye un aspecto básico en la modernización del SNS y deberá responder a criterios comunes acordados en el seno del Consejo Interterritorial de Salud, en relación con los siguientes ámbitos: la formación continuada, la carrera profesional y la evaluación de competencias. Además, la garantía de la movilidad del personal en todo el SNS es uno de los aspectos esenciales de su cohesión.

Será poco tiempo después, cuando la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias¹⁵⁶ (LOPS), regule la formación de los profesionales sanitarios y el desarrollo profesional y su reconocimiento. No obstante lo anterior, el aspecto más relevante de esta Ley, relacionado con la gestión de la asistencia sanitaria, es precisamente, la regulación del ejercicio de las profesiones sanitarias. Ello se debe a la íntima conexión de este ejercicio con el derecho a la protección de la salud, con el derecho a la vida y a la integridad física, con el derecho a la intimidad personal y familiar, con el derecho a la dignidad humana y con el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

La LGS, norma de naturaleza predominantemente organizativa, únicamente se refiere al ejercicio libre de las profesiones sanitarias, sin afrontar su regulación. Solamente prevé, como competencia del Estado, la homologación de programas de formación postgraduada, perfeccionamiento y especialización del personal sanitario así como la homologación general de los puestos de trabajo de los servicios sanitarios.

Debido a ello lo esencial del ejercicio de la medicina y del resto de las profesiones sanitarias, con la sola excepción de la odontología y otras profesiones relacionadas con la salud dental, a las que se refiere la Ley 10/1986, de 17 de marzo, quedaba diferido a otras disposiciones del ámbito educativo, de las relaciones de los pacientes, de los derechos y deberes de los profesionales o de las que regulan las relaciones de servicio de los profesionales con los centros o las instituciones y corporaciones públicas y privadas.

A esta situación de vacío normativo se añadía la normativa de las Comunidades Europeas. Esta se centra en las directivas sobre reconocimiento recíproco, entre los Estados miembros, de diplomas, certificados y otros títulos relativos al ejercicio de las profesiones sanitarias, que en la medida que subordinan el acceso a las actividades profesionales sanitarias a la posesión de los títulos que en la directivas se precisan, introducen una limitación al ejercicio profesional que ha de establecerse, en nuestro derecho interno, por una norma con rango formal de ley, tal y como exige el art. 36 de la CE.

¹⁵⁶ Modificada por la Disposición final sexta de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Ha afectado a los arts.: 4 (Principios Generales), al que añade tres nuevos apartados, 22 (Acceso a la formación especializada), añadiendo un nuevo párrafo y 47 (Foro profesional), introduciendo una nueva redacción.

Ello desembocó en la promulgación de la LOPS, cuyos preceptos son bases de la sanidad.

La LOPS regula los aspectos básicos de las profesiones sanitarias tituladas en lo que se refiere a su ejercicio por cuenta propia o ajena, a la estructura general de la formación de los profesionales, al desarrollo profesional de éstos y a su participación en la planificación y ordenación de las profesiones sanitarias. Asimismo, establece los registros de profesionales que permitan hacer efectivos los derechos de los ciudadanos respecto de las prestaciones sanitarias y la adecuada planificación de los recursos humanos del sistema de salud. Es aplicable tanto si la profesión se ejerce en los servicios sanitarios públicos como en el ámbito de la sanidad privada¹⁵⁷.

La LOPS distingue entre profesiones sanitarias tituladas y profesionales del área sanitaria de formación profesional.

De conformidad con el art. 36 CE, la LOPS considera profesiones sanitarias, tituladas y reguladas, aquellas cuya formación pregraduada o especializada se dirige específica y fundamentalmente a dotar a los interesados de los conocimientos, habilidades y actitudes propias de la atención de la salud, y que están organizadas en colegios profesionales oficialmente reconocidos por los poderes públicos. Las profesiones sanitarias tituladas se estructuran en dos niveles: Licenciado y Diplomado. Las referencias a los licenciados y diplomados sanitarios se entenderán realizadas también a los graduados universitarios, de acuerdo con la nueva normativa de ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales.

De acuerdo con el art. 35 CE, son profesionales del área sanitaria de formación profesional quienes ostentan los títulos de formación profesional de la familia profesional sanidad, o los títulos o certificados equivalentes a los mismos. Estos profesionales se estructuran en la LOPS en dos grupos: De grado superior y de grado medio.

La LOPS, de acuerdo con lo establecido en los arts. 35.1 y 36 CE, reconoce el derecho al libre ejercicio de las profesiones sanitarias, de acuerdo con los requisitos previstos en ella y en las demás normas legales que resulten aplicables. Para el ejercicio de una profesión sanitaria, por cuenta propia o ajena, se requerirá la posesión del correspondiente título oficial que habilite expresamente para ello.

Los profesionales sanitarios desarrollan funciones en los ámbitos asistencial, investigador, docente y de gestión clínica. Corresponderá además, a todas las profesiones sanitarias participar activamente en proyectos que puedan beneficiar la salud y el bienestar de las personas en situaciones de salud y enfermedad, especialmente en el campo de la prevención de enfermedades, de la educación sanitaria, de la investigación y del intercambio de información con otros profesionales y con las autoridades sanitarias.

El ejercicio de las profesiones sanitarias se llevará a cabo con plena autonomía técnica y científica, sin más limitaciones que las establecidas en la propia LOPS, en el resto del ordenamiento jurídico y deontológico. Ese ejercicio se sujetará a los siguientes principios:

- Formalización escrita del trabajo profesional que se reflejará en una historia clínica que deberá ser común para cada centro y única para cada paciente atendido en él.
- Se atenderá a la unificación de criterios de actuación, que estarán basados en la evidencia científica y en los medios disponibles, y soportados en guías y protocolos de práctica clínica y asistencial.

¹⁵⁷El Título IV de la LOPS se dedica a regular el ejercicio privado de las profesiones sanitarias.

- La eficacia organizativa de los servicios, secciones y equipos requerirá la existencia de normas de funcionamiento interno y la definición de objetivos y funciones para cada miembro del mismo, así como la cumplimentación por parte de los profesionales de la documentación asistencial, informativa o estadística que determine el centro.
- La continuidad asistencial de los pacientes, tanto entre los distintos profesionales que los atiendan dentro del mismo centro, como entre los diferentes niveles asistenciales (Atención primaria y Atención especializada) en que sean atendidos los pacientes.
- Equipos profesionales interdisciplinarios y multidisciplinarios.

La relación entre los profesionales sanitarios y de las personas atendidas por ellos, se rige por los siguientes principios generales:

- Los profesionales tienen el deber de prestar una atención sanitaria técnica y profesional adecuada a las necesidades de salud de las personas que atienden, de acuerdo con el estado de desarrollo de los conocimientos científicos de cada momento y con los niveles de calidad y seguridad que se establecen en la LOPS y el resto de normas legales y deontológicas aplicables.
- Los profesionales tienen el deber de hacer un uso racional de los recursos diagnósticos y terapéuticos a su cargo, tomando en consideración, entre otros, los costes de sus decisiones, y evitando la sobreutilización, la infrautilización y la inadecuada utilización de los mismos.
- Los profesionales tienen el deber de respetar la personalidad, dignidad e intimidad de las personas a su cuidado y deben respetar la participación de los mismos en las tomas de decisiones que les afecten. En todo caso, deben ofrecer una información suficiente y adecuada para que aquéllos puedan ejercer su derecho al consentimiento sobre dichas decisiones.
- Los pacientes tienen derecho a la libre elección del médico que debe atenderles. Tanto si el ejercicio profesional se desarrolla en el sistema público como en el ámbito privado Este derecho se ejercerá de acuerdo con una normativa explícita que debe ser públicamente conocida y accesible. El profesional puede ejercer el derecho de renunciar a prestar atenciones sanitarias a dicha persona sólo si ello no conlleva desatención. En el ejercicio en el sistema público o privado, dicha renuncia se ejercerá de acuerdo con procedimientos regulares, establecidos y explícitos, y de ella deberá quedar constancia formal.
- Los profesionales y los responsables de los centros sanitarios facilitarán a sus pacientes el ejercicio del derecho a conocer el nombre, la titulación y la especialidad de los profesionales sanitarios que les atienden, así como a conocer la categoría y función de éstos, si así estuvieran definidas en su centro o institución.
- Los pacientes tienen derecho a recibir información de acuerdo con lo establecido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Los profesionales podrán prestar servicios conjuntos en dos o más centros, aun cuando mantengan su vinculación a uno solo de ellos, en el supuesto de alianzas estratégicas o proyectos de gestión compartida entre distintos establecimientos sanitarios. En este supuesto, los nombramientos o contratos de nueva creación podrán vincularse al proyecto en su conjunto, sin perjuicio de lo que establezca, en su caso la normativa sobre incompatibilidades.

Los centros sanitarios revisarán, cada tres años como mínimo, que los profesionales sanitarios de su plantilla cumplen los requisitos necesarios para ejercer la profesión conforme a las normas aplicables, en orden a determinar la continuidad de la habilitación para seguir prestando

servicios de atención al paciente, y dispondrán de un expediente personal de cada profesional. Para hacer posible la elección de médico legalmente reconocida, existirá un registro de su personal médico.

La LOPS, otorga gran importancia a las relaciones interprofesionales y al trabajo en equipo. Este es la unidad básica en la que se estructura de forma uni o multiprofesional e interdisciplinar, la actividad de los profesionales y demás personal de las organizaciones asistenciales, para realizar efectiva y eficientemente los servicios que les son requeridos.

Cuando una actuación sanitaria se realice por un equipo de profesionales, se articulará de forma jerarquizada y colegiada, atendiendo a los criterios de conocimientos, competencia y titulación de los profesionales que integran el mismo, en función de la actividad concreta a desarrollar.

Dentro de un equipo de profesionales, será posible la delegación de actuaciones, siempre y cuando estén previamente establecidas dentro del equipo las condiciones conforme a las cuales dicha delegación o distribución de actuaciones pueda producirse.

Los equipos profesionales, una vez constituidos y aprobados en el seno de organizaciones o instituciones sanitarias serán reconocidos y apoyados y sus actuaciones facilitadas, por los órganos directivos y gestores de las mismas.

La LOPS entiende por funciones de gestión clínica en las organizaciones sanitarias, las relativas a la jefatura o coordinación de unidades y equipos sanitarios y asistenciales, las de tutorías y organización de formación especializada, continuada y de investigación y las de participación en comités internos o proyectos institucionales de los centros sanitarios dirigidos entre otros, a asegurar la calidad, seguridad, eficacia, eficiencia y ética asistencial, la continuidad y coordinación entre niveles o el acogimiento, cuidados y bienestar de los pacientes

Las Administraciones sanitarias, los servicios de salud o los órganos de gobierno de los centros y establecimientos sanitarios, según corresponda, establecerán los medios y sistemas de acceso a las funciones de gestión clínica, a través de los procedimientos en los que habrán de tener participación los propios profesionales.

El ejercicio de funciones de gestión clínica estará sometido a la evaluación del desempeño y de resultados, con carácter periódico.

De acuerdo con la forma en que en cada Comunidad Autónoma se determine, el desempeño de funciones de gestión clínica será objeto del oportuno reconocimiento por parte del centro, del servicio de salud y del conjunto del sistema sanitario.

La participación de los profesionales, se regula en el título V de la LOPS, estableciéndose la Comisión Consultiva Profesional, su régimen de funcionamiento y funciones. Esta Comisión es el órgano de participación de los profesionales en el sistema sanitario y en el desarrollo, planificación y ordenación de las profesiones sanitarias.

Respecto a la dirección de centros sanitarios, la disp. adic. décima de la LOPS establece que las Administraciones sanitarias establecerán los requisitos y los procedimientos para la selección, nombramiento o contratación del personal de dirección de los centros y establecimientos sanitarios dependientes de las mismas. También establecerán los mecanismos de evaluación del desempeño de las funciones de dirección y de los resultados obtenidos. La evaluación, que se realizará con

carácter periódico, podrá suponer en su caso la confirmación o la remoción del interesado en las funciones directivas.

Ley General de Sanidad y la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, definen las características esenciales del Sistema Público de Salud de nuestro país, en el que se enmarca la gestión de la asistencia sanitaria. También deben tenerse en cuenta los derechos reconocidos en materia de protección de la salud establecidos en el art. 10 LGS, respecto a las distintas Administraciones públicas sanitarias, muchos de ellos, son propios del ciudadano en el contexto de la organización pública. A partir de esas premisas, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, completa y actualiza las previsiones que la LGS enunció como principios generales.

En el Sistema Nacional de Salud, hay que considerar:

- Su carácter integral, basado en:

- El aseguramiento único, universal y público de la asistencia sanitaria por parte del Estado (art. 2.b LCC); el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social.
- Financiación pública común, de acuerdo con el modelo de financiación autonómica (art. 2.e LCC).
- Reglas básicas comunes de aplicación en todo el territorio (art. 149.1.16ª y 17ª CE; arts. 2 LGS y Disp. Final. Primera LCC).
- Organización de los servicios bajo una concepción integral del Sistema Sanitario (art. 4 LGS): todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud integran el Sistema Nacional de Salud y se coordina en un dispositivo único (arts. 44 y 46.c LGS).
- Descentralización política de la gestión: corresponde a las Comunidades Autónomas el desarrollo normativo y la gestión de sus Servicios Autonómicos de Salud (art. 44 LGS), que a su vez, integran el Sistema Nacional de Salud.
- Accesibilidad y libertad de elección: El acceso a las prestaciones sanitarias reconocidas por ley y otorgadas por el Sistema Nacional de Salud, se garantizan en condiciones de igualdad efectiva y de calidad (art. 2 a LCC), con independencia del lugar del territorio nacional en que se encuentren en cada momento los usuarios (arts. 23 y 24 LCC). El acceso inicial y básico a los servicios se efectúa a través de la Atención primaria de salud prestada por el Centro de Salud asignado al usuario por su lugar de residencia (art. 12 LCC). La libertad de elección de médico de Atención primaria y de especialista se realiza por el usuario en el marco del Área de Salud, de acuerdo con las condiciones normativas establecidas al efecto (arts. 14 y 15 LGS).

- Planificación y estructuración territorial:

- El Estado y las Comunidades Autónomas aprobarán sus Planes de Salud, en el ámbito de sus respectivas competencias, en los que se preverán las inversiones y acciones sanitarias a desarrollar (art. 70.1 LGS).
- Los Servicios de Autonómicos Salud planificarán los recursos con criterios de racionalización, de acuerdo con las necesidades sanitarias de cada territorio. La base de la planificación será la división de todo el territorio en demarcaciones geográficas (art. 51 LGS): Áreas de Salud.

- Evaluación y control de la calidad de la asistencia

- La evaluación de la calidad de la asistencia sanitaria prestada debe ser un proceso continuado que informe todas las actividades del personal de salud y de los servicios sanitarios del SNS (art. 69.2 LGS).

- La coordinación general sanitaria incluye el establecimiento con carácter general de criterios mínimos y básicos comunes de la evaluación de la eficacia y rendimiento de los programas, centros y servicios sanitarios (art. 70.1.c LGS).

7. LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

7.1. Análisis de situación del Sistema Nacional de Salud: Un nuevo diagnóstico de problemas

La creación del Sistema Nacional de Salud ha sido uno de los grandes logros de nuestro Estado del bienestar, dada su calidad, su vocación universal, la amplitud de sus prestaciones, su sustentación en el esquema progresivo de los impuestos y la solidaridad con los menos favorecidos, lo que le ha situado en la vanguardia sanitaria como un modelo de referencia mundial.

Sin embargo, la ausencia de normas comunes sobre el aseguramiento en todo el territorio nacional, el crecimiento desigual en las prestaciones del catálogo, la falta de adecuación de algunas de ellas a la realidad socioeconómica y la propia falta de rigor y énfasis en la eficiencia del sistema han conducido al Sistema Nacional de Salud a una situación de grave dificultad económica sin precedentes desde su creación. Se ha perdido eficacia en la gestión de los recursos disponibles, lo que se ha traducido en una alta morosidad y en un insostenible déficit en las cuentas públicas sanitarias. Se hace, pues, imprescindible la adopción de medidas urgentes que garanticen su futuro y que contribuyan a evitar que este problema persista.

El Sistema Nacional de Salud viene sufriendo situaciones de descoordinación entre los Servicios de Salud autonómicos lo que se traduce en la aparición de considerables diferencias en las prestaciones y en los servicios a los que acceden los pacientes en las distintas Comunidades Autónomas. La cohesión territorial y la equidad se han visto puestas en cuestión con determinadas medidas adoptadas durante estos últimos años.

Los datos estructurales y las cifras más significativas del gasto sanitario público muestran que la sanidad pública no puede obviar por más tiempo una situación claramente incompatible con su imprescindible sostenibilidad y que, al mismo tiempo, ha acarreado consecuencias gravemente perjudiciales para el empleo y la viabilidad de los sectores empresariales que con él se relacionan.

Pero, además, resulta inaplazable hacer frente a los retos actuales de la asistencia sanitaria. Así, el impacto del envejecimiento de la población, la necesidad de incorporar las innovaciones terapéuticas en la terapia clínica, el avance y progreso en la medicina molecular, el desarrollo de los avances en genómica y proteómica y de nuevos fármacos, van a suponer, sin duda, un incremento del gasto sanitario cuyas previsiones deben ser rigurosamente analizadas por los responsables políticos.

El uso racional y la adecuación terapéutica a la duración real de los tratamientos es uno de los temas en los que se debe poner el énfasis. Así, los últimos datos de gestión medioambiental de residuos de medicamentos ponen de manifiesto los preocupantes costes de destrucción de productos desechados sin utilizar o de unidades excedentes de las pautas terapéuticas establecidas, que no sólo confirman la necesidad de mejorar la eficiencia en el proceso de prescripción, dispensación y uso de medicamentos, sino que alertan de los preocupantes costes medioambientales derivados.

Todos los países de la Unión Europea están analizando y adoptando medidas que permiten optimizar sus modelos asistenciales y farmacéuticos¹⁵⁸ y, en especial, el gasto farmacéutico y su peso en el gasto sanitario. La implantación de medidas en este ámbito es muy intensa, en especial en los países a los que ha golpeado con más intensidad la crisis financiera y económica.

En cumplimiento de la obligación que tienen los poderes públicos de gestionar de la manera más eficiente las capacidades del Sistema, se debe garantizar el mantenimiento del modelo español de Sistema Nacional de Salud.

Este es el análisis de situación que realiza el preámbulo del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

7.2. Planteamiento de más reformas y adopción de medidas

Son necesarias reformas que permitan reforzar la sostenibilidad, mejorar la eficiencia en la gestión, promover el ahorro y las economías de escala, introducir nuevas herramientas a través de las nuevas tecnologías, ganar en cohesión territorial, coordinar los servicios sanitarios y los sociales y, sobre todo, garantizar la igualdad de trato en todo el territorio nacional con una cartera básica de servicios comunes.

Asimismo, y a la vista de los informes emitidos por el Tribunal de Cuentas, resulta imprescindible regular, sin más demora, la condición de asegurado con el fin de evitar algunas situaciones de prestación de asistencia sanitaria que se están produciendo en la actualidad y que están debilitando de forma alarmante la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud.

Las medidas introducidas por el Real Decreto-Ley 16/2012, englobadas por algunos sectores, bajo la denominación de “contrarreforma sanitaria”, tienen como objetivo fundamental afrontar una reforma estructural del Sistema Nacional de Salud dotándolo de solvencia, viabilidad y reforzando las medidas de cohesión para hacerlo sostenible en el tiempo. Se hace preciso, en el actual contexto socioeconómico de crisis, dar respuesta, sin demora, a las demandas internas de mejora de la equidad que exige la ciudadanía, de eficiencia que exige el Tribunal de Cuentas y de seguridad que exige el sector sanitario, y a las externas de transparencia y viabilidad que exige la Unión Europea.

7.3. Las medidas aplicadas para la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud

7.3.1. Aseguramiento sanitario: El retorno a la condición de asegurado

Ya se ha dicho que el aseguramiento de la asistencia sanitaria es único, universal y público de la asistencia sanitaria por parte del Estado.

La Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1999 dispuso en el Capítulo III de su Título I, que sería el Estado, a través de las transferencias presupuestarias a las Comunidades Autónomas, el que asumiría totalmente la financiación pública

¹⁵⁸ QUESADA SEGURA, R., MÁRQUEZ PRIETO, A., “Pensiones, salud y servicios sociales en torno a las personas mayores inmigrantes comunitarias: un ejemplo sobre la necesaria convergencia europea en materia de protección social”, en “El lugar europeo de retiro: indicadores de excelencia para administrar la gerontoinmigración de los ciudadanos de la Unión Europea en municipios españoles”, dir. ECHEZARRETA FERRER, M.T., 2005, págs. 239-257.

de la asistencia sanitaria, desvinculándose con ello, la asistencia sanitaria, de las aportaciones a la Seguridad Social.

Esta separación de fuentes de financiación entre el Sistema Nacional de Salud y la Seguridad Social no ha llevado aparejada la necesaria delimitación de funciones a la hora del reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria.

El Sistema de Seguridad Social, ha mantenido siempre la titularidad de las competencias tradicionales esenciales sobre el aseguramiento sanitario del SNS. Según la Ley de Seguridad Social vigente, cuyo Texto Refundido es aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, la acción protectora del Sistema de Seguridad Social comprenderá la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidente, sea o no de trabajo (art. 38). A la Entidad Gestora, Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), le sigue correspondiendo la gestión y administración de las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social, con determinadas excepciones (art. 57); y en tal condición le compete el reconocimiento de las diferentes situaciones de aseguramiento (trabajador en activo, pensionista, incapacidad permanente, orfandad, etc.) de las que derivan importantes consecuencias económicas; y también le compete el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria.

Por otra parte, las Comunidades Autónomas pueden legislar en desarrollo de la normativa básica estatal -LGS y LCC- en materia de aseguramiento sanitario. Ello ha producido una dispersión normas, con ausencia de normas comunes sobre el aseguramiento en todo el territorio nacional. En el marco de sus respectivas competencias, las Comunidades Autónomas, han extendido el derecho de cobertura sanitaria de forma muy diversa y sin tener en cuenta la legislación europea en materia de aseguramiento, poniendo en riesgo la solvencia del propio Sistema Nacional de Salud y abocándolo a procedimientos de infracción por parte de la Comisión Europea que reclama la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato.

El dictamen motivado 2009/2341 de la Comisión Europea dirigido al Reino de España por su negativa a expedir la tarjeta sanitaria europea a personas residentes en España con derecho a recibir asistencia sanitaria con arreglo a la normativa de algunas Comunidades Autónomas, ha puesto de manifiesto la fragilidad del mecanismo de reconocimiento del derecho a la protección de la salud en nuestro país.

Así, el Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, y su reglamento de aplicación, el Reglamento (CE) n.º 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación, hacen efectivo el principio de igualdad de trato en las prestaciones derivadas de la acción protectora de la Seguridad Social, entre los ciudadanos comunitarios europeos, sea cual sea su lugar de origen, asimilando éstas a las de los ciudadanos del país donde se presten.

Por otra parte, la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, regula en su artículo 7 las condiciones que se deben cumplir en aquellos casos en los que un ciudadano europeo desee residir en otro Estado Miembro, distinto del que es originario, por un periodo superior a tres meses.

Sin embargo, el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros

Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo no ha transpuesto el artículo 7 de la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, en sus términos literales. Esta circunstancia ha supuesto, y seguirá suponiendo si no se modifica, un grave perjuicio económico para España, especialmente en cuanto a la imposibilidad de garantizar los retornos de los gastos ocasionados por la prestación de servicios sanitarios y sociales a ciudadanos europeos.

El Tribunal de Cuentas ha puesto de manifiesto que el SNS está asumiendo, con cargo a sus presupuestos, la asistencia sanitaria de personas que la tienen ya cubierta, bien por sus instituciones de seguridad social en origen, bien por esquemas de seguros privados, lo cual está erosionando enormemente su capacidad financiera e impidiendo que sus gestores puedan seguir realizando mejoras en los servicios. Se impone, pues, una clarificación armonizada de la condición de asegurado, a efectos de la prestación de servicios sanitarios y sociosanitarios, de tal forma que ésta quede vinculada de forma efectiva a la financiación por impuestos y al carácter de solidaridad social que el esquema progresivo de los mismos tiene en nuestro país.

Y es, precisamente, esta materia la que se encuentra regulada en el Capítulo I el Real Decreto-Ley 16/2012, donde se regula la condición de asegurado, y en su Disposición final tercera, por la que se modifica el art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

Por el Real Decreto Ley 16/2012, se da una nueva redacción al art. 3 de la LCC y se añaden a ésta dos nuevos artículos, 3 bis, y 3 ter. Con esta modificación, con retorno a una terminología propia de Seguridad Social, se reduce el ámbito subjetivo de protección de la atención sanitaria¹⁵⁹. El desarrollo reglamentario se ha llevado a cabo mediante el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, que regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. Se procede a la delimitación de funciones para el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria, teniendo en cuenta la normativa europea sobre coordinación de los Sistemas de Seguridad Social y articulándolas en torno al reconocimiento de la condición de asegurado o beneficiario por el Instituto Nacional de la Seguridad Social. Como dice al respecto, el Defensor del Pueblo en su Informe Anual 2012, “El Real Decreto Ley 16/2012 introduce el concepto de asegurado, vinculando, en gran medida, el derecho a la asistencia pública y gratuita al sistema contributivo de la Seguridad Social, de modo que no sólo permanece, sino que se refuerza el vínculo entre ambos sistemas: Seguridad Social- Sistema Nacional de Salud”.

Tras la reforma, la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado. A estos efectos, tendrán la condición de asegurado aquellas personas que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

- a) Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta.
- b) Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social.

¹⁵⁹El art. 3, apartado 1 de la LCC modificado por la reforma, tenía el siguiente contenido:

Son titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria los siguientes:

- a) Todos los españoles y los extranjeros en el territorio nacional en los términos previstos en el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000.
- b) Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea que tienen los derechos que resulten del derecho comunitario europeo y de los tratados y convenios que se suscriban por el Estado español y les sean de aplicación.
- c) Los nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión Europea que tienen los derechos que les reconozcan las leyes, los tratados y convenios suscritos.

c) Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo.

d) Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título.

En aquellos casos en que no se cumpla ninguno de los supuestos anteriormente establecidos, las personas de nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que residan en España y los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español, podrán ostentar la condición de asegurado siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente.

Tendrán la condición de beneficiarios de un asegurado, siempre que residan en España, el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, que deberá acreditar la inscripción oficial correspondiente, el ex cónyuge a cargo del asegurado, así como los descendientes y personas asimiladas a cargo del mismo que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65%.

El principio de universalidad del SNS se cuestiona, al establecer la reforma que aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario del mismo podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial.

La reforma no modifica el régimen de asistencia sanitaria de las personas titulares o beneficiarias de los regímenes especiales de la Seguridad Social gestionados por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, la Mutualidad General Judicial y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas, que mantendrán su régimen jurídico específico.

El reconocimiento y control de la condición de asegurado o de beneficiario del mismo corresponderá al INSS¹⁶⁰ o, en su caso, el Instituto Social de la Marina.

Una vez reconocida la condición de asegurado o de beneficiario del mismo, el derecho a la asistencia sanitaria se hará efectivo por las administraciones sanitarias competentes, que facilitarán el acceso de los ciudadanos a las prestaciones de asistencia sanitaria mediante la expedición de la tarjeta sanitaria individual.

Asistencia sanitaria en situaciones especiales (Art. 3 ter RD ley 16/2012):

Los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, recibirán asistencia sanitaria en las siguientes modalidades:

- De urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica.
- De asistencia al embarazo, parto y postparto.

En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

¹⁶⁰ La Disposición adicional tercera de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, regula la integración en el SNS del personal de los Montepíos de las Administraciones Públicas de Navarra, como asegurado o beneficiario del SNS, mediante reconocimiento de la condición que proceda, por el INSS.

El desarrollo de las políticas sanitarias de austeridad continúa con el RD 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud. Es el desarrollo del RD ley 16/2012 en lo que se refiere a habilitar la contratación de asistencia sanitaria del SNS a las personas no aseguradas ni beneficiarias.

Es cierta la paradoja de que las reformas abordadas por la LGS y la LCC hacia la cobertura universal de la asistencia sanitaria, han sido coetáneas con las rectificaciones de esa regla que se estaban dando en los países occidentales más solventes para evitar el crecimiento continuo de los gastos sanitarios, pero no es menos cierto que la gran conquista social de la universalización de la asistencia sanitaria, comienza a debilitarse. La apuesta por un modelo de aseguramiento podría avanzar hacia un sistema dual en el que las personas con más recursos obtengan la atención de seguros privados (más o menos subvencionados con fondos públicos) dejando al resto de la población en manos de un sistema público tipo beneficencia. Respecto al llamado “turismo sanitario, las modificaciones que introduce la reforma son mínimas, ya que el problema se debe más bien, a la falta de diligencia de las Administraciones públicas para identificar y facturar adecuadamente la atención sanitaria prestada a ciudadanos extranjeros.

7.3.2. La introducción de la cartera común de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud y sus modalidades

El crecimiento desigual de las prestaciones del catálogo de prestaciones del SNS y la falta de adecuación de algunas de ellas a la realidad socioeconómica, intentó ser paliado por el R D-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Para ello introduce una categorización de la cartera de servicios del SNS que permita gestionar mejor la realidad asistencial en España, donde coexiste un entramado jurídico-administrativo que reduce la transparencia y dificulta la ejecución, disminuyendo, en consecuencia, la eficiencia en su aplicación, y donde se dé cabida a la actuación objetiva basada en un riguroso análisis coste-efectividad que proporciona la red española de Agencias de evaluación de tecnologías sanitarias y prestaciones del SNS. Se fija como objetivo, la homogeneidad entre los Servicios de Salud, así como hacia la claridad, transparencia e información a la ciudadanía para que pueda conocer con exactitud el alcance de la cobertura de sus derechos.

Dando una nueva redacción al art. 8 LCC, el RD ley 16/2012, ha establecido que la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud se articulará en torno a las siguientes modalidades: Cartera común básica de servicios asistenciales, la Cartera común suplementaria y la Cartera común de servicios accesorios; estas dos últimas, sujetas a aportación y/o reembolso. Esta medida puede suponer una penalización para enfermos crónicos y para las personas con rentas más bajas, suponiendo limitaciones en materia de transporte sanitario, del que a su vez dependen tratamientos complejos (hemodiálisis, hospital de día oncológico, etc.).

Queda en manos del Ministerio, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del SNS, fijar mediante Orden, lo que se incluye en la Cartera común básica; ésta, en principio gratuita, podría sufrir recortes.

La Cartera complementaria de las Comunidades Autónomas sólo será posible desarrollarla si es buena la situación financiera general y con cargo a recursos propios.

7.3.3. Medidas de cohesión y garantía financiera del Sistema Nacional de Salud: el Fondo de Garantía Asistencial

Además, se hace imprescindible solucionar, en el marco de la cohesión e igualdad de derechos a la asistencia sanitaria entre los españoles y demás personas que gozan de la condición de asegurado en nuestro país, la financiación de la atención sanitaria prestada a las personas residentes en una Comunidad Autónoma distinta de la que está prestando la atención a través de la creación en el Capítulo III de este Real Decreto-ley del Fondo de Garantía Asistencial, configurado como una partida específica de compensación, para la garantía asistencial en todo el Sistema Nacional de Salud.

Este Fondo, al tener carácter extrapresupuestario, corre el riesgo de no disponer de fondos suficientes para afrontar en cumplimiento de sus fines.

Para frenar el uso indebido o abusivo de los servicios sanitarios, el RD ley 16/2012 -Disp. final séptima tres- ha introducido la llamada “factura en sombra”. La incorporación en los informes de prescripción y terapéutica para los pacientes de los costes de los tratamientos -“factura en sombra”-, puede ser útil, pero no se han evaluado, ni los costes de hacerlo ni sus beneficios.

7.3.4. Medidas sobre la prestación farmacéutica: la extensión del copago

La prestación farmacéutica históricamente, ha estado en el ojo del huracán de la Administración Sanitaria, por el importante peso que tiene en el gasto sanitario, lo cual se acentúa en épocas de crisis económica como la actual. Antes de la denominada contrarreforma- R.D.-ley 16/2012- , las medidas contenidas en los Reales Decretos-Leyes 4/2010, de 26 de marzo, 8/2010, de 20 de mayo y 9/2011, de 19 de agosto, se centraron en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud.

Concretamente, el R.D. ley 9/2011, en su Capítulo I, adoptó medidas relativas a la prestación farmacéutica, entre las que está la modificación de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Se trata de medidas de austeridad en la prestación farmacéutica, cuya finalidad es aliviar las dificultades financieras en los Servicios de Salud: 1. Generalización de la prescripción por principio activo; 2. Modificaciones en el sistema de precios de referencia; 3. Supresión de la posibilidad de la rebaja gradual en dos años de los medicamentos que deben incorporarse a un conjunto con precio de referencia: Ahora, la rebaja será inmediata, sin ningún periodo transitorio; Deducción del 15% a aquellos medicamentos que, por carecer de genérico, no se han incorporado al sistema de precios de referencia, pero ya han transcurrido 10 años para la amortización de las inversiones realizadas en su comercialización; 5. Introducción de distintos criterios para mejorar la financiación selectiva y no indiscriminada de medicamentos; 6. Adecuación del contenido de los envases de los medicamentos a la duración real de los tratamientos; 7. Establecimiento de un sistema de compensación para las farmacias ubicadas en núcleos pequeños de población, aislados o socialmente deprimidos.

De estas reformas, las medidas relativas a los descuentos a practicar a las ventas facturadas al Sistema, producen efectos de dualidad de precios y mercados, que pueden conculcar los principios de economía de mercado y que es necesario revisar a efectos de proteger la competencia en los diferentes subsectores.

La gran novedad del Real Decreto Ley 16/2012-Capítulo IV-, es la extensión del copago en la prestación: "La prestación farmacéutica ambulatoria estará sujeta a aportación del usuario"(art. 4.13). Esta medida, que modifica la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, supone la extensión de la aportación, incluso a personas que ostenten la condición de asegurado como pensionistas de la Seguridad Social y sus beneficiarios.

El porcentaje de aportación será proporcional al nivel de la renta, según la escala establecida en la propia norma. Se establecen supuestos, en que los porcentajes generales estarán sujetos a

topes máximos de aportación. Se fijan también, cinco categorías de usuarios y sus beneficiarios, exentos de la aportación. Es preocupante el impacto que este sistema de copagos va a tener sobre pensionistas y enfermos crónicos.

La controvertida medida ha tenido su reflejo en el Tribunal Constitucional, que por providencia de 12 de febrero de 2013 ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 419-2013 contra los artículos 1.Dos; 2.Tres y Cuatro y 4.Trece del RD ley 16/2012.

Las políticas sanitarias de austeridad han continuado con la Resolución de 2 de agosto de 2012, por la que se procede a la actualización de la lista de medicamentos que quedan excluidos de la prestación farmacéutica del SNS y la Ley 10/2013, de 24 de julio, por la que se incorporan Directivas al ordenamiento jurídico español y se modifica la Ley 29/2006, de garantías y uso racional de los medicamentos¹⁶¹.

7.3.5. Medidas en materia de recursos humanos

En el Capítulo V del Real Decreto-ley 16/2012 se contemplan una serie de medidas destinadas a corregir determinadas situaciones estructurales en relación con los recursos humanos, verdaderos activos del Sistema Nacional de Salud. Para ello modifica los arts. 25, 26 y 29 y la disp. trans. 5ª de la LOPS, y también se modifica el art. 15 del EM y se le añade a este una disp. adic. décimoséptima.

Los fondos destinados a financiar los recursos humanos en los Servicios de Salud suponen la partida más importante de sus presupuestos. La diversidad de normas reguladoras, la complejidad organizativa de titulaciones, categorías y situaciones laborales de los más de 600.000 trabajadores de los 17 Servicios de Salud ha ido generando una gran variabilidad interpretativa de las normas reguladoras, que se demuestran como verdaderas barreras para el desarrollo de los planes de eficiencia y ordenación que las Comunidades Autónomas están desarrollando en el marco económico de crisis actual y para la libertad de movimientos de los trabajadores entre servicios de salud.

Se presenta así como una verdadera urgencia definir homogéneamente para todo el Sistema Nacional de Salud la regulación actual de aspectos vinculados a las categorías profesionales (modificación, creación y supresión), los criterios generales reguladores del sistema retributivo o de la acción social.

Estas modificaciones son especialmente necesarias en un contexto de crisis económica para racionalizar el gasto público y posibilitar una mayor eficiencia en la gestión de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas.

Las retribuciones en relación con la evaluación del desempeño (resultados) pueden ser positivas, siempre que se acompañen de unos criterios explícitos, ligados a la calidad y controles de la misma; de no hacerse así, la medida podría tener efectos negativos.

La aparentemente inminente aplicación de la troncalidad en la formación de especialistas del Sistema Nacional de Salud hacía urgente realizar determinadas modificaciones en la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, en lo relativo a la regulación de las Áreas de Capacitación Específica, la clarificación de las competencias en la formación de

¹⁶¹La Ley 10/2013 realiza una amplia modificación de aspectos técnicos de la Ley del Medicamento de 2006: Directivas de farmaco-vigilancia y cadena de suministros, autorización de medicamentos, regulación de cosméticos, veterinarios, tasas AEMPS. Se refuerza el papel central en precios, controlando alteraciones autonómicas, y exigiendo información periódica. Incluye añadidos como habilitación para la gestión clínica y cambios en el Estatuto Marco para los médicos (DF5ª).

especialistas, la resolución de las solicitudes de acreditación de centros docentes y su auditoría y evaluación, que es lo que hace el Real Decreto ley 16/2012; sin embargo, continua sin implantarse la troncalidad en la formación de especialistas. No se comprende bien, la necesidad de regular las Áreas de Capacitación Específica sin hacerlo primero con la troncalidad de la formación de especialistas.

La creación de Áreas de Capacitación Específica no admite demora para dar respuesta a las necesidades del progreso científico y al derecho y deber que tienen los profesionales en orden a su desarrollo profesional. Este desarrollo es una petición unánime de los profesionales sanitarios, del Consejo Nacional de Especialidades en Ciencias de la Salud, de las sociedades científicas y de las administraciones sanitarias.

Sin embargo, al haber transcurrido más de 8 años desde la aprobación de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, es necesario adaptar el desarrollo de las Áreas de Capacitación Específica a las nuevas necesidades del sistema sanitario y a la evolución que la formación sanitaria especializada está experimentando tanto a nivel interno (introducción de criterios de troncalidad en la formación de especialistas) como en el ámbito de la Unión Europea.

La necesidad de crear un Registro Estatal de Profesionales Sanitarios (el Real Decreto Ley 16/2012, añade una nueva disp. adic. décima a la LCC) se basa en que se trata de una herramienta imprescindible para garantizar la información a la población y a las instituciones de la situación de los profesionales desde los diferentes aspectos que configuran la práctica profesional. La información respecto de la certificación de que el profesional no esté sometido a sanción disciplinaria o inhabilitación profesional se constituye en una garantía para la seguridad de los pacientes, y da cumplimiento a la exigencia del derecho comunitario para acreditar la buena práctica de los profesionales en el ámbito del derecho a la libre circulación, que tiene una gran incidencia en el sector salud. En realidad, el Registro de Profesionales estaba en teoría, establecido desde el año 2003, a falta de ponerlo en marcha.

Los registros autonómicos y colegiales no son suficientes para garantizar la necesaria planificación y control de los recursos humanos con los que cuenta el sistema sanitario.

Este registro estatal, al posibilitar una conexión con los registros autonómicos en tiempo real, permitirá que los datos de especial necesidad estén disponibles de modo inmediato, desde la constancia de resolución de expedientes disciplinarios hasta la adecuada planificación de las necesidades de especialistas en estrecha conexión con las ofertas anuales de plazas en formación.

También resulta urgente garantizar la movilidad de los profesionales mediante la elaboración de un catálogo homogéneo de categorías profesionales donde se establezcan las necesarias equivalencias. Este catálogo permitirá que los profesionales puedan acceder a plazas vacantes de otros servicios de salud mejorando la calidad de la asistencia, ya que esas plazas no van a ser objeto de provisión reglada mediante la convocatoria de procesos selectivos, puesto que la oferta de empleo público se encuentra congelada.

Finalmente, criterios de racionalización y eficiencia en la gestión del gasto de acción social de los servicios de salud determinan la necesidad de posibilitar a las Comunidades Autónomas la modulación de su aportación en casos de incapacidad temporal, y también derogar normas preconstitucionales que resultan divergentes con los criterios recogidos en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, en cuanto a las prestaciones económicas del personal que haya alcanzado la edad de jubilación. Para ello se añade una disp. adic. décimo séptima al EM.

7.3.6. Medidas de eficiencia en el ámbito del Sistema Nacional de Salud: Compras conjuntas y centralizadas, modelos de servicios compartidos y ahorro energético

Por la Disposición adicional cuarta del Real Decreto Ley 16/2012, se introducen una serie de medidas para la mejora de la eficiencia del SNS. Así, se incorporan medidas de eficiencia que tanto necesita el Sistema para afrontar sus problemas de suficiencia financiera, posibilitando la adopción de estrategias de gestión centralizada de suministros que pongan en valor una relación de volumen-precio en la adquisición de productos, materiales y equipamientos de forma coordinada en el Sistema Nacional de Salud. También deben adoptarse medidas de esfuerzo en el ahorro energético, relacionadas no sólo con la eficiencia sino también con el compromiso en el ámbito de la responsabilidad social corporativa exigible a la mayor empresa pública del país.

Esta agencia de compras del conjunto del SNS, tal y como se ha regulado se podría quedar en una mera recomendación sin mucha capacidad operativa (se queda en que el Consejo Interterritorial del SNS "fomentará la compra conjunta y centralizada", sin concretar más).

El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), en su disposición adicional vigésimo octava, ha regulado la Adquisición Centralizada de medicamentos y productos sanitarios con miras al Sistema Nacional de Salud.

Mediante Orden del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, previo informe favorable de la Dirección General del Patrimonio del Estado, se podrá declarar de adquisición centralizada los suministros de medicamentos y productos sanitarios que se contraten en el ámbito estatal por los diferentes órganos y organismos. La contratación de estos suministros deberá efectuarse a través del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad.

Las Comunidades Autónomas y las entidades locales, así como las entidades y organismos dependientes de ellas e integradas en el SNS, podrán adherirse al sistema de adquisición centralizada estatal de medicamentos y productos sanitarios, para la totalidad de los suministros incluidos en el mismo o sólo para determinadas categorías de ellos. La adhesión requerirá la conclusión del correspondiente acuerdo con el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad.

Los órganos de contratación de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales, así como las entidades y organismos dependientes de ellas e integradas en el SNS, podrán concluir de forma conjunta acuerdos marco de los previstos en el art. 196 TRLCSP, con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos de suministro de medicamentos y productos sanitarios que pretendan adjudicar durante un período determinado, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada.

En contraste con las medidas "duras" que la contrarreforma ha puesto en marcha en relación con determinados colectivos vulnerables -inmigrantes no regularizados, pensionistas, enfermos crónicos- las actuaciones sobre la industria farmacéutica, son medidas "suaves", por no decir testimoniales.

8. RECAPITULACIÓN

La CE se ha mantenido abierta a cualquier posible organización de los servicios sanitarios públicos; salvo el mandato de que debe existir una organización sanitaria pública, no se encuentran en la misma, prescripciones que impongan algunas peculiaridades y excluyan otras. Tampoco determina que la prestación sanitaria se haya de realizar en régimen de monopolio. Además, considera necesaria la presencia de la iniciativa privada (arts. 36 y 38 CE), lo que obliga a establecer una normativa no prohibitiva de la presencia de esa iniciativa en el sector sanitario; pero la protección constitucional de la iniciativa privada, no condiciona las opciones de la organización sanitaria pública que elija el legislador.

La Ley General de Sanidad ha desarrollado el Orden constitucional, siendo la norma central o básica en materia organizativa. El modelo organizativo establecido por ella es el Sistema Nacional de Salud.

La parte más importante de las competencias ejecutivas y de gestión sanitarias a la luz de la CE, corresponde a las Comunidades Autónomas –modelo descentralizado-.

La LGS se decantó por una forma organizativa, caracterizada por la gestión directa de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, llevada a cabo sin entes instrumentales intermedios dotados de personalidad jurídica, sin perjuicio de admitir la vinculación de los hospitales generales de carácter privado mediante convenios singulares y los conciertos para la prestación de los servicios sanitarios con medios ajenos, dándose prioridad a los establecimientos, centros y servicios sin carácter lucrativo. Posteriormente, la Ley 15/1997, de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, las desarrolló con amplitud.

Pese al protagonismo en la gestión de la asistencia sanitaria de las Comunidades Autónomas, la LGS, establece que el SNS integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que son responsabilidad de los poderes públicos. Ello implica que la asistencia sanitaria comprendida en la acción protectora de determinados Regímenes Especiales de la Seguridad Social, está también integrada en el SNS, siendo gestionada por los Organismos y Entidades del Estado: MUFACE, ISFAS, MUGEJU. Hay que hacer referencia también a la gestión de la asistencia sanitaria pública por las Entidades colaboradoras de la Seguridad Social – Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales y Empresas-.

Entre las ventajas del sistema sanitario descentralizado, destacan los mayores incentivos a la innovación organizativa y de gestión, así como la posibilidad de desarrollar enfoques más orientados al paciente y a las necesidades sanitarias locales, y diversificar las prestaciones en función de preferencias de éste ámbito. Sin embargo, la gestión del modelo descentralizado plantea importantes retos al Sistema, tanto desde el punto de vista de la eficiencia como de la equidad.

La primera reorientación del Sistema Nacional de Salud se produjo con la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (LCC), que plantea un nuevo modelo de coordinación sanitaria, con nuevos instrumentos que permitan a los ciudadanos recibir un servicio sanitario público de calidad y en condiciones de igualdad efectiva en el acceso, independientemente del lugar de residencia, sin interferir en la diversidad de fórmulas organizativas, de gestión y de prestación de servicios, consustancial con un Estado descentralizado.

Ley General de Sanidad y la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, definen las características esenciales del Sistema Público de Salud de nuestro país, en el que se enmarca la gestión de la asistencia sanitaria. La creación y desarrollo del Sistema Nacional de Salud ha sido uno de los grandes logros de nuestro “Estado del Bienestar”, dada su carácter integral, calidad, vocación universal, la amplitud de sus prestaciones, su sustentación en el esquema

progresivo de los impuestos –financiación pública común- y la solidaridad con los menos favorecidos, lo que le ha situado en la vanguardia sanitaria y como un modelo de referencia mundial; surge entonces el problema de su sostenibilidad a causa de situaciones no resueltas, agudizadas por la grave crisis económica de los últimos años.

Un giro en el desarrollo del SNS, cambiando en cierta medida su rumbo, se ha llevado a cabo con el RD Ley 16/2012 de 20 de abril, que pretende garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad de las prestaciones. No ha afectado a la gestión administrativa de la asistencia sanitaria ya establecida, pero entre las medidas más controvertidas introducidas que ha introducido -se ha denominado por algunos sectores, contrarreforma sanitaria-, están, en materia de aseguramiento sanitario, la vuelta a la condición de asegurado –debilitando el principio de universalidad en el aseguramiento de la asistencia sanitaria-; la desagregación de la cartera de servicios del SNS -se establecen tres modalidades: básica, suplementaria y accesorio, éstas dos últimas sometidas a copago, penalizando a los enfermos crónicos y a las rentas más bajas-; cambios en la prestación farmacéutica – incrementando copagos y excluyendo de la financiación a un grupo importante de medicamentos-.

CAPÍTULO SEGUNDO: LOS PROBLEMAS DE LOS SERVICIOS SANITARIOS Y LAS REFORMAS EMPRENDIDAS EN LA GESTIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA

1. LOS PROBLEMAS DE LOS SERVICIOS SANITARIOS

Un Sistema Sanitario es el conjunto de entidades y organismos sociales encargados de la producción de servicios sanitarios. Su objetivo directo es la mejora o protección de la salud¹⁶². Ello no obsta para que los servicios sanitarios tengan otros objetivos secundarios, pero importantes. Así por ejemplo, objetivos políticos como la creación de empleo público o la obtención de beneficios empresariales en las entidades privadas. La consecución de esos objetivos secundarios puede entrar en conflicto con el objetivo directo.

En las tres últimas décadas, los Sistemas Sanitarios de los países desarrollados, integrados de una u otra forma en el ámbito público, con la excepción de Estados Unidos, han tenido que afrontar determinados problemas específicos, comunes a muchos de aquellos, iniciándose procesos de reformas y de cambio en sus Sistemas de Salud.

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

Rey del Castillo¹⁶³ clasifica los problemas de los servicios sanitarios en tres áreas: Financiación e incremento y control del gasto, racionalidad de los sistemas relacionados con la eficacia y eficiencia de los servicios sanitarios y legitimación o aceptación por la población de los propios servicios.

1.1. Problemas de incremento y control del gasto y de financiación ¹⁶⁴

La tendencia al aumento del gasto sanitario, y de su importancia relativa respecto a otras políticas y también respecto de la renta nacional, es común a los países del entorno europeo. Así, tanto en España como en la UE-15, durante la última década se observa un crecimiento sostenido del peso del gasto sanitario sobre el gasto total hasta alcanzar aproximadamente el 15%, convirtiendo el gasto sanitario en la segunda partida presupuestaria, por detrás de las pensiones.

¹⁶²ARCE MATEOS, F.P., TEMES MONTES, J.L., “Los Sistemas Sanitarios”, en “Gestión Hospitalaria”, J.L. Temes; Editorial MC. Graw-Hill, Interamericana, 20002.

¹⁶³REY del CASTILLO, J., “El futuro de la sanidad española. Un proyecto de reforma”, en VV.AA., Colección Exlibris Salud Pública, Ed. Exlibris Ediciones, S.L., Madrid, 1999.

¹⁶⁴Entre las causas comunes para este aparentemente imparable crecimiento del gasto ARCE MATEOS, F.P., TEMES MONTES, J.L., “Los Sistemas Sanitarios”. En “Gestión..... op.ya cit, invocan las siguientes:

- Presiones de la inflación.
- Grupos de población protegida y su composición, sobre todo su edad.
- Eliminación de las barreras en los pagos sanitarios.
- Mayores demandas de servicios por parte de los usuarios.
- Modelos cambiantes de morbilidad (cronicidad, SIDA, cáncer).
- Desarrollo tecnológico en diagnóstico y tratamiento.
- Desarrollo de la industria farmacéutica.
- Complejidad de instituciones y sistemas asistenciales, tanto en medicina como en administración.
- Incremento del número y costo del personal sanitario.
- Mayor hospitalocentrismo de la asistencia.

Asimismo, el crecimiento del gasto sanitario a tasas sistemáticamente superiores a las del PIB explica el aumento continuado de su peso en relación con la renta nacional, tanto en España como en la UE-15, aunque también hay que apuntar que a lo largo de los años no se ha reducido la distancia que sigue separando a España, con un 6,1% del PIB, de la UE-15, con un 6,9%¹⁶⁵.

La media de los países de la OCDE del gasto sanitario, en dólares por habitante, en 2009, se situó en 3.233. En la clasificación de países OCDE, de mayor a menor gasto sanitario por habitante, España se sitúa en el puesto número 19, con un gasto de 3.067 dólares por habitante, para ese año, siendo levemente inferior a la media¹⁶⁶. Evidencian estos datos, unos costes económicos razonables del SNS español.

De lo anterior se puede concluir, que en España el gasto sanitario está dentro de unos límites razonables, comparativamente con los países de nuestro entorno.

Si tenemos en cuenta la tasa anual de crecimiento en gasto sanitario per cápita, 2000-2009 relativo al crecimiento del PIB en los países de la OCDE, se observa, que en ese período, el ritmo de crecimiento fue superior al del PIB (2,5 veces más rápido), siendo el doble en el caso español (5 veces mayor el crecimiento del gasto sanitario que el crecimiento del PIB); sólo cuatro países europeos superaron España: Dinamarca, Bélgica, Italia e Irlanda¹⁶⁷. La pregunta que surge es si en esta fase de crecimiento acelerado los incrementos se aplicaron de forma suficientemente racional.

En todas las Comunidades Autónomas, se observan tendencias del gasto similares aunque con algunas diferencias¹⁶⁸ cuya interpretación requiere de estudios microeconómicos para aislar los posibles factores explicativos: necesidades sanitarias diversas, evolución histórica de la oferta, eficiencia relativa de la gestión, diferente esfuerzo fiscal, diferente priorización presupuestaria, diferentes dotaciones de capital, ampliación diferencial de las prestaciones cubiertas o distintos perfiles de utilización.

En las Comunidades Autónomas, se puede apreciar el efecto de la crisis económica que atraviesa España, a través del presupuesto por persona protegida por aquellas; el presupuesto es una magnitud que no coincide con el gasto liquidado ni con el gasto real, pero es la única magnitud actual para reseñar la evolución de los últimos años. Tras 2009, donde se llega al pico de 1261 euros, se inicia el descenso que llega en 2011 a 1229 euros¹⁶⁹.

En el escenario de la crisis económica, la expectativa del Gobierno de España en mayo de 2012, era llevar el gasto sanitario público del 6,5% del PIB, a un 5,1% en 2015¹⁷⁰, aunque luego, se ha actualizado al 5,4% para 2016 (Programa de Estabilidad del Reino de España 2013-16).

Aunque siempre se han colocado a la cabeza de las justificaciones de la necesidad de llevar a cabo la reforma de los Sistemas de Salud, los problemas de incremento y control del gasto, hay

¹⁶⁵Eurostat. Government Statistiques. La previsión del gasto en Sanidad es de 5,1% PIB para 2015 según los Ministerios de Economía y Competividad y Hacienda y AAPP (<http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/8A9ED6BD-9183-41EA-A8AC-E4DA56487D8E/202009/ActualizacinProgramaEstabilidad2.pdf>), aunque luego, se ha actualizado al 5,4% para 2016 (Programa de Estabilidad del Reino de España 2013-16).

¹⁶⁶Health at a Glance 2011- OECD INDICATORS: <http://www.oecd.org/els/health-systems/49105858.pdf>, pág 151.

¹⁶⁷Health at a Glance 2011- OECD INDICATORS: <http://www.oecd.org/els/health-systems/49105858.pdf>, pág 151.

¹⁶⁸Fuente: Ministerio de Sanidad y Política Social, Estadística del Gasto Sanitario. El gasto sanitario en porcentaje al PIB regional en 2007, fue, en total, 5 %, situándose el mínimo en Madrid en el 3,5% y en el máximo, Extremadura, con el 8,5%.

¹⁶⁹Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad:

http://www.mspes.es/estadEstudios/estadisticas/inforRecopilaciones/docs/Recursos_Red_2011.

¹⁷⁰(<http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/8A9ED6BD-9183-41EA-A8AC-E4DA56487D8E/202009/ActualizacinProgramaEstabilidad2.pdf>)

razones para poner en duda esa afirmación. Así, los países europeos en los que se han abordado las reformas más importantes, como Reino Unido y Suecia, no se encuentran entre aquellos en los que el gasto sanitario en proporción al PIB respectivo es más elevado. El Reino Unido estaba y está entre los países que mantienen sus servicios sanitarios con una menor proporción de gasto. En Suecia las reformas fueron posteriores a determinadas reducciones de impuestos de las corporaciones locales, que son quienes principalmente financian los servicios sanitarios en ese país. Por tanto, y en contra de lo que habitualmente se mantiene, el volumen y la sostenibilidad del gasto sanitario no debería plantearse como la justificación más importante de las reformas.

Pero eso debe ser matizado. En primer lugar, aunque el gasto sanitario sea sostenible a los niveles en que se da en los distintos países y que incluso pudiera mantenerse su ritmo de crecimiento a los niveles previsibles, hay razones de política económica general que determinan la necesidad de reducir su volumen; esas razones tienen que ver con los modelos de desarrollo macroeconómico que se han planteado en los diferentes países, sin apenas alternativas, como la respuesta adecuada a la globalización de las economías y la grave crisis económica que azota, especialmente a Europa. Una de sus expresiones más concretas es la reducción del gasto público y, dentro del mismo, de las áreas correspondientes al Estado de Bienestar. Otra matización tiene que ver con las razones del crecimiento del gasto sanitario, siendo el factor que determina dicho crecimiento, de una manera más importante, la innovación tecnológica, tanto de los medios diagnósticos como terapéuticos, y su forma de utilización por los servicios sanitarios. No son tan relevantes, aunque sí importantes, en relación al crecimiento del gasto, el envejecimiento¹⁷¹ de las poblaciones y el aumento de grupos de población cubiertos por los servicios sanitarios, puesto que la cobertura es prácticamente universal en los países desarrollados con la excepción de Estados Unidos.

Una última consideración respecto al gasto sanitario está en relación con la eficacia para contener el gasto de los dos principales modelos sanitarios: el modelo de Seguridad Social y el modelo de Servicio Nacional de Salud. La comparación entre países en los que se dan uno y otro modelo, comparando el nivel de gasto en relación con el PIB respectivo, es sugestiva de que la organización del tipo de Servicios Nacionales de Salud es más eficaz en lograr niveles semejantes de atención con niveles de gasto más bajo.

En España, igual que en los países de nuestro entorno, el ritmo de crecimiento del gasto sanitario superior al del PIB, su importancia relativa respecto a otras políticas y también respecto a la renta nacional, es consecuencia tanto de factores de oferta como de demanda.

Por el lado de la oferta, el crecimiento es especialmente acusado en las partidas de personal y consumos intermedios (tecnología, material y farmacia). En cambio, se registra una desaceleración del gasto farmacéutico en recetas que responde a las medidas de racionalización que se han ido adoptando en los últimos años. La atención hospitalaria y especializada sigue concentrando la mayor parte del gasto y registrando un aumento de su peso relativo en detrimento de la Atención primaria, contrariamente a lo recomendado en todas las instancias. En el conjunto del SNS, los servicios hospitalarios y especializados, representan el 54% del gasto sanitario público, los medicamentos un 20% y la atención primaria un 16%.

¹⁷¹Diario Médico, 21-11-2003, Thomas Getzen se refiere a su trabajo publicado en Journal of Gerontology en 1992, en el que se tuvo en cuenta la evolución del gasto sanitario en países de la OCDE desde 1960 a 1990. Estos tenían diferentes pirámides poblacionales. Comprobó que los países con más bienestar eran los que más estaban envejeciendo, y que la edad de la población era un factor menor entre los que impactaban en el gasto sanitario. Según ese autor los factores principales son la renta (para gastar dinero hay que tenerlo) y la cultura.

Por el lado de la demanda, se aprecia un aumento de la intensidad de uso de los servicios sanitarios debido al envejecimiento de la población, la cronificación de las enfermedades, las debilidades de los servicios públicos sociosanitarios y, en general, la creciente medicalización de la población, lo que une a la demanda de ampliación de la cobertura del sistema español, para atender algunas necesidades insatisfechas en el ámbito de la atención a pacientes crónicos, de la salud mental, de la odontología o en materia de prótesis auditivas y gafas.

No hay que olvidar que en la historia de la Sanidad pública española, cabría hablar de una infrapresupuestación estructural, por la cual en muchas anualidades se partía de dotaciones económicas a la baja, respecto a las proyecciones de gasto. Esto ha llevado a devaluar los presupuestos como instrumentos de gestión, y a requerir cada cuatro o cinco años, operaciones de saneamiento para pagar las deudas acumuladas.

A la histórica infrapresupuestación estructural de los Servicios Sanitarios, se ha añadido el efecto de la crisis sobre los Ingresos Tributarios del Estado, la tardanza en comenzar las operaciones de ajuste, y la amplitud y rapidez de los recortes en el gasto sanitario público que se plantean desde el año 2011. La Sanidad se basa en activos altamente específicos (profesionales, tecnologías, centros...) que no se benefician de crecimientos rápidos: la expansión acelerada del 2002 al 2009 mostró que una cosa era construir centros y otra dotarlos de especialistas cualificados. Pero, también, que no cabe hacer reducciones por encima del 3-4% anual sin que ello suponga una destrucción de dichos activos y la erosión de la funcionalidad de los centros y servicios sanitarios. Los recortes en personal, prestaciones y en cobertura a inmigrantes plantean enormes dilemas éticos a la profesión médica, no pudiéndose aceptar sin más, un cambio en la misión y vocación universalista del Sistema Nacional de la Salud.

Fruto de los grandes consensos para la construcción del SNS, entre los partidos políticos, fue la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, que otorga una financiación no finalista a las Comunidades Autónomas y una amplia autonomía por el lado de los gastos para gestionar el conjunto de los servicios sanitarios transferidos a las mismas. La ventaja teórica es que las Comunidades Autónomas podrían traducir legislativamente sus prioridades en salud y otros bienes, y entre grupos de población dentro de su Sistema de Salud; también les permitiría experimentar en innovaciones organizativas que mejoraran la gestión de sus respectivos Sistemas de Salud. Sin embargo se han producidos importantes desequilibrios financieros.

En la actual crisis económica, la Sanidad pública española se encuentra en una difícil situación financiera. El Gobierno central y las Comunidades Autónomas, intentan reducir costes y conseguir nuevos recursos a marchas forzadas. El problema más acuciante viene dado por la falta de liquidez para hacer frente a los pagos corrientes, principalmente pago a proveedores y deuda por medicamentos.

La necesaria reducción del déficit público, impuesta por la Unión Europea, provoca que no haya una perspectiva razonable de que se produzcan nuevos ingresos que permitan quitar presión a la situación actual. El modelo actual se antoja insostenible desde un punto de vista económico, proponiéndose¹⁷² una gestión más eficiente, buscar escenarios de colaboración público-privada y alentar comportamientos de la población más razonables.

Por consiguiente, el problema no está tanto en el gasto como en su financiación, pues tenemos uno de los sistemas más eficientes, de mayor cobertura y calidad y de menor copago de Europa. Con la crisis, la caída de la actividad económica ha provocado una reducción de los

¹⁷² PICH, V., citado por LABIANO, J., en “Doctor, ¿cómo puedo financiarme?”, Diario Ideal, 26.02.2012.

ingresos fiscales. Al mismo tiempo, los avances en tecnología médica y los actuales hábitos de la población, han producido un incremento en la esperanza de vida y una mayor prevalencia de enfermedades crónicas. El resultado es que se dispone de menos recursos para satisfacer una mayor demanda.

Las vías para garantizar la financiación de un Sistema Sanitario Público, de calidad, de cobertura universal y gratuito, consisten en aumentar la eficiencia y la eficacia del sistema de provisión de sanitaria –gestión–, priorizar el gasto sanitario respecto de otras políticas públicas y/o aumentar los ingresos impositivos con esa finalidad.

Cualquier iniciativa para aumentar los ingresos debe pasar por una reforma global de nuestro SNS. Incrementar los impuestos que gravan el alcohol o el tabaco, o bien establecer aportaciones de los usuarios por el uso de recursos, el denominado copago, sólo solucionaría los problemas a corto plazo. Incluso las medidas asociadas al copago de medicamentos o servicios pueden, ocasionar desigualdades en el acceso a la sanidad y hasta provocar que los pacientes más desfavorecidos accedan al Sistema más tarde y, por tanto, con un pronóstico peor, lo que luego ocasionaría un mayor nivel de gasto en esos pacientes.

Las actuaciones que implican un mayor ahorro potencial de recursos para el SNS, sobre las que existe un amplio consenso son:

- La mejora de los sistemas de compras, para influir en el sistema de fijación de precios de los insumos sanitarios. Adquisición centralizada de medicamentos, mediante el empleo de economías de escala que aumenten la eficiencia. Mayor control de todos los pagos con auditorías detalladas.
- La articulación y profundización en las medidas para el uso racional de los medicamentos. Ajustar el desembolso farmacéutico, controlando las actuaciones de facultativos y pacientes.
- El desarrollo de sistemas de evaluación de tecnologías sanitarias para decidir su incorporación sobre la base de evidencia científica acerca de su eficacia.
- El impulso de políticas de salud preventivas para garantizar estilos de vida saludables y prevenir enfermedades evitables.
- El refuerzo de los medios y la capacidad resolutoria de la atención primaria, y su conexión con los servicios sociosanitarios, particularmente los de atención a la dependencia.
- El desarrollo de sistemas de información potentes que permitan evaluar el desempeño del sistema sanitario a la luz de los principios de eficacia, eficiencia y equidad.
- Profesionalizar los gestores sanitarios

La legislación de cada Comunidad Autónoma-algunas leyes son anteriores a la Ley 21/2001- ha regulado las fuentes de financiación de los respectivos Sistemas Públicos Sanitarios y de los Servicios de Salud de forma, más o menos, exhaustiva. Con ligeras diferencias, las partidas más comunes en la legislación autonómica son las siguientes:

- Aquellas que se reciben con cargo a los presupuestos de la Comunidad Autónoma.
- La parte correspondiente que reciba la Comunidad Autónoma de los Presupuestos de Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social o de los Presupuestos Generales del Estado afectos a los servicios y prestaciones sanitarios.
- Los rendimientos obtenidos de los tributos cedidos total o parcialmente por el Estado a la Comunidad Autónoma correspondiente para fines sanitarios.
- Las aportaciones que deban realizar las Corporaciones locales con cargo a sus propios presupuestos.
- Los productos y rentas procedentes de los bienes y derechos del Sistema Sanitario Público o del Servicio de Salud.

- Los ingresos ordinarios y extraordinarios que legalmente esté autorizado a percibir, a tenor de las disposiciones vigentes, de los convenios interadministrativos que se puedan suscribir.
- Las subvenciones, donaciones y cualquier otra aportación voluntaria de entidades o particulares.

En todo caso, al final de las fuentes de financiación, suele incluirse una cláusula general que deja abierta la posibilidad de recibir cualquier otro recurso que pudiera serle atribuido o asignado. Algunas Comunidades Autónomas, como Castilla y León, Extremadura, Murcia, Aragón, Navarra e Islas Baleares, en sus leyes de salud, recogen además, la posibilidad de recibir ingresos procedentes de prestaciones de servicio de asistencia sanitaria. Incluso, en el caso de la Región de Murcia, la Ley 4/1994, permite que reciba ingresos derivados de operaciones de endeudamiento.

En el contexto de las decisiones adoptadas con carácter extraordinario para luchar contra el déficit, el Gobierno aprobó nuevas medidas con una amplia repercusión en el Sistema Sanitario, concretamente, el Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

Un paso más en la mejora de la calidad, la cohesión y la sostenibilidad del SNS, se dio con el Real Decreto-Ley 9/2011, de 19 de agosto, de medidas para la mejora de la calidad y cohesión del SNS, de contribución a la consolidación fiscal, y de elevación del importe máximo de los avales del Estado para 2011, que continua en la línea de reforzar las medidas fiscales y presupuestarias de reducción de déficit público, prioridad ineludible de la política económica del Gobierno. Las políticas públicas se orientan hacia escenarios de austeridad y racionalidad del gasto que permitan el mantenimiento de un adecuado nivel de los servicios públicos sin menoscabo de sus componentes de equidad y calidad. Así, se establecen una serie de medidas de austeridad en la prestación farmacéutica que pretenden aliviar la tensión financiera de los Servicios de Salud, junto con la optimización de la aplicación de las nuevas tecnologías en los sistemas de información sanitaria y la mejora de la coordinación de la atención sociosanitaria.

Una medida de cohesión y garantía financiera del Sistema Nacional de Salud es la creación del Fondo de Garantía Asistencial, creado por el Real Decreto ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de las prestaciones. Se hace imprescindible solucionar, en el marco de la cohesión e igualdad de derechos a la asistencia sanitaria entre los españoles y demás personas que gozan de la condición de asegurado en nuestro país, la financiación de la atención sanitaria prestada a las personas residentes en una Comunidad Autónoma distinta de la que está prestando la atención, a través de la creación de ese Fondo de Garantía Asistencial, configurado como una partida específica de compensación para la garantía asistencial en todo el Sistema Nacional de Salud.

En conclusión, en España el gasto sanitario está dentro de unos límites razonables, comparativamente con los países de nuestro entorno. La sostenibilidad del SNS exige abordar reformas de su financiación y gestión como prioritarias, además de otras medidas.

1.2. Problemas de “racionalidad” de los sistemas relacionados con la eficacia y eficiencia de los servicios sanitarios¹⁷³

Los servicios sanitarios estarían organizados con criterios de racionalidad si se dan aquellos servicios cuya eficacia está acreditada, a quienes quede claro que los precisan, en el momento en que los necesiten y en condiciones de igualdad para acceder a ellos y ante situaciones de necesidad similares. Esta aspiración está lejos de cumplirse en la mayoría de los países.

Expresan la crisis de racionalidad que afecta a los Sistemas Sanitarios la desigual difusión de la tecnología sanitaria entre países y la desigualdad en el acceso a las prestaciones sanitarias por la población.

1.2.1. Tecnología sanitaria

Entre países con niveles semejantes de riqueza, de incidencia de patologías diversas y desarrollo científico similar, hay diferencias en la dotación tecnológica y en el número de medicamentos autorizados, lo que lleva a la consideración de que la difusión de la tecnología sanitaria obedece a razones distintas de la pura racionalidad sanitaria.

La introducción de las nuevas tecnologías no es el resultado de la valoración de las ventajas o el valor añadido (eficacia y eficiencia) de los nuevos productos por los sistemas sanitarios. En su introducción en el mercado sanitario por quienes los producen, se mezclan sus intereses con las expectativas de los beneficios derivados de su utilización por los servicios sanitarios. El interés por la introducción de los nuevos productos en los servicios sanitarios provoca la utilización de incentivos potentes para promover su uso. La propia capacidad de utilización de la tecnología más novedosa es probablemente por sí misma uno de los incentivos más importantes para los profesionales sanitarios. El resultado es que los incentivos esenciales para quienes participan en los Sistemas Sanitarios no se manejan desde dentro de los propios Sistemas, por lo que la evolución de éstos escapa de su control. Uno de los ejemplos más claros es la inclinación a controlar la formación continuada de los profesionales desde los laboratorios farmacéuticos, como ocurre en España.

1.2.2. Acceso a las prestaciones sanitarias

La crisis de racionalidad se manifiesta en la dificultad de determinar a qué servicios puede accederse y en qué condiciones. Siendo la delimitación de las prestaciones sanitarias uno de los instrumentos teóricos que se han planteado para mantener bajo control el crecimiento del gasto sanitario, e incluso para garantizar determinadas condiciones de igualdad en el acceso a los servicios, no hay ningún método de los aplicados en distintos países, que haya demostrado su eficacia sanitaria y social, para alcanzar el objetivo teórico de racionalidad deseado, es decir, unas condiciones de igualdad suficientes en el acceso a las prestaciones sanitarias por parte de toda la población.

¹⁷³Entre las características de los Sistemas Sanitarios, aunque existen diferentes modelos, están las siguientes:

- Equidad: Es la igualdad de trato y accesibilidad de los servicios. Es complementario al concepto de universalidad.

- Alta calidad: Eficacia y Eficiencia.

* Eficacia: Eficaz es aquello que logra el efecto deseado. En la actividad sanitaria sería la curación, la mejoría, la rehabilitación, la protección o, al menos el diagnóstico y el pronóstico.

*Eficiencia: En Economía este concepto relaciona la eficacia con el coste para lograrla.

- Servicios sanitarios suficientes.

- Universalidad.

1.3. Problemas de “legitimación” o “aceptación” por la población de los propios servicios

Los problemas de “legitimación” o “aceptación” por la población de los propios servicios sanitarios se refieren a la reducción o falta de apoyo social a los Sistemas Sanitarios que podría poner en cuestión su continuidad. Esto obliga a redoblar los esfuerzos por las Administraciones Públicas sanitarias para reorientar los Servicios Sanitarios al ciudadano, convirtiéndolo en su centro, e impulsar la participación.

La población es “usuaria” o “cliente” del Sistema Sanitario y a la vez “suministradora” de los recursos económicos necesarios para su mantenimiento, a través de las cotizaciones sociales o de los impuestos. Los análisis más comunes en muchos países tienden a subrayar que la mayoría de la población considera que la aportación que realiza para la financiación del sector público es excesiva, por lo que no deben existir aportaciones crecientes a su gasto. En sentido contrario, la conciencia del alto nivel de aportación a la financiación pública promueve el aumento de las demandas hacia cada uno de los servicios públicos financiados.

También, el grado de satisfacción de la población con los Servicios Sanitarios, está relacionado con la organización de los mismos. Según algunos estudios comparativos realizados a principios de los noventa del siglo pasado, el grado de satisfacción de la población con los Servicios Sanitarios es mayor en los países con Sistemas de tipo Seguridad Social (Francia, Alemania, Holanda), mientras que es más reducido en los Servicios Nacionales de Salud (Reino Unido, Italia, Suecia o España). Esas diferencias se han atribuido a una mayor libertad de elección por parte de los usuarios de Seguridad Social; sin embargo surgen dudas al comprobar, como por ejemplo ha ocurrido en España, que cuando se establece un procedimiento específico para facilitar el cambio de médico en Atención primaria, el porcentaje de población que utiliza el cambio es muy reducido.

Otras diferencias entre unos y otros Sistemas tienen que ver con la facilidad de obtener determinados servicios no estrictamente sanitarios (por ejemplo hoteleros, como la habitación individual) o de carácter complementario (mejora en la calidad de las dietas, u otras facilidades), en centros que no son propiedad de los Sistemas públicos, sino que funcionan como contratados.

Algunas de estas razones que aumentan la satisfacción de los usuarios de los Servicios Sanitarios, entran en contradicción con los métodos que hacen más eficientes los Servicios Nacionales de Salud, como por ejemplo el acceso a la Atención especializada a través de los médicos generales de Atención primaria. Concretamente, esta forma de control del acceso a la Atención especializada es coherente con las características del mercado sanitario, que se caracteriza entre otras peculiaridades, por la asimetría de la información, es decir, el desconocimiento por parte de la población de lo que constituye un uso eficaz y eficiente de los recursos sanitarios; ello hace necesario adoptar medidas, como la interposición de un mediador, que es el médico de Atención primaria, que debe traducir las necesidades de la población a la que atiende, en requerimientos de Atención especializada, para paliar la inducción de la demanda por parte de quienes (proveedores y productores de esos recursos) tienen su interés, en inducir una utilización intensiva, al margen de su eficacia y eficiencia demostrada.

La demanda de mejores condiciones hoteleras de los hospitales o de acceso a la Atención especializada es mayor por parte de las clases medias, que por otro lado constituyen el soporte económico fundamental de los servicios sanitarios con la estructura impositiva más común de los países occidentales. Estos grupos sociales pueden cuestionar el mantenimiento de servicios de concepción solidaria si no se da satisfacción adecuada a sus demandas. Tal es así, que se ha considerado que el reto más importante para el mantenimiento de los Sistemas Sanitarios es lograr mayores niveles de satisfacción de esos grupos sociales sin incrementar el gasto de manera descontrolada.

La visión de los propios servicios por parte de los profesionales que trabajan en ellos, influye también en el reconocimiento de los servicios públicos sanitarios por la población. El malestar de los profesionales con su situación en la organización, acentuada con los recortes relacionados con la crisis económica, se traduce en una disminución de la valoración social de los servicios sanitarios, dado que los profesionales son los agentes principales de esos servicios y la imagen de los servicios que percibe la población es la que reciben a través de ellos. Por otra parte, la situación de los profesionales tiene que ver también con la posible demanda por parte de las organizaciones sanitarias para que asuman papeles que eran tradicionalmente ajenos al que les venía correspondiendo hasta ahora. Así por ejemplo, al médico le correspondía promover la mejor atención posible para cada paciente concreto con arreglo al nivel de conocimientos y los medios disponibles para ello; ahora se le exige además, que la atención sanitaria resulte no sólo eficaz, sino también eficiente, desde el punto de vista individual y colectivo. Ese nuevo rol de las profesiones sanitarias puede provocar la ruptura de la relación de confianza por parte de la población que provoca inevitablemente el cambio del prestigio social del que gozaban las profesiones sanitarias y, con ello, el malestar de los profesionales en sus organizaciones. A la vez deriva hacia estos el alto grado de litigiosidad provocado por la frustración de las expectativas cada vez más amplias de una población que se siente a la vez financiadora de los servicios que se le prestan e informada de posibilidades de utilización de medios cada vez más amplios y complejos para mejorar su salud. Se añade a lo anterior la tensión inevitable entre el ejercicio de la profesión médica, definida como la práctica de un conjunto de conocimientos específicos cuya aplicación y desarrollo tiende a ser controlado por quienes están en posesión de ellos, y la organización de su prestación a través de los Servicios Sanitarios.

Un último factor que influye en el grado de legitimación de los Servicios Sanitarios, es la percepción de éstos como un sistema integrado, donde la prestación de los servicios para atender la salud de las poblaciones es el resultado del conjunto de las actuaciones de distintos niveles y centros de atención, que se coordinan y complementan entre ellos, para lograr ese objetivo, o por el contrario, se identifican los servicios sanitarios exclusivamente con cada centro o servicio concreto. La insistencia en el enfoque económico de los servicios sanitarios públicos y en concreto en la valoración de la eficiencia individual de cada centro, servicio, o incluso actuación sanitaria en concreto, contribuye a la pérdida de la visión global del Sistema y de la consideración de la eficiencia global del conjunto del mismo. En el mismo sentido, la consideración de los ciudadanos como “usuarios” o “clientes” de los servicios, tiende a olvidar aspectos como que la justificación de servicios públicos deriva, no sólo de la capacidad de dar respuesta a las necesidades de cada uno de aquellos individualmente, sino de hacerlo en condiciones equidad para todos ellos, con independencia de su condición social, su lugar de residencia, u otros aspectos, que varían de unos a otros individuos.

La fragmentación de la cobertura sanitaria según colectivos diversos frente a la cobertura universal característica de los Servicios Nacionales de Salud, o las limitaciones territoriales o de otro tipo para el acceso a unos u otros centros, contribuye a una visión desintegrada de los Sistemas Sanitarios y con ello, a la pérdida de legitimación de los mismos.

En España, la percepción del Sistema Sanitario como componente básico del Estado de bienestar está fuertemente arraigada entre los ciudadanos, que le otorgan un elevado protagonismo entre las diferentes áreas de la acción pública. La valoración del Sistema Sanitario es, en general, positiva, aunque las personas encuestadas son cada vez más conscientes de la necesidad de abordar cambios. Culminadas las transferencias a las Comunidades Autónomas, la necesidad de mejorar la cooperación entre los Servicios de Salud se ha ido haciendo cada vez más perceptible según los sucesivos barómetros sanitarios que anualmente publica el Ministerio de Sanidad, Asuntos sociales e Igualdad, siendo ampliamente compartida y habiendo ido en aumento entre los ciudadanos la idea

de que “las Comunidades Autónomas deberían ponerse de acuerdo a la hora de ofrecer nuevos servicios”, una afirmación con la que se identificaba en 2008 más del 86% de los españoles¹⁷⁴. Ello exige, seguir profundizando en estrategias para conseguir una mayor cohesión del SNS.

La legislación básica sanitaria y la de desarrollo por las Comunidad Autónomas, han regulado la participación tanto en el ámbito de los Sistemas Sanitarios Públicos de las Comunidades Autónomas, como en las entidades gestoras de asistencia sanitaria. La Ley de cohesión y calidad dio un nuevo impulso a la participación social, regulando en su Capítulo IX la participación de los ciudadanos y de los profesionales sanitarios en el SNS, que se articula principalmente a través del Consejo de Participación Social del SNS dependiente del Ministerio de Sanidad, Asuntos Sociales e Igualdad. Este órgano tiene tres formas de organización, pudiendo actuar como Comité Consultivo, como Foro Abierto o como Foro Virtual.

No obstante lo anterior, las formas de participación de la población que permitan adecuar el funcionamiento concreto de los servicios a las demandas de los ciudadanos, no están resueltas de forma satisfactoria en ningún Sistema Sanitario.

Un análisis más reciente, añade a los anteriores, tres grandes problemas¹⁷⁵, que surgen de la conjunción de la crisis económica con los problemas estructurales y las debilidades institucionales del SNS:

- Problemas de cierre del modelo de universalización y definición positiva de “ciudadanía sanitaria”

No hay una definición en positivo del SNS ni de su gobierno colegiado; ni tampoco del concepto de cobertura universal y ciudadanía sanitaria. Parece contradictorio que un sistema financiado por impuestos pueda negar la extensión de cobertura a personas con recursos que sin embargo no acreditan cotización a la Seguridad Social. Por otra parte, los extranjeros sin recursos y que viven en España sin registro ni autorización, no pueden estar a extramuros de la asistencia integral y programada del SNS, tanto por razones bioéticas, como de efectividad clínica y preventiva. Los cambios planteados en el Real Decreto Ley 16/2012 no van por el camino correcto, pues en vez de profundizar en el concepto de ciudadanía sanitaria del SNS, retroceden a una definición Bismarckiana de aseguramiento vinculado a cotización o prestaciones de la Seguridad Social, y vuelven a otorgar al Instituto Nacional de la Seguridad Social un papel determinante en la definición y clasificación de asegurados y beneficiarios.

La reciprocidad con transeúntes, turistas o residentes de otros países parece un principio lógico y razonable. No parece tan fácil aplicarlo cuando hablamos de inmigrantes de lugares donde los Estados son frágiles, el poder es despótico, y las economías sólo permiten la subsistencia. En todo caso, las políticas de control de la inmigración son las que deben materializar la voluntad de la sociedad en el grado de acogida y la regularización de inmigrantes. Pero, una vez que están dentro de España, no deben ser los médicos ni los sanitarios los que se vean ante el dilema ético de racionar o dosificar la prestación asistencial. Por otra parte, limitar la cobertura a la Atención primaria y dejar sólo la puerta de urgencias, es una forma escasamente inteligente de abordar el reto, desde la perspectiva clínica y de salud pública.

¹⁷⁴ Barómetro Sanitario, Ministerio de Sanidad y Política Social. En la evolución de las opiniones sobre el funcionamiento del Sistema Sanitario, en el año 2009, el interés por la sanidad de los ciudadanos es del 29%, muy por encima del interés que muestran respecto a las demás áreas (defensa, educación, vivienda, pensiones, transportes, seguridad ciudadana y servicios sociales).

¹⁷⁵ Es el análisis de situación que realiza el Consejo General de Colegios Médicos en el documento "Profesión médica y reforma sanitaria. Propuestas para una acción inmediata", Diciembre, 2012, https://www.cgcom.es/sites/default/files/profesion_medica_reforma_sanitaria.pdf

- Problemas de Buen Gobierno y Buena Gestión

La debilidad de las reglas institucionales facilita el comportamiento oportunista de los agentes. Se han transferido obligaciones a las CCAA sin que la financiación sea suficiente en muchos casos. Por otro lado, el ciclo expansivo de la economía alimentó una alianza de todos los agentes (incluido el entramado industrial tecno-farmacéutico) a favor del crecimiento en centros, servicios, plantillas, salarios y prestaciones, que superó ampliamente la capacidad de financiación establecida en el modelo de la Ley 21/2001. Los sistemas de colaboración público-privada desarrollados en algunas Comunidades Autónomas, permiten hacer más hospitales y demorar el pago a la siguiente legislatura y a las generaciones venideras; la no contabilización de pagos a proveedores de tecnología y medicamentos, embalsa la deuda para futuras operaciones de saneamiento; y de esta manera se prepara el colapso de financiación al llegar al año 2010. No es estrictamente un problema económico, sino de mal gobierno.

La propia crisis financiera internacional, en último término tiene también una génesis en el mal gobierno de los bancos, las entidades de crédito, los fondos de inversión y las agencias de auditoría y rating. Por eso la salida a la sostenibilidad del SNS requiere encontrar una senda virtuosa para que el Buen Gobierno y la Buena Gestión minimicen los riesgos de que la necesaria autonomía gestora devenga en arbitrariedad.

- Problemas de subdesarrollo de la Gestión Clínica, la Integración Asistencial y el Profesionalismo como alternativa de cambio estructural del SNS

En la gran mayoría de países desarrollados desde hace una década se está trabajando en un cambio estructural de la medicina y los sistemas sanitarios, a partir de elementos bien conocidos como la medicina basada en la evidencia, la gestión del conocimiento, la gestión clínica, la departamentalización de hospitales, el trabajo por procesos integrados, las estrategias de cronicidad, la coordinación socio-sanitaria, etc. La debilidad de los recursos de media y larga estancia, y de atención a la dependencia hacen muy importante la activación de todos los mecanismos que potencien la activación de recursos sociales desde el sector sanitario. También ha habido un cambio en el paradigma de gestión: de modelos que transitaron entre la jerarquía de base administrativa y el gerencialismo de corte industrial, se ha pasado a reconocer que la Sanidad es una organización de servicios de tipo profesional, y que su buena gestión exige rediseñar el contrato social con los profesionales y promover la delegación responsable, la rendición de cuentas, la reducción de conflictos de interés, y la cultura cooperativa y de excelencia. La micro-gestión es la clave. A pesar de los avances puntuales que se han producido en España, no cabe decir que el SNS haya tenido una estrategia decidida en ésta línea.

Tres factores han dificultado esta reorientación estratégica y cultural del SNS:

- La excesiva politización partidaria, con su sesgo miope y cortoplacista, y su renuencia a llegar a acuerdos de amplia base y largo alcance; esto ha producido un sesgo de intervencionismo de la macrogestión sobre todos los asuntos, restando espacio a la mesogestión (gerencias y direcciones médica y de enfermería), y erosionando la posibilidad de otorgar autonomía real y responsable a la microgestión.
- Una cultura de gobierno autocomplaciente y negadora de los problemas, que derivaba todas las tensiones alimentando un escenario expansionista y providencialista; en el contexto de la descentralización a 17 CCAA, esto provoca una tendencia inflacionaria en recursos (competir al alza para evitar diferencias y agravios comparativos); también promueve una extraña pugna de marketing político para mostrar grandes avances tecnológicos, pero no una competencia en resultados para promover la excelencia (los sistemas de información no aportan el marco comparativo necesario, y la información “delicada” se oculta celosamente). Los gerentes

hospitalarios van perdiendo legitimidad y autoridad por el achique de espacios que produce la macro-gestión politizada, y ante la dificultad de manejar conflictos cuando está altamente penalizado el ruido mediático: esta ausencia de mesogestión no beneficia a la micro-gestión: produce desgobierno; también inseguridad y discontinuidad de proyectos de cambio, dado que cualquier alternancia política altera la continuidad de los equipos directivos.

- La desconfianza en los profesionales se mantiene, a pesar de que la profesión médica consolida cambios sociológicos, organizativos y éticos de gran relevancia e interés social, y contra la evidencia de los estudios de organización, que aconseja potenciar la autonomía de los microsistemas clínicos. Los responsables políticos e institucionales hace dos décadas (visión socialdemócrata) mantenían una relación de adversarios con la profesión médica por el desajuste intrínseco del desempeño profesional con los modelos jerárquicos administrativos; hoy, desde la postmodernidad (visión liberal-conservadora) se reedita e incluso recrudece esta distancia, al propugnarse modelos de control contractual basados en el pago fragmentado por ítems de servicio o sistemas alambicados de algoritmos de productividad variable. Encontrar modelos de profesionalismo activo es esencial para garantizar la sostenibilidad de los sistemas públicos de salud y también para superar la crisis de la medicina.

2. ALTERNATIVAS DE REFORMA

En síntesis, los objetivos de las reformas de los Sistemas Sanitarios en los países de la OCDE¹⁷⁶ son los siguientes:

- Equidad o igualdad de acceso a los cuidados sanitarios para todos los ciudadanos.
- Control de los gastos, o como mínimo, moderación de su evolución.
- Eficacia en relación con el coste, o dicho de otro modo, utilización eficiente de los recursos asignados a la Sanidad.

Barr¹⁷⁷ precisa los objetivos compartidos en sus políticas sanitarias por los países de la OCDE de la siguiente forma:

- Adecuación e igualdad en el acceso a los servicios: Debería existir una asistencia sanitaria mínima accesible a todos los ciudadanos y estar de acuerdo el tratamiento con las necesidades, al menos en el sector financiado por el sector público.
- Protección de la renta: Los pacientes deberían estar protegidos contra los pagos por prestaciones sanitarias que amenacen las rentas mínimas y el pago de la protección sanitaria debería adecuarse a la capacidad económica de los individuos.
- Eficacia macroeconómica. El gasto sanitario debería consumir un porcentaje adecuado del PIB.
- Eficacia microeconómica: Se debería elegir una mezcla de servicios que maximice una combinación de resultados sanitarios y de satisfacción del paciente con el porcentaje disponible del PIB gastado en los servicios sanitarios (eficacia de la asignación). Además se deberían minimizar los costes (eficacia técnica y del coste). Los costes deberían abarcar no sólo los gastos de la prestación, sino también el valor del tiempo de los pacientes y de sus familiares, así como los costes administrativos, normativos y las distorsiones impositivas. Además, se debería perseguir la eficacia dinámica, es decir, se deberían buscar los avances tecnológicos y organizativos que mejoren la productividad de los recursos dados.

¹⁷⁶OCDE, "La reforma de los Sistemas Sanitarios. Una voluntad de cambio", Estudios de Política Sanitaria, nº 8, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1998.

¹⁷⁷OCDE, "La reforma del Sistema Sanitario. Análisis comparativo de siete países de la OCDE", Estudios de Política Sanitaria, nº 2, Ministerio de Sanidad y Consumo, B.O.E., 1998.

- Libertad de elección para los consumidores: Debería existir en el sector público al igual que en el privado.
- Autonomía apropiada para los proveedores de servicios: Tanto los médicos como quienes prestan los servicios deberían contar con un máximo de libertad compatible con la consecución de los objetivos anteriores, especialmente en materia de innovación médica y organizativa.

3. PERSPECTIVA ECONÓMICA DE LAS REFORMAS DE LA GESTIÓN PÚBLICA Y DE LA GESTIÓN SANITARIA

3.1. Las reformas de la gestión pública

3.1.1. Aspectos generales

En la mayoría de los países occidentales, los servicios sanitarios forman parte, de una u otra forma, del sector público por lo que los cambios en los modelos de gestión sanitaria deben ser enmarcados dentro del marco general de la gestión pública.

Las sociedades actuales, cada vez más complejas y exigentes, demandan cambios profundos en la producción de servicios públicos. Al Estado se le define desde una perspectiva económica, como el proveedor de los bienes públicos y se le demanda cada vez más, un grado de eficiencia aceptable y garantías de igualdad de trato y equidad en el acceso. Los bienes públicos que clásicamente se han definido como funciones de soberanía del Estado son: justicia, defensa, asuntos exteriores, interior, policía y hacienda. En el siglo XX se incorporaron al Estado como consecuencia de las políticas Keynesianas dos bienes públicos típicos de un Estado Social: la educación y la sanidad.

En los últimos 20 años, en casi todos los países del mundo se han incorporado propuestas más o menos radicales de privatización de las políticas públicas. El denominador común de estos cambios ha sido la preocupación por los efectos de una intervención pública excesiva sobre el dinamismo económico y la competitividad, en un contexto internacional de globalización de mercados.

Sin embargo la experiencia acumulada, muestra ejemplos de fracasos en la liberación de la economía, porque desde el punto de vista económico¹⁷⁸ se sabe que cuando existen fallos del mercado significativos, la eliminación de todo tipo de intervención pública puede tener efectos más demolidores sobre la asignación de recursos que la actuación de un gobierno ineficiente.

El nuevo análisis económico de la gestión pública insiste en la idea de que el Estado como organización, tiene rasgos que articulados mediante un diseño organizativo y una gestión pública adecuada, puede ser eficiente en la prestación de servicios públicos. En este sentido cabría sostener que la crisis del Estado de Bienestar, es en buena medida, una crisis del modelo tradicional de gestión pública.

La gestión pública desde la perspectiva de la economía de las organizaciones es el conjunto de decisiones dirigidas a motivar y coordinar a las personas para alcanzar metas individuales y colectivas; y es pública por la naturaleza de sus fines y el marco jurídico-político en el que se desenvuelve.

El Estado es una organización peculiar, que a diferencia de las organizaciones privadas, tiene como rasgos distintivos esenciales la pertenencia obligatoria de los ciudadanos a la

¹⁷⁸GONZÁLEZ-PÁRAMO, J.M., “Cambios organizativos al servicio de la gestión pública”, Conferencia presentada en el Seminario “La gestión del cambio en los Servicios Sanitarios”, celebrado en la Escuela Andaluza de Salud Pública, Granada, 1998.

organización estatal y tener poderes de coacción ejercitables sin aquiescencia individual. Sin embargo los problemas de gestión pública pueden analizarse y solucionarse con ayuda de los conceptos y técnicas utilizadas en las organizaciones privadas pero sin olvidar que la gestión pública tiene las restricciones impuestas por el marco jurídico-político; es decir la gestión pública no se puede desenvolver con plena autonomía.

Parry ¹⁷⁹ concreta en siete variables las restricciones para la gestión pública: El proceso electoral, la gestión presupuestaria, la codificación de las normas y el procedimentalismo, los controles administrativos, la estabilidad en el empleo, la discreción y el secreto y la aversión a la iniciativa. Estas variables generan una cultura inmovilista y sugieren porqué la mera transposición de las técnicas de la gestión privada a la gestión pública con frecuencia no funcionan.

3.1.2. Modelos de gestión pública

Los estudios comparados sobre los modelos de gestión pública revelan que pese a las tipicidades propias de cada país, existen dos modelos de organización del sector público^{180 181}

- El modelo centralizado, jerárquico, tradicional, en el que la administración responde a una cultura garantista, basada en el principio de la desconfianza hacia el uso de los recursos públicos. Se hace énfasis en los controles de la legalidad *ex ante* y en el cumplimiento escrupuloso de los procedimientos administrativos, regulando la actividad del gestor hasta reducir al mínimo la discrecionalidad de éste para asignar recursos y adaptarse a cambios en la demandas ciudadanas o en las tecnologías y los procedimientos de producción. En este modelo pueden encuadrarse los países de la Europa del Mediterráneo, entre ellos España.

- El modelo descentralizado que responde a una vocación de servicio al ciudadano; pone énfasis en la gestión por objetivos, la consecución de resultados, la reducción de costes y la flexibilidad en la respuesta a cambios del entorno. Estos rasgos se traducen en una elevada discrecionalidad del gestor y una clara delimitación de responsabilidades, que influyen en los incentivos monetarios y son evaluadas mediante controles de gestión y auditorías, sin perjuicio del principio de legalidad. Este modelo está presente en países como Canadá, Estados Unidos de América, Reino Unido, Nueva Zelanda y Suecia.

3.1.3. La relación de agencia

La relación de agencia constituye la esencia de las instituciones públicas, y en especial de la gestión pública en Estados democráticos¹⁸². Existe relación de agencia cuando un individuo, llamado principal, delega en otro, que denominamos agente, la realización de una actividad en beneficio del primero, a cambio de una remuneración y de cierta capacidad autónoma de decisión.

Para identificar las causas de ineficiencia en la gestión pública es necesario examinar las relaciones de agencia que se dan de forma superpuesta entre los distintos niveles de la gestión pública: ciudadanos-parlamentarios-gobierno-agencias-empleados públicos.

El problema de la agencia surge cuando el principal (P) y el agente (A) tienen distintas funciones objetivo o preferencias y la información sobre las acciones o el esfuerzo del agente está, asimétricamente distribuida, lo cual da lugar a la aparición de comportamientos oportunistas

¹⁷⁹PARRY, R., "Concepts and Assumptions of Public Management," en C. Duncan, "The Evolution of Public Management", Ed. Macmillan, Londres, 1992.

¹⁸⁰OMRUBIA, J., "El modelo organizativo-institucional del sector público: la necesaria complementariedad de los aspectos micro y macroeconómicos", Congreso Nacional de Economía, Las Palmas de Gran Canaria, diciembre, 1995.

¹⁸¹VAN LEERDAM, J. Y KERTZMAN, E., "The choice of organizational form", Ways of Public Goods Production, IIPF, 51 Congress, Lisboa, 1995.

¹⁸²LANE, J.E., "The public sector. Concepts, models and approaches", Sage, Londres, 1993.

asociados al azar moral (posibilidad de que la existencia de un contrato cambiará el comportamiento alguna de las partes) o riesgo de manipulación. Es decir, cuando el esfuerzo y otras circunstancias influyentes sobre el resultado, pero ajenas a A, no pueden ser observados por P de forma separada, lo que imposibilita ajustar directamente la remuneración al esfuerzo.

Si P desea disfrutar de los beneficios de la actividad, deberá ofrecer a A un contrato que cumpla tres condiciones: Que induzca al agente a aceptar la delegación de la tarea, que sea compatible con los incentivos individuales de A y que relacione la remuneración con variables observables.

En las relaciones de agencia en el sector público hay que considerar la existencia de múltiples agentes, la delegación de autoridad formal y la competencia entre principales. Raras veces se observarán relaciones de agencia en las que participa un solo principal y un solo agente.

La delegación de autoridad puede ser formal- derecho a decidir- y real –control efectivo de las decisiones-. Un aumento en la autoridad formal o real de A refuerza su iniciativa, pero supone una pérdida de control para P.

La autoridad real de A tiende a aumentar con los siguientes factores: número de agentes que dependen de P, laxitud de las reglas o procedimientos que debe seguir A, urgencia de las tareas a realizar por A, reputación poco intervencionista de P, existencia de incentivos monetarios de “alta potencia” para A, y dependencia simultánea de varios principales con objetivos no coincidentes.

Oxley¹⁸³ señala que la filosofía que subyace en las reformas de la gestión pública que últimamente se desarrollan en los países de la OCDE para resolver el problema de la agencia es, en resumen la siguiente: Desde el punto de vista de P, la supervisión de estrategias de los agentes, la imposición de procedimientos y normas de desempeño (resultados) y el uso de indicadores de actividad, de objetivos de output y de incentivos retributivos; tendría que añadirse la competencia entre agentes adecuadamente diseñada, y regulando el número y la interdependencia entre principales para reducir los costes de agencia ligados a las políticas públicas¹⁸⁴.

Parece indudable que la transición hacia un modelo de gestión más descentralizado y apoyado en mecanismos cuasicompetitivos y de mercado (MCM) ha venido acompañada de mejoras en la eficiencia productiva y en la satisfacción del ciudadano con la actuación del sector público.

3.1.4. Modelos de diseño interno de organizaciones

El Estado y en buena parte las empresas privadas, son organizaciones cuyos objetivos y diseño interno están jerarquizados. En paralelo con lo dos modelos de organización del sector público referidos, también se pueden considerar dos grandes modelos de diseño interno de organizaciones: Las jerarquías descentralizadas y las jerarquías burocráticas o de autoridad.

Las jerarquías descentralizadas persiguen potenciar la rapidez del ajuste al entorno, asignando al agente una elevada discrecionalidad a cambio de resultados. El principal desarrolla un

¹⁸³OXLEY, H., “El sector público en los 80 y experimentos de política pública para los 90”, Fundación BBVA, Programa de estudios sobre Economía Pública, Documentos de Trabajo, abril, 1993.

¹⁸⁴GOZALEZ-PÁRAMO, J.M., “Cambios organizativos.....” Op. cit. En una relación de agencia se dan los siguientes costes de agencia: Pérdida residual, que sería la diferencia entre la utilidad de P en una hipotética situación de observabilidad del esfuerzo y la utilidad efectivamente obtenida fruto del contrato de incentivos con A. El coste de fianza que son los costes que asume A voluntariamente como garantía para el principal (restricciones sobre horarios, procedimientos de selección, etc.) y el coste de supervisión que incluirían los registros, presupuestos, controles, etc.

mínimo de tareas de supervisión y coordinación, que son sustituidas por tareas de supervisión del desempeño (resultados) y por incentivos en la remuneración.

Las jerarquías burocráticas o de autoridad asignan al agente un reducido margen de discrecionalidad a cambio de una remuneración poco relacionada con el esfuerzo. El principal desarrolla un mínimo de tareas de supervisión de esfuerzos y resultados, dedicándose a tareas de dirección y coordinación, es decir, al procesamiento de la información, toma de decisiones y control e intervención de las acciones de los agentes.

Por sus características de pertenencia obligatoria y poder de coacción, la organización estatal tiende a estructurarse en jerarquías burocráticas, que son organizaciones eficaces para limitar la arbitrariedad en el uso de los recursos de los ciudadanos, en la medida en que permiten atenuar los efectos de las actividades de influencia, colusorias (Una colusión es un pacto que acuerdan dos personas u organizaciones con el fin de perjudicar a un tercero) y de captura.¹⁸⁵ Otras ventajas son la realización de economías de escala en el procesamiento de la información y la posibilidad de utilizar el diseño de relaciones jerárquicas y la cultura organizativa para inducir la cooperación y limitar el riesgo de sabotaje.

Como desventajas se encuentra el procedimentalismo, que lleva a una respuesta lenta, ineficaz y poco innovadora a las demandas de cambio y adaptación; además en las jerarquías burocráticas se produce una disminución del esfuerzo al descender escalones en la jerarquía a causa de los menores incentivos y de las pérdidas de información y de capacidad de hacer cumplir todas las instrucciones dadas a los subordinados. Además la escasa diferencia retributiva que suele existir en la organización estatal tiende a agravar la pérdida de control cuando el número de niveles en la jerarquía o el número de subordinados dependientes de cada superior son altos.

Como consecuencia de lo anterior, dentro de una organización estatal eficiente deberían coexistir jerarquías descentralizadas y burocráticas, es decir la gestión pública deberá ser burocrática en unos casos y descentralizada en otros, y sujeta en todos a un adecuado control de legalidad que no constituya una rémora para la toma de decisiones.

Al tratar de la gestión pública surge la cuestión de la limitación de la ineficiencia burocrática. El modelo de agencia describe la racionalidad burocrática partiendo de esta hipótesis: el principal-político adopta un papel pasivo, desconoce cualquier información sobre tecnología, y el agente-organización burocrática es monopolista de los servicios que produce. Por fortuna no puede sostenerse que tomados conjuntamente ofrezcan una buena descripción del contexto real en el que se desarrolla la producción de servicios públicos y de regulaciones. Por ello hay fundadas razones para esperar que otros diseños institucionales -que asignen al político un papel más activo, por sí mismo o mediante delegación de autoridad en un regulador o en una empresa – así como la obtención de información y competencia puedan mejorar las cosas.

3.1.5. Eficacia y eficiencia

Es necesario aclarar la confusión entre eficiencia y eficacia¹⁸⁶, la cual surge como consecuencia de la copia que el Estado ha querido hacer de la eficiencia de los mercados.

Se parte de que las Administraciones públicas están para ser eficaces, pero no están para ser eficientes. La eficacia es la regla de oro de las Administraciones públicas y consiste en aplicar puntualmente lo que determinan las leyes a los supuestos de hecho con los que se encuentre;

¹⁸⁵HORM, M.J., "The political economy of public administration. Institutional choice in the public sector", Cambridge University Press, New York, 1995.

¹⁸⁶SORIANO GARCÍA, J.E., "Desregulación de los Servicios públicos. Posición del Tribunal de la Competencia", Seminario: Oportunidades de Gestión Empresarial en los Servicios Públicos, Escuela Andaluza de Salud Pública, Granada, 1999.

además las Administraciones públicas tienen que cooperar entre sí, coordinarse, auxiliarse, etc., porque tiene que haber continuidad en el tejido público para la prestación de las funciones y los servicios que en su caso tenga que prestar la Administración.

Por el contrario, ser eficiente una empresa en el ámbito del mercado, desde un punto de vista económico, quiere decir ser la mejor a través de la calidad, precio, combinación de calidad-precio, tecnología, para ganar cuota de mercado y en su caso expulsar a otras del mercado. Si varias empresas aplican los principios de la LRJPAC (cooperación, coordinación, mutua información) serán sancionadas por la Autoridad de Defensa de la Competencia; por el contrario si dos administraciones públicas se ponen de acuerdo en las tarifas con que van a prestar un servicio público, se beneficiarán el conjunto de los ciudadanos.

La eficacia está determinada en la CE – art. 103 - y legalmente en la LRJPAC, viéndose cómo la perspectiva pública y la privada no se mezclan, ni constitucionalmente ni legalmente.

Para reducir el riesgo de comportamiento no competitivo de los servicios públicos se puede recurrir a fórmulas como la concesión, el concierto, la franquicia o la contratación externa mediante subasta que rompen el último eslabón de la jerarquía burocrática, separando la provisión y la regulación de los servicios, que seguirían integrados en la cadena administrativa de producción.

El modelo burocrático tradicional, jerárquico y centralizado, ofrece incentivos muy pobres para la eficiencia, tanto en la producción como en el consumo. Por otro lado la separación entre la financiación impositiva obtenida del conjunto de los contribuyentes y el consumo de servicios públicos a precio cero empeora las cosas, al distorsionar las decisiones de consumo. La acumulación de ineficiencias en ese modelo de prestación de servicios ha hecho surgir propuestas indiscriminadas de privatización. Estas propuestas en numerosas ocasiones carecen de justificación económica clara pues comportan una renuncia a las ventajas organizativas de la institución estatal para resolver fallos del mercado, así como garantizar equidad y acceso, con costes de transacción relativamente bajos.

3.1.6. Reformas de la gestión pública en países de la OCDE

En la mayor parte de los países de la OCDE se están haciendo reformas de la gestión pública con cuatro objetivos: 1) Elevar la productividad y la eficiencia; 2) Aumentar la flexibilidad y la capacidad de adaptación a las demandas ciudadanas; 3) Mejorar el control del gasto público; y 4) Modernizar las relaciones de control y rendición de cuentas dentro de la jerarquía estatal.

Las reformas se han apoyado en tres pilares: el técnico, con la introducción de mecanismos cuasicompetitivos y de mercado (MCM) y la privatización de actividades; el cultural, sustentado en la generalización de los MCM y en la incorporación de técnicas y estilos gerenciales del sector privado a la Administración; y el político, con las reformas en las legislaciones y en los procedimientos de presupuestarios.

La OCDE ¹⁸⁷ define los MCM como aquellos instrumentos de gestión o diseños organizativos públicos en los que está presente al menos una característica significativa de los mercados: competencia, uso de señales de precio, toma de decisiones descentralizada y dispersa, e incentivos monetarios, fundamentalmente. Esta definición excluye los casos polares de la privatización completa y la producción pública tradicional, pero es lo suficientemente amplia para incluir una infinidad de MCM ¹⁸⁸.

¹⁸⁷OCDE, “Managing with market-type mechanisms”, Public Management Studies, Paris, 1993.

¹⁸⁸OSBORNE, D., GAEBLER, T., “Reinventing government. How the entrepreneurial spirit is transforming the public sector”, Addison-Wesley, 1992.

Al tratar las reformas de la gestión pública hay que hacer mención al gerencialismo en el sector público que se desarrolla desde comienzos de los 80, coincidiendo con una renovada confianza en las fuerzas del mercado y bajo la presión de la necesidad de sanear las finanzas públicas. El gerencialismo en el sector público trata de mejorar la relación coste-eficacia de las actividades públicas, tratando de imitar los métodos gerenciales del sector privado, en un intento de acentuar la orientación al usuario y la consecución de resultados cuantificados. Estas reformas incluyen la introducción paulatina de flexibilidad en la contratación o en el empleo, la creación de

Entre los MCM más comúnmente empleados tenemos:

- Precios, tasas y tiques moderadores: Tratan de repercutir a los consumidores de servicios públicos una parte del coste. El uso de precios tiene siempre la función de racionar el consumo, limitando el acceso, y financiar al productor. Cuando se prescinde de las señales de precios adecuadas, la reducida conciencia de coste por parte de los usuarios termina por inducir una demanda excesiva de servicios y una elección distorsionada de los ciudadanos a favor de servicios o especialidades de escaso rendimiento o efectividad. Pueden racionalizar la demanda y mejorar la gestión.

- Vales, bonos y cheques: Son transferencias de una suma de dinero que sólo pueden hacerse efectivas al adquirir bienes o servicios cuya oferta es susceptible de ajustarse a las demandas ciudadanas.

- Incentivos monetarios: De los MCM que tienen efectos directos sobre la oferta, el que supone un cambio menos radical de las estructuras burocráticas tradicionales se basa en incentivos monetarios al desempeño (resultados) y la eficiente utilización de los recursos dentro de la Administración. La efectividad de los incentivos al desempeño en una organización es tanto mayor cuanto más fácilmente medible sea su objetivo, mayores sean la rentabilidad de los incrementos del esfuerzo y la sensibilidad de éste a los incentivos, y menores sean la aversión al riesgo del agente y la precisión con la que podemos medir su actividad. En algunos servicios públicos, los problemas para una adecuada supervisión del esfuerzo pueden mitigarse mediante los “torneos”, o en términos más generales, la evaluación relativa del desempeño. Piénsese el anuncio por parte del principal de la decisión de aumentar sustancialmente el sueldo a los agentes con mejores indicadores de esfuerzo tras un período de tiempo. Probablemente, el desempeño de todos ellos aumentaría, salvo que se pusiesen de acuerdo en ofrecer indicadores similares (colusión). Uno de los aspectos más problemáticos del empleo de incentivos basados en indicadores es la existencia de producciones intangibles o no medibles en el servicio.

- Mercados de derechos: Es uno de los instrumentos de gestión pública sobre los que se está acumulando más evidencia favorable; es la creación de mercados de derechos, permisos o cuotas para gestionar el uso de los recursos de propiedad común (pesquerías, medioambiente, puertos, infraestructuras de transportes urbanos, etc.). El acceso irrestringido a la explotación de estos recursos es ineficiente. Por ejemplo, los bancos de pesca. Frente a los remedios tradicionales como la imposición de límites de captura, este MCM consiste en la asignación –mediante transferencia, venta directa o subasta- de derechos transferibles, divisibles y permanentes sobre una fracción del máximo de capturas totales previamente fijado. Este sistema elimina los incentivos a pescar la cuota en un período de tiempo arbitrariamente corto y promueve la compra de derechos por parte de las empresas más eficientes.

- Contratación externa: Es uno de los MCM con mayor tradición consistiendo en la contratación externa de la producción de bienes o servicios demandados por el gobierno o suministrados bajo provisión pública; supone la desintegración de una o varias de las actividades del proceso público de producción que pasan a realizarse por el sector privado total o parcialmente, bajo diferentes modalidades de contratación: contrato de obras, suministros y asistencia técnica, concesión, concierto, etc. Se persigue el aprovechamiento de las fuerzas del mercado para reducir costes, ganar capacidades gerenciales escasas o inexistentes en la burocracia y potenciar la adaptabilidad al cambio al cambio tecnológico. La participación privada en la provisión pública de infraestructuras es un ejemplo interesante de contratación externa.

- Competencia pública y mercados internos: Existen situaciones en que la gestión pública no puede apoyarse directamente en las fuerzas competitivas del mercado; esto ocurre si la especificidad de los activos es grande, o si el sector privado no ofrece alternativas satisfactorias, o cuando existen restricciones políticas o resistencia social a la privatización. Nada impide la ruptura del monopolio tradicional en la producción de ciertos servicios producidos por y para el sector público. La competencia pública es un MCM bajo el cual se tratan de emular sistemáticamente las condiciones del mercado en la provisión de servicios por y para el sector público. La competencia pública persigue crear mercados internos, cuya creación descansa en la separación entre las funciones de financiación, compra de servicios y producción. Esta desintegración contrapone los intereses de los productores que deben competir entre sí por los escasos fondos, y el financiador que demanda calidad y costes bajos. La competencia entre los productores revela información sobre la actividad y los costes y reduce la ineficiencia técnica. En algunos casos, como es la prestación de servicios sanitarios, puede contribuir señaladamente a la mejora de la gestión.

- Competencia y mercados simulados: Este MCM se concreta en la creación de mercados simulados en los que los productores públicos y privados compiten entre sí por fondos limitados. La competencia simulada combina los instrumentos de la competencia pública y la contratación externa y comparte sus ventajas y limitaciones. Como ejemplo de diseños que se aproximan a este modelo estaría el aseguramiento de los funcionarios a través de MUFACE o la provisión de servicios sanitarios por el Servicio Catalán de la Salud.

ambientes competitivos para que las unidades administrativas contrasten sus resultados con otras unidades públicas o privadas, la separación entre producción de servicios y financiación de los mismos, el establecimiento de incentivos ligados a responsabilidades y, en todos los casos, un cambio en la cultura organizativa que enfatiza la consecución de los resultados sobre la administración procedimentalista.

Shepherd y Valencia¹⁸⁹ identifican el gerencialismo con los siguientes rasgos: 1) Mayor peso de los elementos competitivos; 2) Importación de técnicas de gestión empresarial (marketing de servicios, valoración de puestos de trabajo, etc.); 3) Gestión profesional activa y discrecional; 4) Medidas explícitas sobre objetivos, resultados, rendimientos, costes e impacto sobre el bienestar; 5) Presupuestación realizada en términos de objetivos e indicadores; 6) Énfasis en productos finales frente a los procesos; 7) Desagregación del sector público en unidades – departamentos, divisiones, módulos o agencias- manejables; 8) Controles presupuestarios menos específicos y orientados a la evaluación ex post; y 9) Cultura de servicio orientada al usuario. Entre los países que han optado por esta vía se encuentran Australia, Reino Unido y Nueva Zelanda.

Aunque menos ambiciosas que los MCM y el gerencialismo, las reformas en las legislaciones y los procedimientos presupuestarios pueden tener una incidencia muy positiva en la gestión pública.

Si los procedimientos de gestión son el nivel básico de la actividad pública, en el nivel supremo tenemos las normas presupuestarias, tanto de rango constitucional como de nivel legislativo o procedimental.

El presupuesto tiene más funciones que las político-económicas y la evolución de las variables presupuestarias en los principales países europeos sugiere que las complementariedades entre las funciones político-económica, administrativa y estabilizadora del presupuesto dominan sobre los posibles conflictos.

El presupuesto es el mecanismo de control económico de la gestión pública en el modelo tradicional. Se trata de una herramienta para controlar la disposición de créditos, y está dirigido a garantizar el principio de especialidad (cuantitativa, cualitativa y competencial) en relación estrecha con el principio de legalidad. Según este criterio los gestores deben únicamente disponer del gasto en aquellas previsiones que están contenidas en los presupuestos, sin salirse de ellas. Lo importante del presupuesto, con arreglo a esos criterios, es su estructura orgánica y la clasificación económica de los gastos. Ese enfoque contrasta con la concepción del presupuesto como instrumento para el desarrollo de programas, concepción que no se ha desarrollado en España todavía.

La defensa del control de especialidad y de legalidad se ha planteado como antagónica a la defensa del control de eficacia: quienes hacen énfasis en el control de legalidad ponen en cuestión el control de eficacia como forma de control económico; por su parte, los que ponen el acento en el control de resultados en términos de eficacia consideran el control de legalidad como un obstáculo. Los sistemas de gestión pública centrados en el control de la legalidad y en el cumplimiento de normas disminuyen la responsabilidad de los gestores, desplazándola hacia los que ejercen el control. Por el contrario, los sistemas de gestión pública orientados a resultados precisan asignar responsabilidades a los gestores y fijar objetivos para estos.

La mayor disciplina presupuestaria contribuye a una gestión más eficiente en su doble dimensión, agregada y microeconómica, al promover la estabilidad macroeconómica y ofrecer incentivos adecuados a los participantes en el proceso presupuestario.

¹⁸⁹SHEPHERD, G., VALENCIA, S., "Modernizing the public administration in Latin america: Common problems, no easy solutions", Conferencia sobre la Reforma del Estado en América Latina y el Caribe, Madrid, octubre, 1996.

3.1.7. Economía política de la reforma de las estructuras de gestión en el sector público

A la hora de plantear la disyuntiva Estado-mercado, no hay que olvidar que ambas formas organizativas son imperfectas, con fallos propios pero con ventajas específicas.

El sector público permite reducir determinados costes de transacción- el control interno es menos necesario en jerarquía de autoridad- y es mejor en tareas con elevada especificidad, que requieren continuidad y estabilidad, limitación del favoritismo y de la discriminación, garantías de acceso equitativo y cohesión social, así como coherencia con otras políticas públicas.

Las ventajas del sector privado lucrativo se concentran en la eficiencia productiva y en la capacidad de respuesta a las demandas de la clientela. Los mayores incentivos individuales y organizativos, y la flexibilidad en el uso de los inputs productivos permiten al sector privado responder con rapidez al cambio, innovar, repetir el éxito de otras organizaciones, asumir riesgos, generar capital, aprovechar la pericia profesional y conquistar economías de escala.

El sector privado no lucrativo, formado por fundaciones y otras asociaciones privadas no lucrativas, ofrecen también ventajas entre las que están la calidad de servicio, la capacidad para generar confianza y de reforzar códigos morales y la responsabilidad individual, así como la disposición para llegar a poblaciones diversas¹⁹⁰.

Cabría plantearse la siguiente cuestión: ¿Bajo qué condiciones aceptará el poder político recurrir a la competencia y a la delegación de derechos de control en la prestación de servicios públicos?. Esta pregunta ha sido estudiada formalmente Halonen y Propper¹⁹¹, concluyendo que cuanto mayores sean los beneficios políticos que obtiene el gobierno de un determinado servicio, más probable es la disposición a introducir competencia, como tiende a ocurrir en el caso de dos servicios muy populares: educación y sanidad.

La competencia aumenta el rendimiento de los gestores y mejora la relación valor-coste del servicio.

La delegación de derechos de control en los gerentes supone una pérdida de beneficios políticos para el gobierno, debido a que éste cede responsabilidad directa en la gestión y así es percibido por los ciudadanos. Esta pérdida sólo será aceptable si el aumento de rendimiento de los gerentes es suficientemente grande. Cuando las ganancias derivadas de la delegación de derechos residuales es escasa o nula, como suele ser el caso de la gestión de los impuestos o las pensiones, la producción burocrática –más o menos descentralizada- es la forma organizativa que mejor encaja sin perjuicio de introducir incentivos al desempeño.

En el ámbito de la economía política también se encuentra la disyuntiva gradualismo-radicalismo: Las reformas en las estructuras de gestión son en muchos casos técnicamente complejas, requieren de un respaldo popular amplio, necesitan inicialmente recursos adicionales para hacer frente al coste de los incentivos monetarios o a la creación de nuevas instituciones y deben apoyarse en un cambio cultural de la burocracia liderado políticamente; estas circunstancias sugieren una estrategia gradual de “radicalismo selectivo”, es decir transformaciones escogidas de gran alcance, sobre un frente clave reducido¹⁹². Una reforma plena, radical e inmediata podría ser, cuando no política y administrativamente inviable, financieramente muy costosa.

¹⁹⁰FRIEDMAN, L., “Microeconomic policy analysis”, MacGraw-Hill, Nueva York, 1984.

¹⁹¹HALONEN M., PROPPER, C., “Competition and decentralization in government bureaucracies”, Fifth European Workshop on Econometrics and Health Economics, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 1996.

¹⁹²OCDE, “Administration as service, the public as client”, Paris, 1987.

Refiriéndonos a la privatización, diremos que privatizar es cambiar las relaciones de agencia que caracterizan a la actividad pública; cambian tanto el principal, que pasan a serlo los nuevos propietarios, como los controles interno y externo. Se sabe que la propiedad pública determina incentivos de baja potencia y agudiza la sensibilidad al entorno sociopolítico (estrategias de los partidos y los grupos de interés), por ello la privatización tiene la indudable virtud de apartar determinadas actividades del mercado político¹⁹³, al tiempo que permite una mayor eficiencia interna (menores costes de producción) cuando existe suficiente competencia.

No obstante, la propiedad pública o la regulación de la actividad privada pueden conducir a una mayor eficiencia asignativa en actividades en las que los fallos del mercado son particularmente importantes: por ejemplo producción y distribución de agua y electricidad, explotación de puertos y aeropuertos, etc., no siendo conveniente, por tanto, privatizar la gestión pública allí donde existen fallos de mercado, metas de cohesión social o garantías de acceso que atender¹⁹⁴.

Es dudosa la lógica económica de la propiedad pública de actividades o sectores competitivos sin fallos de mercado sustanciales, o con fallos enmendables con regulaciones apropiadas (servicios de transporte por carretera o aéreo, servicios financieros, etc.); en estos casos la privatización conduce a mejoras de eficiencia y, en la medida en que estas se produzcan, puede generar un aumento de los ingresos públicos¹⁹⁵.

La gestión pública nunca será como la gestión privada, pues la primera debe desenvolverse con unas limitaciones impuestas por la responsabilidad fiduciaria que constituye la contrapartida a la excepcionalidad del Estado como organización. En una organización privada, tanto la pertenencia a la organización como la distribución entre las partes de obligaciones y derechos resultan de acuerdos contractuales; en el Estado, ya se dijo que los ciudadanos pertenecen obligatoriamente a la organización, que tiene poderes de coacción ejercitables sin aquiescencia individual. Ello obliga al Estado a un comportamiento fiduciario que impone una serie de limitaciones¹⁹⁶. La gestión privada tiene un juez irrecusable, que es la cuenta de resultados. La gestión pública tiene muchos jueces y ninguno si falla la democracia y reina la opacidad.

¹⁹³STIGLITZ, J., "The economic role of the State", Basil Blackwell, Oxford, 1989.

¹⁹⁴SANCHÍS, J.A., "Privatización y eficiencia en el sector público español", Revista de Economía Aplicada, IV, 10, 1996.

¹⁹⁵ALBI, E., CONTRERAS, C., GONZÁLEZ-PÁRAMO, J.M., ZUBIRI, I., "Teoría de la Hacienda Pública", 2ª Edición, modificada y ampliada., Ed. Ariel, Barcelona. 1994.

¹⁹⁶ORTÚN RUBIO, V., "Organización de los Servicios Sanitarios en el Estado del Bienestar", en "La organización de los Servicios Sanitarios Públicos", Monografías Jurídicas, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Barcelona, 2001. Describe las siguientes: 1) Visibilidad y transparencia que produce la reacción paradójica de secretismo en el proceso decisional, no siempre justificado 2) Control jurisdiccional constante 3) Alternancia de gobiernos que hace más difícil contraer compromisos a largo plazo 3) Garantismo (más que legalismo) para impedir abusos de legalidad y vulneración de derechos individuales. La preocupación por la profilaxis de la arbitrariedad niega la discrecionalidad 4) Procedimentalismo burocrático que garantice la igualdad de trato, con sus ventajas e inconvenientes 5) Múltiples objetivos y rendimiento difícil de apreciar por los problemas de definición y medida de la actividad de la Administración 6) Dificultad de establecer mecanismos de competencia por comparación 7) Captura por intereses de burócratas, políticos y lobbies.

3.2. Las reformas de la gestión sanitaria

3.2.1. Tipos de gestión sanitaria

Centrándonos en la gestión sanitaria, y siguiendo el esquema de Ortún¹⁹⁷, en Sanidad pueden distinguirse tres tipos de gestión:

- **Macrogestión sanitaria o política sanitaria:** Su objetivo es mejorar el estado de salud de la población y garantizar la satisfacción de los votantes con los servicios sanitarios empleando unos recursos comparables a los de los países de referencia, geográfica y económica.

Consiste en la intervención del Estado para aumentar la equidad y corregir las disfunciones del mercado. Se expresa la política sanitaria a través de las formas que adopta la financiación y la regulación de los servicios sanitarios y la regulación de otros aspectos relacionados con la salud (alimentación, medio ambiente, estilos de vida, etc.).

El soporte disciplinar de la macrogestión sanitaria lo constituyen las disciplinas de la Salud Pública, articuladas por el método epidemiológico, que es una adaptación, más conceptual que instrumental, del método científico a los problemas de salud.

- **Mesogestión sanitaria o gestión de centros:** Se realiza a través de la coordinación y motivación de los integrantes de un centro sanitario, una aseguradora, un mayorista farmacéutico, etc.

Su apoyo disciplinar lo tiene en las ciencias de la gestión. El contenido de la mesogestión ha ido cambiando a lo largo del tiempo al evidenciarse cada vez más el parecido de la gestión sanitaria y la gestión de una empresa, por ejemplo de alta tecnología.

- **Microgestión sanitaria o gestión clínica:** Parte de la constatación de que los profesionales sanitarios, sobre todo los clínicos, asignan el 70% de los recursos sanitarios en sus decisiones, diagnósticas y terapéuticas, realizadas en condiciones de incertidumbre, en una tarea que supone coordinar recursos y motivar personas. La gestión clínica pretende restaurar los niveles de salud de los pacientes, mediante acciones que conciernen a pacientes individuales o a grupos de pacientes. Las decisiones que afectan a grupos de pacientes las toman principalmente los responsables asistenciales y las decisiones directas sobre el paciente las adopta el personal médico o de enfermería, individualmente o en equipo.

La disciplina fundamental de la gestión clínica es la medicina.

Los tres ámbitos de la gestión sanitaria están estrechamente relacionados entre sí: La gestión macro condiciona la microgestión por la regulación de la oferta, en Europa, o por el mercado en Estados Unidos; la gestión macro condiciona la meso, según lo que se decide comprar o presupuestar; la gestión micro influye en la macro por el 70% de recursos que asigna; la gestión meso influye en la macro por consorcios patronales, corporaciones profesionales y asociaciones con preferencias ideológicas “intensas”.

3.2.2. Los modelos de la Sanidad en Europa y las reformas emprendidas

La mayoría de los países europeos tienen un Sistema Sanitario que es fruto de una evolución característica en la que los distintos segmentos del Sistema van apareciendo y se van uniendo a lo ya existente, hasta configurar un complejo conglomerado histórico desde el que se pretenden extraer las respuestas que exige la situación presente. No obstante en determinados países, por circunstancias especiales, políticas, sociales y económicas, se adopta una decisión que provoca un corte radical con el pasado y el inicio de una nueva etapa configuradora del Sistema desde sus raíces. Este es el caso del Sistema Nacional de Salud británico.

¹⁹⁷ORTÚN RUBIO, V., “Medicina Basada en la evidencia: posibilidades y limitaciones para la gestión sanitaria”, en “Los retos directivos ante la gestión de la efectividad”, Documentos Técnicos, Escuela Andaluza de Salud Pública, Granada, 2000.

En otros casos como el SNS español, ocurre una evolución hacia adelante. Se dieron varias razones para que la Seguridad Social española evolucionara como un modelo integrado de prestación de servicios por la propia organización administrativa¹⁹⁸. En primer lugar, las deficiencias de los establecimientos y medios inicialmente contratados, llevaron al INP a elaborar un Plan de Instalaciones ya en 1945¹⁹⁹ y a la consiguiente construcción de una red propia de ambulatorios y centros hospitalarios de titularidad pública, atendidos por personal propio. Su progresiva expansión en las décadas siguientes convirtió a la red pública en la más importante del país. El concierto como modalidad de colaboración privada para servicios específicos, subsiste, pero con carácter auxiliar y complementario. La LGS viene a constituir el eslabón final de una evolución presidida por característicos criterios, más que un corte en la propia dinámica de la historia inmediatamente anterior, siendo, por consiguiente, heredera de una situación de casi total universalización de la asistencia, que la LGS aceptó y llevó a sus últimas consecuencias. El modelo organizativo implantado por la LGS para prestar una atención integral a la salud de los ciudadanos, se aproxima a los Servicios Nacionales de Salud que están configurados sobre el modelo del Servicio Nacional de Salud británico.

Lo paradójico de la reforma abordada por la LGS es que el paso final en el camino de la cobertura universal era coetáneo con las rectificaciones de la misma regla, que se estaban dando en los países occidentales más solventes para evitar el crecimiento continuo de los gastos sanitarios.

Desde otra perspectiva y simplificando, podría decirse que la estructura de los Sistemas Sanitarios de los países democráticos europeos ha estado en relación con la resultante del encuentro entre las tendencias liberalizadoras o privatizadoras y las tendencias estatalizantes o de publicación de las estructuras sanitarias.

Los que apoyan la corriente privatizadora o liberalizante, argumentan que en periodo de crisis económica, los fondos económicos nacionales, públicos y privados, deben estar dirigidos a los sectores más productivos desde el punto de vista económico. Al no tener el sector sanitario un rendimiento económico y consumir gran cantidad de recursos, la solución está en liberalizar el sector, formando el consumo económico de los servicios sanitarios. Ejemplos de esta tendencia son Alemania y Francia.

Las corrientes que pretenden la consolidación de Sistemas Sanitarios públicos, fundamentan su postura en términos solidarios frente a la salud, es decir en el igualitarismo del individuo frente a un bien tan fundamental, en la responsabilidad colectiva en defensa de la salud y en el coste económico más barato de los Sistemas, en cuanto que no introducen la economía de mercado en un sector donde la demanda es siempre creciente y subjetivamente inaplazable. Ejemplos de estas tendencias son Reino Unido, Italia y Suecia.

Una tercera perspectiva, es la clasificación en modelos de Seguridad Social y modelos de Servicio Nacional de Salud. Las diferencias entre ambos modelos²⁰⁰ se basan en la financiación, el sistema de aseguramiento y forma de provisión de los servicios.

¹⁹⁸VILLAR ROJAS, F.J., “La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales”, Revista de Administración Pública, 172, 2007.

¹⁹⁹En los estudios e informes de Jordana de Pozas, de 1950 y 1954 (biblioteca virtual del INGESA), puede verse la influencia de los planteamientos de Beveridge y la inspiración en su modelo de los proyectos del INP.

²⁰⁰Una de las clasificaciones de los Sistemas Sanitarios, basada en las fuentes de financiación, es la que los divide en públicos (financiación es total o mayoritariamente dependiente de los fondos del Estado), privados (o sistemas liberales, en los que las compañías de seguros privadas compiten entre sí en la oferta de condiciones de cobertura que pueden contratarse o no) y mixtos (sistema mutualista en el que recogiendo la tradición de las cajas de seguridad, los asegurados obtiene las prestaciones a través de las aportaciones de los mutualistas, generalmente trabajadores y

En Europa existen dos grandes modelos de Sanidad Pública. El modelo de Seguros Sociales, siendo Alemania el referente histórico desde que el Canciller Bismarck, anunció la creación del sistema en 1881. Los Seguros Sociales, son la clave de los sistemas de protección social. Todos los países han desarrollado sus sistemas sanitarios públicos a partir de Seguros Sociales, posibilitando en algunos casos, como España e Italia, el paso a un sistema unitario financiado por impuestos. Países con sistemas de salud financiados fundamentalmente por esquemas de Seguros Sociales, aunque también con aportación de impuestos, son Alemania, Francia, Bélgica y Austria. Con el ingreso en la UE de los nuevos países del Este, que han adoptado sistemas de Seguros Sociales, este es el modelo predominante en la UE. En el modelo Bismarck, se financia por cotizaciones sociales obligatorias.

El otro modelo, es un sistema unitario y financiado por impuestos, siendo el referente internacional, el Servicio Nacional de Salud Británico, fundamentado en el Informe Beveridge. A este modelo se adscriben los países escandinavos y, en las últimas décadas Italia, España²⁰¹ y Portugal. La financiación pública por impuestos va unida a la cobertura universal, igual para toda la población, siendo necesaria una planificación racional de una organización sanitaria integrada y de sus prestaciones respecto del territorio y de la población. Estos sistemas han generalizado la organización funcional de los servicios médicos según su complejidad, y su característica más importante es basarse en la Atención primaria de salud.

empresarios. La cobertura de ciertos grupos de no mutualistas suele cubrirse adicionalmente, velando el Estado por la transparencia del Sistema y contribuyendo, en muchos casos, al abono de los posibles déficits).

²⁰¹La Ley 49/1998 de Presupuesto Generales del Estado para 1999 dispone que el Estado, a través de las transferencias presupuestarias a las Comunidades Autónomas, asumirá totalmente la financiación pública de la asistencia sanitaria, desvinculándola de las aportaciones a la Seguridad Social y evolucionando hacia su financiación mediante impuestos.

COMPARACIÓN DE LOS MODELOS SANITARIOS EUROPEOS²⁰²

SISTEMAS DE SEGUROS SOCIALES	SERVICIOS NACIONALES DE SALUD
Aseguramiento o garantía de cobertura pública: Múltiple a través de “cajas” o sistemas en todo caso diferentes, y vinculada a la condición de trabajador	Aseguramiento o garantía de cobertura pública: Único y en relación con la condición de ciudadanos
Provisión de servicios: Contratos entre las entidades que gestionan los seguros y los proveedores sanitarios públicos o privados	Provisión de servicios en los Sistemas integrados: A través de medios propios. En general, los servicios son de patrimonio y gestión del financiador (gobiernos). El personal sanitario es empleado público, con alguna excepción, en Atención primaria
El sistema no favorece la planificación organizativa ni la coordinación entre niveles asistenciales	Organización basada en la planificación poblacional y territorial de los servicios sanitarios. Coordinación entre niveles asistenciales y servicios sociales: Atención continuada
No existe formalmente la Atención primaria de salud	La atención está basada en la Atención primaria de salud. Esta es la puerta de entrada a la Atención especializada
Las características de los seguros y de los proveedores sanitarios, determinan una gran libertad de elección para los pacientes	Los pacientes deben acudir a su médico general, aunque con posibilidad de elección, en primer lugar y, si es necesario, éste les remite al especialista correspondiente
Listas de espera prácticamente inexistentes (mercado de servicios muy abierto)	Existencia de listas de espera, cuya importancia varía según países. En algunos de ellos se establecen plazos de garantía de la asistencia.
Gasto sanitario más alto (mayor influencia de la demanda)	Gasto sanitario menor (alto grado de control por los gobiernos)

No obstante esa división en dos grandes sistemas diferenciados por las fuentes de financiación, el modelo social de la UE es el referente de lo que se podría considerar “El estándar internacional de Servicios de Salud”, que incluye: Cobertura universal de toda la población con un sistema de seguro/s públicos y obligatorio/s; Financiación pública de este seguro/s, de acuerdo con el nivel de renta; cobertura amplia de prestaciones; Mecanismos de control de costes que aseguren la sostenibilidad del sistema.

Por consiguiente, dentro del estándar común, coexisten una gran diversidad de esquemas organizativos de la sanidad, resultado de combinar de diferente forma los tres elementos básicos con los que están contruidos los sistemas sanitarios: fuentes de financiación (recursos económicos), proveedores de asistencia sanitaria (profesionales sanitarios, centros sanitarios, etc.) y mecanismos de asignación de recursos.

Es importante señalar, que la financiación sanitaria en la UE es fundamentalmente pública: 80% de media del gasto sanitario total, en los países de la UE.

El elemento que más caracteriza a los servicios sanitarios de un país –tanto desde la perspectiva de la población/paciente, como desde la política y gestión sanitaria- es la forma en la que los recursos financieros terminan llegando a los proveedores (hospitales, centros de atención

²⁰²FREIRE CAMPO, J.M., “El Sistema Nacional de Salud español en perspectiva comparada europea: diferencias, similitudes, retos y opciones”, Revista Claridad, 7, 2006. Cuadro comparativo, adaptado de Freire.

primaria, profesionales sanitarios, etc.) y la relación que ello establece entre financiadores y proveedores. Para ello existen dos alternativas básicas:

- Contratación: En estos sistemas, existen diferentes entidades que gestionan los Seguros públicos, mediante su financiación y compra de servicios sanitarios, mediante contratos a los proveedores privados y públicos, de los servicios sanitarios que precisan para los colectivos de la población que aseguran. El asegurado elige entre los profesionales y servicios disponibles. Este es el modelo típico de los sistemas clásicos de Seguros Sociales – Alemania, Francia- que no poseen centros sanitarios ni emplean personal sanitario.
- Modelo integrado: Existe un único aseguramiento, y el Sistema Nacional de Salud gestiona sus propios servicios sanitarios, integrando a los proveedores en su propia organización administrativa, y configurando una red propia de centros sanitarios. El Estado – a través de las entidades administrativas competentes- diseña y gestiona un aseguramiento único, financia con impuestos las prestaciones, gestiona sus centros y emplea personal sanitario. España estaría en este modelo, aunque exista la posibilidad legal de gestión indirecta – contratación- de servicios sanitarios.

Como ha señalado Ojeda Avilés²⁰³, la manera de organizar el Sistema Sanitario ha venido normalmente impuesta por un factor de carácter histórico. La historia de la asistencia sanitaria en los diversos países ha venido condicionada por la existencia de una estructura privada amplia o deficiente en el momento de surgir el seguro público. Cuando en 1883 se inicia el más antiguo seguro público del mundo, el alemán, la atención sanitaria privada ofrece una plataforma asistencial lo suficientemente perfeccionada como para servir de trampolín a la asistencia pública. Lo mismo sucede en Francia, Inglaterra, Bélgica e Italia. Esta circunstancia va a dar lugar al modelo asistencial conocido como sistema indirecto. Otros países, como ocurrió en España, no gozaban de la infraestructura previa adecuada para permitir el despegue de un Sistema público; aunque existiesen instituciones asistenciales, como Mutualidades, Montepíos, etc., carecían de la suficiente entidad como para servir de plataforma al gran aparato sanitario que se va a crear. En este modelo, las Instituciones Sanitarias nacen “ex novo” y con soporte estatal. Es el llamado sistema directo.

Los problemas organizativos clave en Sanidad se localizan más en la política o macrogestión sanitaria y en la gestión clínica o microgestión sanitaria, que en la gestión de centros. En las organizaciones sanitarias macro priman los problemas de coordinación y gestión pública, con sus limitaciones mitigables y la necesaria distinción entre Sanidad como responsabilidad pública y Sanidad como parte de la Administración Pública. En la organización meso, tienen importancia las formas intermedias entre lo público puro y lo privado puro, como las organizaciones sin finalidad lucrativa o las cooperativas de profesionales.

Al abordar los problemas organizativos de la gestión de la asistencia sanitaria hay que tener en cuenta la crítica que la Oficina Regional Europea de la Organización Mundial de la Salud hace al uso extendido y poco equiparable de la expresión “reforma sanitaria”. Esa Organización la define como un proceso intencionado, dinámico y sostenido cuyo resultado es un cambio estructural sistemático.

Los objetivos principales de las reformas sanitarias en Europa²⁰⁴ han sido el control de los crecientes costes sanitarios, la consecución de eficiencia microeconómica y mejoras en la equidad. El planteamiento de estos objetivos ha determinado, como denominador común de las reformas, un conflicto por su colisión con el mantenimiento de los niveles de solidaridad conseguidos por los Sistemas Sanitarios.

²⁰³OJEDA AVILÉS, A. , “El Cuerpo Médico de la Seguridad Social”, Inédito.

²⁰⁴MARTÍNEZ OLMOS, J., “Reformas sanitarias en Europa: elementos comunes y diferencias”, Cuadernos de Gestión, Vol. 4, nº 4, octubre-diciembre, 1998.

En la última década del siglo XX, los Sistemas Sanitarios europeos y el español en particular, han participado en el auge de las tres grandes estrategias de reforma de la gestión pública: el gerencialismo, los mecanismos cuasicompetitivos y de mercado (MCM) y la privatización.

Los modelos gerenciales, que suponen la aplicación de técnicas de gestión empresarial al ámbito sanitario, se han concretado en el desarrollo de los contratos-programa o contratos de gestión²⁰⁵, el desarrollo de sistemas de información sobre actividad y costes, la elaboración de planes estratégicos a nivel corporativo y de centro sanitario, el desarrollo de la gestión clínica y la utilización de formas jurídicas más empresariales para la gestión de centros sanitarios.

Los MCM más relevantes en el sector sanitario son los esquemas de competencia pública y simulada, ya que constituyen el eje del discurso teórico de las reformas organizativas de los Sistemas Sanitarios de los países europeos. La idea central es separar la financiación y regulación de la compra, provisión y producción de servicios. Los financiadores, mediante contratos, asignarían recursos a los proveedores sanitarios trasladándoles un cierto nivel de riesgos y por tanto, de potenciales beneficios y pérdidas.

La privatización completa implicaría en la asistencia sanitaria, la creación de mercados de aseguradoras privadas con fines de lucro. Pero la competencia entre ellas plantea importantes problemas de eficiencia y equidad. Por un lado, aumentan los costes de transacción, regulación y control y se permite trasladar a primas las ineficiencias del sistema. Por otro, genera selección de riesgos por parte de las aseguradoras pues intentarán atraer a los beneficiarios sanos y esquivar a los beneficiarios costosos: enfermos crónicos, ancianos, enfermedades complejas, etc.

Las reformas, que no se ha realizado de manera uniforme, y en las diferentes estrategias desarrolladas, hay una serie de elementos característicos que aparecen de manera prevalente.

- Redefinición del papel del Estado y del mercado en la provisión de servicios sanitarios

En primer lugar se ha producido una alteración en la definición del papel del Estado y del mercado en la provisión de servicios sanitarios. Ello ha dado lugar a que existan funciones estatales transferidas a administraciones regionales y municipales o a la gestión privada, mientras en países como Alemania y Francia han incrementado su capacidad reguladora.

- La competencia como motor de la eficiencia de los servicios

En segundo lugar, se han introducido mecanismos de mercado combinados con el mantenimiento de la propiedad y el control de los servicios en manos del Estado. Han aparecido así mercados internos, cuasi mercados o situaciones de competencia pública que han caracterizado las reformas de Suecia, Finlandia, España, Holanda, Reino Unido o Italia. La competencia generada por estos mecanismos ha sido el motor para la consecución de la mejor eficiencia de los servicios.

²⁰⁵En el ámbito del sector sanitario el contrato-programa o contrato de gestión puede definirse como un instrumento de relación entre el Servicio de Salud y los centros públicos sanitarios del mismo, que vincula la actividad al presupuesto asignado a cada centro. Un contrato-programa tipo establece el objetivo de producción, la financiación máxima disponible, un conjunto de objetivos relacionados con la calidad y las mejoras de gestión de los centros sanitarios y, en algunos casos, sistemas de incentivos para directivos y profesionales. En realidad los contratos-programa son una ficción jurídica y semántica, que esconde una estrategia de dirección por objetivos, descentralizando algunas decisiones y tratando de vincular costes con actividad. La semántica utilizada no sustituye el principio de jerarquía y el sometimiento al Derecho Público, que caracteriza a los Servicios de Salud y al INSALUD.

“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 creadas por personas o entidades públicas o privadas, así como a través de la constitución de consorcios, fundaciones u otros entes dotados de personalidad jurídica, pudiéndose establecer además acuerdos, convenios y fórmulas o gestión integrada o compartida”

La diferencia en la provisión de servicios entre unos y otros Sistemas, explica porqué sólo se han introducido reformas de ese último tipo en los Servicios Nacionales de Salud. En éstos se han desarrollado reformas que afectan a la organización y gestión. En los Sistemas de Seguridad Social se han podido adoptar medidas para mejorar su eficiencia o mejorar el gasto, pero no de carácter organizativo o de gestión.

Los Servicios Nacionales de Salud se caracterizan por la provisión de la asistencia mediante recursos propios, produciéndose la integración de la financiación y la provisión de los servicios en un único agente. Por el contrario, en los Sistemas de Seguridad Social, la financiación y la provisión del servicio no recaen en una única entidad responsable.

En los Servicios Nacionales de Salud se han identificado ventajas en la eficiencia y control del gasto con la integración entre financiación y provisión de los servicios, sin embargo las reformas organizativas que se han puesto en marcha en Europa han tenido como base común la separación entre la financiación y la provisión de los servicios sanitarios, situación que ya se daba en los Sistemas de Seguridad Social.

La razón de la separación de esas funciones persigue el aumento de la eficiencia mediante la introducción de “mercados internos” en los que los intereses contrarios por parte del financiador (que tiende a reducir el gasto) y el proveedor de servicios (que tiende a aumentarlo para incrementar su propia financiación) se orienten a encontrar un equilibrio sobre la base de comportamientos más eficientes por parte de ambos.

Las reformas no han cuestionado la financiación universal de los servicios y han introducido la figura del “comprador” de servicios, que orienta las demandas de servicios de la población, en cuya representación actúa, en el sentido de la eficiencia, comprando los servicios más adecuados y al mejor precio posible por parte de los proveedores. Por consiguiente, lo más característico de las reformas referidas ha sido la introducción de un nuevo nivel de actuación, la compra de servicios, entre la responsabilidad de financiación y provisión de los mismos, creando “mercados sanitarios” con competencia entre los proveedores y también diversificación entre los compradores de servicios sanitarios. Esta tendencia lleva a la aproximación a los Sistemas de Seguridad Social y al modelo norteamericano.

Cada vez son más los países en los que el establecimiento de contratos es considerado la mejor alternativa a los tradicionales modelos burocráticos de relaciones entre financiador y proveedor. La contratación separa nítidamente las funciones y responsabilidades del financiador y del proveedor y, a su vez, favorece su vinculación dependiendo de los compromisos explicitados en el contrato a los que se unen los incentivos económicos y de otro tipo para ambas partes.

- El pago a los proveedores y la asignación eficiente de los recursos

En ningún país europeo se ha evidenciado que un único sistema de pago a los proveedores (pago por servicio, capitación, salario) sea capaz de conseguir todos los objetivos de asignación eficiente de recursos.

Los sistemas de pago retrospectivos abiertos vigentes en Francia y Alemania, que favorecen la inducción de la demanda por vía de la oferta, se han intentado corregir mediante el establecimiento de topes en el gasto total, castigando el sobreconsumo con multas o ajustando escalas de tarifas.

Los sistemas de pago prospectivos que incluyen capitación más salario pueden favorecer la orientación hacia la medicina preventiva y la salud pública pero a su vez pueden afectar a la accesibilidad y a las derivaciones de pacientes.

- El incremento de la autonomía de los centros sanitarios

Las reformas han puesto énfasis en la generación de autonomía a los proveedores de los servicios sanitarios favoreciendo la empresarización de los centros sanitarios, la definición de presupuestos prospectivos, la participación de los profesionales sanitarios en la gestión y estableciendo estrategias de mejora continua de la calidad.

Consecuencia de los elementos anteriores ha sido el mayor protagonismo que ha tomado el sector privado, tanto en la provisión como en la financiación de los servicios de salud.

El Estado, en este contexto, tiene que revisar su papel tradicional, debiendo responder a la necesidad de monitorizar, evaluar, estandarizar a los centros y servicios sanitarios que atienden a la población así como supervisar la contratación con los proveedores, sean públicos o privados y valorar la equidad, calidad y eficiencia de los servicios.

- La descentralización de los servicios

Este elemento pretende favorecer más la capacidad de adaptarse a las necesidades y a las preferencias de los ciudadanos. La eficacia de la descentralización requiere que los niveles regionales y locales dispongan realmente de capacidad de tomar decisiones sobre presupuestos, suficiente capacidad técnica y mecanismos de participación efectivos.

Para evitar los riesgos de fragmentación, inequidades y competencia desleal entre proveedores de servicios sanitarios, existe acuerdo que deben quedar en manos del poder central la legislación básica, la planificación sanitaria general, la evaluación y monitorización de las necesidades de salud y de la prestación efectiva de los servicios.

- La mayor capacidad de elección de los ciudadanos

La práctica totalidad de los países europeos, han incrementado las posibilidades de elección de los ciudadanos. Esta ha sido la respuesta al incesante aumento de las demandas ciudadanas para disponer de mayor capacidad de elección, capacidad de consentimiento informado e incluso influencia en la determinación de las prioridades del sistema sanitario. Esta orientación de los Sistemas de Salud a favor de los pacientes ha propiciado enfoques globales en países como Finlandia y Holanda reforzando los derechos de los pacientes.

- El mayor protagonismo de la Atención primaria de salud

Finalmente hay que destacar el impulso dado a los servicios de Atención primaria de salud en los países con Sistemas Nacionales de Salud, especialmente en España y Reino Unido. La innovación de mayor interés ha sido que la Atención primaria se constituya en la puerta de entrada al sistema y en filtro para el acceso a la Atención especializada.

- Mecanismos de control de los costes y del gasto sanitario

Refiriéndonos al control de los costes sanitarios, el proceso de convergencia europea para la creación de la Unión Europea y en concreto el Tratado de Maastricht ha condicionado a todos los países de la Unión Europea al desarrollo de políticas tendentes a la reducción del déficit público.

Ello ha obligado al abordaje del continuo crecimiento de los gastos sanitarios haciendo que los gobiernos europeos se planteen la elección entre dos alternativas que frecuentemente se han utilizado de manera complementaria: la minoración de otras partidas presupuestarias del gasto del Estado y/o el aumento de los impuestos o de las cotizaciones.

Para el control del crecimiento de los costes, otro mecanismo utilizado ha sido la implantación de sistemas de copago que pretenden introducir en los hábitos de consumo de prestaciones y servicios sanitarios cierta conciencia de coste para que disminuya su utilización innecesaria y disuadir los comportamientos de moral hazard o sobreconsumo propios de los servicios que tienen coste monetario cero en el momento de su uso.

Muchos países europeos tienen sistemas de copago para algunos servicios sanitarios, estando totalmente generalizados para la adquisición de medicamentos. El elemento más controvertido en relación con la utilización de sistemas de copago se refiere a su potencial influencia sobre la salud de los grupos sociales más desfavorecidos en términos de renta.

El establecimiento de prioridades en forma de catálogos básicos de prestaciones es otro de los mecanismos utilizados para controlar el crecimiento de los costes sanitarios. Estas medidas, con diferente grado de desarrollo y articulación, se han desarrollado en España, Noruega, Holanda y Suecia. Sin embargo hay que destacar la práctica inexistencia de reducciones significativas en el conjunto de prestaciones ofertadas a los usuarios de estos Sistemas Sanitarios.

Actualmente no se conoce el coste-afectividad de muchas prestaciones del Sistema de Salud. Por ello, se ha considerado que la opción más racional es la de no incorporar como prestación del Sistema de Salud aquella que no lleve aparejada una evaluación previa sobre su eficacia y efectividad, debiendo acompañarse además, para su inclusión en el catálogo, de la correspondiente dotación presupuestaria.

Son ejemplos de la amplia gama de reformas emprendidas para conseguir contener el crecimiento de costes, que reflejan la intervención de los gobiernos en la oferta de servicios, las siguientes: la utilización de incentivos vinculados al uso de recursos, la gestión clínica, la optimización del uso de las tecnologías, la determinación de presupuestos cerrados para los proveedores, la limitación en el número de nuevos profesionales sanitarios, la oferta de camas hospitalarias, la intervención en el coste de los recursos humanos y materiales y la reforma de los sistemas retributivos de los profesionales.

Frente al crecimiento del gasto sanitario los diversos países han aplicado medidas, con mayor o menor intensidad, que tienen ciertos puntos comunes. En esquema²⁰⁶, serían las siguientes: 1.- Descentralización, recentralización y privatización; 2.- Medidas sobre la demanda de servicios sanitarios: Racionamiento del servicio sanitario (incluida la reducción de la cobertura), Incentivos fiscales al gasto sanitario privado, Reducciones de la aportación por uso limitado del sistema

²⁰⁶ARCE MATEOS, F.P., TEMES MONTES, J.L., “Los Sistemas Sanitarios”, en “Gestión Hospitalaria”, Op. cit. Estos autores, respecto a la descentralización y sus variantes, hacen alusión a los trabajos de Borgenhammer: Tipos de descentralización:

Desconcentración (Descentralización administrativa): Toma de decisiones se transfiere a un nivel administrativo inferior. Menos necesidad de organismos administrativos centrales. Falta de coordinación. Variaciones inaceptables de las prácticas. .

Devolución (Descentralización política): Toma de decisiones se transfiere a un nivel político inferior. Se adoptan las innovaciones a nivel local. Menor poder central. Falta de control político.

Delegación: Las tareas se asignan a agentes situados en un nivel inferior de la organización. Implantación más rápida. Menos profesionalidad. Dificultades para mantener la calidad y la eficiencia.

Privatización: Las tareas se transfieren desde la propiedad pública a la privada. Las actividades dejan de depender de “políticos incompetentes”. Aparición de monopolios privados. Posible aumento de costes.

sanitario (semejante a las bonificaciones del resto de los seguros), Derecho a “salirse” del sistema de seguros y optar por otros seguros; 3.- Medidas sobre la oferta de servicios sanitarios: Fomentar e introducir la competencia, Topes cerrados de gasto o presupuestos cerrados, Reducción de costes (salarios, suministros, farmacia, etc.), Reducción de elementos sanitarios (personal, camas), Fomento de patrones de conducta (tratamiento ambulatorio en vez de hospitalario, atención primaria en vez de especializada), Regulaciones sobre tecnología, Influir en el uso de recursos (pautas de prescripción, pruebas), Cambiar la retribución de los profesionales.

Ortún Rubio²⁰⁷ considera que para plantear cambios en la componente sanitaria del Estado de Bienestar hay que analizar el cambio de las tres instituciones más relevantes que configuran la forma de asignar recursos sanitarios en cada país y que son el Estado, el mercado y las normas clínicas y de las cuatro organizaciones de mayor relevancia y bien adaptadas a las características sanitarias que son: burocracia descentralizada, organizaciones sin finalidad lucrativa, cooperativas de profesionales sanitarios y organizaciones sanitarias integradas.

El avance en la descentralización responsable de las organizaciones burocráticas, que son las de mayor prevalencia en el sector sanitario español, pasa por mejorar la medida del desempeño clínico, tarea simultánea de investigadores y gestores.

Encontrar soluciones a los problemas organizativos de la Sanidad, desde una perspectiva económica o jurídica, es fácil; las dificultades están en la implantación.

En resumen, se puede afirmar en relación con las reformas emprendidas en los países desarrollados occidentales, que los ciclos económicos no afectan al Sistema de prestaciones sociales hasta el extremo de eliminarlas o suprimirlas; sólo obligan a moderar el crecimiento continuo de gastos y a buscar otras alternativas de financiación. No existe una tendencia visible en ningún país desarrollado a la reducción drástica de las prestaciones sanitarias fundamentales, aunque la crisis ha obligado a buscar alternativas al crecimiento de la carga asistencial.

Aunque las crisis económicas inciden indudablemente sobre la configuración de los servicios sanitarios, no despejan la obligación fundamental de los poderes públicos de mantener unos servicios sanitarios que resuelvan las necesidades básicas de la salud de los ciudadanos.

4. REFORMAS EMPRENDIDAS EN ESPAÑA

En España, la evolución política seguida desde la aprobación en 1978 de la CE, con la construcción paulatina del actual Sistema político, ha condicionado que se incorpore al debate sobre la problemática de los Sistemas de Salud con posterioridad a otros países desarrollados como por ejemplo Reino Unido, Holanda, Suecia o Canadá, entre otros. No obstante, las medidas de reforma, que han influido en las producidas en nuestro Sistema Sanitario, han tenido denominadores comunes para todos los países inmersos en este tipo de transformaciones, aunque es cierto que

²⁰⁷ORTÚN RUBIO, V., “Organización de los Servicios Sanitarios en el Estado del Bienestar”, en “La organización de los Servicios Sanitarios Públicos”, Monografías Jurídicas, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., 2001. Este autor parte de la idea de que los cambios organizativos vienen propiciados por las innovaciones tecnológicas y/o los cambios en las instituciones que marcan las reglas del juego. Distingue siguiendo a North, instituciones y organizaciones. Las primeras son las restricciones creadas por el hombre que estructuran la integración política, económica y social; es decir son las reglas del juego de una sociedad y los mecanismos de salvaguarda; pueden ser formales como la Constitución, las leyes, los derechos de propiedad o informales como las costumbres, las tradiciones o las pautas de conducta de un grupo profesional. Las organizaciones son grupos de individuos con los mismos objetivos; son los equipos que participan en el juego. NORTH, D., “Institutions, institutional change and economic performance”, Cambridge University Press, 1990.

pueden apreciarse en su concreción peculiaridades específicas propias de la realidad de cada uno de ellos²⁰⁸.

La proliferación de iniciativas de innovación organizativa y de gestión en sanidad, presentes en el SNS, prácticamente desde sus comienzos, ha seguido una trayectoria creciente que se ha desarrollado paralelamente en el tiempo a la descentralización política territorial de las competencias sanitarias a las Comunidades Autónomas. El concepto de descentralización organizativa, significa en el ámbito sanitario trasladar la toma de decisiones hacia los agentes con mayor capacidad de conseguir la eficiencia organizativa²⁰⁹. Se trata, como se ha dicho, de un proceso que ha discurrido también en el contexto más amplio de modernización de la gestión pública en los Estados de bienestar de los países desarrollados.

4.1. La década de los ochenta

Hernández Pascual²¹⁰ analiza los puntos fuertes y débiles que a comienzos de los años 80 presentaba nuestro Sistema Sanitario. Entre los primeros estaban los bajos índices de mortalidad perinatal, la igualdad en el acceso a los servicios sanitarios, un alto nivel de aceptación por la sociedad y un nivel relativamente bajo del gasto sanitario.

Entre los puntos débiles se incluían los siguientes:

- Existencia de fisuras en la cobertura del aseguramiento sanitario obligatorio. Los trabajadores por cuenta propia podían escapar a las contribuciones obligatorias y las personas con rentas más bajas quedaban excluidas de la asistencia del INSALUD.
- Aunque el Estado ejercía un control considerable sobre el gasto total, persistían las presiones contrarias de los costes.
- Se opinaba que existían fallos en la eficacia y la calidad de los servicios del sector público que se relacionaban menos con la calidad técnica de los servicios que con la satisfacción del consumidor. La asistencia ambulatoria pública se solía ver como de segunda clase, con largas colas, consultas rápidas y con un trato despersonalizado. Los hospitales públicos estaban bien considerados por su personal y alta tecnología pero solían tener los servicios de urgencias saturados, largas listas de espera y deficientes condiciones hosteleras.
- Los límites, complejos y vagos, entre el sector público y privado originaban considerables tensiones. Gran parte de los médicos compaginaban la actividad pública y privada, lo cual originaba desincentivación para mejorar su atención a los pacientes públicos. Mientras tanto la asistencia privada se regía por la capacidad de pago.
- El Sistema público se veía fragmentado, mal coordinado, sobreburocratizado, muy centralizado y mal gestionado.
- Dentro de la OCDE, surgían dudas sobre la asignación de recursos en España: gran número de médicos, desempleo médico, pago relativamente bajo y escasez de camas.

Las principales reformas del Sistema Sanitario se iniciaron en 1981, cuando Cataluña se convierte en la primera Comunidad Autónoma que asume las competencias de gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, siguiéndole Andalucía en 1984. Ese mismo año se incluye a los trabajadores por cuenta propia en el programa de aseguramiento obligatorio y se inicia

²⁰⁸LOPEZ I CASAS, G. , “Una guía de navegación para ordenar y clarificar el debate sanitario”, Gaceta Sanitaria, 13, 1999.

²⁰⁹AXELSSON, R., MARCHILDON, G.P., REPULLLO LABRADOR, J., “Decentralization in health care, European Observatory on Health Systems and Policies Series”, 2007, cit. en DESARROLLO AUTONÓMICO, COMPETITIVIDAD Y COHESION SOCIAL EN EL SISTEMA SANITARIO, nº 01/2010, Consejo Económico y Social, Madrid, 2010, pág. 119.

²¹⁰HERNANDEZ PASCUAL, J., “La reforma del sistema sanitario en España”, Estudios de Política Sanitaria, nº2, OCDE, Ministerio de Sanidad y Consumo, BOE, 1998.

también la reforma de la Atención primaria de salud en España, creándose los Equipos Básicos de Atención primaria, con médicos y personal de enfermería, con dedicación plena, dentro de los Centros de Salud, para servir un área geográfica concreta, la denominada Zona Básica de Salud. Esta primera reforma sanitaria tras la CE, se fundamentaba en las bases de la Atención primaria de salud definidas en la Conferencia de Alma Ata de 1978.

Antes de 1986 ya se habían completado los traspasos de competencias en materia de Salud Pública a todas las Comunidades Autónomas. En ese año, entró en vigor la LGS pero no se incluyeron entre sus principales objetivos, ni el control del gasto, ni la mejora de la eficiencia del Sistema, ni tampoco de manera explícita la mejora de la satisfacción de la población con los servicios sanitarios. Lo paradójico de la reforma abordada por la LGS es que el paso final en el camino de la cobertura universal era coetáneo con las rectificaciones de la misma regla, que se estaban dando en los países occidentales más solventes, para evitar el crecimiento continuo de gastos sanitarios.

El objetivo central del LGS era el establecimiento de un modelo organizativo semejante al de los Servicios Nacionales de Salud, como el británico. Sin embargo ello fue imposible, por la descentralización política de la Sanidad operada por la instauración de las Comunidades Autónomas. La adaptación a esa situación de descentralización y la integración de distintas clases de servicios, de contenidos y responsabilidad, consumieron la atención principal de la Ley. Simultáneamente a su desarrollo se hicieron patentes los problemas ya mencionados, que en otros países de nuestro entorno dieron lugar a las distintas reformas.

A mediados de los años 80, de manera simultánea e independiente al desarrollo de la LGS, se implantaron medidas como el llamado “nuevo modelo de gestión” de carácter neotaylorista, para la medición de la productividad sanitaria sobre la base de indicadores de actividad, similares a las medidas introducidas en otros países. Posteriormente se nombraron “gerentes” en los hospitales, de distinto origen profesional, y se amplió la estructura gestora-administrativa de los mismos, extendiéndose la medida a los centros de Atención primaria.

Además, durante la década de los 80, tuvo lugar un proceso de reforzamiento de la integración de la gestión sanitaria en el marco administrativo general de las Administraciones Públicas y de los servicios públicos, y de las normas que regulan la organización y la gestión de éstos. Así por ejemplo, la aplicación de la Ley de Incompatibilidades realizada por un organismo externo a la Administración sanitaria, aunque se realizó de forma poco uniforme, fue la única forma de promover una vía de racionalización del desempeño de puestos de trabajo sanitarios, pues la “gestión sanitaria” se entendía por numerosos gestores como la utilización del incentivo de la tolerancia de toda clase de situaciones anómalas.

Otras reformas, en los años 1986 y 1987, fueron la extensión del aseguramiento sanitario de la Seguridad Social para incluir a los familiares no asegurados de los contribuyentes, la introducción de la garantía de calidad en la asistencia primaria y se produjo un cambio en el sistema retributivo de los médicos hospitalarios introduciendo incentivos (complemento de exclusividad), para incentivar que trabajasen a tiempo completo para el sector público, y la posibilidad de ganar pluses de productividad dependiendo del cumplimiento de objetivos.

En 1989 se dio acceso a los indigentes a la cobertura del INSALUD, mediante una prueba sobre sus ingresos. Ese año la financiación del Sistema cambió hacia la tributación general, que llegó a constituir el 73% de la financiación del Sistema, siendo el resto a cargo de la Seguridad Social.

El trascendental cambio que supuso la creación del SNS no se tradujo en una alteración sustancial de la organización de la gestión desarrollada hasta entonces desde el Sistema de

Seguridad Social a través del INP. A excepción de Cataluña, el antiguo INSALUD y los Servicios de Salud que se fueron creando, reprodujeron el modelo de integración vertical de la financiación, producción o provisión de servicios sujeto a una gran centralización de la toma de decisiones dentro de sus respectivo ámbito territorial, manteniéndose el funcionamiento tradicional de los modelos burocráticos de producción de servicios sanitarios, fuertemente jerarquizados y con escasos incentivos a la eficiencia y a la innovación. Este tipo de organización no se vio alterada en esencia por la LGS, que sí planteaba la modernización del sistema en otros aspectos.

Sin embargo, en la década de los ochenta, se percibió la necesidad de introducir mejoras organizativas de tipo gerencialista dirigidas a mejorar la eficiencia del sistema, intentando aplicar a los centros hospitalarios un modelo de contrato-programa conforme al cual los centros se veían obligados a cumplir una serie de objetivos de gestión (por ejemplo reducir las listas de espera, reducir las quejas de los pacientes, etc.), de los que daban cuentas al final de año, si bien, el incumplimiento del programa no acarrea consecuencias. Los contratos programas se siguen utilizando en la actualidad, habiéndose extendido al ámbito de la Atención primaria.

4.2. Los años noventa

En la década de los noventa, los Sistemas Sanitarios europeos, y el español en particular, participaron en el auge de las tres grandes estrategias de reforma de la gestión pública: el gerencialismo, los mecanismos cuasicompetitivos y de mercado (MCM) y la privatización.

Con la privatización, los servicios sanitarios se prestan a través de una red de mercados de aseguradoras privadas que compiten entre ellas con ánimo de lucro. Los mecanismos cuasicompetitivos y de mercado (MCM), en el funcionamiento de las grandes burocracias públicas, pretenden emular el funcionamiento del mercado en lo relativo a las funciones de producción y provisión de bienes públicos. Finalmente, la introducción de modelos gerenciales o “gerencialismo”, implican la aplicación de técnicas de gestión empresarial al ámbito sanitario. La mayoría de los países desarrollados se han guiado en sus reformas por las dos últimas estrategias. En España, la principal expresión de las reformas organizativas introducidas en la gestión sanitaria pública ha sido el proceso de diversificación de fórmulas de gestión de los servicios sanitarios, que ha respondido predominantemente al modelo gerencialista, aunque con numerosas variaciones.

Tras los modelos de privatización, gerencialistas y de cuasi mercado, la nueva gestión pública es propugnada por algunos expertos²¹¹ como una cuarta vía que habría que fomentar, basada en un cambio de cultura y valores, apoyada en los incentivos al profesionalismo (autonomía ligada a consecución de objetivos): la gestión contractual apoyada en la profesionalización y la gestión integrada por áreas de salud, iniciada en algunos servicios de salud.

4.2.1. El Informe Abril

Las propuestas gerencialistas y de MCM tuvieron su primera plasmación política en nuestro país en el Informe Abril²¹², que pretendió corregir la ineficacia de las medidas adoptadas hasta

²¹¹REPULLO, ORTÚN, GONZALEZ PÁRAMO, OTEO, MARTIN, cit. en DESARROLLO AUTONÓMICO, COMPETITIVIDAD Y COHESION SOCIAL EN EL SISTEMA SANITARIO, nº 01/2010, Consejo Económico y Social, Madrid, 2010, pág. 119.

²¹²En el análisis del Informe Abril destacan los trabajos de:

- BEATO ESPEJO, M., “Nuevo modelo económico en la prestación de servicios sanitarios: Privatización en la gestión y técnicas gerenciales, fomento de la libre elección por el usuario y ejercicio libre de la actividad empresarial”, Revista de Administración Pública, nº 131, mayo-agosto, 1993.

- MUÑOZ MACHADO, S., “La formación y la crisis de los servicio sanitarios públicos”, Op. cit.

entonces y afrontar los problemas pendientes. Abrió la puerta a la denominada segunda reforma sanitaria²¹³.

El Informe Abril, que realiza el primer diagnóstico de situación del Sistema Sanitario, es el fruto del trabajo realizado por la Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional de Salud, creada en 1991 por acuerdo parlamentario²¹⁴.

Comenzaba el Informe, reconociendo la gran mejora de la salud que ha supuesto el dispositivo público de servicios y prestaciones, que cubre a la mayor parte de la población y aclara que “las mejoras que se proponen y las que pueden producirse en el futuro, nunca pueden afectar al núcleo básico de equidad y solidaridad que constituye la médula del Sistema”, abogando por la necesidad de mantener el Sistema, aunque plantea, excluir del sistema determinadas prestaciones por razones de costo, proponiendo un proceso de privatización.

Los objetivos de la reforma que planteaba el Informe son los siguientes:

- Separar nítidamente las distintas funciones de los agentes del Sistema.
- Alcanzar un mayor grado de responsabilidad de los gestores del Sistema para lograr una mayor eficiencia en el uso de los recursos.
- Suscitar la creación de estructuras que sean capaces de ajustarse, flexible y autónomamente, en su gasto a las autorizaciones presupuestarias. Fortalecer la capacidad de decisión de los centros y establecimientos sanitarios.
- Establecer diferentes niveles de prestación sanitaria. Excluir del Sistema determinadas prestaciones por razones de costo, y condicionar otras, al pago por parte del usuario.
- Sentar las bases para que el Sistema pueda funcionar a satisfacción subjetiva de los usuarios y les permita mayores grados de libertad de elección.
- Promover una “conciencia de coste de los servicios”.
- Respecto del personal sanitario, obtener el mayor grado de participación activa, vinculación al proyecto y motivación.
- Distanciar al responsable político del sentimiento de insatisfacción del consumidor.

El proceso de privatización que se proponía, afectaba de modo sustancial a la planificación sanitaria establecida en la LGS, sobre todo por la reducción de gastos.

Al completarse la descentralización del SNS, con la puesta en marcha de los Servicios de Salud de todas las Comunidades Autónomas, tendrá importancia decisiva el establecimiento de una “Dirección estratégica de Política de Salud” para todo el Sistema, requiriéndose la potenciación del Consejo Interterritorial y ampliando sus cometidos de coordinación y comunicación.

Los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, se constituirían en Organismos autónomos o en Empresas públicas, según el criterio elegido por cada Comunidad Autónoma, y se integrarán a su vez, por otras empresas públicas o servicios administrativos gestores de las diversas prestaciones sanitarias.

²¹³IRIGOYEN SÁNCHEZ-ROBLES, J., “La crisis del sistema sanitario en España: una interpretación sociológica”, Biblioteca de Ciencias Políticas, Serie de Estudios 12, Universidad de Granada, 1996.

²¹⁴La Comisión se constituye por el Consejo Interterritorial a instancia del Gobierno y surge de la proposición no de Ley presentada al Pleno del Congreso de los Diputados de 25 de enero de 1990 por el Grupo Parlamentario del CDS. Boletín del Congreso de 1990, serie D, nº 13. Dice en su exposición de motivos: “... la eficiencia en el uso de los escasos recursos sanitarios se ha convertido en una obligación moral, sin ella es imposible la equidad, la calidad, y el progreso asistencial en estos momentos; el debate sanitario principal es el de regulación versus competencia”. Con fecha 15 de junio de 1992, se presenta al Congreso de los Diputados por el Ministerio de Sanidad y Consumo el llamado Plan de Medidas para la Racionalización del Sistema Nacional de Salud, que mantiene en gran medida el contenido del Informe Abril.

Sobre el núcleo de solidaridad señalado, se centraliza la planificación en la dirección y se otorga autonomía en la gestión a los agentes públicos. Fuera de ese nivel, el Sistema se acoge a un modelo de economía liberal, que deja libertad mercantil a los agentes sanitarios, sólo controlados a través de las tareas interventoras propias.

Las propuestas de organización y gestión, se realizan para rentabilizar la gestión con eficacia, tanto en la prestación de servicios propios como en los de contratación ajena.

Respecto de las estructuras de gestión, la recomendación principal del Informe es la “introducción progresiva de la separación entre las competencias de financiación y compra de servicios sanitarios y las funciones de gestión y provisión”, en la dirección de las reformas emprendidas en Inglaterra y Suecia. La propuesta en esquema es:

- 1) La autoridad administrativa (Administración central y Gobiernos autónomos) establecerá las normas generales reguladoras de la asistencia sanitaria y será el “financiador” principal.
- 2) Las funciones de “compra” de servicios sanitarios para la población afiliada en su territorio, las ejercerán las Áreas de Salud, que celebrarían contratos con los proveedores públicos o privados de servicios sanitarios. La obligación fundamental de los “compradores” –gestor de Área- sería la de conseguir para su población afiliada la mayor calidad en los servicios, con los recursos disponibles. El Informe dice respecto de las Áreas de Salud, reguladas en la LGS, que “la involucración de compra y gestión, no coincide con lo que propugna esta Comisión, ni con las reformas emprendidas en otros países”. Se propone que las Áreas de Salud sean de mayor tamaño, manteniendo sus funciones de administración del presupuesto de asistencia sanitaria y financiación, no interviniendo en la gestión de la asistencia sanitaria, y controlando a los proveedores de servicios sanitarios. Además mantendrían sus responsabilidades en la gestión de los servicios de Salud Pública, recomendándose una separación tajante entre los presupuestos de Salud Pública y de asistencia sanitaria.
- 3) Los proveedores de servicios sanitarios, que gestionarían la asistencia sanitaria, serían los hospitales, centros de salud, médicos en equipo o incluso individualmente y oficinas de farmacia.
- 4) Los usuarios serían “clientes”, que pasarían del status de contribuyente que les otorgaba a los ciudadanos la LGS, al de “consumidor”, que es un status más acorde con la realidad económica; el consumidor ha de estar informado y debe ser exigente en función de lo que se le presta y paga.

Con ese reparto de funciones se generaría un “mercado interno”, que produciría un estímulo competitivo entre las unidades de provisión de servicios que debería suscitar mejoras en la calidad y el coste de las prestaciones y, por otra parte, la competencia proporcionaría al usuario un mayor margen de elección, en calidad y precio, entre proveedores. Para conseguir la mayor satisfacción subjetiva de los usuarios de los servicios y posibilitar más libertad de elección, se exigirá previa e inexcusablemente, algún elemento de participación del usuario en el coste, que se introduciría conforme a las circunstancias lo permitan. La participación en el coste del servicio ha de ser con plena conciencia de lo que adquieren y no sólo con “conciencia de coste”, para reducir el diferencial entre las aspiraciones y las posibilidades económicas.

La Comisión entendía que el SNS debía adoptar las formas jurídicas más adecuadas para promover la responsabilidad y la eficacia de la gestión, partiendo de la base de que el servicio público no está determinado por la forma jurídica en que se organiza, sino básicamente por la naturaleza jurídica de su función. Dice textualmente el Informe: “El análisis de otros Sistemas europeos confirma de modo absoluto que las formas administrativas son inadecuadas para entender y manejar la complejidad y el volumen de los servicios actuales de asistencia sanitaria”. El Derecho público podría servir eventualmente para las funciones de financiación y compra pero no para las de gestión. Los datos de la Comisión “hacen presumir unos costes sustancialmente inferiores en la gestión privada de las prestaciones públicas respecto a los producidos por formas organizativas de

carácter público, si bien es verdad que éstas últimas, tienen otro tipo de responsabilidades que pueden justificar, en parte esa diferencia”. La medida fundamental es la transformación del régimen jurídico de ciertas unidades de provisión de asistencia sanitaria, sobre todo hospitales, quedando sometidas al Derecho privado, concretamente en sociedades anónimas; así se conseguiría una mayor eficiencia montada sobre “una verdadera autonomía financiera y patrimonial”. El resto de las unidades disfrutarán de mayores facultades de dirección en relación con el régimen anterior y de especial flexibilidad económica en cuanto a la intervención del gasto.

Con esa nueva estructura jurídica, la actividad propia del Sistema debe someterse a controles de calidad y precio, teniendo en cuenta la relación coste/beneficio. Para ello se establecen dos técnicas: las auditorías externas, que son medios de control que acercan la gestión a los Sistemas de mercado, y la facturación de los servicios prestados, con indicación de los costes producidos, permitiéndose una mejor información a los usuarios del consumo realizado.

En referencia al personal de instituciones sanitarias, se pretende flexibilizar la relación burocratizada que dificulta la adaptación a las nuevas exigencias y a la gestión, provocando a su vez desmotivación en el personal. Se propone cambiar la relación estatutaria por una relación laboral, haciendo depender el personal existente de los servicios centrales y al de nuevo ingreso, de la propia unidad sanitaria. Se establecería un sistema de incentivos que estimulara la participación del personal en la gestión. Entre estas medidas destaca la participación en los ahorros que se produzcan en la gestión del servicio, a cuyo efecto el personal médico deberá responsabilizarse en los gastos, a través de los llamados presupuestos clínicos, que son exponente de la idea de participación del trabajador en los beneficios de la empresa.

En cuanto a la provisión con entidades ajenas, la propuesta es la búsqueda de la prestación sanitaria con agentes privados preferentemente, y no de modo complementario. Se pretende estimular la competencia en la oferta, dentro de unos mínimos márgenes de calidad. Se fomentará la participación de las empresas sanitarias privadas y especialmente las más acreditadas en el sector, y no necesariamente contratadas en la totalidad de su actividad, sino para los procesos médicos que se demanden. En los criterios de contratación será un elemento de interés las preferencias del consumidor. El grado de satisfacción de este, será la clave del nivel de prestación del servicio sanitario y con ello se estimulará su libertad de elección.

El cambio organizativo deberá introducirse poco a poco, con experiencias piloto, ya que su aplicación requiere cambios profundos.

Los métodos de gestión deberán adoptar medidas que conduzcan a la mayor eficiencia, agilidad, racionalidad y eficiencia de la información, facturación, preparación y utilización de los recursos humanos, tecnología, contratación y relaciones externas.

A las propuestas del Informe Abril, se le realizaron una serie de observaciones. Sobre la organización de los servicios sanitarios, se postulaba una revisión de las relaciones de los Servicios de Salud Pública y los de Asistencia Sanitaria, es decir una nueva separación entre los conceptos de Salud Pública y Asistencia Sanitaria, pues la crisis afecta sobre todo a los servicios de ésta, que están vinculados al crecimiento del Estado de Bienestar. Esa tendencia a la desintegración, pretende una revisión de las obligaciones públicas respecto de la Asistencia Sanitaria y no respecto de los Servicios de Salud Pública, y una separación neta de los presupuestos e incluso organizaciones llamadas a gestionar y ejecutar los servicios correspondientes. El ciclo que se cumpliría con estas propuestas es llamativo, pues después de muchos años, en España se había producido la integración de los servicios por la LGS de 1986. Apenas cinco años después, los expertos volvían a proponer un retorno a algunas ideas vigentes en la época preconstitucional.

La organización del servicio propio se alejaría de los sistemas de control del Derecho público, por razones presupuestarias y no de eficacia; además, se buscaba la prestación con agentes privados, preferentemente y no de modo complementario.

Sobre el personal sanitario, en las instituciones sanitarias coexiste personal estatutario, laboral y funcionario; propone el Informe que para conseguir la productividad y eficiencia a que se aspira, se puedan emplear las siguientes técnicas: criterios de participación en la gestión, de información suficiente sobre el sector, respeto a la imparcialidad y profesionalidad del sujeto, utilización de los adecuados instrumentos de fomento de la carrera administrativa, a través de la formación y del mérito y de la capacidad, aplicación de un sistema retributivo adecuado a la dedicación, a la responsabilidad y al rendimiento de cada sujeto. No habría obstáculo para que los criterios de participación y conciencia de coste, que se pretendían introducir, sean aplicables al personal existente, sea cual sea su régimen jurídico, aunque sí facilitaría la gestión, el inicio de un proceso de unificación de los diversos regímenes jurídicos en las Administraciones públicas, como ocurrió con la aprobación del EM.

La pretendida flexibilización en la vinculación del personal que se proponía, no se sabe bien qué quería decir: posiblemente sea más flexible, por su carácter estatutario, el personal funcionario, que el personal laboral por su carácter convencional.

Aunque en el diagnóstico estuvieron de acuerdo los principales agentes de la Sanidad española, en las medidas propuestas por la Comisión no hubo consenso. No obstante, comenzaron cambios relevantes como la separación de funciones (aunque a veces virtual), la introducción de sistemas de dirección por objetivos mediante el establecimiento de contratos programas entre los Servicios Centrales de los órganos de dirección de los Servicios de Salud y los directivos de hospitales y de las unidades de Atención primaria, y entre estos últimos y los servicios clínicos, vinculando incentivos a resultados.

4.2.2. El Informe de la Subcomisión para la modernización y consolidación del Sistema Nacional de Salud

Otra iniciativa parlamentaria, cuyas recomendaciones son muy parecidas al Informe Abril, fue la creación de una Subcomisión para la modernización y consolidación del SNS en el seno de la Comisión de Sanidad y Consumo, acordada por el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 11 de junio de 1996, con motivo de una proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Popular. El Acuerdo de la Subcomisión²¹⁵ fue aprobado por la Comisión de

²¹⁵Las propuestas del Acuerdo de la Subcomisión de Sanidad del Congreso de los Diputados se articulan en cuatro grandes capítulos, adoptando la forma de trece recomendaciones generales, que son desarrolladas a su vez por una serie de medidas concretas.

- Aseguramiento y prestaciones
 - Consolidar el aseguramiento sanitario universal.
 - Garantizar las prestaciones sanitarias.
 - Instrumentar alternativas para la asistencia sociosanitaria.
 - Desarrollar nuevas fórmulas para la racionalización de la prestación farmacéutica.
- Financiación sanitaria
 - Asegurar un marco financiero estable.
 - Garantizar la suficiencia financiera y la equidad territorial.
- Organización y gestión
 - Orientar el sistema sanitario a las necesidades de salud.
 - Impulsar la autonomía de gestión.
 - Atender las preferencias de los usuarios.
 - Potenciar el protagonismo de los profesionales.
- Coordinación territorial
 - Completar la descentralización territorial.

Sanidad y Consumo en su sesión de 21 de octubre de 1997, siendo sus conclusiones asumidas en Pleno del Congreso de los Diputados, el 18 diciembre de 1997, por todos los grupos parlamentarios, excepto PSOE e IU.

Parte el Acuerdo de que el Sistema Sanitario público, resultado del esfuerzo colectivo de varias generaciones, es un importante elemento de justicia redistributiva y de cohesión social que se ha de consolidar atendiendo a los principios básicos de universalidad, equidad, solidaridad y aseguramiento público y único.

En la redefinición y consolidación del aseguramiento sanitario público que se plantea como mecanismo de cobertura social frente al riesgo ordinario de los ciudadanos en relación con la salud, la Subcomisión propone, entre otras medidas, llevar a cabo la universalización efectiva del derecho a la asistencia sanitaria, extendiéndolo a todos los grupos sociales, desvinculándolo de los Regímenes de afiliación de la Seguridad Social, y conferir a las Administraciones Sanitarias las funciones que actualmente se desarrollan en el marco de la Seguridad Social en materias relacionadas con el aseguramiento sanitario y la asistencia a ciudadanos extranjeros sujetos a convenios internacionales en materia sanitaria.

En el capítulo de propuestas referidas a Organización y Gestión, la Subcomisión considera necesario orientar la provisión de servicios a las necesidades de salud, reales y prioritarias de la sociedad, a partir de la identificación de las mismas, mediante los planes de salud de cada Comunidad Autónoma. Recomienda impulsar la autonomía de gestión, pues la modernización organizativa del SNS exige racionalizar los programas de gasto público, adoptar modos organizativos y sistemas de pago que fomenten la eficiencia y la responsabilización sobre actuaciones y resultados, y procurar altos niveles de calidad debidamente evaluados y controlados.

Para ello la Subcomisión recomienda proseguir con los esfuerzos por separar las funciones de planificación, financiación, compra y provisión de servicios, siendo importante la medida de impulsar la competencia entre proveedores en el marco de un mercado sanitario regulado, con el soporte de un sistema integrado de información, y fomentado relaciones estables y duraderas entre los agentes del Sistema, instrumentado a través del control y evaluación de los resultado obtenidos.

Se recomienda además, configurar los centros asistenciales como organizaciones autónomas, con facultades de decisión, efectivas y responsables, en cuanto a la gestión, y dotar a los centros de órganos de gobierno, operativos y participativos, independientes de las entidades compradoras y/o financiadoras.

Otra medida propuesta es facilitar la extensión de las nuevas formas de gestión a toda la red pública asistencial; este nuevo informe pone más énfasis que el Informe Abril, en la transformación de la gestión de los centros sanitarios en gestión empresarial empleando fórmulas jurídicas previstas en la Ley 15/1997 de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud. Sería necesario abordar en el seno del Consejo Interterritorial, con pleno respeto a las competencias en materia organizativa de las Comunidades Autónomas, la definición de unas características comunes de la organización interna de los entes o empresas públicas sanitarias en todas aquellas materias que se consideren necesarias, atendiendo a las características del servicio que tales instituciones prestan; esas características propias de las organizaciones sanitarias públicas deben permitir compatibilizar el establecimiento de garantías con la correcta prestación del servicio público (en materia de equidad en el acceso de los usuarios a los servicios y garantías en la prestación de los mismos, régimen presupuestario y económico-financiero, control patrimonial y régimen de personal) con la aplicación de mayores cotas de autonomía.

Plantea también el Acuerdo, la necesidad de controlar la calidad en la asistencia e impulsar la mejora continua, a través de un sistema de acreditación de centros y servicios sanitarios consensuado en el Consejo Interterritorial.

La recomendación de atender las preferencias de los usuarios, incluye dos medidas concretas: a) Profundizar en los esfuerzos ya iniciados para reconocer el derecho a la elección de proveedor y acometer las reformas organizativas que lo hagan efectivo (tanto en lo que afecten al paciente como a la financiación de las instituciones sanitarias). Establecer la libre elección de médico y centro, y regular el derecho del usuario a la información asistencial comparada y a la información sobre calidad asistencial. b) Lograr una mayor participación social en todas las instituciones asistenciales del Sistema.

La recomendación de potenciar el protagonismo de los profesionales²¹⁶, la fundamenta la Subcomisión, en que los profesionales sanitarios constituyen el principal activo del SNS, siendo su motivación y compromiso con la gestión retos históricos pendientes de resolver en el Sistema público. Los dos factores que pueden considerarse en el origen de esa situación son la falta de un adecuado sistema de incentivos y la burocratización y rigidez de las relaciones profesionales, proponiéndose por la Subcomisión el establecimiento, por ley básica, de un nuevo modelo de relación laboral para el personal estatutario de los Servicios de Salud, siendo preciso abordar un nuevo régimen de personal, que respetando las competencias en materia sanitaria de las Comunidades Autónomas, sea compatible con la autonomía de gestión de los centros.

Recomendaba la Subcomisión completar la descentralización territorial, con la implantación efectiva del modelo sanitario de la LGS, que exige la definitiva transferencia de la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social y su red de centros sanitarios, promoviendo un pacto con las corporaciones locales para que éstas asuman en el futuro un mayor protagonismo asistencial.

Estas reformas de la gestión sanitaria reavivaron el debate más general sobre la privatización del Sistema Sanitario público, tanto en lo que se refiere a las funciones de aseguramiento, como a las de financiación y provisión.

4.2.3. Innovaciones en gestión y nuevas formas de gestión en el Sistema Nacional de Salud

En la década de los noventa, tanto en el ámbito del INSALUD como en los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas que habían asumido competencias de gestión de la asistencia sanitaria, se fueron implantando nuevas formas de gestión en las instituciones sanitarias que pretendían superar la rigidez del modelo burocrático de Administración general. Supuso una

²¹⁶Respetando las competencias en materia sanitaria de las Comunidades Autónomas, la Subcomisión propone un nuevo régimen de personal compatible con la autonomía de gestión de los centros, al objeto de alcanzar los siguientes fines:

Establecer un Estatuto profesional propio del personal de las instituciones sanitarias públicas, de carácter básico para todo el Sistema, sin perjuicio de su desarrollo por las Comunidades Autónomas.

Descentralizar los procesos de selección y promoción de personal en el plano de las organizaciones proveedoras.

Flexibilizar el régimen de dedicación, con mayor personalización de las condiciones de trabajo, promover nuevas fórmulas retributivas, en las que realmente se prioricen los incentivos a la actividad y a la calidad, y hacer efectiva la participación de los profesionales en la toma de decisiones de los centros.

Adecuar las plantillas a las necesidades efectivas de las instituciones y regular la negociación colectiva a nivel de centro, bajo pautas comunes a todo el Sistema, por lo que se refiere al volumen total de empleo en el sector y a las condiciones salariales básicas.

Profesionalizar la función directiva y establecer mecanismos consecuentes de evaluación de los equipos de dirección.

En el campo de las profesiones sanitarias se considera conveniente promover por ley, una ordenación específica de las profesiones sanitarias, y resolver urgentemente el problema de las titulaciones pendientes, así como adecuar las especialidades sanitarias a las necesidades asistenciales, profundizando en el Sistema de formación especializada (residencia), a través de criterios de troncalidad dando paso a especialidades emergentes, y promoviendo las áreas de capacitación específica.

auténtica eclosión de formas jurídico- organizativas, diferentes a las burocracias públicas tradicionales.

Elementos comunes de estas fórmulas serían:

- Descentralización de la producción por parte del servicio público de salud así como la separación de las funciones de financiación, compra y provisión, manteniendo la titularidad pública del servicio.
- Aplicación de instrumentos gerenciales, articulados en torno a la utilización de contratos programa y de gestión, junto al desarrollo de la gestión clínica y por procesos.
- En algunas Comunidades Autónomas, cambió la forma jurídica de los Servicios de Salud. Así, en algunas de ellas se pasó de organismos autónomos de Derecho administrativo a entes de Derecho público.
- La personificación jurídica de centros sanitarios, permitiendo aprovechar la mayor flexibilidad que en materia de contratación, personal y patrimonio admite la utilización del Derecho privado frente al Derecho público, mientras se mantienen las potestades y funciones administrativas.

Al hilo de lo anterior, hay que distinguir entre innovaciones de gestión de servicios sanitarios que no implican personificación jurídica específica y lo que se consideran específicamente nuevas formas de gestión, más ligadas a la personificación jurídica.

Respecto a las primeras, se trata de aplicaciones en la práctica de los modelos gerencialistas que pretenden emular los procesos de descentralización interna de la moderna empresa privada, acercando la toma de decisiones a las unidades organizativas inferiores, dotándolas así, de capacidades de gestión clínica. Se liberarían recursos de las unidades superiores, que se concentrarían en la evaluación y asignación de recursos. Permitirían introducir mecanismos de incentivos al explicitar objetivos en la formalización de los contratos, alejándose de los modelos burocráticos. La racionalización de los recursos, incluidos los objetivos de contención del gasto, es una constante en los programas. Las principales experiencias han sido los institutos clínicos y las unidades clínicas de gestión, vinculadas a la gestión de procesos clínicos (por ejemplo, el proceso diabetes, el proceso cáncer de piel, etc.). Estas experiencias se han desarrollado en algunas Comunidades Autónomas como la de Andalucía²¹⁷.

Los Institutos clínicos constituyen una supraunidad organizada a la que se adscriben personas y recursos, con un equipo directivo al frente. Son una estructura divisional basada en el producto. Ejemplo es el Instituto Cardiovascular del Hospital Clínico San Carlos de Madrid.

Las unidades clínicas de gestión, son centros de responsabilidad que prestan una cartera de servicios de la organización. A diferencia de los institutos clínicos, se crean a partir de un servicio o unidad. Una vez acreditada, negocia un contrato interno con la gerencia de la organización sanitaria.

La ventaja de la gestión por procesos, es que se refuerza la continuidad asistencial al integrar actividades tanto asistenciales como no asistenciales de Atención primaria y especializada. Las dificultades surgen de la coexistencia de estos modelos, caracterizados por su transversalidad, con la estructura jerárquica en departamentos y servicios propia de los centros sanitarios, especialmente en cuanto al personal sanitario se refiere.

²¹⁷MARTIN MARTIN, J., DEL PUERTO LÓPEZ DEL AMO, M, “Innovaciones organizativas y de gestión en el SNS”, en J.L. TEMES, (ed.), Gestión Hospitalaria, 4ª ed., Mac-Graw-Hill, Interamericana de España, SAU, Madrid, 2007.

A nivel legislativo, estando aún en curso la implantación el Sistema establecido en la LGS, se iniciara otro proceso de reorganización de la gestión sanitaria, que arranca del Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio²¹⁸, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD, el cual generalizó las previsiones contenidas en diversas leyes dictadas por las Comunidades Autónomas con competencias en la materia.

El RD-Ley 10/1996 se transformó en la Ley 15/1997, de 25 de abril, titulada “Habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud”. Esta Ley trae causa de las recomendaciones para la mejora de la eficacia y eficiencia de la gestión sanitaria del Informe Abril y del Informe de la Subcomisión Parlamentaria para la consolidación y modernización del Sistema Nacional de Salud.

Como ya se dijo, la LGS estableció en el ámbito del SNS un modelo de organización caracterizado fundamentalmente por la gestión directa. No obstante, dicha norma admitió la vinculación de los hospitales generales de carácter privado, mediante convenios singulares y conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos, dando prioridad a los establecimientos, centros y servicios sin carácter lucrativo.

El RD Ley 10/1996, en el ámbito del SNS pese a su título, amplía las formas organizativas de la gestión que diseñó la LGS, en la línea de buscar fórmulas organizativas más flexibles, imprescindibles para hacer frente a las exigencias de eficiencia y rentabilidad social de los recursos públicos y contribuir a hacer efectiva la separación progresiva entre las competencias de financiación y compra de servicios sanitarios y las funciones de gestión y provisión.

En su artículo único²¹⁹, la fórmula escogida abarca la gestión directa, con opciones derivadas de la utilización de formas de gestión sin interposición de personalidad jurídica, en parte ya reguladas en la LGS. También comprende la gestión indirecta a través de Entidades públicas sujetas al derecho privado y a través de otros Entes públicos dotados de personalidad jurídica, como las fundaciones (creadas al amparo de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones²²⁰ -LF-) y los consorcios. Asimismo se posibilita la gestión y administración a través de cualquier tipo de entidades creadas por personas físicas o jurídicas privadas. Finalmente admite la posibilidad de establecer acuerdos, convenios y fórmulas o gestión integrada o compartida.

En la Exposición de Motivos se aclara que la introducción y extensión de los cambios organizativos ha de iniciarse en aquellos centros sanitarios que aún no han entrado en funcionamiento, sin pretender una implantación generalizada de los cambios, mientras ello no sea debatido por las fuerzas parlamentarias y sociales.

El Gobierno quedó facultado para adoptar las medidas necesarias para la creación y regulación del régimen de las entidades que en aplicación de lo dispuesto en el RD Ley se constituyeran.

²¹⁸Fue convalidado en sesión plenaria del Congreso de los Diputados, el 27 de junio de 1996, acordándose tramitarlo como proyecto de Ley por el procedimiento de urgencia.

²¹⁹“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 creadas por personas o entidades públicas o privadas, así como a través de la constitución de consorcios, fundaciones u otros entes dotados de personalidad jurídica, pudiéndose establecer además acuerdos, convenios y fórmulas o gestión integrada o compartida”

²²⁰Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones que deroga en parte a la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación en actividades de interés general. Las fundaciones creadas al amparo de esa Ley tienen personalidad jurídica privada y están sometidas al Derecho privado.

Ley 15/1997, de 25 de abril, de Habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, da una nueva redacción al RD Ley 10/1996, al que sustituye, y constituye un importante instrumento de flexibilización y autonomía en la gestión sanitaria para hacer más eficiente la asistencia sanitaria pública, es decir, mejorar la eficacia del SNS. La Ley impulsó el desarrollo de cualquier forma jurídica para la gestión de centros sanitarios siempre que estos mantengan la naturaleza y titularidad pública y respeten el carácter de servicio público de la asistencia.

Al referirse a un aspecto nuclear del Sistema, la Ley tiene carácter básico, teniendo el propósito de ampliar el abanico de las posibilidades de gestión, que “podrá llevarse a cabo directa o indirectamente, a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho” (art. único, 1, párrafo primero, de la Ley). Entre otras formas jurídicas, la Ley ampara la gestión a través de entes interpuestos dotados de personalidad jurídica, tales como empresas públicas, consorcios o fundaciones (creadas al amparo de la Ley de Fundaciones) u otras entidades de naturaleza o titularidad pública, admitidas en nuestro ordenamiento jurídico.

Además puntualiza que “la prestación y gestión de los servicios sanitarios y sociosanitarios podrá llevarse a cabo, además de con medios propios, mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicos o privadas, en los términos previstos en la LGS” (art. único, 2). Por consiguiente, están previstas tanto las formas de gestión directa de los servicios sanitarios como las de gestión indirecta, coincidiendo las formas de gestión admitidas por la Ley con las admitidas en el Derecho vigente.

Está prevista expresamente la necesidad de un desarrollo reglamentario por el Gobierno y por los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas en los ámbitos de sus respectivas competencias. Dicho desarrollo determinará las formas jurídicas, órganos de dirección y control, régimen de garantía de la prestación, financiación y peculiaridades en materia de personal de las entidades que se creen para la gestión de los centros y servicios mencionados.

La Ley es más explícita que el RD Ley 10/1996 en cuanto a la garantía y preservación de la condición del servicio público sanitario, que como señala Vaquer²²¹, sólo alcanza al compromiso del poder público de mantener la titularidad – que no necesariamente la gestión- de tal servicio público, a veces con actividades plenamente privadas con el mismo contenido.

Las entidades sometidas a las nuevas fórmulas jurídicas, se extendieron, no sólo a nivel de la Atención Especializada, sino también a la Atención Primaria y al campo de la Investigación Biomédica.

Entroncando con la Ley 15/1997, el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, regula las Fundaciones públicas sanitarias. De esta manera, se dio un nuevo giro a la regulación de la fundación, como opción para la gestión de la asistencia sanitaria, pues las Fundaciones públicas sanitarias son de naturaleza jurídica diferente a las creadas al amparo de la Ley de Fundaciones, ya que aquellas son organismos de naturaleza pública y de titularidad pública.

El art. 111 prevé la creación de las Fundaciones públicas sanitarias, tanto en ámbito INSALUD, como en las Comunidades Autónomas.

²²¹VAQUER CABALLERIA, M. , “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano Pública. La reforma de los servicios sanitarios públicos”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1999.

En el ámbito del INSALUD se califican expresamente de “Organismos públicos” insertos en el marco de la LOFAGE, aunque con importantes peculiaridades en cuanto al régimen jurídico aplicable en algunos aspectos. Se regulan por el propio art. 111 y están sometidas supletoriamente al régimen establecido en la LOFAGE para las Entidades públicas empresariales (art. 111.11).

En las Comunidades Autónomas se rigen por la normativa específica de cada Comunidad Autónoma, en lo referente a las fundaciones públicas sanitarias que se puedan crear en sus respectivos ámbitos territoriales.

Como se verá más adelante, la reconducción de las fundaciones públicas sanitarias al Derecho público, no impide su actuación con arreglo al Derecho privado, en muchos aspectos.

El Real Decreto 29/2000 (RDNFG), de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud, desarrolló la Ley 15/1997 y el art. 111 de la Ley 50/1998, y aunque fue dictado exclusivamente para el “territorio” INSALUD, correspondiente a las Comunidades Autónomas que no habían recibido el traspaso de las funciones y servicios de este Instituto, resultaba aplicable supletoriamente en los territorios de competencia autonómica, al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.3 de la CE. Sigue vigente el RDNFG, pese a la extinción del INSALUD.

Como dice su exposición de motivos, se enmarca en un proceso de flexibilización, descentralización y autonomía de la gestión sanitaria, contribuyendo a la mejora de la eficacia y eficiencia del SNS y a su consolidación a la vez que se refuerzan los principios que inspiran el mismo tales como la universalización de la asistencia, la financiación pública y la equidad en el acceso a la prestaciones y servicios. Constituye el resultado final de todo el proceso reformador de la organización del ámbito sanitario del INSALUD.

Las nuevas formas de gestión que se regulan son las fundaciones constituidas al amparo de la Ley de Fundaciones, los consorcios, las sociedades estatales y las fundaciones públicas sanitarias.

El RDNFG tiene unas disposiciones comunes a las nuevas formas de gestión y unas disposiciones específicas a las mismas. En lo que respecta a las disposiciones comunes referidas a la gestión de los centros, servicios y establecimientos sanitarios, la autonomía de gestión con que se dota a las entidades gestoras de la asistencia sanitaria, lo es, sin merma del carácter de servicio público, el cual se preserva y garantiza.

La autonomía de gestión se concreta en los siguientes aspectos: a) Desarrollo de su estructura organizativa; b) Desarrollo y gestión de los planes de calidad total del centro; c) Elaboración y aplicación de las normas internas de funcionamiento; d) Gestión de los recursos económicos, orientada al cumplimiento de los objetivos de actividad y calidad y desarrollada siempre con arreglo a principios de economía, celeridad y eficacia; e) Gestión de tesorería y patrimonio; f) Gestión de los recursos humanos y desarrollo de la carrera profesional en los términos establecidos en la normativa aplicable.

El modelo de gestión que se configura en el RDNFG por lo que se refiere al área asistencial, se orienta a dar una respuesta integrada y coordinada al paciente a fin de satisfacer de forma eficiente sus necesidades. Así en los hospitales que se acojan a las nuevas formas de gestión, ello se plasma en el establecimiento de fórmulas organizativas sin personalidad jurídica orientadas a tal fin, pudiéndose crear áreas clínicas o agrupaciones funcionales de unidades asistenciales, que integren a profesionales y equipos interdisciplinarios, que se responsabilicen de la gestión de un grupo

específico de procedimientos asistenciales, sin perjuicio de la subsistencia de las unidades y servicios que las integran.

La autonomía de gestión establecida en el Reglamento tiene su contrapunto en los controles que se establecen para el adecuado funcionamiento de los centros, así como en el respeto de los principios constitucionales aplicables a todo el ámbito del sector público.

Respecto a las Comunidades Autónomas, se ha dicho que, si bien el Estado no puede imponerles un determinado modelo organizativo (en virtud de la competencia genérica que tienen las mismas para estructurar sus respectivos Servicios de Salud), sí puede y debe velar por la unidad y la coherencia del Sistema, ejercitando las facultades que tiene legalmente atribuidas, sobre todo en el plano normativo.

En todo caso el Sistema previsto por la LGS fue sobrepasado por las normas de las diferentes Comunidades Autónomas, algunas de las cuales empezaron a innovar la gestión, aún antes de las Leyes sobre nuevas formas de gestión en el SNS. Así puede apreciarse en el análisis de las leyes autonómicas de ordenación sanitaria y de creación de los Servicios Autonómicos de Salud.

Como señala Parejo Alfonso²²², la reorganización de la gestión crea un verdadero subsistema, dotado de lógica propia, dentro del Sistema Sanitario público legalmente definido y aún vigente, en términos tales que en modo alguno se garantiza una inserción mínimamente adecuada de aquél en éste. Esa reorganización de la gestión se hace sobre un diseño que se aparta, además, del marco organizativo establecido para la entera Administración General del Estado por la LOFAGE.

En la medida en que el subsistema de las nuevas formas de gestión se montó sobre la base y con relación a la organización de la gestión propia, es decir la que correspondía aún al Estado Central, sin comprender así la organización y la gestión que ya estaba en manos de las Comunidades Autónomas, el Sistema Sanitario público, considerado en su conjunto, se tornaba asimétrico, por más que se dijera que el diseño del subsistema respondía, a su vez, a una generalización de las medidas adelantadas por algunas Comunidades Autónomas.

En el preámbulo de RD 840/2002, que modifica la estructura orgánica del Ministerio de Sanidad y Consumo, se da por finalizada la búsqueda de fórmulas para lograr una mayor agilidad en la gestión de las prestaciones sanitarias, siendo aconsejable potenciar las funciones estatales de coordinación y Alta Inspección, la comunicación con los ciudadanos, los sistemas de información sanitaria y la protección de los derechos de los consumidores y usuarios

La diversificación de formas de gestión ha sido objeto permanente de controversia. El debate durante los últimos años ha venido auspiciado en buena parte por la ausencia de una evaluación sistemática y objetiva, en términos de eficiencia relativa, equidad e igualdad de acceso, del complejo panorama de la gestión sanitaria en el SNS por parte de los organismos encargados de garantizar la calidad y la coordinación del Sistema tanto en el nivel estatal como en el autonómico.

La evaluación de la eficiencia de las distintas formas de gestión sanitaria entronca con la propia eficiencia de las administraciones públicas como garantes de servicios públicos esenciales lo que, en ausencia de un esfuerzo sistemático de información y evaluación técnica del conjunto del proceso, ha conducido el debate al terreno de la polarización política.

²²²PAREJO ALFONSO, L., "Constitución, Sistema Nacional de Salud y formas de organización", en "La organización de los servicios públicos sanitarios", Actas de las Jornadas de estudio celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 10 y 11 de abril de 2000, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2001.

5. RECAPITULACIÓN

En las tres últimas décadas, los Sistemas Sanitarios de los países desarrollados, integrados de una u otra forma en el ámbito público, con la excepción de Estados Unidos, han tenido que afrontar determinados problemas específicos, comunes a muchos de aquellos, iniciándose procesos de reformas y de cambio en sus Sistemas de Salud. Los problemas de los servicios sanitarios se pueden ordenar en tres áreas: Financiación e incremento y control del gasto, racionalidad de los sistemas relacionados con la eficacia y eficiencia de los servicios sanitarios y legitimación o aceptación por la población de los propios servicios.

Pese a los esfuerzos legislativos realizados, las formas de participación de la población que permitan adecuar el funcionamiento concreto de los servicios a las demandas de los ciudadanos, no están resueltas de forma satisfactoria en ningún Sistema Sanitario.

En nuestro país, surgen, de la conjunción de la crisis económica y de los problemas estructurales y debilidades institucionales del Sistema Nacional de Salud, otros problemas como el cierre del modelo de universalización y la definición positiva de “ciudadanía sanitaria”, problemas de buen gobierno y buena gestión, y subdesarrollo de la gestión clínica e integración asistencial.

En la mayoría de los países occidentales los servicios sanitarios forman parte, de una u otra forma, del sector público por lo que los cambios en los modelos de gestión sanitaria deben ser enmarcados dentro del marco general de la gestión pública.

El nuevo análisis económico de la gestión pública insiste en la idea de que el Estado como organización, tiene rasgos que articulados mediante un diseño organizativo y una gestión pública adecuada, puede ser eficiente en la prestación de servicios públicos. En este sentido cabría sostener que la crisis del Estado de Bienestar, es en buena medida, una crisis del modelo tradicional de gestión pública.

Los problemas de gestión pública pueden analizarse y solucionarse con ayuda de los conceptos y técnicas utilizadas en las organizaciones privadas pero sin olvidar que la gestión pública tiene las restricciones impuestas por el marco jurídico-político; es decir la gestión pública no se puede desenvolver con plena autonomía.

Los estudios comparados sobre los modelos de gestión pública revelan que pese a las tipicidades propias de cada país, existen dos modelos de organización del sector público: El modelo centralizado, jerárquico, tradicional, en el que la administración responde a una cultura garantista, basada en el principio de la desconfianza hacia el uso de los recursos públicos –encuadraría a España- y el modelo descentralizado que responde a una vocación de servicio al ciudadano. En paralelo a esta división, las organizaciones, tanto el Estado como buena parte de las empresas, son organizaciones jerarquizadas, cuyo diseño interno puede ser burocrático o de autoridad, o bien descentralizado. Del análisis de sus ventajas e inconvenientes, se deduce que dentro de una organización estatal eficiente, deberían coexistir jerarquías descentralizadas y burocráticas, es decir la gestión pública deberá ser burocrática en unos casos y descentralizada en otros, y sujeta en todos a un adecuado control de legalidad que no constituya una rémora para la toma de decisiones.

Parece indudable que la transición hacia un modelo de gestión más descentralizado y apoyado en mecanismos cuasicompetitivos y de mercado (MCM) ha venido acompañada de mejoras en la eficiencia productiva y en la satisfacción del ciudadano con la actuación del sector público.

En la mayor parte de los países de la OCDE se están haciendo reformas de la gestión pública con cuatro objetivos: Elevar la productividad y la eficiencia; aumentar la flexibilidad y la capacidad de adaptación a las demandas ciudadanas; mejorar el control del gasto público; y modernizar las relaciones de control y rendición de cuentas dentro de la jerarquía estatal.

Las reformas se han apoyado en tres pilares: el técnico, con la introducción de mecanismos cuasicompetitivos y de mercado (MCM) y la privatización de actividades; el cultural, sustentado en la generalización de los MCM y en la incorporación de técnicas y estilos gerenciales del sector privado a la Administración; y el político, con las reformas en las legislaciones y en los procedimientos de presupuestarios.

En el ámbito de la economía política, también se encuentra la disyuntiva gradualismo-radicalismo en las reformas de la gestión pública. Las reformas en las estructuras de gestión son en muchos casos técnicamente complejas, requieren de un respaldo popular amplio, necesitan inicialmente recursos adicionales para hacer frente al coste de los incentivos monetarios o a la creación de nuevas instituciones y deben apoyarse en un cambio cultural de la burocracia liderado políticamente; estas circunstancias sugieren una estrategia gradual de “radicalismo selectivo”, es decir transformaciones escogidas de gran alcance, sobre un frente clave reducido. Una reforma plena, radical e inmediata podría ser, cuando no política y administrativamente inviable, financieramente muy costosa.

La gestión pública nunca será como la gestión privada, pues la primera debe desenvolverse con unas limitaciones impuestas por la responsabilidad fiduciaria que constituye la contrapartida a la excepcionalidad del Estado como organización. No es conveniente privatizar la gestión pública allí donde existen fallos de mercado, metas de cohesión social o garantías de acceso que atender, como ocurre en la Sanidad.

La estructura de los Sistemas Sanitarios de los países democráticos europeos ha estado en relación con la resultante del encuentro entre las tendencias liberalizadoras o privatizadoras y las tendencias estatalizantes o de publicación de las estructuras sanitarias. En nuestro continente existen dos grandes modelos sanitarios: Sistema de Seguros Sociales y Servicio Nacional de Salud, que se diferencian por las fuentes de financiación, el sistema de aseguramiento y la provisión de servicios. No obstante lo anterior, el modelo social de la UE es el referente de lo que se podría considerar “El estándar internacional de Servicios de Salud”, que incluye: Cobertura universal de toda la población con un sistema de seguro/s públicos y obligatorio/s; Financiación pública de este seguro/s, de acuerdo con el nivel de renta; cobertura amplia de prestaciones; Mecanismos de control de costes que aseguren la sostenibilidad del sistema.

Por consiguiente, dentro del estándar común, coexisten una gran diversidad de esquemas organizativos de la sanidad, resultado de combinar de diferente forma los tres elementos básicos con los que están contruidos los sistemas sanitarios: fuentes de financiación (recursos económicos), proveedores de asistencia sanitaria (profesionales sanitarios, centros sanitarios, etc.) y mecanismos de asignación de recursos.

En aplicación de las reformas sanitarias, que no se han realizado de manera uniforme, se han seguido estrategias en las que hay una serie de elementos caracterizadores que aparecen de manera prevalente: Redefinición del papel del Estado y del mercado en la provisión de servicios sanitarios, la competencia como motor de la eficiencia de los servicios, el pago a proveedores sanitarios y la asignación eficiente de recursos, el incremento de la autonomía de los centros sanitarios, la descentralización de servicios, la mayor capacidad de elección de los ciudadanos, el mayor protagonismo de la Atención primaria de salud y el control de los costes y del gasto sanitario. Ahora

bien, encontrar soluciones a los problemas organizativos de la Sanidad desde una perspectiva económica y jurídica, es fácil; las dificultades están en la implantación.

En la última década del siglo XX, los Sistemas Sanitarios europeos, y el español en particular, participaron en el auge de las tres grandes estrategias de reforma de la gestión pública: el gerencialismo, los mecanismos cuasicompetitivos y de mercado (MCM) y la privatización.

En España, la principal expresión de las reformas organizativas introducidas en la gestión sanitaria pública ha sido el proceso de diversificación de fórmulas de gestión de los servicios sanitarios, que ha respondido predominantemente al modelo gerencialista, aunque con numerosas variaciones, y últimamente se asiste a una expansión del MCM con más tradición: la contratación de servicios sanitarios –externalización-.

Tras los modelos de privatización, gerencialistas y de cuasi mercado, la nueva gestión pública es propugnada, como una cuarta vía que habría que fomentar, basada en un cambio de cultura y valores, apoyada en los incentivos al profesionalismo (autonomía ligada a consecución de objetivos): la gestión contractual apoyada en la profesionalización y la gestión integrada por áreas de salud, iniciada en algunos Servicios de Salud -Gestión Clínica-.

A nivel legislativo, estando aún en curso la implantación el SNS establecido en la LGS, se inicia otro proceso de reorganización de la gestión sanitaria, que arranca del Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD, el cual generalizó las previsiones contenidas en diversas leyes dictadas por las Comunidades Autónomas con competencias en la materia. El RD-Ley 10/1996 se transformó en la Ley 15/1997, de 25 de abril, titulada “Habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud”. Esta Ley trae causa de las recomendaciones para la mejora de la eficacia y eficiencia de la gestión sanitaria del Informe Abril y del Informe de la Subcomisión Parlamentaria para la consolidación y modernización del Sistema Nacional de Salud.

Ley 15/1997, de 25 de abril, de Habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, constituye un importante instrumento de flexibilización y autonomía en la gestión sanitaria para hacer más eficiente la asistencia sanitaria pública. Impulsó el desarrollo de cualquier forma jurídica para la gestión de centros sanitarios siempre que estos mantengan la naturaleza y titularidad pública y respeten el carácter de servicio público de la asistencia.

Frente al carácter coherente y sistemático de la legislación básica estatal, contenido en la Ley General de Sanidad y en la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, la Ley 15/1997 que “habilita nuevas formas de gestión del SNS”, constituye un auténtico “verso suelto” dentro del modelo de regulación de la sanidad pública en España. El consenso político fue menor en la reforma de las formas de gestión, que en las anteriores leyes básicas sanitarias.

La diversificación de formas de gestión de la asistencia sanitaria ha sido objeto permanente de controversia. El debate durante los últimos años ha venido auspiciado en buena parte por la ausencia de una evaluación sistemática y objetiva, en términos de eficiencia relativa, equidad e igualdad de acceso, del complejo panorama de la gestión sanitaria en el SNS por parte de los organismos encargados de garantizar la calidad y la coordinación del Sistema, tanto en el nivel estatal como en el autonómico.

La evaluación de la eficiencia de las distintas formas de gestión sanitaria entronca con la propia eficiencia de las Administraciones Públicas como garantes de servicios públicos esenciales lo que, en ausencia de un esfuerzo sistemático de información y evaluación técnica del conjunto del proceso, ha conducido el debate al terreno de la polarización política.

CAPÍTULO TERCERO: FORMAS JURÍDICAS DE LA GESTIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS SERVICIOS SANITARIOS

1. ASPECTOS GENERALES

1.1. Servicio Público y Servicio Público Sanitario

Los valores del Estado Social forman parte de la tradición constitucional común de los Estados miembros de la UE y se han incorporado a sus tratados constitutivos, desde el Tratado de Roma de 1957 que reconoce expresamente la importancia de los sistemas de Seguridad Social. Estos valores se llevan a la práctica, entre otras, a través de las Políticas Sociales (arts. 151 y ss. del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE). En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la UE tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con el nivel elevado de educación, formación y protección de salud humana (art. 9 TFUE).

En los orígenes de la tradición constitucional común del Estado social quedó claro que una importante dedicación de recursos públicos a la protección social, a la educación y a la protección de la salud, solamente es sostenible mediante la creación de riqueza por una economía competitiva, de acuerdo con un modelo de economía social de mercado: la UE establecerá un mercado interior y actuará a favor del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social (art. 3.3 TUE).

La competitividad económica, acorde con los principios de una economía de mercado abierta y de libre competencia (art. 119 TFUE), sirve de cohesión social y a la solidaridad mediante el diferente régimen de los servicios públicos o de interés general, en función de su carácter económico (energía, transportes, comunicaciones, etc.) o social (protección de la salud, seguridad social, etc.). Mientras los servicios públicos económicos quedan sometidos a las normas comunes sobre la competencia dentro del mercado interior europeo (art. 106 TFUE); los servicios públicos sociales quedan bajo la plena competencia de los Estados miembros para su organización y prestación (art. 14 TFUE y Protocolo sobre servicios de interés general anexo al Tratado de Lisboa).

Por consiguiente, hay que distinguir servicios públicos económicos para la competitividad y servicios públicos sociales para la cohesión social.

Mientras los servicios públicos económicos funcionaron como monopolios durante la mayor parte del siglo XX, en los servicios públicos sociales no se han dado esos monopolios y siempre ha coexistido la iniciativa pública con la iniciativa privada: En la Sanidad y en los seguros sociales siempre ha existido un sector público y un sector privado.

El sector público social o asistencial se ha desarrollado como un instrumento imprescindible del Estado social y ha dotado a las sociedades europeas de su fisonomía propia de igualdad, equidad y cohesión social. La iniciativa privada, sin ánimo de lucro o con él, permite a los ciudadanos el ejercicio de libertades públicas y derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos (libertad de enseñanza, libre ejercicio profesional, etc.) y también ha contribuido y contribuye a lograr los fines del Estado social, y al mismo tiempo proporciona elementos útiles de complementariedad, comparación, emulación y competencia en cuanto a los modos, costes y resultados que obtiene de los diferentes sectores.

Pero, ¿qué es el servicio público?. El servicio público es la actividad por la que, mediante una organización *ad hoc*, la Administración Pública realiza de forma regular y continua la prestación de una utilidad singular a los ciudadanos, que satisface también una necesidad general que se considera esencial para el funcionamiento de la sociedad²²³. También puede ser definido²²⁴

²²³COSCULLUELA MONTANER, L.; LOPEZ BENITEZ, M., "Derecho Público Económico", 4ª edición, Iustel, Madrid, 2011. Estos autores, hacen referencia a la definición de servicio público de Hariou: "Es un servicio técnico

como la actividad por la que la Administración, sin limitar ni incentivar la actividad privada, satisface directamente una necesidad pública mediante la prestación de un servicio a los administrados. Es un concepto, el de servicio público, de los más controvertidos en Derecho Público Español.

La calificación de una actividad como servicio público, supone la reserva al Estado de la misma que asume su titularidad, sustrayéndola de las manos de los particulares, que sólo van a poder actuar como gestores de la actividad, una vez que obtengan la preceptiva concesión. Así, el Estado va a ejercer una fuerte intervención, correspondiéndole la dirección y responsabilidad en la prestación del servicio, limitando la actividad de los particulares en este campo, al quedar sometidos a sus directrices y controles.

El objeto del servicio público, es la prestación de base técnica o empresarial en la que cada servicio público consiste. En todo caso, la prestación debe suponer una utilidad singular para cada usuario del servicio; en esto se cifra la diferencia entre los servicios públicos *stricto sensu* y los servicios públicos generales, tales como la vigilancia de fronteras de un Estado.

En nuestro Ordenamiento Jurídico, el primer requisito para que una actividad sea servicio público es la *publicatio*, que supone la declaración formal de que una actividad se considera y, por tanto, se excluye del mercado y del principio de libre empresa que en él funciona. Toda actividad económica en una economía de mercado se considera comprendida en el mismo, salvo que el legislador la excluya de él.

El art. 128.2 CE, tras reconocer la iniciativa pública en la actividad económica, es decir la posibilidad de que los poderes públicos puedan crear empresas que actúen en el mercado conjuntamente con la iniciativa privada y en competencia con ella, dispone: "Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio". Lo que supone en el plano jurídico una habilitación al legislador para que pueda excluir determinadas actividades del mercado, por considerarlas servicios esenciales, y el establecimiento de una reserva de ley formal, es decir, la imposibilidad de que la *publicatio* pueda ser declarada por la Administración Pública: sólo por Ley puede hacerlo.

Las características comunes a todas las actividades que son calificadas como servicio público son las siguientes: asunción por parte de la Administración de sectores enteros de actividad por medio del acto formal de *publicatio*; control de la actividad por la Administración desde la *publicatio*, pudiendo esta optar entre hacerse cargo directamente de su gestión, o concederla a una empresa privada por ella seleccionada para que desarrolle estas actividades bajo su supervisión y control exhaustivo; y que la calificación tenga como fin la satisfacción de una necesidad de interés público o general.

En cuanto al régimen jurídico del servicio público, los sujetos pueden ser dos, la Administración titular del servicio y el usuario; o tres, si la prestación de servicios no se realiza por la propia Administración titular del servicio, en cuyo caso aparece el gestor de servicio.

La Administración titular del servicio se establece en la propia ley que declara el carácter de servicio público de la actividad, y a dicha Administración le está atribuida políticamente la responsabilidad de la prestación del servicio, y jurídicamente se le atribuyen potestades administrativas. Estas son las siguientes:

prestado al público de forma regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública por una organización pública no lucrativa, pudiendo ser gestionado por la Administración o por un particular".

²²⁴PARADA VAZQUEZ, J.R., "Derecho Administrativo I, Introducción, Organización administrativa", Madrid: Open, 2013.

- Potestad reglamentaria, para regular la gestión y uso del servicio que se trate.
- Potestad de policía del servicio, que comprende la inspección de la forma en que el servicio se presta y la ordenación del mismo.
- Potestad sancionadora, frente a los incumplimientos del gestor o del usuario.
- Potestad tarifaria, ya que los servicios públicos, con excepción de los de carácter gratuito, obligan al usuario a pagar una contraprestación por la prestación recibida, que tiene la naturaleza de precio público o de tasa. En el ámbito sanitario, existe un importante debate actualmente, entorno al copago por la asistencia sanitaria prestada al usuario, y especialmente respecto de la prestación farmacéutica. Los servicios públicos no gratuitos, se rigen en cuanto a su financiación por el principio de suficiencia financiera; pero en todo caso, el legislador puede establecer precios políticos para los servicios públicos.

Las relaciones entre el usuario y el gestor, que puede ser la propia Entidad titular del servicio, se sujetan al Derecho Público o al Derecho Privado, dependiendo de cada servicio público en concreto. Sin embargo, en los servicios públicos de significación económica, que actúan en el mercado en competencia con otras empresas, la relaciones entre el usuario y el gestor se rigen como regla general, por el Derecho Privado, y lo mismo ocurre con los servicios que se prestan en régimen de gestión indirecta por una empresa privada en virtud de contrato.

Al ser las actividades de servicio público, esenciales para el normal funcionamiento de la sociedad, se rigen por los principios de regularidad y continuidad, independientemente de su forma de gestión, sea ésta directa o indirecta. El respeto a esos principios puede incluso condicionar el ejercicio de derechos fundamentales del personal que presta el servicio, como ocurre con el ejercicio del derecho de huelga.

Una vez creado el servicio público, siempre se ha reconocido la existencia de un derecho subjetivo a su uso o utilización a quienes cumplan los requisitos establecidos en la ley o el reglamento regulador del servicio público correspondiente. Ahora bien, en ciertos servicios públicos, como los sanitarios, existe un límite natural a la utilización simultánea del servicio por todos los ciudadanos que lo deseen; en tales supuestos, la propia norma fija los criterios de preferencia para acceder al servicio, que normalmente se concretan en el principio *prior in tempore potior in iure* con relación a la presentación de la demanda del servicio. Piénsese en las listas de espera y su gestión, así como el establecimiento por los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas de plazos de garantía para la prestación de asistencia sanitaria a los pacientes -usuarios- en lista de espera, de tal manera que si el centro sanitario público, no cumple dichos plazos, la Administración sanitaria se obliga a pagar la atención sanitaria en un centro sanitario privado.

En otros casos se establecen criterios distintos, por ejemplo, mejores calificaciones en la etapa de estudios anterior, caso de centros universitario con *numerus clausus*, mayor necesidad económica del demandante del servicio, etc.

Ahora bien, la organización de los servicios públicos no es producto de una formulación teórica de carácter más o menos técnico, sino que es el resultado de esfuerzos colectivos desarrollados en el transcurso del tiempo en contextos políticos, sociales y económicos muy distintos.

El art. 43 de la CE, establece el derecho a la protección de la salud, y prejuzga la organización de un Servicio Público de Salud en sentido amplio, que nos sitúa ante una actividad administrativa de prestación, también denominada actividad de servicio público. Será la LGS, la que declare a la Sanidad como servicio público. Así, su art. 5 contiene criterios para la organización de los servicios públicos de salud, y el art. 44 señala que todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud integrarán el Sistema Nacional de Salud.

El artículo único de la Ley 15/1997, sobre habilitación de nuevas formas de gestión en el Sistema Nacional de Salud, exige que se garantice el servicio público sanitario, y las nuevas formas de gestión, aparecen como una opción organizativa, que no supone la privatización del servicio, pues tanto si se opta por la gestión pública o por la gestión privada, siempre debe quedar garantizado el servicio público sanitario.

Actualmente, se plantea el reto de encajar las nuevas formas de colaboración público-privada impulsadas por la Unión Europea, en el ordenamiento jurídico, en la actividad financiera pública y privada, y también en la perspectiva administrativa de la sociedad. Es hoy pacífica en la doctrina española²²⁵ la idea de la necesidad de revisión del concepto de servicio público que permita acoger y explicar los nuevos fenómenos que tienen lugar en la sociedad, en especial en los servicios de prestación universal, como es la Sanidad, cuya efectiva ejecución ha dejado de ser sólo una tarea de las Administraciones Públicas para pasar a ser en muchos casos una tarea de empresas privadas, que requieren de un control por el Estado que se realiza mediante el establecimiento de las denominadas obligaciones de servicio público. El papel que corresponde al Estado actualmente, es el de regular y garantizar la existencia y calidad de los servicios públicos, y asimismo garantizar la competencia y las obligaciones de servicio público en aquellos sectores liberalizados.

1.2. Las Administraciones Públicas titulares del Servicio Público Sanitario

En la organización Administrativa se pueden distinguir dos modelos²²⁶:

- Los modelos clásicos de organización, entre los que se encuentra el modelo burocrático centralizado.
- Los modelos descentralizados, que surgen en el campo empresarial buscando una mayor eficacia. Estos modelos, postulan que a partir de una determinada dimensión del aparato organizativo de la empresa, la toma de decisiones debe descentralizarse, estructurándose las grandes organizaciones modernas sobre la base de una diferenciación de unidades independientes que se relacionan lateralmente y no jerárquicamente, y cuya nota común es su responsabilidad de resultados ante la organización matriz.

El modelo organizativo de la Administración Pública española²²⁷ y los principios que lo informan vienen definidos en el art. 103 CE. Esos principios son los siguientes: eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación. De ellos, la eficacia, la jerarquía y la

²²⁵ORTEGA BERNALDO, J., "Competencias, servicios públicos y actividad económica", Revista de Administración Pública, núm. 169/2006, págs. 55-98.

²²⁶COSCULLUELA MONTANER, L., "Manual de Derecho Administrativo. Parte General", Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2012, Este autor considera que el modelo centralizado se basa en los siguientes principios: División del trabajo (Se asigna una esfera de competencias concretas para cada unidad orgánica), Estructura jerarquizada de la organización (Hay una línea de mando estructurada en distintos niveles), Uniformidad de las reglas de comportamiento de todas las unidades organizativas y Profesionalidad del personal (seleccionado sobre la base de su competencia técnica y dotado de seguridad y estabilidad en el empleo –funcionarios-).

²²⁷ Frente al concepto clásico de Administración Pública, a la que se aplica el Derecho Administrativo, se utiliza el concepto de sector público, más amplio, menos estrecho y formal que el de Administración Pública, con el objeto de sujetar, si no a todo el Derecho Administrativo, sí a algunos aspectos de éste (gestión presupuestaria, gestión y control contable, contratación) a los entes afectados por el fenómeno de la "huída del Derecho Administrativo", esto es, el recurso a formas jurídico privadas de personificación para acogerse a los beneficios del Derecho privado. La CE utiliza el concepto de sector público en su Título VII, "Economía y Hacienda" - arts. 128.2, 134.2 y 136.1-, mientras el resto de su articulado se refiere a los poderes públicos o a la Administración Pública. El concepto de sector público es un concepto típicamente económico que se maneja, además de las Leyes antes referidas, en la Ley del Tribunal de Cuentas y en la de Patrimonio. El concepto de poder público sirve para que toda organización en la que los poderes públicos tengan participación mayoritaria, o una influencia dominante, sea cual sea su forma de personificación, se someta a ciertos aspectos del régimen jurídico-público.

coordinación son principios esenciales de toda organización, y aún debería añadirse el de competencia. Por ello, los principios diferenciadores de unos modelos organizativos sobre otros, se centran en la descentralización²²⁸ y la desconcentración²²⁹, principios que se oponen al modelo centralizado, que fue el modelo napoleónico, adoptado por la Administración española en el siglo XIX.

1.2.1. Administraciones Públicas y personalidad jurídica

Tras el triunfo de la Revolución Francesa y la separación de poderes del Estado (legislativo, ejecutivo y judicial), se produce el sometimiento del Estado al Derecho como lo hace cualquier particular; para ello fue preciso dotarlo de una capacidad similar de actuación a la que tienen en el mundo del Derecho las personas físicas, pudiendo de esa forma realizar actos jurídicos. Esto se consiguió dotando a la Administración Pública de personalidad jurídica²³⁰.

Actualmente el art. 2.1 de LRJPAC y el art. 2.2 de la LOFAGE reconocen que “La Administración General del Estado, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, actúa con personalidad jurídica única²³¹”. Por consiguiente, todos los órganos de la Administración del Estado son simples órganos de una sola persona jurídica a la que se le imputan sus respectivas actividades.

El Derecho vigente en España afirma únicamente la personalidad de la Administración del Estado, sin incluir en esta personificación los órganos legislativos y judiciales y menos aún la colectividad en su conjunto, al servicio de la cual la Administración se ordena. Las relaciones entre la Administración y los ciudadanos son propiamente jurídicas, aún cuando aquella actúe en el ejercicio manifiesto de su poder de imperio.

²²⁸La descentralización es la atribución de competencias resolutorias a las Entidades –personas jurídicas- creadas por una Entidad matriz. Supone la descentralización que el conjunto de las funciones públicas está distribuido por el Ordenamiento Jurídico entre varias Administraciones Públicas jurídicamente personificadas. La descentralización puede ser política (descentralización territorial) y administrativa (descentralización funcional); la primera implica la atribución de verdaderas decisiones originarias a la Entidad creada; la descentralización administrativa sólo atribuye a las Entidades competencia de decisión y gestión de funciones administrativas, que están subordinadas a la ordenación por Ley, cuya aprobación no corresponde a esas Entidades.

²²⁹La desconcentración se da siempre entre órganos de la misma Entidad, de la misma persona jurídica; es decir es la atribución genérica de las competencias resolutorias a los órganos inferiores de la organización, siempre dentro de la misma persona jurídica; la concentración supone que las competencias resolutorias están predominantemente atribuidas a los órganos superiores de la organización. La desconcentración y su alternativa, la concentración, no pueden darse en términos absolutos en una organización compleja, siendo su definición por consiguiente, relativa.

²³⁰ALBADALEJO GARCÍA, M., “Curso de Derecho Civil, I”, Bosch, 7ª, Barcelona, 1980. Define la persona jurídica como la organización humana encaminada a la consecución de un fin, a la que el Derecho acepta como miembro de la comunidad, otorgándole capacidad jurídica; el reconocimiento de la personalidad por el ordenamiento no persigue otro objetivo que constituir un centro propio de imputación de relaciones jurídicas. Capacidad, desde el punto de vista jurídico, es un atributo de la personalidad, distinguiendo el Derecho entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. Capacidad Jurídica es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, es decir la aptitud de una persona para ser titular de relaciones jurídicas; Capacidad de obrar es la aptitud para que la persona realice actos jurídicos.

²³¹GARCÍA DE ENTERRÍA, E., RAMÓN FERNÁNDEZ, T., “Curso de Derecho Administrativo V.1” Ed., Civitas, Madrid, 2013. Exponen los autores los caracteres de la Administración estatal como persona jurídica: A) Es una personalidad jurídica única, es decir que abarca la totalidad de su organización y de sus funciones, sin perjuicio de que esa unidad se traduzca en una pluralidad de capacidades jurídicas. B) Es una personalidad jurídica originaria, es decir no creada por ningún otro sujeto, ni dependiente de la voluntad de cualquier otro, surgiendo jurídicamente de la CE – art. 103- como acto fundacional de un ordenamiento. C) Es una persona jurídica superior, respecto a los demás sujetos no públicos del ordenamiento (ciudadanos y personas jurídicas privadas) y respecto de las demás Administraciones que giran en su órbita, no incluyéndose las Comunidades Autónomas. D) La Administración del Estado está al servicio de éste como unidad política. E) La Administración del Estado es una persona jurídica territorial.

Ahora bien, más que de Administración Pública hay que hablar de Administraciones Públicas, de acuerdo con el art. 2 de LRJPAC²³², cada una de las cuales para el cumplimiento de sus fines, actúa con personalidad jurídica única (art. 3.4 LRJPAC). La citada Ley se refiere entre ellas, a las Administraciones de las Comunidades Autónomas.

Las Comunidades Autónomas representan un fenómeno de descentralización política reconocido constitucionalmente, que comporta un reparto de las responsabilidades públicas y de los campos de actuación entre ellas y el Estado. La Administración de las Comunidades Autónomas goza de una personalidad jurídica que surge directamente de la Constitución (art. 152 y 153 c) y 154) y de los correspondientes Estatutos. Es una persona jurídica superior, que no depende en nada de ninguna otra, ni siquiera de la Administración del Estado, de la que aparece formalmente separada por el principio de competencia (arts. 148, 149 y 150 CE). El art. 154 de la CE construye su necesaria relación a través del principio de coordinación, que es un tributo necesario de la unidad.

Ambas Administraciones Públicas, del Estado y de las Comunidades Autónomas, permanecen separadas en situación de normalidad. Son Administraciones mayores, cada una de las cuales es superior en su orden a toda la constelación de entes menores que ellas pueden fundar, nutrir o, cuando menos, tutelar y encuadrar.

Además, la Administración de cada una de las Comunidades Autónomas es una persona jurídica territorial.

1.2.2. Los entes descentralizados

Pero la Administración del Estado y las de las Comunidades Autónomas no resumen la totalidad de la organización administrativa, sino que son centros polares de toda esa organización, la cual se diversifica en una pluralidad de entes dotados de personalidad propia y distinta de la que ostentan aquéllas, lo que supone un policentrismo en el cumplimiento de las funciones administrativas, que deriva de las necesidades técnicas de gestión. El Derecho Administrativo conoce tradicionalmente ese fenómeno de constituir centros personalizados como descentralización; llamándose los entes menores, entes descentralizados.

La diversificación de las entidades administrativas no supone una fragmentación, pues tanto la Administración directa o centralizada del Estado como la de las Comunidades Autónomas en su propio orden competencial, someten a las entidades menores a una cierta disciplina, mediante las técnicas de la tutela administrativa.

La personificación jurídica de esos múltiples centros de decisión²³³, se traduce jurídicamente

²³²En el art. 1, párrafo 2 LJ, se precisa que a los efectos de la misma “ se entenderá por Administración pública: a) La Administración General del Estado, b) La Administración de las Comunidades Autónomas, c) Las Entidades que integran la Administración Local, d) Las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado , las Comunidades Autónomas o las Entidades locales”. El art. 2.1 LRJPAC resume esta catálogo: “Se entiende a los efectos de esta Ley por Administraciones Públicas: a) La Administración General del Estado, b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas , c) Las Entidades que integran la Administración Local. En el apartado 2 del mismo art. 2 precisa: “Las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública”.

²³³Las personas jurídicas de Derecho Público tienen una personalidad jurídica única e inescindible, a la que corresponde una dualidad de capacidad jurídica: de Derecho Público y de Derecho Privado, esto es la posibilidad de ser titular de relaciones jurídicas en uno y otro ámbito del Ordenamiento. Capacidad jurídica de Derecho Público: los entes públicos sólo pueden mantener relaciones jurídicas allí donde una norma les autoriza a ello, coincidiendo con el conjunto de potestades que le hayan sido atribuidas por el Ordenamiento (Así lo precisa el art. 2.4 de la LOFAGE, en referencia a la Administración General del Estado y a sus Organismos autónomos); en el plano material concreto, las relaciones para las que es capaz cada ente tendrá que decírnoslas las legalidad a la que esté vinculado, que no es la misma para todos

en la consideración de los mismos como centro de imputación de relaciones y posiciones jurídicas (por ello son justiciables), sin perjuicio de que muchas o algunas de esas relaciones o posiciones puedan requerir para constituirse o para ejercitarse la “*auctoritatis interpositio*” del Estado o de un ente distinto de tutela, pero los contratos o los actos aunque deban ser autorizados o aprobados por la tutela del ente superior, son contratos o actos propios del ente tutelado.

Esa aptitud para ser titular de posiciones y relaciones jurídicas propias se traduce en una mayor o menor capacidad de autodeterminación y de autogestión del ente en la esfera de sus intereses. Es la llamada en Derecho Administrativo, autonomía.

1.2.3. Ordenación de los entes administrativos

Exponente de la diversificación de las Administraciones Públicas son los entes administrativos, que se ordenan en las siguientes esferas:

- Administración del Estado.
- Administración de las Comunidades Autónomas.
- Administración Local (Provincias, Municipios, Entes Locales menores).
- Administración Institucional: Del Estado, de las Comunidades Autónomas o de cada uno de los Entes Locales.
- Administración corporativa.

La mayoría de esas esferas tienen su estatuto general: La Administración del Estado, en la LOFAGE; las Comunidades Autónomas, en sus Estatutos (normas institucionales básicas de acuerdo con el art. 147 de la CE); la Administración Local en la LRL; la Administración Institucional del Estado en la LOFAGE; la Administración Institucional de los Entes Locales en la propia LBRL y en el RSCL. Por el contrario, falta en el caso de la Administración corporativa, por la heterogeneidad de los fenómenos que bajo ella se encuadran (salvo en algunos casos, como los Colegios Profesionales).

Pero lo común es que por debajo de ese estatuto general de esferas administrativas, cada ente en particular disponga de su estatuto propio, más o menos diferenciado (Municipios, Provincias, entes institucionales).

los entes, ni aún entre todos los entes de un mismo tipo, ofreciéndose un cuadro casuístico y particularista, variable y dinámico. Se diferencia una capacidad jurídico- pública mayor, que corresponde a los entes territoriales, de una capacidad jurídico-pública menor, que afecta a los entes no territoriales (entes institucionales y Corporaciones sectoriales de base privada). En la primera se incluyen poderes superiores, como el reglamentario, el tributario, el expropiatorio, de calificación de nuevas necesidades y de creación de nuevos servicios, la titularidad demanial; poderes que se excluyen en el caso de los entes no territoriales, que sólo ostentan los poderes precisos para una autonomía ejecutiva. Los entes territoriales están legitimados para actuar en servicio de una pluralidad de fines, mientras que en los no territoriales, rige el principio de especialidad. Respecto a la capacidad de obrar, los civilistas explican que en las personas jurídicas la capacidad jurídica y la de obrar coinciden exactamente, y que no hay personas jurídicas incapaces. Sin embargo en el caso de las personas jurídico-públicas es completamente normal restringir la capacidad de obrar de los entes menores y habilitar para suplir esa incapacidad técnica una tutela integrativa (*auctoritatis interpositio*), que se manifiesta bajo las formas de autorización (previa) o aprobaciones (posterior a la formación del acto). La Administración del Estado y las Comunidades Autónomas tienen como personas jurídicas, plena capacidad de obrar; los demás entes públicos, sin embargo están afectados de limitaciones mayores o menores, según sus respectivas regulaciones, en su capacidad de obrar, limitaciones que son suplidas mediante actos de tutela integrativa por parte de los entes superiores. La capacidad de Derecho Privado de los entes públicos les permite entrar en relaciones de Derecho Privado. Esta capacidad se refiere al orden patrimonial y procesal (art. 38 CC) y se concreta al círculo del fin específico que como propio tiene asignado legalmente el ente. A alguna de las relaciones de Derecho Privado pueden afectar las restricciones de capacidad de obrar que, por motivos jurídico-públicos, son predicables de los entes menores (enajenaciones patrimoniales, transacciones).

1.2.4. Tipología de los entes públicos

Para el conocimiento de la tipología de los entes públicos no podemos encontrar fundamento en el Código Civil²³⁴, siendo forzoso acudir a la legislación administrativa. Desde un plano sistemático²³⁵, se puede abordar la tipología desde cuatro distinciones dialécticas: entes territoriales y no territoriales; corporaciones y entes institucionales; forma pública o privada de personificación; régimen público o privado en las relaciones externas del ente.

- Entes territoriales y no territoriales

Hay entre ellos una serie de diferencias dialécticas. Así, el poder de los entes territoriales – Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas y Local- se extiende a la totalidad de la población existente en el territorio, incluidos los extranjeros. En cambio, los entes no territoriales actúan los poderes solamente, en relación con determinados habitantes que se encuentran dentro del ámbito territorial, al que se extiende su competencia.

Los entes territoriales se caracterizan por la universalidad de sus fines. En los entes no territoriales, la regla general es justamente la contraria, imperando el principio de especialidad.

La universalidad de fines a que atienden los entes territoriales implica la atribución a los mismos de poderes públicos superiores: reglamentario, expropiatorio, tributario y capacidad de ser titular de dominio público. Esos poderes no se reconocen a los entes no territoriales.

A los entes territoriales corresponde autodeterminar los fines públicos a perseguir, organizar su realización o prestación. Esa actividad organizativa incluye la creación de entes filiales no territoriales como instrumentos de gestión de tales servicios, o bien la delegación de esta gestión a favor de entes corporativos que no admiten la misma calificación de filiales o instrumentales.

Los entes no territoriales se limitan a gestionar un servicio concreto que les ha sido atribuido por un ente territorial, sin poder extender o cambiar dicho servicio o autoatribuirse uno nuevo; tienen un carácter esencialmente ejecutorio, estando afectos necesariamente a un ente territorial, que además de ser el centro político de donde procede la configuración sustancial del servicio por aquellos cumplido, ejerce sobre los mismos su tutela y eventualmente (en el caso de los entes institucionales) domina incluso su propia organización y funcionamiento y aun su misma subsistencia.

En la actualidad hay que tener en cuenta respecto a los entes territoriales, que no es el territorio sino la población el verdadero sustrato de estos entes; el territorio, frente a las formulaciones conceptuales originarias, no juega más que un papel delimitador de las poblaciones asentadas en el mismo.

²³⁴En el código Civil español es donde se encuentra, aunque de manera sumaria, la única regulación general de las personas jurídicas de nuestro Ordenamiento; parece reducir todas las entidades públicas a un solo tipo, el de corporación, del que sería difícil intentar precisar su contenido, fuera del puramente formal de ser creada o reconocida por la Ley (arts. 35 y 37).

²³⁵GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; RAMÓN FERNÁNDEZ, T.: “Curso de Derecho Administrativo. V.I”... op.ya citada.

- Instituciones y Corporaciones²³⁶

Es clásica la distinción de dos clases de personas colectivas: Corporaciones e Instituciones. Dentro de estas últimas se distinguen a su vez, las de Derecho público (Instituciones públicas) y las de Derecho privado (Fundaciones).

La Corporación (*universitas personarum*) es un conjunto de personas, las cuales adoptan la condición formal de miembros, que son los titulares de los intereses a los que el grupo va a servir, aunque se trate de sus intereses comunes y no particulares, y además esos miembros son quienes organizan el ente, en el sentido de que es su voluntad la que va a integrar la voluntad propia del ente a través de un proceso representativo. El sostenimiento económico de la Corporación es asunto de los propios miembros (derramas, cuotas, contribuciones, aportaciones de capital).

En cambio en los entes institucionales no existen propiamente miembros, aunque eventualmente pueda haber interesados, o destinatarios de la actividad, o usuarios de las prestaciones que dichos entes proporcionan. Las Instituciones son creación de un “fundador” o “instituidor”, que es el que propone un fin a cumplir por el ente que crea; finalidad que en todo caso remite a un interés que está situado fuera del ente. Es el propio instituidor o fundador el que dispone los medios materiales y personales que quedan afectos a la gestión de ese fin, así como el que decide con su voluntad la constitución de los órganos propios del ente y, por tanto, derivativamente, el que constituye la propia voluntad del ente.

En conclusión, el interés, la voluntad y la dotación económica de la Corporación son inmanentes al conjunto de personas que la integran, en tanto que en la Institución son trascendentes al ente.

Otra distinción básica entre Corporaciones e Instituciones la encontramos en los principios organizativos. Las Corporaciones utilizan la técnica de la “autoadministración”, siendo los mismos interesados los que gestionan sus propios asuntos, aunque sea bajo la tutela del ente territorial correspondiente. Orgánicamente las Corporaciones se articulan sobre técnicas representativas de la voluntad del grupo, que es la voluntad que ha de expresarse en su gobierno propio. Esta exigencia se expresa con la existencia de dos órganos distintos: Asamblea o Junta General o un colegio compuesto por comisionados o delegados directos de todos los componentes de ese grupo, a través de un procedimiento electoral y un órgano de gestión normal y diaria.

Los entes institucionales responden al principio organizativo burocrático, por cuanto consisten en una pura organización instrumental de la voluntad de un fundador y en el servicio de una finalidad que es el del propio fundador (entes institucionales administrativos) o de terceros (fundaciones privadas), pero nunca propia de los titulares de los órganos, que son simples comisionados del fundador y normalmente por él controlados y revocados; su autonomía de gestión, les desconecta de la dependencia jerárquica inmediata respecto de los órganos de ese ente matriz y les somete sólo a las directrices e intervenciones de tutela que éste les haya reservado, les permite erigirse en centros independientes de decisión, no obstante de su actuación heterónoma o instrumental. Orgánicamente se estructuran en un solo órgano gestor, sin perjuicio de que también sea normal concretar en un órgano más amplio, colegial y de actuación solemne o intermitente, la presencia de los representantes del fundador (en los entes institucionales administrativos, de los distintos sectores de la Administración matriz que tiene relación con la finalidad cuya gestión se ha descentralizado); ese órgano suele asumir además una parte de las funciones de tutela

²³⁶PARADA VAZQUEZ, J. R., “Derecho Administrativo II, Régimen jurídico de la actividad administrativa”, Madrid: Open, 2013. Considera este autor que integran la Administración Especializada, los Entes de base institucional (Los que actúan como instrumentos de las Administraciones Territoriales y las Administraciones Independientes) y los entes de base corporativa.

(especialmente la tutela sobre la actividad) propias del ente fundador o matriz.

La distinción entre Corporaciones e Instituciones queda con frecuencia relativizada por la inserción de elementos organizativos propios de uno de los tipos en el tipo contrario.

La diferencia entre Instituciones públicas e Instituciones privadas se articula sobre la nota de dependencia de las Instituciones respecto de su fundador (ente matriz). En el caso de las Fundaciones, la voluntad creadora es la voluntad fugaz de un sujeto mortal, produciéndose una congelación de esa voluntad en el momento en que se expresa en el acto fundacional y en la admisión de su eficacia perpetua, por encima de la limitación temporal del sujeto que la ha manifestado. Un elemento básico de ellas es el patrimonio (inmovilizado y vinculado o de explotación) que asegura su supervivencia al margen del fundador. En las Instituciones públicas, el fundador no desaparece, pues es una Administración territorial, estableciéndose una relación que acompañará al ente por ella instituido, toda su posible vida. El ente matriz puede sostener de una manera permanente a la Institución, por lo que el elemento patrimonial pasa a un segundo plano, siendo lo normal el sostenimiento de la Institución con cargo a fondos presupuestarios periódicos o, eventualmente, mediante la afección a la caja del ente institucional de exacciones propias.

Las notas básicas de la Institución pública serán: Creación por un ente público matriz, adoptando una relación de instrumentalidad respecto al mismo; afección al cumplimiento de un fin específico que el ente matriz les propone; estatuto fijado por el ente matriz; organización –material, personal, financiera- constituida y asegurada por el propio fundador, sin perjuicio de una autonomía funcional; designación por el mismo fundador de los titulares de los órganos de la institución y sometimiento de los mismos a sus directivas.

El término “Institución Pública” con su significación general fue acogido en el art. 1.2.c) de la LJ de 1956, desapareciendo en la LJ vigente. Es frecuente en nuestras leyes hablen de “Institutos” (Instituto Nacional de la Seguridad Social, Instituto Social de la Marina, por ejemplo); término muy frecuente también para designar centros docentes o de investigación, aunque la terminología es muy cambiante (Juntas, Patronatos, Consejos, Comisarías, Agencias). En la doctrina es usual hablar de “Administración Institucional” y menos frecuente el uso del ambiguo término “Instituciones”.

Pero han aparecido Fundaciones públicas, regidas actualmente por Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, admitiéndose que la forma de personificación por ella regulado pudiese ser establecido tanto por personas privadas como personas públicas. Las fundaciones que puedan ser creadas por personas jurídico-públicas al amparo de esa Ley serán fundaciones privadas, debiéndose dejarse al margen de la tipología de entes públicos propiamente dichos. Además hay Fundaciones públicas creadas o regidas por Leyes especiales.

La constante variación de fórmulas organizativas administrativas ha tipificado otra fundación regida por el Derecho Público y no por Privado; se trata de las Fundaciones Públicas Sanitarias, reguladas por la Ley de 25 de abril de 1997 y por el art. 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre.

Entre las clases de Corporaciones se distinguen las territoriales (Entidades locales)²³⁷, las sectoriales de base privada y las interadministrativas²³⁸.

En las Corporaciones sectoriales de base privada, se integran en una Corporación grupos de personas que no constituyen una colectividad local. Se distinguen dentro de ellas Corporaciones de Derecho público y Corporaciones de Derecho privado.

-Corporaciones de Derecho público: Son grupos sectoriales de personas asociadas alrededor de alguna finalidad específica. La cualidad de miembros de estas Corporaciones está determinada por una condición objetiva que hace relación al fin corporativo específico (cualidad profesional en los Colegios profesionales, cualidad de comerciante o industrial en las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, de propietarios de suelo afectado por la ejecución de un Plan de urbanismo en las Juntas de Compensación, etc.).

El hecho de que sean de Derecho Público alude a su origen y configuración. La forma pública de personificación supone la exclusión de los cauces privados de formación de estos entes corporativos, siendo creados, o bien directamente por la Ley, caso por caso, o bien por resolución administrativa que opera en el cuadro de géneros corporativos concretos; en este último caso es posible que dicha Ley exija una iniciativa previa de sus futuros miembros, pero tal iniciativa no es un pacto asociativo privado, puesto que no alcanza a configurar el fin específico y las funciones desarrolladas por la corporación, que están previamente fijadas por Ley. Esa iniciativa previa juega como presupuesto para poner en marcha la previsión legal.

Pero no toda Corporación de Derecho público se integra en el sistema de las Administraciones públicas. Es cierto que el ordenamiento configura estas Corporaciones e integra coactivamente a quienes van a ser sus miembros, pero con ello no se persigue una finalidad administrativa sino que se considera que hay un interés público; es decir bajo una forma pública de personificación, concebida como un cauce asociativo necesario, se hacen valer intereses privados de sus miembros pero como intereses objetivos del conjunto del colectivo o profesión que todos ellos forman, en cuya representación frente al Estado hay también una cuota de interés público, es decir los fines privados con frecuencia inciden en regulaciones públicas.

Por consiguiente, las Corporaciones sectoriales de base privada de Derecho público no son Administraciones públicas por esencia y en su totalidad; lo son en la medida en que sean titulares de funciones públicas atribuidas por la Ley o delegadas por actos concretos de la Administración²³⁹,

²³⁷Las Corporaciones territoriales integran a todos los habitantes de una demarcación o unidad territorial para la prosecución de un conjunto indeterminado de fines colectivos. De ellas las genuinas son las entidades locales, que son designadas Corporaciones locales por su legislación específica y por los arts. 141 y 142 de la CE, justamente para resaltar su carácter representativo de la población respectiva; los componentes de esa población se integran en el ente con verdadero status formal de miembros (vecinos). Es a partir de ellos, mediante técnicas representativas más o menos formalizadas como se compone el órgano deliberante superior, el Concejo abierto o el Ayuntamiento en el municipio, la Diputación Provincial en la provincia, la Junta Vecinal o el Consejo en las Entidades locales menores. El carácter de estas Corporaciones es puramente administrativo por el hecho de que sus miembros constituyen una colectividad política (toda la población) y no privada. La Administración del Estado y la de las Comunidades Autónomas no son entes corporativos por la simple razón de que los ciudadanos no integran con sus representantes los órganos de estas Administraciones.

²³⁸Otro supuesto de Corporaciones lo constituyen los entes formados mediante la federación de varios entes administrativos con vistas a una gestión común, normalmente de tipo consorcial; aunque no toda colaboración interadministrativa se instrumenta con la formación de un consorcio.

²³⁹El art. 1.1 LJ incluye a estas Corporaciones entre las Administraciones públicas siempre que “estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o a las Entidades locales”. Esta vinculación de un Ente territorial se da cuando hay ejercicio de funciones públicas. El art. 2.2 de la LRJPAC especifica que “Las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrá asimismo la consideración de Administración Pública”, aunque “sujetaran su actividad a la presente Ley (sólo) cuando ejerzan potestades administrativas”, no por tanto en cuanto a todo el resto.

pero esas funciones no agotan su naturaleza, más bien orientada sustancialmente hacia la atención de intereses propiamente privados; serían un fenómeno adicional, es decir utilizar estas Corporaciones según la técnica de la “autoadministración”, confiriéndoles facultades en el orden administrativo a ejercer sobre sus propios miembros. Se convertirían en agentes descentralizados de la Administración.

Actualmente las técnicas de autoadministración o de colaboración de los particulares organizados en las tareas administrativas no se canalizan necesariamente hacia corporaciones de Derecho público, pues desde hace tiempo están apareciendo cada vez con más frecuencia supuestos de ejercicio de funciones públicas por entidades con personalidad jurídica de Derecho Privado en virtud de mecanismos de delegación o transferencia con fines de autoadministración.

En resumen, las Corporaciones sectoriales privadas, aunque pueden adoptar formas públicas de personificación, no se rigen en la mayor parte de sus actuaciones por un régimen jurídico público, limitando la aplicación de éste, aparte de a su constitución interna, al ejercicio concreto hacia el exterior de ciertos poderes jurídico-públicos que les pueden ser encomendados, viviendo en el resto de su funcionamiento sometidos al Derecho Privado.

- Corporaciones de Derecho privado: Hay también corporaciones reguladas por el Derecho Privado, de las cuales las más paradigmáticas son las sociedades (Art. 36 CC). Serían creadas por acuerdo libre de sus miembros (libertad de asociación: pacto asociativo). Pero hay que matizar que con frecuencia, la libertad privada para la creación de Corporaciones ha venido condicionada a un posterior acto administrativo formal, del cual surgía el reconocimiento de su personalidad. Así por ejemplo el acto de reconocimiento gubernativo de las asociaciones, o los análogos en cuanto al surgimiento de cooperativas y mutualidades.

El pacto asociativo configura libremente el ente en cuestión, en cuanto a su finalidad, estructura y funcionamiento, sin perjuicio de que normativamente puedan establecerse unos cuadros mínimos en cuanto a estos últimos aspectos.

Los cauces privados de formación de estos entes corporativos, que están tasados y limitados por la Ley son: sociedades civiles y mercantiles, cooperativas, mutualidades –que no son necesariamente mercantiles en nuestro Derecho; así las de previsión social y las de Seguridad Social-, y las asociaciones.

1.2.5. La Administración institucional

Es el conjunto de las numerosas organizaciones de que se sirven los Entes territoriales para cumplir concretas funciones de servicio público o de intervención administrativa.

El proceso de creación de estos entes institucionales surge primariamente por las necesidades de gestión de ciertos servicios técnicos especializados, a los que conviene dotar de una organización propia, separada de la común que gestiona indiferenciadamente el conjunto de competencias. Un grado extremo de esa organización *ad hoc* consiste en investir a ésta del dato formal de la personalidad jurídica²⁴⁰, de forma que se independice no sólo como simple conjunto de personas y medios materiales adscritos a la gestión de un solo servicio, sino como centro de

²⁴⁰GARCÍA DE ENTERRÍA, E., RAMÓN FERNÁNDEZ, T., “Curso de Derecho Administrativo V.1”, Ed., Civitas, Madrid, 2013: La personalidad jurídica de las Administraciones institucionales se manifiesta *ad extra*, en la relación con terceros, normalmente de una manera plena en el ámbito de su esfera funcional específica, y sin perjuicio del relieve externo que puedan presentar ciertas manifestaciones de la tutela del ente matriz, en su expresión ordinaria de tutela integradora de la capacidad; pero esa personalidad es completamente deficiente *ad intra*, en la relación interna con su ente matriz.

imputación de relaciones jurídicas.

García de Enterría y Ramón Fernández²⁴¹ consideran como motores del proceso organizativo singular que concluye en la creación de organizaciones independientes, a las que se dota de personalidad jurídica, los siguientes:

- La necesidad de una autonomía de gestión: La atribución de personalidad jurídica supone que las relaciones jurídicas necesarias para la gestión del servicio concluyen en la propia organización y no se transfieren (con los consiguientes alargamientos de los canales de comunicación y dilución de responsabilidades) a la Administración matriz, la cual gana eficacia. Personalizar entes institucionales es una técnica organizativa que persigue crear autonomías funcionales o de gestión.

- La autonomía financiera: La personificación de un ente supone el reconocimiento formal de su capacidad patrimonial y, por tanto, la imputación directa al mismo de sus ingresos y sus gastos, lo cual implica la posibilidad de una excepción al principio de universalidad de los Presupuestos Generales del Estado, con sus postulados clásicos de un presupuesto, una caja, una cuenta. Esa autonomía financiera vendría a habilitar la posibilidad de un Presupuesto propio, con gastos e ingresos propios, una caja propia, una cuenta propia. Con frecuencia este efecto está plenamente justificado en la exigencia de una verdadera explotación industrial, que requiere una contabilidad industrial, incompatible con los rigores de una contabilidad pública, especialmente en cuanto a la afectación de ingresos a los gastos y al consiguiente balance de explotación, que contradice el principio de centralización de todos los ingresos y los gastos del Estado en su conjunto, a través de un presupuesto, en la Caja Central del Tesoro.

- La autonomía jurídica: La personalidad jurídica permite una verdadera huida del Derecho administrativo común. Se utiliza para ello la particularidad de que la configuración y regulación de estos entes institucionales queda remitida a sus estatutos respectivos, que es la norma heterónoma de que el fundador les dota. En los estatutos se consignarán excepciones al sistema administrativo general o, más simplemente, un principio general de libertad de actuación, presentado como un atributo de la autonomía y, en cierto modo, por ello de la personalidad misma. Se excepcionan así principios sustanciales del Derecho Administrativo en materia de personal, de contratos, en materia financiera, patrimonial y contable, haciéndose remisiones al Derecho Privado; con ello se intenta alcanzar una liberación pura y simple de la técnica de la legalidad que domina la actuación de los entes públicos y pretende adquirir la libertad de los propietarios en la gestión de sus negocios.

La personificación jurídica de centros sanitarios aspira a escapar de los aspectos más engorrosos del Derecho público, mediante la utilización del Derecho privado por entes que cumplen funciones administrativas, manteniendo la personalidad de Derecho público, constituyendo ésta una vía para conseguir aumentar la flexibilidad y libertad en su funcionamiento. Esta estrategia es conocida en el ámbito jurídico como la “huída del Derecho Administrativo. También, añade Sánchez Caro²⁴²: “la personalidad jurídica libera de los aspectos más enojosos de la legislación mercantil, como el control de la competencia desleal o la normativa sobre abuso de posición dominante. Por otro lado, al tratarse de personas públicas pueden ostentar potestades administrativas. En cambio la calificación como empresa pública permite escapar de las leyes generales sobre la formación de la voluntad de las Administraciones públicas y, sobre todo, su mecanismo de control, someterse a normas privadas en materia de contratación, personal y patrimonio, y actuar bajo un régimen presupuestario menos exigente”

En el Ordenamiento español siempre ha existido un intento de establecer una normativa común de todas las Administraciones institucionales, que sin embargo, se ha reducido

²⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., RAMÓN FERNÁNDEZ, T., “Curso de Derecho Administrativo V.1.”, Ob. cit.

²⁴² SANCHEZ-CARO, J., “Régimen jurídico de las nuevas formas de gestión en la sanidad española (la perspectiva del Instituto Nacional de la Salud)”, Revista de Administración Sanitaria, IV, 14, 2000, págs. 91-139.

tradicionalmente a unas escasas reglas mayoritarias dirigidas a fijar un control financiero de las mismas, descuidando todos los demás aspectos. Las demás reglas se establecían separadamente por cada tipo de Entidad instrumental y se fijaban definitivamente en sus correspondientes Estatutos donde se perfilan tanto la organización como el régimen jurídico de su actividad.

Con una pretensión unificadora, la LOFAGE, considera a todas las Entidades institucionales dependientes o vinculadas a la Administración General del Estado como Organismos públicos que suponen una manifestación de la descentralización funcional y establece una clasificación de ellos. Junto a ellos también regula las sociedades estatales y los que se llamados por la doctrina “Entes apátridas”. No obstante, el art. 42.2 de la LOFAGE, especifica que los Organismos públicos se rigen por sus estatutos y por sus leyes de creación. Por consiguiente, pese a esa voluntad unificadora de la LOFAGE, habrá tantas clases de entes como entes, puesto que cada uno de ellos cuenta con una normativa propia, sin responder a tipos predeterminados normativamente. Es la llamada “tipicidad” de los entes institucionales.

En cuanto a los Entes institucionales estatales²⁴³, la LOFAGE, en un intento de una nueva ordenación de estos entes, introduce la siguiente tipología y clasificación:

- Organismos públicos²⁴⁴: Organismos autónomos, Entidades públicas empresariales y Agencias Estatales (art. 43 LOFAGE), con organización pública.
- Sociedades mercantiles estatales (Disp. Adic. 12ª LOFAGE), con organización privada.
- Entes que podría llamarse “apátridas” o “atípicos”, con organización pública, resistentes al régimen común, que se rigen fundamentalmente por lo que expresamente disponga su estatuto o

²⁴³La LEEA y luego la LGP han intentado poner remedio a ese abuso en la proliferación de Entes institucionales, estableciendo un “*ius commune cogens*” para estas entidades en cuanto al régimen de financiero, recursos y reclamaciones administrativas, personal y contratos; además unas cuantas leyes generales han extendido de manera expresa su imperio a la actuación de estos Entes (LCAP, LRJPAC), de manera que quede excluido en cuanto a estos aspectos de actuación *ad extra*, afectante a la esfera jurídica de los ciudadanos, el ámbito de las determinaciones estatutarias. El vigente art. 42 LOFAGE intenta constreñir parcialmente el ámbito de los Estatutos propios de cada Organismo público. Pero esta Ley no podrá impedir que las Leyes singulares que crean que crean y regulan esas entidades no puedan exceder de esos límites.

La situación se complicó cuando la LEEA, en su art. 5, Leyes especiales y las sucesivas reformas de la LGP, previeron la existencia de Entes institucionales excluidos del régimen común, con exención del Derecho Público.

La primera regulación general de los Entes institucionales que estableció por la LEEA que dividía las Entidades estatales autónomas en: Servicios sin personalidad jurídica, Organismos autónomos y Empresas nacionales; quedaron fuera de la Ley los Organismos autónomos apátridas (regulados no obstante por el Derecho Administrativo); quedó también excluido el INP. Hasta la LEEA, los establecimientos públicos se regían por su norma de creación.

La LGP abandona la clasificación terminológica de la LEEA, y a efectos presupuestarios y de control económico, introdujo tres novedades: 1) Prescindió de los Servicios Administrativos sin personalidad jurídica, 2) Distinguió dos clases de Organismos autónomos: Organismos autónomos administrativos y Organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero y análogos, 3) Con el inapropiado nombre de Sociedades estatales se englobaron: Sociedades mercantiles (en cuyo capital era mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración del Estado o de sus Organismos autónomos y demás Entidades estatales de Derecho público), Entidades de Derecho público que por Ley ajustasen sus actividades al ordenamiento jurídico privado y “resto de Entes del Sector Público estatal, que se regía por su normativa específica, y por las disposiciones de la LGP” (art. 6.5 LGP), en el que se incluyen los “Entes apátridas”, sustrayéndose por tanto a las reglas generales de los Organismos autónomos o de las sociedades estatales.

²⁴⁴ Los Organismos autónomos realizan funciones fundamentalmente administrativas y se someten plenamente al Derecho público. Las Entidades públicas empresariales realizan funciones de prestaciones de servicios o de producción de bienes susceptibles de contraprestación económica. Se rigen en general por el Derecho privado; les resulta de aplicación el Derecho público en relación con el ejercicio de potestades públicas, en la formación de la voluntad de sus órganos y en los aspectos específicos regulados para las mismas en la propia LOFAGE, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria.

Ley de creación (Disps. Ads. 6ª a 11ª)²⁴⁵. Concretamente la LOFAGE en su disp. adic. 10ª, excluye de su aplicación directa a un cuarto tipo de entidades -Organismos públicos- que se corresponden con las “Administraciones independientes”²⁴⁶, que se rigen por su legislación específica (salvo el Banco de España) y supletoriamente por la propia LOFAGE. Su creación por el legislador responde a una voluntad de neutralizar políticamente su gestión, apartando a ésta en lo posible de la lucha partidista, asegurándose unos espacios libres de control gubernamental. Pero no se trata de una independencia en sentido propio, ni tampoco de una ruptura de los lazos con el Parlamento y el Gobierno, contraria a los principios constitucionales, sino más bien un simple reforzamiento de la autonomía de gestión para el mejor servicio de los valores que la CE proclama.

La LGP/2003²⁴⁷ completa en el ámbito económico-financiero, la regulación que en materia de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado y de los Entes vinculados o dependientes de ella, se contiene en la LOFAGE.

Las Comunidades Autónomas están capacitadas para la creación de entes institucionales en base a su potestad organizativa, connatural con el principio de autonomía, al margen de que algunos Estatutos aluden directa o indirectamente a los Entes institucionales²⁴⁸. La regulación de la Administración Institucional autonómica se ha producido a través de Leyes singulares, que crean y aprueban los estatutos de entes institucionales, Leyes relativas a Hacienda, Finanzas o Patrimonio y Regulaciones generales²⁴⁹ imitadoras de la LEEA; sólo en su defecto se regulan por la LOFAGE.

²⁴⁵ La Disp. adic. 6ª de la LOFAGE se dedica a las Entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social. Se le aplican las previsiones de la LOFAGE para los Organismos autónomos, salvo lo previsto en el párrafo segundo de esa disposición. Es decir cuentan con su propio régimen jurídico específico.

²⁴⁶ Estas entidades son: el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, las Universidades, la Agencia de Protección de Datos, el Consorcio de la Zona Especial de Canarias, la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional.

²⁴⁷ A los efectos de la LGP/2003 (arts. 2 y 3), el *sector público estatal* se divide en:

a) Sector público administrativo, integrado por:

- La Administración General del Estado.
- Organismos autónomos dependientes de la Administración General del Estado.
- Entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social.
- Órganos con dotación diferenciada en los Presupuestos Generales del Estado, que careciendo de personalidad jurídica, no están integrados en la Administración General del Estado.
- Entidades Estatales de Derecho público distintas a los Organismos autónomos o Entidades públicas empresariales.
- Consorcios dotados de personalidad jurídica (art. 6.5 LRJPAC y art. 87 LBRL), cuando uno o varios de los sujetos que forman parte del sector público estatal hayan aportado mayoritariamente a los mismos dinero, bienes o industria y siempre que sus actos estén sujetos directamente o indirectamente al poder de decisión de un órgano del Estado.

b) Sector público empresarial, integrado por:

- Entidades públicas empresariales.
- Sociedades mercantiles estatales, definidas en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.
- Cuando no estén incluidas en el sector público administrativo: Entidades Estatales de Derecho público, distintas a los Organismos autónomos o Entidades públicas empresariales, y Consorcios dotados de personalidad jurídica (art. 6.5 LRJPAC y art. 87 LBRL), cuando uno o varios de los sujetos que forman parte del sector público estatal hayan aportado mayoritariamente a los mismos dinero, bienes o industria y siempre que sus actos estén sujetos directamente o indirectamente al poder de decisión de un órgano del Estado.

c) Sector público fundacional, integrado por las fundaciones del sector público estatal.

²⁴⁸ Vid. art. 13.2 del Estatuto de Andalucía, art. 41 del Estatuto de Galicia, art. 32.2 del Estatuto de Cataluña.

²⁴⁹ Ejemplos serían: la Comunidad de Madrid (Ley de 19 de enero de 1984), Andalucía (Ley 1/1983), Canarias (Ley 7/1984), Extremadura (Ley 3/1985), Galicia (Ley 3/1984), País Vasco (Ley 12/1983), Cataluña (Ley 10/1982 de Finanzas Públicas de Cataluña y el Estatuto de la Empresa pública catalana recogido en la Ley 4/1985 de Regulación, creación y funcionamiento de las Empresas públicas, Entidades de Derecho Público y Sociedades de participación mayoritaria de la Generalidad, llamada Estatuto de la Empresa pública catalana).

La normativa autonómica ha acuñado una tipología más amplia de Entes institucionales que la legislación estatal y debe estudiarse en la legislación autonómica correspondiente como se hace en el Capítulo Cuarto. En términos generales, las regulaciones dictadas por unas y otras Comunidades Autónomas son bastante coincidentes y mantienen el patrón estatal, sin más que leves alteraciones terminológicas. La clasificación es:

- Organismos autónomos²⁵⁰ (Entidades Autónomas en Cataluña): Cuando existe regulación autonómica, refleja sustancialmente el mismo régimen que el descrito en la Administración del Estado. Como regla general la legislación autonómica recoge la diferenciación entre Organismos autónomos de carácter administrativo y Organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo.
- Entes de Derecho Público²⁵¹ o Entidades de Derecho Público Autonómicas; en algunos casos con pequeñas variantes terminológicas, como por ejemplo en la Comunidad de Madrid, se denominan Entes con personalidad pública y régimen de actuación de Derecho privado. Los Organismos autónomos y los Entes de Derecho Público, se recogen en todas las Administraciones autonómicas.
- Sociedades mercantiles: ofrecen unas modalidades más amplias que en la legislación estatal. En la Comunidad de Madrid y de Cataluña, las sociedades mercantiles junto con los Entes de Derecho Público se integran en el tipo común de empresas públicas (término equivalente al de Sociedades estatales).
- En algunas Comunidades Autónomas, las sociedades mercantiles, junto con los Entes de Derecho Público, se integran en un tipo común: el de empresas públicas, como es el caso de la Comunidad de Madrid y de Cataluña.
- En algunos casos, como en Cataluña, se recogen también sociedades civiles, junto a las mercantiles.
- Algunas comunidades autónomas han creado Agencias.

Respecto a los Entes institucionales locales²⁵², la LRBRL ha acuñado una tipología básica que comprende los siguientes tipos: Organismos autónomos, Entidades públicas empresariales, Sociedades mercantiles y Cooperativas. Además de por la citada LRBRL, las Entidades institucionales locales se regulan por el TRL, por la legislación autonómica de Administración local y supletoriamente, en lo no modificado por estas dos normas, por el RSCL de 1955 (que pese a lo dispuesto en la Disp. Final 1ª de la LRBRL no se ha llegado a actualizar y acomodar a la nueva normativa). También deben encuadrarse en la categoría de Entes institucionales locales, los creados en virtud de asociación entre varias Entidades locales, o entre estas y otras Administraciones Públicas. Ejemplo de las primeras son las mancomunidades y de los segundos, los consorcios.

²⁵⁰ La legislación más desarrollada sobre el régimen de los Organismos autónomos se encuentra en la Ley 1/1984, de 19 de enero, reguladora de la Administración institucional de la Comunidad de Madrid, y en la Ley 4/1985, de 29 de marzo, del Estatuto de la Empresa pública catalana.

²⁵¹ COSCULLUELA MONTANER, L., “Manual De Derecho Administrativo. Parte General”, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2012. Clasifica las Entidades Públicas empresariales en: A) Entidades Públicas Empresariales del Estado y B) Entidades de Derecho Público Autonómicas. Estas últimas están previstas en la generalidad de Administraciones institucionales autonómicas, y su regulación se difiere, por lo general, a su Ley de creación. La Ley 4/1985, de 29 de marzo, reguladora del Estatuto de la Empresa pública catalana, regula ampliamente estas entidades en su Capítulo III, estando fuertemente inspirada en el régimen que se establecía en la LGP/1988 para los Entes de Derecho Público estatales.

²⁵² La primera y más completa regulación se encuentra en el RSCL, que a propósito de la regulación de las formas de gestión directa de los servicios públicos admite las modalidades organizativas siguientes: Gestión por la Corporación (sin o con órgano especial de administración), Fundación Pública del Servicio y la Sociedad privada, municipal o provincial. La LRBRL, sustituye la Fundación Pública de Servicio por el Organismo autónomo municipal.

1.3. Formas de gestión de los servicios públicos

La Administración, en cuanto titular de los servicios públicos, ostenta en principio, un alto grado de discrecionalidad para optar entre las diversas alternativas de gestión²⁵³. Desde el punto de vista jurídico, esta libertad se encuentra limitada en dos aspectos²⁵⁴:

a) La técnica organizativa a emplear. La organización de la prestación de los servicios públicos puede efectuarse en régimen de:

- Gestión directa²⁵⁵ o propia, es decir, la Administración titular del servicio realiza la gestión mediante órganos de su estructura central o periférica o mediante entidades instrumentales. Las personas instrumentales pueden ostentar forma pública o forma societaria privada, pero con matices en este último caso. Tras la aprobación de la LOFAGE no resulta posible encomendar a sociedades de capital público (exclusivo o mayoritario) la gestión de servicios que conlleven ejercicio de poderes dotados de autotutela (facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública dice la Disp. Adic. 12ª de dicha Ley).

- La gestión indirecta o contractual, es decir por terceros ajenos al titular del servicio. Supone la intervención de un particular o de una empresa, ligados, a la Administración titular del servicio, por una relación contractual de las enunciadas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLRSP) o en la LGS. Pero el empleo de este régimen, se halla, a su vez, condicionado por dos requisitos. Uno positivo: Los servicios susceptibles de contratación han de tener “un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares” y otro negativo: Está prohibido contratar la gestión de “servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”.

b) En cuanto al régimen jurídico al que debe someterse la prestación del servicio, es decir si dicho régimen debe (o puede ser) de Derecho público o de Derecho privado, existe confusión. El cómo y con qué reglas habrá de gestionarse un servicio público es algo que tiene que determinar el legislador, pero hay que hacer algunas precisiones:

- No hay ningún servicio público que pueda ni deba ser prestado en absoluta sumisión a normas de Derecho público, sin mácula alguna de Derecho privado; ni a la inversa. En todo servicio deben coexistir normas de Derecho público y de Derecho privado; el problema radica en qué proporción

²⁵³MORELL OCAÑA, L. “La organización y las formas de gestión de los servicios en los últimos cincuenta años”, Revista de Administración Pública, núm 150, septiembre-diciembre 1999, págs. 379-411. El autor, en este trabajo clásico, analiza la permanencia de la norma y la transformación del entorno, la gravitación hacia fórmulas de cooperación y la evolución de las formas de gestión directa e indirecta de los servicios, en ese amplio espacio de tiempo de nuestra historia reciente.

²⁵⁴SANTAMARÍA PASTOR J.A. , “Principios de Derecho Administrativo General II.”, Iustel, Madrid, 2009.

²⁵⁵PARADA VÁZQUEZ, R. , “Derecho Administrativo I, Introducción, Organización administrativa y Empleo Público”, Madrid: Open 2013, y COSCULLUELA MONTANER, L., LÓPEZ BENITEZ, M., op. cit. Consideran el dato de la personalidad jurídica diferenciada o no de la Administración titular del servicio. Diferencian entre gestión directa, cuando el gestor es la propia Administración titular del servicio o un órgano diferenciado de la misma, que no tiene reconocida personalidad jurídica independiente, y gestión indirecta, en todos los demás supuestos. Pero reconocen que el criterio más común es el económico, según el cual, la gestión directa es aquella en la que los resultados económicos de la explotación del servicio recaerán de una u otra forma en la Administración titular del servicio. Comprende la gestión por la propia Administración titular y la gestión por órgano diferenciado, si personalidad jurídica, o también cuando la gestión se encomienda a una Administración institucional creada por la Entidad titular para gestionar el servicio (por ejemplo, Entidades Públicas empresariales, Agencias), y los supuestos en que la gestión se atribuya a una sociedad mercantil en cuyo capital participe exclusivamente la Administración titular del servicio. En la gestión indirecta, el riesgo económico de la explotación recae sobre el contratista al que se adjudica la gestión del servicio mediante contrato (concesión, concierto y arrendamiento). Finalmente, atendiendo al criterio económico, cabe establecer la gestión mixta, en la que los resultados económicos de la explotación del servicio se comparten por la Administración titular del servicio y el gestor privado contratado (incluye la gestión interesada, y la sociedad mercantil de economía mixta en la que junto al capital público existe también capital privado).

respectiva y a qué extremos deben extenderse unas y otras.

- Los ámbitos más propicios a ser ocupados por el Derecho privado son los referentes a los aspectos instrumentales de la organización prestadora del servicio (personal, bienes, contratos y régimen financiero).
- Las reglas de funcionamiento del servicio y las relaciones con los usuarios, están llamadas a ser regulados por el Derecho Administrativo de forma mayoritaria, y en los que el Derecho privado parece tener un alcance residual. Ello deriva de la necesidad de garantizar a los usuarios un trato en condiciones diversas a las que resultarían de la lógica del mercado y del Derecho privado.

1.4. Formas jurídicas de organización del sector público sanitario y de provisión pública de asistencia sanitaria

Centrándonos en el sector público sanitario y en la provisión de asistencia sanitaria, en línea con lo anteriormente referido, distinguimos entre gestión directa e indirecta²⁵⁶.

1.4.1. Gestión directa

La gestión directa del servicio público sanitario, se lleva a cabo desde la propia Administración, con sus propios recursos humanos y materiales, pudiendo utilizar para ello, las diversas fórmulas previstas en el Derecho de organización (artículo único –punto 1- Ley 15/1997). En estos supuestos, la Administración asume el riesgo económico de la actividad.

En esta modalidad de gestión, que ha sido y es la forma predominante de gestión de la asistencia sanitaria pública, la producción y provisión del servicio se mantiene en manos de los centros sanitarios del servicio público de salud²⁵⁷.

Salvo los conciertos y convenios, hasta el Real Decreto-Ley 10/1996, era prácticamente la única forma de gestión de los servicios sanitarios en el ya extinguido INSALUD, y también la forma predominante en las Comunidades Autónomas, que fueron asumiendo competencias en la gestión de la asistencia sanitaria, hasta finalizar el proceso transferencial a todas ellas. No obstante, a medida que las Comunidades Autónomas fueron asumiendo las funciones de gestión, empezaron a introducir nuevas formas de gestión, abanderando esta iniciativa Cataluña, Galicia y Andalucía.

Antes de abordar el análisis de la formas de gestión directa, es necesario realizar unas precisiones. En primer lugar, hay que tener en cuenta, que la creación de una nueva entidad con personalidad jurídica para la gestión, no implica gestión indirecta del servicio sanitario, por el contrario, se trata de gestión directa. Como anteriormente se dijo, la gestión directa incluye la teoría del riesgo económico de la Administración, que es inexistente en los supuestos de gestión indirecta. Esto se corrobora, por lo dispuesto en el art. 8.2 TRLCSP, sobre el contrato de gestión de servicios

²⁵⁶Clasificaciones similares, con leves diferencias, son las de MENENDEZ REXACH, GÓMEZ DE HITTA y MARTIN MARTIN. Este último, distingue entre: Financiación: Son financiadores las Administración General del Estado y los Gobiernos Autonómicos; establecen normas generales reguladoras de la asistencia sanitaria y asignan los recursos financieros disponibles, obtenidos vía impuestos, a los compradores de servicios para la población afiliada a su territorio. Compra: Son compradores las Áreas de Salud; éstas deben definir las necesidades de la población y sus prioridades; de acuerdo con el Informe Abril, con los recursos que le asigna el financiador, contratan con proveedores la prestación de servicios sanitarios, con el objetivo de conseguir para la población afiliada la mejor calidad en los servicios con los recursos disponibles; además fiscalizan el mantenimiento de las circunstancias de acreditación y el cumplimiento escrupuloso de los conciertos y contratos, y ejecutan las normas recibidas en materia de Salud Pública, prevención y promoción. Provisión: La función la realizan los hospitales, centros de salud, médicos en equipo, oficinas de farmacia, tanto públicos como privados. Cada proveedor presta determinados servicios sanitarios a la población del Área de Salud.

²⁵⁷MARTIN MARTIN, J.J., “Nuevas formas de gestión en las organizaciones sanitarias”, Fundación Alternativas y serie Documentos de Trabajo, número 14/2003.

públicos: “las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública”. Es decir, la Ley asume que se trata en esos supuestos de gestión directa.

La existencia de centros, servicios y establecimientos diferenciados y especializados en prestar asistencia sanitaria, sin personalidad jurídica, es una consecuencia natural y derivada del carácter técnico de la actividad prestadora de la Administración Sanitaria. Esos centros sanitarios son gestionados directamente. Esta es la situación generalizada en el Sistema Nacional de Salud.

En cuanto al régimen jurídico de estas formas de gestión, el hecho de que se trate de formas de gestión directa no supone que, necesariamente, se hayan de regir por el Derecho público. Dependiendo de la forma organizacional, las normas jurídicas por las que se rige la gestión directa pueden ser tanto de Derecho público como de Derecho privado, o incluso, por una combinación de ambos. Hay formas de gestión directa o indirecta, que presuponen la aplicación del Derecho público necesariamente, como por ejemplo el organismo autónomo en la gestión directa, o la concesión, en la indirecta. En cambio, hay otras formas de gestión que fundamentalmente requieren el régimen jurídico privado, con independencia de que la forma de gestión sea directa o indirecta, como es el caso de la fundación o la sociedad mercantil.

La clasificación de las formas de gestión directa, que se va a desarrollar a continuación, es:

- Formas sin personalidad diferenciada: Estructuras administrativas ordinarias y órganos especializados
- Organismo con personalidad jurídica propia de naturaleza pública:
 - En el ámbito del Estado, Organismos Públicos: Organismo autónomo, Entidad pública empresarial y Agencia estatal.
 - En el ámbito de las Comunidades Autónomas: Organismos públicos creados por estas Administraciones.
 - En el sector sanitario: Fundación pública sanitaria.
- Empresa pública (Sociedad Mercantil Pública), cuyo capital pertenezca íntegramente, es decir, en exclusiva a la Entidad matriz, que la ha creado con esa finalidad instrumental. Son creadas por el Estado, Comunidades Autónomas, normalmente, como sociedades anónimas).
- Fundaciones públicas (en mano pública) de la Ley 50/2002 y de las correspondientes leyes autonómicas.

1.4.2. Gestión indirecta

La gestión indirecta, por su parte, supone que la Administración sanitaria responsable lleva a cabo la prestación de los servicios sanitarios con medios ajenos a ellas (art. 90.1 LGS). Es decir, la prestación del servicio se encomienda a un tercero a través del correspondiente contrato administrativo.

La provisión del servicio se mantiene en el Servicio de Salud pero su producción se contrata con el sector privado, tenga o no, finalidad lucrativa, mediante contratos de externalización que pueden llevarse a cabo a través de contratos regulados por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos de Sector Público

(TRLCSP), o bien, concierto para la prestación de servicios sanitarios o convenio singular de vinculación (LGS).

Aunque la utilización de formas de gestión indirecta en la Sanidad ha sido vista por algunos sectores como una forma más o menos encubierta de privatización del servicio, sin embargo el TS ha aclarado su constitucionalidad y legalidad en la Sentencia de 20 de diciembre de 2005 en la que se invoca la doctrina constitucional: “los artículos 41 y 43 de la Constitución no imponen la gestión pública, directa y exclusiva del sistema de salud, cual parece pretender el recurrente, como así además lo ha declarado el Tribunal Constitucional al decir en sentencia 37/94, “que el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de seguridad social salvando el carácter indisponible para el legislador de la garantía constitucional de esta institución, es un derecho de estricta configuración legal, y que el carácter público del sistema no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privada”.

Aparte de estas formas de gestión, directas e indirectas, estaría el consorcio, que no es una forma de gestión, sino un Organismo público personificado, que puede adoptar cualquiera de las formas jurídicas de gestión admitidas por el Derecho vigente.

Las nuevas formas de gestión sanitaria, tanto directas como indirectas, están en principio tasadas. Esto es la Ley 15/1997, de forma genérica, admite la utilización para el ámbito sanitario, de cualquiera de las formas de gestión ya existentes en el Ordenamiento Jurídico, de tal forma que no hay más formas de gestión que las previstas en la leyes, que lógicamente, pueden crear nuevas figuras o modificar las ya existentes. Por tanto, la forma jurídica que adopten las entidades de gestión y administración sanitaria deben encontrar una categorización previa en el ordenamiento jurídico, público o privado.

1.5. La utilización del Derecho privado en la gestión de la asistencia sanitaria pública: Sus límites

El concepto orgánico-subjetivo de Administración Pública que atribuye la condición de tal sólo a aquellos sujetos que pueden ser calificados como Administración, conduciría a excluir del sometimiento al Derecho Público a los supuestos de actuación de la Administración con sujeción al Derecho privado. Sin embargo, la CE maneja un concepto más amplio de Administración.

El art. 103.1 CE en relación con el art. 106.1 de la misma, maneja un concepto de Administración Pública omnicompreensivo -en sentido material- de toda la actividad administrativa, tanto de la actividad de policía-intervención como de la prestadora de servicios. Esto es comprende todas las múltiples y variadas actuaciones de las que se ha hecho cargo el Estado actual, dentro de su concepción como Estado Social (art. 1.1 CE). Este carácter supone una ampliación de los fines del mismo, imponiéndose a la Administración metas que requieren formas de gestión flexibles, que de entrada parecen encontrarse más fácilmente en el ámbito del Derecho Privado, frente a los límites, trabas y limitaciones, que clásicamente se suelen atribuir a la actividad administrativa, regulada por el Derecho Administrativo.

En este contexto aparece la actuación de la Administración bajo formas de Derecho privado, es decir la Administración utiliza este Derecho, para el cumplimiento de competencias públicas.

La principal justificación, aunque no la única, del hecho de que la Administración Pública acuda a formas de Derecho privado, es el principio de eficacia, que debe regir la totalidad de la actuación administrativa y que es mencionado expresamente en el art. 103.1 CE.

Hay que distinguir entre la utilización del Derecho privado por la Administración sólo en la “forma de actuación”, que se refiere a la situación en que una persona jurídico-pública, de naturaleza territorial o institucional, lleva a cabo una determinada actividad de acuerdo con el Derecho Privado, y la utilización del Derecho privado en la “forma de organización”, que hace referencia a los supuestos en los que las personas jurídico-públicas se valen de las formas organizativas que ofrece el Derecho privado (sociedades mercantiles o fundaciones, por ejemplo) para llevar a cabo las tareas que le corresponden. La opción por formas organizativas jurídico-privadas suele suponer, el sometimiento de sus actividades a las reglas del Derecho privado que rigen la actuación de las personas jurídico-privadas.

Esta huída del Derecho Administrativo se hace visible en la organización de los servicios sanitarios públicos y en la gestión de la asistencia sanitaria, aunque surgen dudas sobre su admisibilidad por el Ordenamiento Jurídico.

Surge el debate de si existe reserva de una serie de competencias públicas a la Administración entendida en sentido orgánico-subjetivo, y por ende, al Derecho Administrativo. En caso de ser la respuesta afirmativa, esas funciones públicas no podrán ser gestionadas, ni directa ni indirectamente, a través de formas de Derecho privado. El resto de las funciones administrativas, no reservadas a la Administración en sentido orgánico, podrían cumplirse eligiendo entre fórmulas de Derecho público o privado.

En la CE existe una garantía institucional de Administración Pública que la configura como una institución sometida al Derecho Administrativo y a la jurisdicción Contencioso-Administrativa. Esta afirmación impide que la Administración se pueda convertir en una persona de Derecho privado y que pueda gestionar bajo este régimen las funciones públicas que tiene encomendadas. Pero esa garantía constitucional limitaría su extensión al ejercicio de “soberanía o funciones de autoridad”, reservando la utilización del Derecho común a las actividades de gestión de la Administración.

No se puede identificar el Derecho al que se refiere el art. 103.1 CE, solamente con el Derecho Administrativo. Hay que entender que el principio de legalidad no debe restringirse a las normas de Derecho público que resulten aplicables, sino al conjunto del ordenamiento jurídico.

La existencia, por mandato constitucional, de la Administración Pública, del Derecho Administrativo y de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no impiden que determinadas funciones de carácter público puedan ser gestionadas en régimen de Derecho privado.

Una identificación entre ejercicio de funciones públicas y Administración Pública/Derecho Administrativo significará una fosilización de la Administración y una renuncia innecesaria a las diversas formas para lograr el objetivo de la Administración que no es otro que el del cumplimiento de los intereses generales a la vista de los mandatos constitucionales, entre los que destacan los principios rectores de la política social y económica.

Por consiguiente, no existe una reserva absoluta de la actuación administrativa a la Administración Pública entendida en sentido orgánico-subjetivo y, correlativamente, al Derecho Administrativo (inexistencia de una reserva absoluta de competencias públicas a la Administración). Pero esto no puede llevar a la conclusión que existe una absoluta libertad de la Administración Pública para actuar bajo el Derecho privado, sino que ha de tenerse en cuenta que la Administración Pública, en todo caso, debe someterse igualmente a determinados requisitos, principios o limitaciones.

Por consiguiente van a existir límites al ejercicio de las actividades administrativas en régimen de Derecho privado.

El Derecho Administrativo privado es el Derecho aplicable a la realización de tareas administrativas, en principio, bajo fórmulas de Derecho privado, pero corregido y modificado para dar entrada a principios propios del Derecho público. Esta doctrina pretende distinguir entre la actividad privada de la Administración, sometida por completo al ordenamiento privado, de aquella otra que se sujeta a un “Derecho privado administrativo”, por cuya virtud, algunas normas del Derecho público, modifican, completan o sustituyen a las reglas del Derecho privado general. El Derecho Administrativo privado, pretende la aplicación de ciertas garantías del Derecho Administrativo a la satisfacción de ciertos fines públicos por medio del Derecho privado.

Las personificaciones jurídico-privadas que desarrollan funciones públicas, son instrumentos en manos de la Administración pública para la consecución de los intereses generales, por tanto la actividad que realizan estos sujetos supone el desarrollo de las competencias que tiene encomendadas la Administración matriz y que se sustentan en derechos exclusivos o especiales que les permite sustraerse de las exigencias y condicionamientos de la competencia del mercado, esto es, que se han de ejercer con las mismas ventajas e inconvenientes y con los mismos límites que presiden su ámbito de actuación. Además su actividad, está financiada, total o mayoritariamente con fondos públicos. La Administración pública, ejerce sobre estas personificaciones jurídico-privadas la dirección y control, y mantiene sobre ellas una influencia y posición dominante.

En toda aquella actuación que pueda incidir o afectar a los derechos de los ciudadanos han de ser de aplicación los principios jurídico-públicos con independencia de su actividad privada.

Pero las normas jurídico-públicas que han de integrarse en este ordenamiento privado han de ser compatibles con la imprescindible flexibilidad de la actuación a través de estas figuras de Derecho privado.

El debate sobre la huida del Derecho Administrativo, no debe centrarse en las virtudes o carencias del Derecho Privado para el efectivo cumplimiento de las competencias públicas, sino en la articulación de los controles necesarios del ejercicio en régimen jurídico-privado de estas funciones públicas y en su eficacia.

Examinaremos los límites o limitaciones que, derivados del Derecho público, se aplican a la actuación de la Administración bajo fórmulas jurídico-privadas.

- Sometimiento a los principios constitucionales

En primer lugar, reconocida una actividad como administrativa, como Administración Pública en sentido material, no podrá liberarse de la observancia de los límites inherentes al cumplimiento de los principios básicos que caracterizan constitucionalmente a la Administración.

Puesto que la decisión de utilizar el Derecho privado o de la creación de entes personificados de Derecho privado, suele ser una decisión legislativa o, al menos trae causa o encuentra cobertura en una norma con rango de ley, parece que los límites a la utilización del Derecho privado por la Administración han de ser de rango constitucional²⁵⁸.

Las funciones públicas pueden ser desarrolladas, tanto por la Administración pública en forma privada o a través de personas físicas o jurídicas privadas, pero, en el ejercicio de funciones públicas, estas entidades han de garantizar el cumplimiento escrupuloso de estos principios- límites-, que de otra forma podrá ser exigido por los ciudadanos ante los tribunales de justicia.

El Derecho privado aplicable a la Administración en sentido material se encuentra inundado de la finalidad de interés general que caracteriza la actuación de la Administración Pública en todos sus sentidos, y reviste necesariamente ciertas especialidades que provocan que este Derecho privado no sea idéntico al que se aplica a las relaciones entre particulares.

²⁵⁸ La Administración ha de ejercer su actividad con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (arts. 9.3, 103.1 y 106 CE), Los Tribunales de Justicia –Jurisdicción Contencioso- Administrativa, art. 153 CE- han de controlar esa plena sumisión de la Administración a la legalidad, Entre los elementos más esenciales del ordenamiento que vinculan a la Administración destacan la necesidad de que su actuación sirva de modo objetivo a los intereses generales predeterminados en aquel (art. 103.1 CE) y se justifique causalmente en ellos de forma suficientemente proporcionada o adecuada (art. 106.1 CE), El principio constitucional de igualdad vincula con especial intensidad a la Administración en toda su actuación, imponiéndole específicas formas a su actuación que la salvaguarden (arts. 1, 14, 23, 31, 33.3 y 106.2 CE), Los actos administrativos deben producirse a través de un procedimiento que ha de garantizar, cuando proceda, la audiencia del interesado (art. 105.c CE), lo que constituye una exigencia típica de la actuación de cualquier Poder público, que es, como tal, desconocida en el Derecho privado, El Estado y lo mismo ocurre con las demás entidades públicas, sólo puede actuar sometiéndose en sus gastos a las previsiones presupuestarias públicas debidamente aprobadas (art. 134 CE), esto es, a los principios de control previstos en la LGP, Existe una necesaria regulación legal específica de todos los bienes públicos, tanto si son demaniales como si su naturaleza es patrimonial (art. 132 CE), por lo que su tráfico y uso se sujetan a reglas que no serán coincidentes con las del Derecho privado, al servicio de los fines públicos que ordena la norma de su creación (art. 103.1 y 31.2 CE), Régimen de responsabilidad patrimonial objetiva de los daños derivados de la actuación administrativa (art. 106 CE).

- Sujeción a los derechos fundamentales de la actuación administrativa bajo formas jurídico-privadas

Es un lugar común para la doctrina y la jurisprudencia que el poder administrativo está vinculado y sometido al respeto de los derechos fundamentales también cuando actúa bajo las formas de Derecho privado, por mandato constitucional (art. 9.1 y 53.1 CE). Por consiguiente, la actuación administrativa bajo formas jurídico-privadas, está sujeta al respeto a los derechos fundamentales.

- Reserva relativa de Administración Pública en materia del derecho a la protección del derecho y de gestión sanitaria

Es preciso analizar si existe una reserva parcial que impida que ciertas funciones públicas en materia de gestión sanitaria puedan ser ejercidas por entidades no pertenecientes a un concepto orgánico de Administración o estén sometidas al Derecho privado.

¿ Es posible existencia de una reserva de Administración en los ámbitos de la actividad administrativa de prestación y de producción y oferta de bienes y servicios por la propia Administración?. Para responder a esta pregunta, previamente, es preciso distinguir estos dos ámbitos de la actuación administrativa, de los que se derivan consecuencias jurídicas distintas, y diversos regímenes jurídicos, para uno y otro campo de la actividad administrativa.

De una parte, estaría la prestación de servicios públicos, que pueden considerarse tareas directamente administrativas y, por otro lado, lo que podría llamarse actividad empresarial de la Administración, esto es, la participación de ésta en la actividad económica como empresario. En este último caso, la Administración no puede dejar de servir, por imperativo del art. 103.1 CE, a los intereses generales, aunque la conexión con estos sólo se produce de manera mediata.

Del art. 128.2 CE se extrae que caen bajo regímenes distintos, por un lado, las actividades estrictamente consideradas de servicio público (reserva de estas mediante ley al sector público); y, por otro, la denominada Actividad empresarial de la Administración (se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica).

El art. 128.2 CE consagra un concepto estricto de servicio público: Una actividad prestacional que por ley se sustrae del ámbito de la libertad del mercado (art. 38 CE) y se atribuye a una organización jurídico-pública (*publicatio*), que podrá gestionarla directa o indirectamente.

No es posible realizar una delimitación precisa entre las actividades de prestación de servicios públicos en sentido estricto y la actividad administrativa empresarial, ambas contempladas en el art. 128.2 CE.

Hay actividades no reservadas al sector público que pueden ser prestadas por la Administración, en concurrencia con los particulares (precisamente, por no estar reservadas), y que no caen bajo lo que en sentido estricto habría que considerar actividad administrativa empresarial (art. 128.2, primera parte), sino que son tareas administrativas de carácter prestacional. En esta categoría estarían las prestaciones de asistencia sanitaria. Estas no estarían reservadas al sector público, pero nadie duda de que todas estas actividades, son tareas propiamente administrativas, en el marco del art. 103.1 CE.

Admitida la utilización por la Administración de formas de Derecho privado en su actividad de prestación y de producción y oferta de bienes y servicios por la propia Administración, hay que resaltar que existe en éste ámbito un núcleo irreductible de Derecho público. Ha de existir un equilibrio de potestades fundamentadas en la Constitución y garantías constitucionales, lo que constituye el fundamento del Derecho Administrativo, que es el único capaz de asegurar el servicio público y asegurar a sus usuarios.

Entre esas potestades estarían las de “organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones sanitarias”, art. 43.2 CE.

Si se quiere asegurar el acceso de los ciudadanos a unas prestaciones sanitarias básicas, deben otorgarse poderes exorbitantes a las Administraciones Públicas: asegurar la continuidad, frente al derecho a huelga, encauzar su prestación, imponer la obligación de prestar el servicio sin discriminación, frente a la libertad de elección del cliente, etc.

Las garantías de los ciudadanos arrancan de la doble vinculación de toda actuación administrativa: En cuanto poder público, la Administración queda sujeta a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), donde se incluyen los derechos fundamentales y los principios generales constitucionales (art. 9.3 CE); en cuanto que es parte del poder ejecutivo, debe servir los intereses generales con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE) bajo el control de los Tribunales (art. 106.1 CE); a ello hay que añadir que, en materia sanitaria, es misión de la ley fijar los derechos y deberes de todos los sujetos del servicio (art. 43.2 CE).

En línea con lo anterior, al Ley 15/1997, de habilitación de nuevas formas de gestión en el Sistema Nacional de Salud, deja claro el carácter de servicio público en el art. único.1. Esta misma idea está presente en los arts. 5, 44.1 y 45 LGS.

En el citado ya “Informe Abril”, se afirmó que “el carácter de servicio público no está determinado por la forma jurídica en que se organiza, sino básicamente, por la naturaleza de la función, por el origen público de los recursos que la financia y, en el caso concreto del Sistema Nacional de Salud, por la igualdad de todos los ciudadanos en el acceso a la asistencia....”.

De esta afirmación de la condición de servicio público, se deriva un limitado papel para el Derecho privado y el sometimiento de su actuar a los límites constitucionales inherentes al actuar de la Administración: principio de igualdad, publicidad y concurrencia en la contratación, régimen del personal, respeto de los derechos fundamentales, etc.).

Desde la doctrina²⁵⁹ se ha afirmado la existencia de una reserva de Administración Pública en relación con la gestión de la Sanidad Pública.

Para rechazar o no ésta afirmación, partimos de las previsiones constitucionales al respecto: arts. 41 y 43, así como al reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, establecido en los arts. 149.1, párrafos 16 y 17, y 148.1.21.

En primer lugar, la Constitución exige “un régimen público” de Seguridad Social, que sería incompatible con su gestión privada; en definitiva que existe una reserva de Administración Pública o de Derecho Administrativo en esta materia. Pero esto no es así. En primer lugar, es necesario señalar que hay que excluir la aplicación del art. 41 CE en materia de gestión sanitaria, ya que utiliza un concepto de Seguridad Social, expresamente referido a “prestaciones sociales” y no a las sanitarias de las que se ocupa el art. 43 CE. Además, en la gestión de la Seguridad Social, colaboran las Mutuas de Accidentes de Trabajo y las Empresas, que pertenecen al ámbito privado.

²⁵⁹PIÑAR MAÑAS, J.L., “Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones”, REDA, núm. 97, 1998, 58-59.

Por su parte el 43.2 CE no prescribe un “régimen público” de salud, sino que ordena a los poderes públicos “organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas y las prestaciones y servicios necesarios”. Es decir, la Constitución, exige la existencia de un sistema de salud pública, que debe ser organizado y tutelado, por la Administración Pública. Sin embargo no prejuzga la forma de gestión de dicho sistema de salud pública, ni su régimen jurídico, de modo que el poder público puede organizar la actividad prestacional en sentido jurídico-administrativo, pero también utilizar formas privadas de prestación del servicio. No se encuentra en la Constitución ningún obstáculo en la utilización de formas jurídico-privadas en el sector sanitario público.

En conclusión, la salud pública es concebida en la CE como un “servicio esencial”, o como un “servicio público” en el amplio sentido de este concepto que maneja el propio texto constitucional, pero no necesariamente como un servicio público en sentido estricto, esto es, como una actividad prestacional de titularidad pública.

La tutela pública queda garantizada, en el caso de las formas de gestión a través de personas jurídico-privadas, mediante las funciones directivas que la entidad creadora ejerce sobre sus entes instrumentales. Así, en las fundaciones privadas en mano pública, este control se articula a través de la composición del Patronato y mediante la institución del protectorado regulado en la Ley de Fundaciones, que corresponde al Ministerio de Sanidad o a la Consejería de Salud correspondiente.

Es común afirmar que este art. 43 CE, aunque prejuzga la organización de un servicio público en sentido amplio, no determina que su prestación se haya de realizar en régimen de monopolio. Entre los condicionantes constitucionales a la organización de los servicios sanitarios está el reconocimiento constitucional a la necesaria presencia de la iniciativa privada en el sector sanitario. La CE reconoce la libertad de ejercicio de la profesión (art. 36) y libertad de empresa (art. 38), lo que obliga a establecer una estructura organizativa no impeditiva de la presencia de la iniciativa privada en el sector sanitario. Pero la protección constitucional de la misma no condiciona las opciones que sobre la organización del sector público sanitario elija el legislador.

El art. 43 CE no prejuzga la forma de organización de los servicios sanitarios que se requieren para la protección de la salud, ni el modelo de relaciones entre los profesionales sanitarios y los usuarios del servicio.

La existencia del SNS, público y de gestión oficial, no es consecuencia ni obligada ni natural del precepto contenido en el art. 43.2 CE.

En resumen, salvo el mandato constitucional que debe existir una organización sanitaria pública, no se encuentran en la Constitución Española prescripciones que impongan algunas peculiaridades y excluyan otras.

- Reserva relativa en materia de autoorganización administrativa

Surge la interrogante de si para la Administración Pública existe una “libertad de formas” a la hora de elegir la forma en que llevar a cabo la ejecución de las competencias que tiene encomendadas. Lo más razonable²⁶⁰ es considerar que la reserva relativa de ley prevista en el art. 103.2 CE no puede alcanzar a la exigencia de establecer por ley los criterios que deben tener en cuenta para elegir las distintas formas de organización de la Administración posibles, ni parece que se pueda concluir afirmando que exista límite alguno, en estos momentos a la libertad de autoorganización de las Administraciones Públicas.

²⁶⁰DOMINGUEZ MARTIN, M., “Formas de Gestión de la Sanidad Pública”, Ed. La Ley, Madrid, 2006, pág. 468.

Cuando se habla en el contexto de la Administración Pública, de “libertad de formas”, no se hace alusión a una libertad equivalente a la que disfruta el individuo, sino que se alude a la discrecionalidad que se atribuye a una personalidad jurídico-pública en materia de autoorganización, para cumplir con sus tareas administrativas de la forma más eficaz posible.

- Autonomía de la voluntad, persecución de intereses generales y ánimo de lucro en la Administración

Aunque con límites, el ordenamiento jurídico, permite que la Administración se valga de técnicas organizativas del Derecho privado, con carácter general, para conseguir una mayor eficacia en su actuación (art. 103.1 CE), pero eso no concede a las personas jurídico-privadas resultantes ni derechos fundamentales, ni autonomía de la voluntad.

En el Estado de Derecho, definido en el art. 1.1 CE, la libertad y los derechos fundamentales en que se concreta, se reconocen a favor de los ciudadanos y, en primer término, frente al poder público, frente al Estado. La autonomía de la voluntad, concepto bajo el que se conoce el aspecto del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), faculta a la persona para autodeterminar sus intereses propios; en el Estado que surgió del liberalismo tiene, igualmente, como beneficiario al ciudadano y como destinatario al Estado o poder público (art. 53.1 CE).

No son titulares de derechos fundamentales, ni el Estado, en sentido amplio, ni la Administración, salvo excepciones. El TC sienta una negativa de principio a su aptitud, en abstracto y con carácter general, para ser titulares de estos derechos; pero respecto a ciertos derechos fundamentales, sí que ha reconocido la posible titularidad de las organizaciones jurídico-públicas (STC 64/1988, de 12 de abril). Por ejemplo, en materia de autonomía universitaria, la STC 55/1989, de 23 de febrero, también sobre derechos de comunicación del art. 20.1 CE, la STC 64/1988, de 12 de abril; respecto a la tutela judicial efectiva de personas públicas cuando litigan, la STC 175/2001, de 12 de julio).

El sometimiento pleno a la ley y al Derecho de la Administración Pública, *ex art.* 103.1 CE, supone que, mientras la capacidad de las personas privadas es una actitud para tomar decisiones libres, la de los entes públicos es una capacidad vinculada a la observancia de la totalidad del sistema normativo y, más aún a la persecución de determinados fines, para la consecución del interés general. La persecución de un fin distinto al previsto en la norma atributiva da lugar a un específico vicio de legalidad, denominado desviación de poder.

La presencia del interés general como criterio rector que ha de inspirar el actuar de la Administración Pública, no puede excepcionarse cuando ésta actúe en régimen de Derecho privado o a través de formas de personificación jurídico-privadas y ello porque estas personificaciones privadas son instrumentos en manos de una Administración Pública para la consecución de los intereses generales (art. 103.1 CE).

Que el Estado cree una organización jurídico-privada no hace surgir un Estado, que pudiera invocar ámbitos de libertad y derechos fundamentales frente al Estado (poder público y vinculado por estos)²⁶¹.

La idea de persecución del interés general por parte de la Administración debe estar presente también en toda decisión de optar por una u otra forma organizativa. Así cuando la Administración opta por una forma de organización típicamente de Derecho privado, como por ejemplo una

²⁶¹RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., “Proyecto docente para la primera prueba del concurso para la provisión de la Plaza de Profesor Titular de la Universidad Autónoma de Madrid”, inédito, Madrid, 1998. pág. 71. Recoge esta gráfica expresión de Wolff/Bachof/Stober.

sociedad mercantil o una fundación en mano pública, ha de justificar una conexión con el interés general que necesariamente ha de perseguir²⁶².

Los órganos u organizaciones del Estado son medios al servicio de fines, y no gozan de ámbitos potencialmente ilimitados de autodeterminación, sino estrictamente de las competencias que se le otorguen para la consecución de esos fines generales. Exactamente, lo contrario a la persona, el ciudadano o el individuo.

La Administración Pública, cualquiera que sea su ropaje jurídico, está sujeta al principio de legalidad y debe actuar siempre al servicio de los intereses generales. No tiene libertad de acción como los particulares, ni puede evitar la aplicación de los principios jurídicos que ordenan su actuación en cuanto poder público.

Por lo que respecta a la actuación empresarial de la Administración, no sería acorde con la Constitución, una actividad de este tipo dirigida por aquella que tuviera como única finalidad la obtención de beneficios económicos. No se excluye que se obtengan beneficios accesoriamente, pero la finalidad última de cualquier actividad dirigida o dominada por la Administración, por imposición del art. 103.1 CE, ha de ser el servicio a los intereses generales. Esto, por definición, parece excluir una iniciativa empresarial presidida exclusivamente por el ánimo de lucro.

No parece que un Estado que tiene poder de financiarse con impuestos (art. 31, 133, 134 CE), la simple obtención de beneficios económicos a través de una actividad empresarial, pudiera representar, en sí, un interés público de los que justifican la actuación administrativa, según el art. 103.1 CE.

- La técnica de los actos separables

Un límite al uso del Derecho Privado por las Administraciones Públicas se encuentra en la técnica de los actos separables

Esta técnica cuenta en la actualidad con un amplio reconocimiento doctrinal, jurisprudencial y legal.

La doctrina de los actos separables surgió en Francia como instrumento para delimitar la competencia de las jurisdicciones civil y administrativa, a consecuencia de los contratos celebrados por la Administración.

En síntesis los actos separables, consisten en que la Administración puede en ciertos casos contratar de acuerdo con el Derecho Privado, pero al ser una organización pública, se rige por un procedimiento público tasado, y antes de llegar al contrato y a su contenido, por muy privado que éste sea, habrá de pasar por una fase preparatoria que se traduce en una pluralidad de actos de carácter administrativo. Todos estos actos preparatorios y el acto de adjudicación son perfectamente separables del contrato mismo que se perfecciona después de ellos.

Esta doctrina la encontramos reflejada en el vigente Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en el art. 20.2²⁶³ (Contratos privados) y en el art. 21.1²⁶⁴ (Jurisdicción competente).

²⁶²La STS de 10 de octubre de 1989, anula el acto de constitución de una empresa pública municipal, entre otros motivos, por la inconcreción y generalidad del objeto social contemplado en sus estatutos, circunstancia que es considerada como sintomática de la inexistencia de este interés público, con lo que se conculca “el principio de especialidad de las empresas públicas”.

²⁶³Art. 20.2 TRLCSP: “Los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes

Una previsión de esta técnica se recoge en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, Ley 33/2003 de 3 de noviembre, en la regulación de los convenios, y demás negocios jurídicos sobre bienes y derechos patrimoniales (art. 110 LPAP²⁶⁵).

- La doctrina del “levantamiento del velo”

Cuando la Administración Pública ejerce sus competencias a través de entidades de naturaleza privada, hay que entender que detrás de esa actuación se encuentra la propia Administración creadora de ese sujeto privado.

La relación existente entre la Administración Pública y la entidad instrumental que aquélla utiliza, queda reforzada por la denominada “doctrina del levantamiento del velo”, que afirma la mera instrumentalidad de las entidades de naturaleza privada, a los efectos de imputación final de derechos y deberes que corresponde, a pesar de la distinción patrimonial, a la Administración matriz.

Rebollo Puig²⁶⁶, refiriéndose al ámbito sanitario, afirma que “la autonomía que se consigue con todas estas personificaciones instrumentales, ya sean de Derecho público o de Derecho privado, es siempre limitada, porque, a fin de cuentas, el ente filial está en manos de la Administración que lo crea y conserva poderes para controlarlo: son entes artificiales tras cuya vestidura no hay ningún sustrato social diferente de la Administración matriz”.

La jurisprudencia constitucional ha llamado la atención acerca de la relación de dependencia existente entre las sociedades mercantiles participadas mayoritariamente por la Administración Pública y, a pesar de que no utiliza formalmente la doctrina del levantamiento del velo, carga las tintas en la relación de instrumentalidad de estas peculiares sociedades. En este sentido, la STC 14/1986, de 31 de enero en la que se declara inconstitucional la creación de una modalidad societaria denominada “sociedad pública especial”, afirma lo que sigue (FJ 8º):

“Parece claro que, como observa la doctrina, la instrumentalidad de los entes que se personifican o que funcionan de acuerdo con el Derecho privado, remiten su titularidad final a una instancia administrativa inequívocamente pública, como público es también el ámbito interno de las relaciones que conexionan dichos entes con la Administración de la que dependen, tratándose en definitiva de la utilización por la Administración de técnicas ofrecidas por el Derecho privado, como medio práctico de ampliar su acción social y económica. Se ha dicho también que la forma mercantil supone la introducción en el tráfico de una entidad que externamente, en sus relaciones con terceros, va a producirse bajo un régimen de Derecho privado, pero internamente tal sociedad

normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado”.

²⁶⁴ Art. 21.1 TRLCSP: “El orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos. Igualmente corresponderá a este orden jurisdiccional el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada...”

²⁶⁵ Art. 110 LPAP: Régimen jurídico de los negocios patrimoniales: “1. Los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre bienes y derechos patrimoniales se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo y, en lo no previsto en estas normas, por la legislación de contratos de las Administraciones públicas. Sus efectos y extinción se regirán por esta Ley y las normas de derecho privado.....3. El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan sobre estos contratos entre las partes. No obstante, se considerarán actos jurídicos separables los que se dicten en relación con su preparación y adjudicación y, en consecuencia, podrán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de acuerdo con su normativa reguladora”.

²⁶⁶ REBOLLO PUIG, M., en “Las estructuras del bienestar. Derecho, economía y sociedad en España”, MUÑOZ MACHADO, S., GARCÍA DELGADO, J. M., GONZALEZ SEARA, L. (Dirs.), Escuela Libre Editorial – Civitas, Madrid, 1997, pág. 283.

es realmente una pertenencia de la Administración, que aparece como socio exclusivo de la misma, un ente institucional propio de la misma, y a estos conceptos responde la regulación legal española, bien que la misma haya que entresacarse a veces de ordenamientos o cuerpos diversos, como pueden ser los ya citados”

En el conflicto entre seguridad jurídica y justicia (arts 1.1. y 9.3 CE), se ha decidido por aplicar la práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de ésta ficción o forma legal se puedan perjudicar intereses privados o públicos como camino de fraude (art. 6.2 Código civil), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar (levantar el velo jurídico) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 Código Civil) en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10 CE).

Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza con una finalidad fraudulenta y de forma no acorde con lo que constituye la justificación de esa figura, los Tribunales pueden descartarla o prescindir de ella. Esta intromisión de los jueces en interior de esas personas jurídicas para evitar el abuso de esa independencia es precisamente lo que se llama el “levantamiento del velo”.

De esta forma, la doctrina sobre el levantamiento del velo permite que la Administración sea responsable final, centro de imputación si se prefiere, de las acciones u omisiones, de los derechos y deberes de las entidades de naturaleza privada que crea o que dependen en la práctica de las decisiones de la propia Administración.

La primera sentencia española que aplicó la doctrina del levantamiento del velo fue la STS 28 de mayo de 1984 (Ar. 2800). En aplicación de los principios de prohibición del abuso del derecho, buena fe y fraude de ley, el Tribunal "levantó el velo" de una Sociedad Anónima "con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (...) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude".

- El respeto del reparto de competencias

La Administración Pública estatal no puede crear organismos públicos ni sociedades mercantiles con competencias que escapen de las atribuidas en la Constitución, ni las Comunidades Autónomas pueden superar las contenidas en sus respectivos Estatutos de Autonomía, ni finalmente, las entidades locales pueden excederse de las competencias que los legisladores estatal y autonómico configuren.

La utilización de formas de actuación jurídico-privadas no permite, tampoco, dejar de lado las reglas constitucionales y legales, del reparto de poder público entre las diferentes organizaciones jurídico-públicas: Estado, Comunidades Autónomas y entidades de la Administración Local.

Es evidente que cuando la Administración acude a formas de gestión propias del Derecho privado debe cumplir la exigencia de que la misma se lleve a cabo dentro del ámbito competencial de la Administración que la realiza.

La capacidad competencial viene delimitada por dos factores: primero, las materias o competencias normativamente atribuidas a cada uno de los niveles de entes primarios (art. 2.2 LOFAGE); y segundo, la territorialidad del interés que cada acción concreta pretende satisfacer. Cada entidad posee capacidad para actuar jurídicamente en las materias o competencias de que es titular, y siempre que con ello se persiga un interés que no exceda sensiblemente de su territorio.

Un ejemplo de este límite a la huída del Derecho Administrativo, se encuentra en la STC 52/1994, de 24 de febrero, en la que afirma, en su FJ 5º, lo siguiente:

“Que la Administración actúe sometida al Derecho mercantil o civil no la exonera de su deber de respetar el orden constitucional de competencias. Resulta indiferente que su actuación sea llevada a cabo a través de órganos o servicios encuadrados en su organización matriz, o que por el contrario sea realizada por entidades con personalidad jurídica propia, pero controladas y dirigidas por la Administración del Estado”. Para el Tribunal Constitucional, la utilización por la Administración Pública de formas jurídico-privadas “no puede desbordar en ningún caso los límites trazados por el orden constitucional de competencias”, dado que “admitir lo contrario sería tanto como aceptar que basta con convertir Direcciones Generales, y otros centros directivos de los Departamentos que forman la Administración del Estado, en sociedades anónimas u otros entes sometidos al Derecho privado para ignorar y burlar la distribución territorial de competencias establecida en el bloque de la constitucionalidad”. El Tribunal Constitucional concluye, por lo tanto, que “la capacidad jurídico-privada de los entes administrativos no es título de competencia, y su ejercicio debe respetar el orden constitucional de competencias”.

- Limitaciones en el ámbito del personal: reserva relativa a la selección y régimen jurídico del personal de la Administración Pública y del Sistema Nacional de Salud

Las limitaciones a la utilización del Derecho privado en materia del personal del Sistema Nacional de Salud, se analizan en e Capítulo V.

- Limitaciones en el ámbito de la contratación

La aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público traspuso al ordenamiento jurídico español el contenido de la Directiva 2004/18/CE 1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios (en adelante, Directiva 2004/18/CE), circunstancia que supuso la incorporación en el ámbito estatal de la figura del acuerdo marco, instrumento de racionalización técnica de la contratación pública. Esta línea modernizadora basada en la eficiencia pública, continúa presente en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

El Título I del Libro I del TRLCSP está dedicado a regular una serie de características comunes a todo contrato celebrado por el sector público y, por consiguiente, aplicables a las contrataciones de las sociedades mercantiles y fundaciones referidas en su art. 3. Se regula así la necesidad e idoneidad del contrato, así como sus plazos y prórrogas. Se establece el principio de libertad de pactos, así como el contenido mínimo contractual. La Ley también regula la perfección, forma, fiscalización y estadística de los contratos, así como su régimen de invalidez.

El principio de libertad de pactos implica que en los contratos del sector público podrán incluirse todas aquellas cláusulas, condiciones y pactos que se consideren convenientes. Los límites a la libertad de pactos están configurados por la prohibición de contrariar el interés público, el Ordenamiento Jurídico, o los llamados principios de buena administración.

Otro límite expreso a la libertad de pactos es el relacionado con la elaboración de contratos mixtos, en los que se fusionan prestaciones relativas a diversos tipos contractuales. En tal caso, se sigue el principio de unidad funcional, de manera que las distintas prestaciones habrán de guardar entre sí un vínculo de complementariedad que permita considerarlas como una sola unidad.

- Limitaciones relativas a la responsabilidad patrimonial de la Administración

La CE consagra el sistema vigente de la responsabilidad patrimonial, al establecer el art. 106.2 que los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. El artículo citado ha sido desarrollado por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Título X, artículos 139 a 146).

Se trata de un sistema unitario de responsabilidad patrimonial, al aplicarse a todas las Administraciones Públicas sin excepción. La unidad del sistema protege por igual a todos los perjudicados por la actividad administrativa, tal y como se desprende de los arts. 106.2 CE, 149.1.18ª CE y 144 LRJPAC.

Al referirse el art. 106.2 CE a la responsabilidad derivada del funcionamiento de los servicios públicos, establece un ámbito más amplio que la responsabilidad derivada de la actuación de las Administraciones Públicas (concepto orgánico-subjetivo), incluyéndose también, los servicios públicos prestados a través de sujetos de titularidad pública pero con forma jurídico-privada, incluso, de formas indirectas de gestión.

Ahora bien, se pueden plantear problemas y dudas para determinar la responsabilidad última del responsable de la producción de un daño determinado. Además, la huida del Derecho Administrativo, puede llegar a alterar de manera relevante el ámbito subjetivo del régimen de responsabilidad patrimonial.

No plantea dudas el sometimiento al régimen jurídico descrito, de los supuestos en los que la prestación de los servicios sanitarios se lleva a cabo a través de las estructuras ordinarias de la Administración o a través de órganos especializados -no personalizados-, que es la opción más frecuente en nuestro Ordenamiento Jurídico.

En cuanto al sometimiento a esta normativa en los supuestos de prestación de servicios a través de formas de personificación jurídico-pública (Organismos autónomos, Entidades de Derecho público, Entidades públicas empresariales, Fundaciones públicas sanitarias, etc), en principio encajan en el art. 2 LRJPAC, cuyo apartado 2 incluye dentro del ámbito de aplicación de la LRJPAC, “a las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualesquiera de las Administraciones Públicas (...) cuando ejerzan potestades administrativas...”. Por tanto se entiende que a estos sujetos se les aplica, en su actuación, el régimen jurídico de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

A los sujetos jurídico-públicos, que se someten, aunque sea parcialmente al Derecho privado, se les puede extender ese régimen jurídico, porque la vestidura jurídica de la Administración obligada a prestar un servicio público no puede cambiar ese régimen. En concreto, en la legislación sanitaria, cuando se ha optado por este tipo de personificaciones para la configuración de los Servicios de Salud autonómicos, se ha hecho con la específica previsión de ajustar su régimen de responsabilidad patrimonial a la LRJPAC.

Un tratamiento diferenciado de los anteriores merecen los supuestos de actuación de la Administración bajo formas jurídico-privadas, es decir a través de sociedades mercantiles o fundaciones sanitarias privadas en mano pública. Estos supuestos no pueden ser considerados como Administración Pública, en los términos del art. 2.2 LRJPAC, pues no tienen personalidad jurídica pública, sino personalidad jurídico-privada.

El art. 35 del RD 29/2000, de 14 de enero, de nuevas formas de gestión, resultó muy claro al establecer que “1. Las reclamaciones que formulen los ciudadanos encaminadas al resarcimiento de los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria prestada a través de las entidades recogidas en el art. 3 del presente Real Decreto, se regirán por lo dispuesto en la Ley 30/1992 (.....) y en el Real Decreto 429/1993 (...). 2. Tales reclamaciones (...) se dirigirán por los interesados al Instituto Nacional de la Salud, contra cuya resolución cabe recurso contencioso-administrativo, pudiendo actuar los centros sanitarios, en virtud de personalidad jurídica, como codemandados (...)”.

Aunque este precepto ha perdido su aplicabilidad al traspasarse las competencias sanitarias a las Comunidades Autónomas, resulta muy gráfico de un determinada visión de la Administración, que persigue asegurar las garantías que el Derecho Administrativo reconoce a favor del administrado/paciente, con independencia de la forma de gestión por la que se opte.

El fundamento de esta visión, aparte de la determinación normativa, reside en la naturaleza de la actividad de asistencia sanitaria, que es un servicio público, con independencia de la fórmula de gestión a través de la que se lleve a cabo²⁶⁷.

En consecuencia, como servicio público que es, los daños causados por las sociedades mercantiles o fundaciones constituidas por la Administración para llevar a cabo sus competencias en materia sanitaria deben quedar incluidos en el régimen de responsabilidad objetiva y directa que para aquélla establece el Ordenamiento jurídico. Si el motivo de la creación de estos sujetos es la eficacia en la gestión, esta eficacia no debería ser un obstáculo para la aplicación de la responsabilidad objetiva.

Más complicado es determinar el alcance de la responsabilidad de la Administración por los daños ocasionados por sus contratistas, concesionarios o colaboradores privados. En la LRJPAC no se contiene ninguna referencia a estos supuestos, sin embargo, sí se ocupa el art. 214 del TRLCSP, referido a la Indemnización de daños y perjuicios: “Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato”. Hay que entender que esta responsabilidad se ventila ante la Jurisdicción Civil y conforme a las normas de Derecho Privado.

Sin embargo esta responsabilidad del contratista puede trasladarse a la Administración Pública cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, dentro de los límites señalados en las Leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación. En estos supuestos, responderá la Administración, conforme al régimen contenido en la LRJPAC y ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.

Por tanto el régimen de responsabilidad de concesionarios y contratistas es idéntico en cuanto a la relación con la Administración, cuestión distinta es cómo se articula este sistema de responsabilidad patrimonial en relación con los terceros que sufren los daños.

²⁶⁷La exigencia de que, con independencia de la forma de gestión por la que se opte, se garantice y preserve la condición de servicio público, se recoge en el art. 3 RD 29/2000, y en los arts. 5, 44.1 y 45 LGS y en el art. único 1 de la Ley 15/1997, de Habilitación de Nuevas Formas de Gestión en el Sistema Nacional de Salud).

La obligación de la Administración de atender un determinado servicio público abarca también el que tenga que reparar los daños que se puedan causar durante su funcionamiento. El modo de gestión no modifica el régimen de responsabilidad del titular del servicio, ni cuando procede a la creación de entidades instrumentales, ni cuando contrata el servicio. Esto es, la relación contractual entre contratista o concesionario con la Administración no desvirtúa la posición de ésta de garante que el ordenamiento jurídico le atribuye frente a los ciudadanos. La Administración podrá pactar con el gestor del servicio el reparto de beneficios y de responsabilidades, pero no puede exonerarse de su condición de responsable directo ante los particulares, sin perjuicio, de su facultad de repetir contra aquel que asumió la cobertura patrimonial de los daños²⁶⁸. A favor de esa conclusión está lo ya dicho, respecto a las modalidades de gestión indirecta, según lo cual, la Administración se reserva el ejercicio de potestades de inspección y control del servicio prestado por un centro o establecimiento privado, siendo ésta intervención mayor en el caso de los centros vinculados que en los concertados.

Finalmente, la DA 12ª LRJPAC, somete a su régimen de responsabilidad y a la jurisdicción Contenciosa-Administrativa, “la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales u autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas”. Contrario a esta concepción amplia de los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración, es el argumento de que resulta excesivo imputar a la Administración los daños producidos por terceros que no son funcionarios, ni trabajadores, ni agentes de la Administración, y que ni siquiera actúan siempre a sus órdenes, por lo que no le pueden ser imputados²⁶⁹. Es decir aunque se defienda una concepción amplia de agente u órgano administrativo, no cabe incluir dentro de ella al concesionario o al contratista, ya que éste no se integra en la organización administrativa. Por tanto, su actuación no puede considerarse imputable a la Administración, según exige la LRJPAC, a fin de que ésta responda patrimonialmente. Frente a este argumento, se puede afirmar que, de la misma forma que a la Administración se le atribuyen los daños causados por las personas físicas que integran su organización cuando actúan en su condición de órganos de la misma, igualmente cuando la Administración crea una entidad personificada para llevar a cabo sus funciones o encomienda o delega éstas en sujetos privados, éstos pasan a formar parte de su organización y la Administración debe asumir sus actuaciones como si de un trabajador, en sentido amplio se tratase²⁷⁰.

En consecuencia, cuando la Administración actúa a través de fórmulas de gestión instrumentales o que utilizan o son de Derecho privado, su responsabilidad no puede quedar excluida. El modo de gestión del servicio público no cambia ni el régimen jurídico de la prestación atendida, ni las garantías que lo rodean, que lo son del servicio como relación jurídica entre la Administración titular y el usuario, no de la forma jurídica en que se preste²⁷¹.

Por tanto, de nuevo se está en presencia de una cierta limitación o control de la actuación de la Administración que se lleva a cabo a través de este tipo de fórmulas de Derecho privado, lo que es posible gracias a “levantar el velo” de la forma externa.

²⁶⁸ VILLAR ROJAS, F.J., “La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: fundamentos y límites”, en “Derecho y Salud”, vol. 2, Ed. Praxis, Barcelona, 1996, pags. 113-114.

²⁶⁹ MUÑOZ MACHADO, S., “Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración sanitaria (algunas reflexiones de las funciones actuales de la responsabilidad civil)”, en “Responsabilidad del personal del personal sanitario”, Madrid, 1995, pags. 190-191.

²⁷⁰ RODRIGUEZ LOPEZ, S., “Nuevas formas de gestión hospitalaria y responsabilidad patrimonial de la Administración”, Ed. Dykinson, 2004, págs. 247.

²⁷¹ VILLAR ROJAS, Ob. cit. y MIR PUIGPELAT, O., “La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad”, Civitas, Madrid, 2000, págs. 121-123.

- Sometimiento al control de la jurisdicción ordinaria

La Administración está sometida en sus actuaciones a una serie de condicionantes y límites, tanto cuando actúa bajo formas de Derecho público o de Derecho privado. A la vez existe un control de su ajuste a esos límites.

Los mecanismos de control son variados. Desde el control de la actuación administrativa por los órganos de representación democrática –Cortes Generales, en el ámbito del Estado, Asambleas o Parlamentos autonómicos, en las Comunidades Autónomas, y Pleno de las Corporaciones Locales-, hasta los controles especializados por el Tribunal de Cuentas o el Tribunal de Defensa de la Competencia.

También hay que preguntarse, si es posible un control jurisdiccional, y en caso afirmativo, si es competente la Jurisdicción Contencioso-Administrativa o la Civil.

Si se atiende a un concepto puramente formal u orgánico de Administración, las formas jurídico-privadas de actuación que ésta adopte deberían someterse a la Jurisdicción Civil, puesto que no encajarían en el ámbito de aplicación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Por el contrario, un concepto material de Administración, llevaría a incluir dentro del ámbito de esta Jurisdicción a toda actuación que pudiera considerarse materialmente administrativa incluida, la desarrollada por los sujetos jurídico-privados. Parece, que esta segunda opción, no tiene encaje en el art. 1 y 2 LJCA, que son los que determinan el ámbito de aplicación esa Ley.

Aún con todo, el art. 2.d) LJCA deja la puerta abierta a la posibilidad de competencia de la jurisdicción Contencioso-Administrativa para controlar a sujetos privados: “El Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: (.....) Los actos administrativos de control o fiscalización dictados por la Administración concedente, respecto de los dictados por los concesionarios de los servicios públicos que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a los mismos, así como los actos de los propios concesionarios cuando puedan ser recurridos directamente ante este Orden jurisdiccional de conformidad con la legislación sectorial correspondiente”.

Puede afirmarse con carácter general, que lo normal será que ese control corresponda a los órganos del Orden Jurisdiccional Contencioso-administrativo. No obstante, no cabe excluir que en ocasiones, sean los Juzgados o Tribunales del Orden civil los llamados a hacer efectiva la exigencia del cumplimiento de los principios mencionados, por la razón de que las líneas que separan el reparto de asuntos entre los órganos de la jurisdicción Contencioso-Administrativo y los de la Civil no necesariamente coinciden con la frontera entre las ramas del Derecho aplicable (público o privado).

Como ejemplo puede analizarse el régimen de contratación establecido en el TRLCSP y el control jurisdiccional de los litigios que se pudieran plantear. De acuerdo con su art. 2, “Son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 3”, en el que se incluyen las Entidades públicas empresariales (en sus relaciones con terceros se rigen por el Derecho privado) y dos personificaciones jurídico-privadas: las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 % y las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 % por

bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades. Tanto las Entidades públicas empresariales, como las sociedades mercantiles y las fundaciones, no tendrán la condición de Administración Pública, de acuerdo con el art. 3.2 TRLCSP.

Los litigios derivados de los contratos administrativos celebrados por una Administración Pública - según el art. 3.2 TRLCSP- se someterán a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Las Administraciones Públicas - según el art.3.2 TRLCSP- , y los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas, según el art. 3 TRLCSP, podrán celebrar contratos privados (art. 20 TRLCSP); pues bien a éstos se les aplica la técnica de los “actos separables”(arts. 20 y 21 TRLCSP), analizada anteriormente. Precisamente en relación con estos últimos, el art. 2 b) LJCA establece que “el Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones públicas”.

Para el conocimiento del resto de cuestiones (efectos, cumplimiento y extinción) de los contratos privados, el Orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes (art. 21.2 TRLCSP).

Otro ámbito especialmente polémico, en el que tradicionalmente ha resultado muy difícil determinar cual es la jurisdicción competente, es el de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. La cuestión se aclaró, por la regulación de la LRJPAC y el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial.

El art. 144 LRJPAC establece que cuando las Administraciones públicas actúen en relaciones de Derecho Privado, responden directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre, exigiéndose la responsabilidad conforme a lo previsto en la propia LRJPAC, lo que supone la atribución a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del conocimiento de las reclamaciones judiciales en esta cuestión.

El art. 2 e) LJCA dice que el Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad”.

Es clara también la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando en su art. 9.4, regula que los Juzgados del Orden Contencioso Administrativo “conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si en la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva. También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas.

Con estas modificaciones legales parece que queda clara la intención del legislador de acabar con la confusión de la competencia jurisdiccional, atribuyendo la competencia para conocer de estos asuntos a la jurisdicción Contencioso- Administrativa, tanto en relación de Derecho público como privado, y aunque intervenga un tercero en la producción del daño.

Dadas las semejanzas, aunque con matices, de las opciones organizativas utilizadas en el sector sanitario, tanto por el Estado como por las Comunidades Autónomas, la exposición del régimen jurídico básico de las personas jurídico-públicas y jurídico-privadas, en la legislación del Estado, sirve como marco teórico de referencia común a todas ellas.

2. GESTIÓN DIRECTA DE LOS SERVICIOS SANITARIOS

Se estudian a continuación las modalidades de organización, concretamente, el concepto, regulación, organización y gestión de personal, haciendo además referencia a su utilización en el sector sanitario. No se abordan aquellos tipos organizativos que, aunque teóricamente podrían emplearse para la organización del sector público sanitario y para la provisión pública de asistencia sanitaria, no se han utilizado.

2.1. Las formas sin personalidad diferenciada²⁷²: Estructuras administrativas ordinarias y órganos especializados

2.1.1. Concepto

Las Administraciones Territoriales pueden ser prestadoras de servicios públicos sin necesidad de crear otras personas jurídicas. En la denominada por la doctrina tradicional²⁷³ gestión indiferenciada, la prestación del servicio se realiza por los órganos ordinarios que constituyen la burocracia administrativa de la propia Administración. Estas entidades pueden tener cierta autonomía financiera.

Ahora bien, esta opción, como forma de gestión única, es inaplicable a la Administración sanitaria o, mejor, para la prestación de la asistencia sanitaria, ya que para gestionar esta prestación es necesario que existan órganos especializados, es decir, centros y establecimientos sanitarios. Estos, por definición, no se ajustan a las estructuras administrativas ordinarias.

En estos casos, las funciones se atribuyen, en régimen de desconcentración, a órganos especializados -los centros y establecimientos sanitarios- y también, a cualquier estructura específica que se constituya para la gestión de un establecimiento, un servicio público o el ejercicio de una función pública.

²⁷²Los contratos-programa entre las autoridades sanitarias y los órganos de prestación de servicios, puestos en marcha en su día por el INSALUD, y posteriormente en Andalucía, Cataluña y otras Comunidades Autónomas, no son un modo de gestión indirecta de servicios sanitarios. Son acuerdos entre dos órganos administrativos, uno responsable de la financiación y otro encargado de la prestación, en los que se definen los objetivos y programas sanitarios a realizar por el centro asistencial, la asignación de recursos, la fijación de un plazo para su cumplimiento y el establecimiento de incentivos para su consecución. Los contratos-programa no son reconducibles a ninguna de las formas de gestión contractual de servicios, son una forma de gestión directa de los servicios sanitarios. Su fundamento jurídico es la potestad de autoorganización de la Administración Pública y, en particular, la competencia de los órganos administrativos de dirigir la actividad de los jerárquicamente subordinados mediante instrucciones y órdenes de servicios (art. 21 de la LRJPAC).

²⁷³GARRIDO FALLA, F., "Tratado de Derecho Administrativo", Volumen I (Parte General)", Ed. Tecnos, Madrid, 2010.

Estamos ante órganos especializados no personificados. De hecho, ésta es la opción organizativa más frecuente, como se manifiesta en la configuración de las Áreas de Salud, que en ningún caso han sido personificadas, ni en la legislación estatal, ni en la autonómica, o de los centros y establecimientos, tanto de Atención primaria como especializada.

2.1.2. Regulación

En cuanto a su regulación, tanto para los órganos desconcentrados ordinarios como especializados, no existe otra normativa diferente de la que regula la Administración que los crea y en cuya estructura organizativa se incardinan. Por consiguiente, la legislación básica está constituida por la LOFAGE en el ámbito de la Administración del Estado y por las correspondientes leyes de las Comunidades Autónomas.

Se constituyen mediante Real Decreto u Orden, dependiendo del rango del órgano que las crea en el ámbito del Estado. Las Comunidades Autónomas pueden constituir las mediante Decreto.

Su creación corresponde al Consejo de Ministros, al Ministro respectivo (art. 10 LOFAGE), o al Consejo de Gobierno, según la correspondiente legislación autonómica.

En cuanto a su régimen jurídico, están sometidas al Derecho público.

2.1.3. Organización

Las formas jurídicas sin personalidad se organizan en su totalidad bajo formas de Derecho Administrativo, pues son Administración Pública y están en el ámbito de aplicación de la LRJPAC, encajando en el tenor literal del art. 2 de ésta Ley. Sus actos y acuerdos, se rigen por la LRJPAC.

Al ser meros órganos integrados en la estructura de una Administración Territorial, es el principio de jerarquía el que define las relaciones *ad intra* de la organización, no existiendo relación de instrumentalidad, ni ejercicio del principio de tutela.

La desconcentración es otro principio que juega un papel importante en la organización de estas formas sin personalidad. La prestación se lleva a cabo a través de los órganos centrales ministeriales o de la correspondiente Consejería de una Comunidad Autónoma, sobre el territorio correspondiente sobre el que ejercen sus competencias, y sus órganos desconcentrados -periféricos-.

En cuanto al órgano de dirección, dispondrán de un titular nombrado por el órgano superior.

No disponen de patrimonio propio, salvo que las normas de creación establezcan lo contrario. El régimen económico- financiero y presupuestario se establece en la LGP.

La gestión de recursos de estas formas jurídicas está regida en todo caso por el Derecho público, rigiéndose la contratación por el TRLCSP.

2.1.4. Gestión de personal

El personal se somete al régimen funcionarial y estatutario. Sólo en el caso de que las relaciones de puestos de trabajo o las plantillas así lo establezcan, se admitirá la vinculación del personal en régimen laboral.

2.1.5. Utilización en el sector sanitario

En el sector sanitario, estas formas organizativas se utilizaron en el siglo XIX, para la prestación de servicios sanitarios por las Corporaciones locales (antiguas Casas de Socorro, hospitales municipales y provinciales).

Como ejemplo de estructura específica, en algunos Servicios de Salud, como es el caso del Servicio Andaluz de Salud, en los hospitales y centros de salud adscritos al mismo, se están desarrollando Unidades Clínicas de Gestión, que son organizaciones sin personalidad jurídica propia, que aglutinan profesionales de diferentes categorías y con actividades sanitarias en común, cuyo objetivo es aumentar la calidad global de la atención sanitaria, para lo que cuentan con una capacidad limitada para decidir sobre los recursos que utilizan, buscándose una mayor corresponsabilización de los profesionales que integran la Unidad.

En conclusión²⁷⁴, sobre la prestación del servicio de salud por órganos ordinarios de la propia Administración, se considera que esta fórmula se puede utilizar para funciones de dirección y control, e incluso de inspección y sanción, pero no para las funciones esencialmente prestacionales. Es decir, no se puede utilizar para la ejecución de las competencias sanitarias, ni para la prestación de la asistencia sanitaria, ya que para ello es necesario que existan órganos especializados como se ha dicho.

2.2. Gestión directa a través de organismos públicos

Ya se ha dicho que, junto a las Administraciones territoriales, existe una amplia gama de personas jurídicas administrativas cuyo conjunto se denomina por la doctrina con el nombre de “Administración institucional” o “Administración instrumental”. Se ha producido una enorme proliferación de este tipo de organizaciones administrativas, no sólo cuantitativamente, en cuanto al número de entidades de este tipo existentes y al volumen de recursos monetarios gestionados por ellas, sino que, además, tiene una enorme importancia cualitativa, por cuanto sectores capitales de la actividad administrativa, están íntegramente confiados a entes de esta naturaleza, como ocurre en el sector sanitario.

En la prestación del servicio a través de un organismo público, es la propia Administración la que crea una organización a la que dota de personalidad jurídica propia, pero que sigue dependiendo de ella, y a la que encomienda la prestación del servicio público sanitario

La utilización de personificaciones jurídico-públicas en el ámbito sanitario ha sido la opción que unánimemente se ha seguido para la configuración primero del INSALUD, y luego del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) -conserva la misma personalidad jurídica y naturaleza de Entidad Gestora de la Seguridad Social que el INSALUD-, así como de los correspondientes Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas.

Menos común es acudir a estas formas de personificación de Derecho público para la configuración de centros o establecimientos que llevan a cabo la prestación o provisión de la asistencia sanitaria. En el INSALUD, esta opción, nunca se consideró, cuando éste disfrutaba de las competencias sanitarias asistenciales. Sin embargo ha sido una opción organizativa tomada en consideración por parte de las Comunidades Autónomas.

Dadas las semejanzas, aunque con matices, de las opciones organizativas utilizadas en el sector sanitario, tanto por el Estado como por las Comunidades Autónomas, la exposición del

²⁷⁴DOMINGUEZ MARTIN, M., “Formas de gestión de la sanidad pública en España”, La Ley, Madrid, 2006.

régimen jurídico básico de las personas jurídico-públicas, en la legislación de la Administración General del Estado, sirve como marco teórico de referencia común a todas.

Se hará referencia a continuación, a los organismos públicos, y a una figura, que la legislación estatal ha establecido específicamente para el ámbito sanitario. Se trata de las fundaciones públicas sanitarias, que con carácter general, se asimilan a las Entidades públicas empresariales.

El concepto de organismo público engloba a todas las entidades de Derecho público²⁷⁵ dependientes o vinculadas a la Administración General del Estado, tal y como se afirma expresamente en la propia Exposición de Motivos de la LOFAGE.

La denominación de Organismo público, está integrada por tres categorías (art. 43.1 LOFAGE):

- Los Organismos autónomos (art. 45 a 52 LOFAGE).
- Las Entidades públicas empresariales (arts. 53 y ss. LOFAGE)
- Las Agencias estatales (art. 43 LOFAGE y Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales para la mejora de los Servicios públicos –LAE -).

Según se infiere de estos preceptos, uno de los signos identificadores del concepto de organismo público es la dependencia o vinculación de la propia Administración General del Estado. Se puede afirmar que se trata de un supuesto de tutela material o relación cuasi jerárquica. Así, los Organismos públicos tienen una relación de dependencia o adscripción respecto del Ministerio correspondiente (art. 2.3. LOFAGE). La normativa que los regula establece unos controles funcionales a favor del Ministerio que alejan claramente estas figuras de la autonomía e independencia formalmente invocada.

Nos encontramos ante una verdadera Administración entendida en sentido orgánico, dado que esas tres categorías forman parte de la estructura organizativa estatal, conforme se establece expresamente en las normas que las regulan (LOFAGE y LAE).

La LOFAGE atribuye a los Organismos públicos los siguientes caracteres jurídicos:

- Atribución de personalidad jurídica-pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios y autonomía de gestión (art. 42.1 LOFAGE).
- La finalidad para la que se constituyen es la realización de actividades de fomento, prestación o contenido económico reservado a la Administración General del Estado (art. 2.3 LOFAGE).
- Los estatutos podrán atribuir a los Organismos públicos la potestad de ordenar aspectos secundarios del funcionamiento del servicio encomendado, en el marco y con el alcance establecido por las disposiciones que fijan el régimen jurídico básico de dicho servicio (art. 42.2 LOFAGE).
- La LOFAGE establece un marco común jurídico para los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales, respecto a su creación, modificación y extinción (arts. 61 a 64 LOFAGE). Junto a la ley de creación, el instrumento central de gestión y organización está constituido por los estatutos, que deben ser aprobados por Real Decreto del Gobierno.

²⁷⁵ El Instituto Social de la Marina, que tiene atribuida la gestión del Regimen Especial de la Seguridad Social, y en concreto gestión de asistencia sanitaria, tras la última reforma –RD 504/2011- se configura como una Entidad de Derecho público.

No obstante lo anterior, existen diferencias, en cuanto a la regulación entre las tres categorías de Entes públicos, por lo que analizarán por separado.

2.2.1. Organismo autónomo

2.2.1.1. Concepto

El art. 45.1 de la LOFAGE define los Organismos autónomos, como aquellos organismos públicos que se rigen por el Derecho Administrativo y a los que se encomienda, en régimen de descentralización funcional y en ejecución de programas específicos de la actividad de un Ministerio, la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos.

2.2.1.2. Regulación

El régimen jurídico aplicable es Derecho público. Su creación se hace por ley, en la que se fija el Ministerio al que se adscriben. Los estatutos²⁷⁶, aprobados por Real Decreto del Consejo de Ministros, son su norma reguladora básica, pues en ellos se establece el régimen jurídico aplicable, su organización, régimen de bienes y presupuestario así como el económico-financiero.

2.2.1.3. Organización

En cuanto a su organización y actividad están sometidos al Derecho Administrativo, adscribiéndose, directamente o a través de otro Organismo público, al Ministerio competente en razón de la materia, a través del órgano que en cada caso se determine. El órgano de dirección, lo establecerán sus Estatutos.

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

En cuanto a los recursos económicos y bienes adscritos de los Organismos autónomos, pueden provenir de las siguientes fuentes (art. 65 LOFAGE):

- Los bienes y valores que constituyen su patrimonio.
- Los productos y rentas de dicho patrimonio.
- Las consignaciones específicas que tuvieren asignadas en los Presupuestos Generales del Estado.
- Las transferencias corrientes o de capital que procedan de las Administraciones o entidades públicas.
- Los ingresos ordinarios y extraordinarios que están autorizados a percibir, según las disposiciones por las que se rijan.
- Las donaciones, legados y otras aportaciones de Entidades privadas y de particulares.
- Cualquier otro recurso que pudiera serles atribuido.

²⁷⁶Para los organismos autónomos y entidades públicas empresariales, el apartado 1 del art. 62 de la LOFAGE, regula los extremos que deberán contener sus estatutos y el Plan inicial de actuación del Organismo público.

Su régimen patrimonial será el establecido en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP). El Patrimonio, puede ser propio y/o adscrito (asignado para el cumplimiento de sus fines). En cuanto a las competencias que sobre sus bienes tienen los Organismos autónomos, al igual que las Entidades públicas empresariales, el art. 10.6 LPAP, las enumera, estableciendo en el art. 9.3 LPAP, con carácter general, que la "gestión, administración y explotación de los bienes y derechos del Patrimonio del Estado que sean titularidad de los organismos públicos corresponderá a estos, de acuerdo con lo señalado en sus normas de creación o de su organización y funcionamiento o en sus estatutos, con sujeción en todo caso a lo establecido para dichos bienes y derechos en ésta Ley"

El régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad y de control financiero será el establecido en la Ley General Presupuestaria (LGP). Los Organismos autónomos constituidos como entidades instrumentales para alcanzar autonomía de gestión y un funcionamiento más flexible, no escapan de la regulación de la LGP, lo que para su actuación puede suponer una rémora y una insuficiencia en su margen de autonomía.

El régimen de contratación de los Organismos autónomos, está sometido al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP). El art. 3 TRLCSP considera que los Organismos autónomos, forman parte del sector público, y el apartado 2 del mismo artículo, establece que dentro del sector público, tendrán la consideración de Administraciones Públicas, los Organismos autónomos.

El art. 61.1. b) LOFAGE, permite que la ley de creación de los Organismos autónomos establezca peculiaridades en su régimen de contratación. En base a ello, es admisible que un Organismo autónomo no se ajuste, en cuanto a su contratación, a lo previsto en el TRLCSP, siempre y cuando así lo haya establecido la norma con rango de ley que lo haya creado, todo ello sin perjuicio de las dificultades que ello puede acarrear desde el punto de vista de la regulación sobre contratación contenida en el Derecho Comunitario.

En cuanto a la impugnación y reclamaciones contra los actos de los Organismos autónomos, el art. 52 LOFAGE, prevé que los actos y resoluciones de los órganos de los Organismos autónomos son susceptibles de los recursos administrativos previstos en la LRJPAC y que las reclamaciones previas en asuntos civiles y laborales serán resueltas por el órgano máximo del Organismo autónomo, salvo que su estatuto asigne competencia a uno de los órganos superiores del Ministerio de adscripción.

2.2.1.4. Gestión de personal

El personal será funcionario o laboral, en los mismos términos que los establecidos para la Administración General del Estado, pero la ley de creación del Organismo autónomo podrá establecer, excepcionalmente, peculiaridades del régimen de personal en las materias de oferta de empleo, sistemas de acceso, adscripción y provisión de puestos y régimen de movilidad de su personal (art. 47 LOFAGE).

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

El Organismo autónomo estará obligado a aplicar las instrucciones sobre recursos humanos establecidas por el Ministerio de Administraciones Públicas y a comunicarle cuantos acuerdos o resoluciones adopte en aplicación del régimen específico de personal establecido en su ley de creación.

2.2.1.5. Utilización en el sector sanitario

Los organismos de este tipo creados son pocos; en el ámbito sanitario podemos citar el Organismo autónomo denominado “Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios”, ya suprimido. Creado por Ley 66/1997, de 30 de marzo, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. Se ha transformado en Agencia estatal, como se verá más adelante.

MUFACE, ISFAS y MUGEJU, son Organismos autónomos, con algunas excepciones en su régimen jurídico.

2.2.2. Entidad pública empresarial

2.2.2.1. Concepto

La Entidad pública empresarial, es un Organismo público que realiza actividades prestacionales, gestión de servicios o producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación. Desde el punto de vista empresarial, es el tipo de entidad institucional más relevante en la Administración del Estado y en las Corporaciones locales. A diferencia de los otros tipos de entidades institucionales, organismos autónomos o agencias estatales, la entidad pública empresarial, no se orienta a ejercer funciones públicas o prestar servicios públicos o administrar bienes de dominio público, sino que se orienta a competir directamente en el mercado y tiene, por tanto una evidente base empresarial, lo que lleva a su propia denominación. Son por tanto, empresas públicas bajo régimen organizativo público, siendo ésta su característica distintiva más acusada respecto de las empresas públicas encuadradas bajo el régimen mercantil o, excepcionalmente, civil.

A su vez, el rasgo distintivo más notorio, respecto a los Organismos autónomos, es que el régimen jurídico de la actividad de las Entidades públicas empresariales, respecto a sus relaciones con terceros *-ad extra-*, se rige por el Derecho privado con determinadas especialidades. El régimen jurídico organizativo *-ad intra-* de estas Entidades se rige por el Derecho Administrativo, incluido el régimen de formación de la voluntad de sus órganos colegiados.

2.2.2.2. Regulación

Se regulan por la LOFAGE, siendo su régimen jurídico, de Derecho público y de Derecho privado. Las Entidades públicas empresariales se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas, en la LOFAGE, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria (Art. 53.2. LOFAGE).

Pero, especifica la Ley, que las potestades administrativas atribuidas a las Entidades públicas empresariales sólo pueden ser ejercidas por aquellos órganos de éstas a los que en los estatutos se les asigne expresamente esta facultad.

2.2.2.3. Organización

Su constitución se realiza por la Ley de creación, y mediante Decreto se aprueban sus estatutos. Estos establecen su órgano de dirección.

El patrimonio es propio y/o adscrito. El régimen patrimonial de las Entidades públicas empresariales será el establecido en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Resulta llamativa la inclusión en la vigente LPAP de la regulación en su Título VII, del "Patrimonio empresarial de la Administración General del Estado" que resulta de aplicación a las entidades públicas empresariales.

En cuanto a los recursos económicos, a diferencia de los Organismos autónomos, las Entidades públicas empresariales deberán financiarse con los ingresos que se deriven de sus operaciones, y con los bienes y valores que constituyen su patrimonio, los productos y rentas del mismo, los ingresos ordinarios y extraordinarios que están autorizados a percibir y cualquier otro recurso que pudiera serle atribuido. Excepcionalmente, cuando así lo prevea la ley de creación, podrán financiarse con los mismos recursos económicos que los Organismos autónomos, es decir se añadirían las consignaciones específicas asignadas en los Presupuestos Generales del Estado, las transferencias corrientes o de capital procedentes de las Administraciones o entidades públicas y las donaciones, legados y otras aportaciones de sujetos privados.

El régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero de las entidades públicas empresariales será el establecido en la Ley General Presupuestaria. Las entidades públicas empresariales constituidas como entidades instrumentales para alcanzar autonomía de gestión y un funcionamiento más flexible, no escapan de la regulación de la LGP, lo que para su actuación puede suponer una rémora y una insuficiencia en su margen de autonomía.

La contratación se rige por Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP). El art. 3 de esta Ley considera que las Entidades públicas empresariales, forman parte del sector público, pero a efectos del TRLCSP, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas, las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales.

Las Entidades públicas empresariales están sometidas a un control de eficacia que será ejercido por el Ministerio y, en su caso, por el Organismo público al que están adscritas, sin perjuicio del control establecido al respecto por la Ley General Presupuestaria. Dicho control tiene por finalidad comprobar el grado de cumplimiento de los objetivos y la adecuada utilización de los recursos asignados.

En cuanto a la impugnación de los actos de las entidades públicas empresariales, dictados en el ejercicio de potestades administrativas, caben los recursos administrativos previstos en la LRJPAC.

Las reclamaciones previas a la vía judicial, civil o laboral, serán resueltas por el órgano máximo del Organismo, salvo que, por sus estatutos, tal competencia se atribuya al Ministerio u Organismo público al cual esté adscrita.

2.2.2.4. Gestión de personal

El régimen del personal de las Entidades públicas empresariales se regula en el art. 55 LOFAGE, rigiéndose por el Derecho laboral, con las especificaciones dispuestas en ese artículo y las excepciones relativas a los funcionarios públicos de la Administración General del Estado y, en su caso, de otras Administraciones públicas, quienes se registrarán por la legislación sobre función pública que les resulte de aplicación.

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

- El personal directivo, que se determinará en los estatutos de la entidad, será nombrado con

arreglo a los criterios establecidos en el apartado 10 del art. 6 LOFAGE, atendiendo a la experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada.

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

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

La ley de creación de cada Entidad pública empresarial deberá determinar las condiciones conforme a las cuales, los funcionarios de la Administración General del Estado y, en su caso, de otras Administraciones públicas, podrán cubrir destinos en la referida entidad, y establecerá, asimismo, las competencias que a la misma correspondan sobre este personal que, en todo caso, serán las que tengan legalmente atribuidas los Organismos autónomos.

2.2.2.5. Utilización en el sector sanitario

Aunque esta forma jurídica puede ser útil para la gestión de servicios sanitarios, no hay experiencias en el sector sanitario.

2.2.3. Las Agencias Estatales

2.2.3.1. Concepto

Con la aprobación de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales (LAE), se establece la nueva fórmula de organizativa general de la Administración General del Estado. Todos los Organismos públicos existentes en la actualidad se van a reconducir progresivamente a esta figura (Disp. Adic. 5ª LAE), así como los nuevos organismos públicos que se creen (Disp. Adic. 5ª LAE), sin perjuicio de la subsistencia de los restantes tipos de Organismos públicos.

El Preámbulo LAE, establece lo siguiente: "Por último, hay que señalar que las Agencias Estatales no van a ser, sin más, un nuevo tipo de Organismo público, sino la fórmula organizativa hacia la que, progresivamente, se van a reconducir aquellos Organismos públicos existentes en la actualidad, cuya actividad y funciones se ajusten al concepto de Agencia Estatal y se estime oportuno y más eficaz su transformación en este tipo de Organismo público. Asimismo, tras la entrada en vigor de esta Ley, la Agencia Estatal será el tipo de organismo público que, con carácter general, se cree por la Administración General del Estado, para dar respuesta a sus necesidades de descentralización funcional, si bien, excepcionalmente, subsistirán los restantes tipos de organismos públicos. Se hace pues necesario incorporar a la Administración General del Estado una fórmula organizativa general, dotada de un mayor nivel de autonomía y de flexibilidad en la gestión, pero que, al mismo tiempo, refuerce los mecanismos de control de eficacia y promueva una cultura de responsabilización por resultados. Dicha fórmula, la constituyen las Agencias Estatales y su regulación, objeto de esta Ley, permitirá implantar un modelo de gestión que equilibre adecuadamente los principios de autonomía, control y responsabilización por resultados, así como establecer un régimen general lo suficientemente operativo para dar cabida a aquellos Organismos para los que la categoría de Organismo autónomo es insuficiente, sin tener que acudir, como sucede en la actualidad, a soluciones particulares para cada caso".

Todo ello se complementa con la creación de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios, prevista en la Dispos. adic. primera LAE cuyo objeto es la promoción y realización de evaluaciones de las políticas y programas públicos cuya gestión corresponde a la Administración General del Estado, favoreciendo el uso racional de los

recursos públicos y el impulso de la gestión de la calidad de los servicios. En esta línea, se prevé que esta Agencia presente anualmente un Informe al Congreso de los Diputados, acerca de la actividad desplegada por las Agencias Estatales y sus compromisos para mejorar la calidad de los servicios prestados a los ciudadanos. La Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios podrá evaluar políticas y programas públicos gestionados por las Comunidades Autónomas, previo convenio con éstas, y en los términos que el propio convenio establezca.

2.2.3.2. Naturaleza y régimen jurídico

Se establece en el art. 2 LAE. Las Agencias Estatales son Entidades de Derecho público, dotadas de personalidad jurídica pública, patrimonio propio y autonomía en su gestión, facultadas para ejercer potestades administrativas, que son creadas por el Gobierno para el cumplimiento de los programas correspondientes a las políticas públicas que desarrolle la Administración General del Estado, en el ámbito de sus competencias.

Las Agencias Estatales están dotadas de los mecanismos de autonomía funcional, responsabilidad por la gestión y control de resultados establecidos en la propia LAE.

Las Agencias Estatales se rigen por la Ley 28/2006, de Agencias Estatales y, en su marco, por el Estatuto propio de cada una de ellas; supletoriamente por las normas aplicables a las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado que les correspondan en cada caso. En consecuencia, aparte de la propia LAE, les resulta de aplicación toda la legislación administrativa general que afecta a los organismos públicos y las entidades de Derecho público de la Administración General del Estado: LOFAGE, LRJPAC, TRLCSP, LPAP, LGP, LJCA, etc.

Así, las resoluciones del Consejo Rector y del Director de la Agencia ponen fin la vía administrativa, siendo recurribles a través del recurso administrativo de reposición, (art. 116 LRJPAC) o del recurso contencioso-administrativo (art. 25 LJCA).

2.2.3.3. Organización

El régimen de contratación, establecido en el art. 16 LAE, se rige por la normativa aplicable al sector público, es decir por el TRLCSP. Este texto legal, incluye en su ámbito subjetivo a las Agencias Estatales.

Las Sociedades mercantiles y Fundaciones creadas o participadas mayoritariamente por las Agencias Estatales, deberán ajustar su actividad contractual, en todo caso, a los principios de publicidad y concurrencia.

El art. 17 LAE, prevé que las Agencias Estatales tendrán, para el cumplimiento de sus fines, un patrimonio propio, distinto del de la Administración General del Estado, integrado por el conjunto de bienes y derechos de los que sean titulares.

La gestión y administración de los bienes y derechos propios, así como de aquellos del Patrimonio del Estado que se les adscriban para el cumplimiento de sus fines, será ejercida de acuerdo con lo señalado en sus estatutos, con sujeción, en todo caso, a lo establecido para los organismos públicos en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Los Estatutos de las Agencias Estatales podrán prever que los bienes inmuebles propios de éstas que dejen de ser necesarios para el cumplimiento de sus fines puedan ser enajenados por las mismas, previa comunicación al Ministerio de Economía y Hacienda.

El régimen económico-financiero queda vinculado a los Presupuestos Generales del Estado, en los términos previstos por los arts. 26 y 27 LAE, aplicando los principios contables de acuerdo con lo que establece el art. 121 LGP, con la finalidad de asegurar el adecuado reflejo de las operaciones, los costes y los resultados de su actividad, así como de facilitar datos e información con trascendencia económica.

Los tres mecanismos de control a los que están sometidas las Agencias Estatales, se regulan en el art. 31 LAE: Control externo de la gestión económico-financiera que corresponde al Tribunal de Cuentas, control interno de la gestión económico-financiera que corresponde a la Intervención General de la Administración del Estado, y se realizará bajo las modalidades de control financiero permanente y de auditoría pública, en las condiciones y en los términos establecidos en la LGP y control de eficacia que será ejercido, a través del seguimiento del contrato de gestión, por los Ministerios de adscripción. Dicho control tiene por finalidad comprobar el grado de cumplimiento de los objetivos y la adecuada utilización de los recursos asignados.

2.2.3.4. Personal

El régimen del personal, previsto en el art. 18 LAE, puede ser funcionario, estatutario o laboral, dependiendo de su origen, sometiéndose a los principios de igualdad, mérito y capacidad los procedimientos selectivos del nuevo personal (art. 19 LAE).

2.2.3.5. Utilización en el sector sanitario

Un ejemplo es la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, creada por el RD 1275/2011, de 16 de septiembre, adscrita al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Es una Agencia estatal. Sus Estatutos se aprueban por ese Real Decreto.

2.2.4. Fundaciones públicas sanitarias

2.2.4.1. Concepto

Las fundaciones públicas sanitarias constituyen una figura, que la legislación estatal ha establecido específicamente para el ámbito sanitario. Aunque hoy el Estado, ya no tiene competencias para imponer esta figura como forma de gestión de la Sanidad, su virtualidad y especificidad, como posible forma de gestión sigue resultando de interés. Como se estudiará en el Capítulo cuarto, en las Comunidades Autónomas que la han utilizado, su implantación a tenido un corto recorrido.

En su origen hay que recordar, que la utilización de las fundaciones en mano pública, es decir fundaciones privadas de iniciativa pública, introducidas por el RD Ley 10/1996 de 17 de junio y la Ley 15/1997, de 25 de abril, provocó un intenso debate sobre la posible privatización de la Sanidad; tan fuerte fue la presión, que se regularon las Fundaciones públicas sanitarias, dándose un nuevo giro a la regulación de la fundación, como opción para la gestión de la asistencia sanitaria. El legislador se propuso reconducir al Derecho público el régimen de esta modalidad organizativa, calificándose expresamente de Organismos públicos y reconociéndole personalidad jurídica-pública. Por tanto, las Fundaciones públicas sanitarias, reúnen los requisitos exigidos por el art. 2.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas (a los efectos de esta Ley).

El art. 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social²⁷⁷, crea una nueva forma jurídica de la organización sanitaria pública: La Fundación pública sanitaria. Las prevé tanto, en el ámbito del INSALUD, como en el de las Comunidades Autónomas que han recibido el traspaso de las funciones y servicios de éste.

En el ámbito del INSALUD, Ley 50/1998 recondujo esta figura al marco de la LOFAGE, pero viene a crear *un tertium genus* de Organismos públicos, porque su régimen no es el de los Organismos autónomos ni el de las Entidades públicas empresariales. La explicación de este *tertium genus* estaría en evitar la necesidad de aprobar una ley para su creación, pues se crearían por Real Decreto, a diferencia de los Organismos públicos que se crean por ley.

El art. 111 antes citado, las define como “Organismos públicos, adscritos al INSALUD que se registrarán por las disposiciones contenidas en este artículo”. El RDNFG, en el ámbito del INSALUD, incluye a la Fundación pública sanitaria dentro de su objeto y entre las nuevas formas de gestión que enumera en su art. 3, atribuyéndoles personalidad jurídica.

A diferencia de las fundaciones en mano pública, regidas por la Ley de Fundaciones de 1994, actualmente, Ley de Fundaciones 50/2002 (LF), las Fundaciones públicas sanitarias son personificaciones jurídico-públicas *ad hoc*, adaptadas a las necesidades peculiares y propias del ámbito sanitario, ya que la LOFAGE, en contra de la Ley 15/1997, dejó, en un principio, reducidas las personificaciones jurídico-públicas a dos categorías: Organismos autónomos y Entidades públicas empresariales, ampliándose luego a las Agencias Estatales.

El art. 111 de la Ley 50/1998, de 25 de abril, desarrolla la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, en lo que respecta a las entidades de naturaleza y titularidad pública; es decir desarrolla las Entidades públicas empresariales *ad hoc* que han de actuar en el ámbito sanitario. Se armonizan por tanto dos leyes: la Ley 15/1997, que permite que la gestión, siempre dentro del concepto de servicio público, se lleve a cabo a través de entidades de naturaleza pública y por otro lado la LOFAGE que regula las Entidades públicas empresariales. Pues bien, la Ley 50/1998, delinea las Entidades públicas empresariales sanitarias, si bien bajo el nombre de Fundaciones Públicas Sanitarias.

Con al creación de esta modalidad organizativa, se pretendía dotar a los centros sanitarios existentes²⁷⁸ en el Sistema Sanitario público, de un marco similar de organización y funcionamiento

²⁷⁷La Ley 50/1998 habilita la creación de fundaciones públicas sanitarias para todo el SNS, como se deduce de la redacción del apartado 1 del art. 111, según el cual las fundaciones públicas sanitarias “se regulan por las disposiciones contenidas en el presente artículo, por lo que se refiere al ámbito del Instituto Nacional de la Salud, y por la normativa específica de cada Comunidad autónoma, en lo referente a las fundaciones públicas sanitarias que se puedan crear en sus respectivos ámbitos territoriales”. Partiendo de esta habilitación genérica, el art. 111 de la Ley 50/1998, pasa a regular las fundaciones públicas sanitarias de competencia estatal. Por tanto, sólo el apartado primero de este precepto se aplica, como base de la sanidad pública de todo el SNS, en todo el territorio nacional. El resto del artículo en el que se establece el régimen jurídico de estas entidades, era de aplicación plena únicamente en el territorio de competencia estatal, siendo de aplicación supletoria para las Comunidades Autónomas que tenían asumidas entonces ya, la competencia en materia sanitaria (actualmente, todas).

²⁷⁸En la Dispos. Adic. 5ª RDNFG se establece que los centros sanitarios existentes a la entrada en vigor del citado Real Decreto “sólo podrán adquirir personalidad jurídica mediante su conversión en fundaciones públicas sanitarias (...) o a través de la constitución de consorcios”, y ello con “el objeto de preservar el régimen estatutario del personal que presta sus servicios en los actuales centros sanitarios”. Ahora bien, el consorcio por definición, se caracteriza porque resulta de la agrupación de entidades públicas que compartirían la titularidad del centro sanitario en cuestión, siendo también admisible la participación en el consorcio, de entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público concurrentes con los de las Administraciones públicas. En consecuencia, si lo que la Administración titular del centro desea, es dotarle de personalidad jurídica, sin necesidad de compartir su titularidad con ningún otro sujeto, la única opción que el RD le dejaba al INSALUD era la de la conversión en fundación pública sanitaria.

al establecido a través de fundaciones creadas al amparo de la LF, en los centros de nueva creación.

Sin embargo, la culminación del proceso de transferencias del INSALUD a las Comunidades Autónomas ha dejado sin efecto esta conversión, pues la organización de la gestión de la asistencia sanitaria ya dependerá de éstas.

2.2.4.2. Regulación y régimen jurídico

La regulación de las Fundaciones públicas sanitarias se establece en el siguiente marco:

Ámbito INSALUD:

- Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud.
- Art. 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que es su norma de creación.
- El propio art. 111 de la Ley 50/1998 (punto décimo primero) dice que en lo no previsto en este artículo, las Fundaciones Públicas Sanitarias se regirán por lo dispuesto para las Entidades públicas empresariales en la LOFAGE
- Con sometimiento a las Leyes anteriores, la Fundaciones públicas sanitarias se regirán por el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del INSALUD (RDNFG).
- Cada Fundación Pública Sanitaria tendrá unos estatutos que constituyen su norma reguladora básica.

Ámbito de las Comunidades Autónomas que hayan recibido el traspaso de las funciones y servicios del INSALUD (en la actualidad, todas):

- Por la normativa específica de cada Comunidad Autónoma en lo referente a las Fundaciones públicas sanitarias que se puedan crear en sus respectivos ámbitos territoriales.

En referencia a la naturaleza-jurídica, las fundaciones públicas sanitarias, son personificaciones jurídico-públicas y su régimen jurídico será Derecho público y Derecho privado

Aunque su Ley de creación, las estableció para todo el Sistema Nacional de Salud, cabría plantearse si tanto la Ley 15/1997, como la Ley 50/1998, tras la transferencia de competencias en gestión de la asistencia sanitaria a todas las Comunidades Autónomas, sigue siendo de aplicación supletoria en todo el territorio nacional en virtud del art. 149.1.1 CE.

Actualmente, la regulación de las fundaciones públicas sanitarias se limita a una categoría vacía, cuyo entero régimen jurídico pueden configurar con toda libertad y, por tanto de modo diverso, las Comunidades Autónomas. Como consecuencia, se está ante una figura que es susceptible de tener u régimen muy diferente en cada Comunidad Autónoma, en caso de que decidan regular y utilizar esta figura. No obstante, pueden encontrarse ciertos límites en la Ley 15/1997 para la configuración del régimen jurídico de estas fundaciones públicas sanitarias. En primer lugar, la Ley 15/1997 exige que las entidades sean de "naturaleza o titularidad pública", exigencia que cumplen estas nuevas entidades, que son de naturaleza y titularidad pública, lo que no obsta para que su actuación, se pueda someter al Derecho privado, siempre que no ejerzan potestades públicas. En segundo lugar estaría la exigencia de la Ley de que se trate de entidades "admitidas en Derecho", lo cual implica exigir que el ordenamiento autonómico, con carácter previo, ha de prever con carácter general, una figura en la que encajar a estas fundaciones públicas sanitarias.

En el ámbito del INSALUD, la Ley 50/1998, configuró las fundaciones públicas sanitarias como organismos públicos. Su régimen jurídico, está establecido, en primer lugar, por el propio art. 111 de esa Ley, pero en lo demás, les resulta aplicable el régimen general de las entidades públicas empresariales de la LOFAGE y lo establecido para ellas en la LGP. Por consiguiente, en sentido estricto no se puede calificar a las fundaciones públicas sanitarias de entidades públicas empresariales, ya que tiene un régimen diferente de éstas.

Aunque son muy parecidas a las entidades públicas empresariales, el legislador con la figura de la fundación pública sanitaria, ha buscado una mayor flexibilidad en dos cuestiones: en cuanto a su creación, y en lo referente al régimen jurídico del personal.

La Ley 50/1998, permite la creación, modificación y extinción de las Fundaciones públicas sanitarias, así como la aprobación de los estatutos, por acuerdo del Consejo de Ministros, con la finalidad de dotar de la flexibilidad formal suficiente al proceso de cambio de las antiguas a las nuevas estructuras. En sentido diferente, la LOFAGE establece que la creación de los organismos públicos, se efectuará por ley; este régimen por su formalidad y rigidez no puede servir para la transformación de muchos hospitales públicos en funcionamiento, susceptibles de transformarse en formas jurídicas personificadas a través de las Fundaciones públicas sanitarias. Estaríamos ante un indicador de que para el legislador, la creación de estas fundaciones es concebida como algo individual y excepcional.

La consideración de entidad *ad hoc*, de las fundaciones públicas sanitarias, soluciona la cuestión planteada por la LOFAGE que había exigido el carácter laboral del personal como regla, en el ámbito de las Entidades públicas empresariales. Por el contrario, las Fundaciones públicas sanitarias parten del reconocimiento de la relación estatutaria como regla general, sin cerrar las puertas, sin embargo, a la vinculación laboral o funcionarial del personal que se pudiera incorporar a los centros sanitarios. Se dota así a las instituciones sanitarias tradicionales de una estabilidad en lo que se refiere a la vinculación existente.

El art. 111, apartado 6 de la Ley 50/1998, desarrolla el régimen del personal directivo de las Fundaciones públicas sanitarias. Serán los estatutos de las mismas, las que determinen quienes tendrán la consideración de personal directivo. Este personal podrá contratarse conforme al régimen laboral de alta dirección, previsto en el RD 1382/1985, de 1 de agosto. Si la designación recae en quien ostente la vinculación de estatutario fijo o funcionario de carrera, podrá efectuarse nombramiento administrativo (en lugar de contrato laboral) a través del sistema de libre designación.

En todo caso, la Ley 50/1998 exige la aplicación supletoria al personal de las fundaciones públicas sanitarias de lo dispuesto en el art. 55 LOFAGE, respecto de las entidades públicas empresariales, en cuanto a los criterios que deben regir la selección del personal laboral, tanto ordinario como directivo, los requisitos para determinar y modificar sus condiciones retributivas, el control del gasto y las condiciones de adscripción de personal funcionario de la Administración General del Estado.

El régimen de contratación de las fundaciones sanitarias públicas, respetará, en todo caso, los principios de publicidad y libre concurrencia, y se regirá por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos de las Administraciones públicas. Así se contempla en el art. 111.7 Ley 50/1998. El TRLCSP, al regular, en su art. 3, el ámbito subjetivo, establece que a sus efectos, forman parte del sector público "cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo". Además, el TRLCSP, en el mismo artículo, dentro del sector público, considera Administraciones Públicas: "las entidades de derecho público vinculadas a una o varias

Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes:

- Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o
- Que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

No obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales”.

En conclusión, las fundaciones públicas sanitarias, son entidades públicas y su actividad consiste en un servicio público en sentido estricto y orgánico, financiado por los poderes públicos y ejercido al margen de la competencia, y por consiguiente, se sujetan a los principios y a las reglas del TRLCSP.

Las fundaciones públicas dispondrán patrimonio propio y podrán tener bienes adscritos por la Administración General del Estado o por la Tesorería General de la Seguridad Social, correspondiendo su administración a la fundación pública sanitaria.

Por lo que respecta a los bienes inmuebles del patrimonio de la Seguridad Social que se les adscriban, serán objeto de administración ordinaria por las fundaciones públicas sanitarias, a cuyos efectos se les atribuyen los mismos derechos y obligaciones que a las Entidades gestoras de la Seguridad Social (art. 111.8 Ley 50/1998).

La posibilidad de un patrimonio propio está admitido en la LOFAGE -art. 42.1 LOFAGE- para los organismos públicos, y en consecuencia también para las fundaciones públicas sanitarias. La existencia de este patrimonio único, es un corolario de su personalidad y autonomía de gestión, a cuyo servicio se le atribuye capacidad de Derecho privado (para adquirir a título oneroso o gratuito, poseer, arrendar y enajenar bienes y derechos de cualquier clase, quedando éstos afectados al cumplimiento de sus fines).

La posibilidad de que exista un patrimonio propio de las fundaciones públicas sanitarias, puede suponer una quiebra en el principio de patrimonio único de la Seguridad Social, recogido en el art. 80 LGSS. Pero, aunque se trate de entidades con capacidad y autonomía, no se puede olvidar que se trata, en todo caso, de entes instrumentales, lo que se pone de manifiesto en la gestión patrimonial, por la exigencia impuesta por el art. 111 Ley 50/1998, de informe favorable de la Presidencia Ejecutiva del INSALUD para poder adquirir o enajenar inmuebles propios.

Los bienes adscritos, no integran el patrimonio de las fundaciones públicas sanitarias, sino que continúan formando parte de aquellos que les adscriben un bien, sea el Estado o la Seguridad Social. Por tanto las fundaciones públicas sanitarias no pueden enajenar estos bienes, sino sólo pueden ejercer su administración ordinaria, y para ello les son atribuidos los mismos derechos y obligaciones que a las entidades gestoras de la Seguridad Social. La Ley es respetuosa con el patrimonio de la Seguridad Social, cuya titularidad ostenta la Tesorería General de la Seguridad Social, pero permite ampliar las posibilidades patrimoniales de las fundaciones públicas sanitarias.

Los recursos económicos de las fundaciones públicas sanitarias podrán provenir de cualesquiera de las fuentes previstas en el artículo 65.1 LOFAGE para los Organismos autónomos. En este punto, el art. 111.9 Ley 50/1998, se aparta del carácter supletorio de las entidades públicas empresariales, para permitir que las fundaciones públicas sanitarias puedan recibir transferencias

corrientes o de capital de otras Administraciones y entidades públicas, y hasta específicas partidas previstas en los Presupuestos Generales del Estado²⁷⁹. Se está excluyendo además, "la financiación a través de los ingresos que deriven de sus operaciones", que es característica de las Entidades públicas empresariales (art. 65.2 LOFAGE).

En cuanto al régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, de intervención y de control financiero, será el establecido en la LGP para las Entidades públicas empresariales.

2.2.4.3. Utilización en el ámbito sanitario

Esta opción organizativa, se ha desarrollado en Galicia e Islas Baleares, pero en poco tiempo se han extinguido.

2.3. Gestión directa de la asistencia sanitaria a través de personificaciones jurídico-privadas

Nada impide en nuestro Ordenamiento jurídico que los servicios sanitarios se lleven a cabo a través de una forma de personificación privada, aunque eso sí, con ciertas limitaciones y condicionantes, derivadas de considerar que, con independencia de la forma jurídica y del Derecho por el que se rijan, se está en presencia de una Administración pública, desde una perspectiva material (por encima de un concepto orgánico-subjetivo).

La exigencia del art. 103.1 CE de que la Administración haya de servir siempre a los intereses generales con pleno sometimiento a la ley y al Derecho, implica, en primer lugar, que esas estructuras organizativas del Estado son un medio al servicio de fines generales; y en segundo término, que no gozan de ámbitos potencialmente ilimitados de autodeterminación, sino estrictamente, de las competencias que se le otorguen para la consecución de esos fines.

La expresión "libertad de formas" o "libertad de autoorganización de la Administración", alude a la discrecionalidad que se atribuye a una persona jurídico-pública en materia de autoorganización, para cumplir con las tareas de la forma más eficaz posible. A esa discrecionalidad se refiere el art. 11.1 LRJPAC.

Por tanto, el Ordenamiento jurídico permite que la Administración, se valga de técnicas organizativas del Derecho privado, con carácter general, para conseguir una mayor eficacia en su actuación (art. 103.1 CE), pero eso no concede a las personas jurídico-privadas resultantes, ni derechos fundamentales, ni autonomía de la voluntad, al menos en los términos que ostentan los ciudadanos.

La finalidad última de cualquier actividad dirigida o dominada por la Administración, por imposición del art. 103.1 CE, ha de ser el servicio a los intereses generales, lo que, por definición excluye una iniciativa empresarial administrativa, presidida exclusivamente por el ánimo de lucro.

En el marco de la normativa estatal, se abordan dos figuras organizativas, utilizadas en la gestión de la asistencia sanitaria: La empresa pública o sociedad mercantil de titularidad íntegramente pública y la fundación privada de titularidad pública (en mano pública).

²⁷⁹Las fundaciones privadas de iniciativa pública, sólo reciben del erario público la dotación fundacional, sin perjuicio de las subvenciones que, como toda fundación, puedan recibir, y de los contratos, conciertos o convenios que pueda suscribir con entidades públicas.

2.3.1. Sociedad (mercantil) pública

2.3.1.1. Concepto

En el Derecho estatal, entre los tipos de entes institucionales, además de los Organismos públicos, están las Sociedades estatales - Sociedades mercantiles de capital público-. Sólo estas, junto con las Entidades públicas empresariales, tienen propiamente el carácter de empresas públicas²⁸⁰.

Cada vez con más frecuencia, las Administraciones utilizan formas de personificación características del Derecho privado, la más importante de ellas es la personificación bajo la forma de sociedad mercantil.

En un principio la Administración empezó a utilizar la técnica de sociedades mercantiles para la gestión de actividades industriales y comerciales como instrumento de política económica. Pronto la utilización de la forma societaria se reveló como la vía más expeditiva y segura de lograr una liberación inmediata de todos los controles y rigores del Derecho Administrativo. No obstante esta utilización por la Administración entró en declive. Sin embargo, en los últimos tiempos, la técnica societaria se ha empleado como instrumento de organización de servicios o actividades públicas tradicionales, muchos de los cuales fueron convertidos en sociedades mercantiles. De esta manera, la sociedad pública ha pasado a ser uno de los principales cauces por los que ha discurrido el fenómeno de la “huida del Derecho Administrativo”.

En la medida en que las Sociedades públicas son empleadas crecientemente como técnica primordial para la organización de servicios y actividades públicas, estamos en presencia de Administración Pública en sentido material; esto es sometida a las limitaciones y controles propios de ésta.

Actualmente estas Sociedades mercantiles se regulan por la LGP, en los términos previstos en sus arts. 2.1.e) y 3.2.b), que las incluyen dentro del sector público estatal y, más concretamente, dentro del sector público empresarial, remitiéndose para su definición a la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), art. 166.1. c. “...sociedades mercantiles estatales, entendiéndose por tales aquéllas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades que, conforme a lo dispuesto en la LGP, integran el sector público estatal, sea superior al 50 %. Para la determinación de este porcentaje, se sumarán las participaciones correspondientes a las entidades integradas en el sector público estatal, en el caso de que en el capital social participen varias de ellas”.

Más recientemente, el TRLCSP, en su art. 3.1. d), considera que forman parte del sector público "las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las Entidades mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50%"²⁸¹.

Por consiguiente, con carácter general, se entiende que una Sociedad mercantil es pública, cuando la participación pública en la misma, de forma directa o indirecta, de una o varias Administraciones Públicas, supera el 50 por ciento de su capital social.

²⁸⁰COSCULLUELA MONTANER, L., LOPEZ BENITEZ, M., “Derecho Público Económico”, Iustel Portal Derecho S.A., 4ª edición, Madrid, 2011, pág. 142.

²⁸¹En las letras de la a) a la f), se incluyen las Administraciones territoriales, los organismos públicos y demás entidades de derecho público, las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social, los consorcios y las fundaciones.

En consecuencia, para considerar si una sociedad es del Estado, de la Comunidad Autónoma, de un Municipio, etc, nuestra legislación ha optado por el criterio de la participación mayoritaria o exclusiva del capital.

Junto a lo anterior, la Disp. Adic. Duodécima LOFAGE, establece la prohibición de que las sociedades mercantiles dispongan de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública. Ésta sería el único límite material que expresamente recoge nuestro Ordenamiento jurídico para esta forma organizativa.

Sin embargo el carácter público de una sociedad mercantil, no es apropiada a la realidad mercantil, dado que en ocasiones, el carácter público de una sociedad no viene determinado por el capital social en manos públicas, sino por la cualificación de esta participación que, a pesar de no ser mayoritaria, puede llevar aparejado el control efectivo de una empresa (STS de 28 septiembre 1978 y STS 14 de octubre de 2002).

Se plantea el problema de si se consideran Empresas públicas a efectos de su fiscalización por el Tribunal de Cuentas²⁸² aquellas sociedades mercantiles en las que la participación de una Administración o entidad pública es minoritaria, pero que esa participación minoritaria resulta suficiente para que la Administración ostente el control efectivo de la sociedad.

El control efectivo es un concepto equivalente a sociedad dominante, que emplea tanto el Derecho Comunitario, como la normativa mercantil.

En tal sentido, debe tenerse en cuenta que el art. 2 de la Directiva 80/723, de 25 de junio de 1980, según el cual Empresas públicas son aquellas en las que los poderes públicos pueden ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera, o de las normas que las rigen.

El art. 42.1 del Código de Comercio, dice lo siguiente, en relación a la sociedad dominante:

“Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección.

Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- Posea la mayoría de los derechos de voto.
- Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
- Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración.....”

A la vista de estos preceptos cabe considerar que una Sociedad mercantil participada

²⁸²DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas: “1. En tanto legalmente no se disponga otra cosa acerca de la definición de empresas públicas, y a los efectos de delimitar el ámbito de la función fiscalizadora del Tribunal sobre las entidades a que se refiere el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 2/1982, tendrán aquélla consideración: a) Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones Locales o de sus Organismos autónomos”.

minoritariamente por una entidad pública que ejerza el control efectivo en la misma puede ser calificada como Empresa pública a los efectos de la fiscalización por el Tribunal de Cuentas, si bien cabe mencionar las dificultades prácticas para determinar si existe o no “control efectivo” por parte del sector público en una determinada sociedad en la que la participación pública es minoritaria.

Esto es más claro a la vista del Derecho y la Jurisprudencia Comunitaria que pone más énfasis en la influencia dominante, más allá de criterios meramente formales. El criterio del capital social (tener el 51 por ciento en poder público), que inspira aún nuestra normativa, no es un criterio que recoja en su integridad el Derecho comunitario, que permite entender incluidos otros fenómenos societarios en los que la presencia pública resulte determinante de la gestión.

Las Sociedades mercantiles estatales son Administración pública en sentido material. La existencia de estas sociedades se encuentra amparada en la Disp.Adic. duodécima LOFAGE, y deben excluirse del concepto orgánico de Administración Pública a la vista de que no se insertan en la estructura administrativa del Estado por disposición de la Ley, característica que define la perspectiva orgánica-subjetiva del concepto de Administración Pública. Su actuar no será el equivalente al de un sujeto privado en sentido estricto sino que estará sometido a toda una serie de limitaciones que se aplican a la actuación de la Administración en sentido material.

La vinculación existente entre la Administración estatal y las Sociedades mercantiles creadas por ella misma, es de carácter patrimonial, al participar total o parcialmente en el capital de estas Sociedades. Por ello no debe sorprender que las Sociedades mercantiles no se encuentren comprendidas en el concepto de Administración recogido en los apartados 1 y 2 del art. 2 LRJPAC.

Aunque existan elementos de vinculación y dependencia entre la Administración Pública y Sociedades mercantiles, estas no pueden subsumirse en el concepto de Entidad de Derecho público (art. 2.2 LRJPAC); esos elementos servirán para justificar el principio del “levantamiento del velo”, pero no para considerar a estas sociedades Administración Pública.

Las Empresas públicas, y en concreto las sociedades mercantiles públicas, son personas jurídico-privadas, que pueden gestionar un servicio público como el sanitario, de forma directa o indirecta. La base legal la tenemos en el art. 8.2 - contrato de gestión de servicios públicos- del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), cuyo tenor dice: “Las disposiciones de esta Ley, referidas a este contrato no serán aplicables a los supuestos en que la gestión de un servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública”.

La gestión directa implica la asunción de la teoría del riesgo económico, que se refiere inevitablemente al sujeto fundante. El art. 8.2 TRLCSP asume en esos casos que se trata de una gestión directa. Sería una mera ficción personificadora, obligando a rasgar el velo de la personalidad por entender que se trata de una Administración en ambos casos, con independencia de la forma utilizada para gestionar el servicio público.

Por consiguiente, en el caso de las Sociedades mercantiles de titularidad pública, la gestión directa se refiere a los casos en que el capital pertenece íntegramente a la entidad fundante. Por el contrario, hay gestión indirecta, cuando la participación no sea íntegra, con independencia de que ésta sea mayoritaria o minoritaria, y esto, aunque haya otros partícipes públicos. En este último caso, se deberá celebrar para ello, un contrato administrativo de gestión de servicios públicos.

Para el supuesto de que el capital sea íntegramente público, pero perteneciente a diferentes partícipes públicos, se estará, igualmente ante un supuesto de gestión directa, según se deriva de la literalidad del art. 8.2 TRLCSP.

Un caso de gestión directa de un servicio público, sería aquel en el que la participación íntegra del capital en una Sociedad mercantil se instrumentalice indirectamente, a través de una entidad pública (organismo autónomo, entidad pública empresarial, agencia estatal u otra entidad pública). García de Enterría²⁸³ las denomina Sociedades de Ente público en el sentido de sociedades que pertenecen a un Ente Público, entendido éste en sentido amplio.

Tiene utilidad para la Administración la adopción de esta forma mercantil para la gestión de actividades industriales y comerciales, especialmente porque libera a dicha gestión de las limitaciones del Derecho público y porque supone acogerse a unas técnicas (contables, de administración, de relación con el personal, de actuación en el mercado) que han probado su eficacia en la economía capitalista.

El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en su art. 17, prevé las especialidades de las sociedades unipersonales públicas -de responsabilidad limitada o anónimas unipersonales-, cuyo capital sea propiedad del Estado, Comunidades Autónomas o Corporaciones locales, o de organismos o entidades de ellos dependientes-.

La utilización por la Administración de la forma de sociedad anónima en la que entra como socio único, excede el funcionalismo propio de esta forma de personificación²⁸⁴. En vez del principio corporativo, se pone en marcha el principio institucional de personificación, apareciendo la sociedad como una simple forma o método para encubrir la creación de un ente filial en el sentido de los entes institucionales, esto es, una organización convencional con fines instrumentales de gestión de algo que es propio y no de un conjunto de personas. Esta realidad subyacente a la forma mercantil de personificación obliga a una necesaria regulación de aspectos de la misma por el Derecho público. La entidad con forma mercantil, en sus relaciones con terceros va a estar sometida al Derecho privado. Internamente, tal sociedad es una pertenencia de la Administración que aparece como socio exclusivo de la misma, un ente institucional propio de la misma, como resaltó la STC de 31 de enero de 1986. *Ad intra*, el gobierno que sobre la sociedad efectúa el ente matriz, no se limita a lo que deriva de su status jurídico privado de socio, sino que cae de lleno en la regulación jurídico-pública, siquiera sea porque el socio, sólo bajo cauces jurídico-públicos puede manifestarse. Esta situación expuesta es la misma que la relación instrumental de los entes institucionales, excepto lo relacionado con el régimen patrimonial. De ello nace un deber de ejecución por la sociedad de funciones propias del ente matriz, aunque esa ejecución se realice a través del Derecho Privado, estando presente la idea de realizar intereses públicos o colectivos.

A diferencia de las formas organizativas vistas con anterioridad, las sociedades mercantiles admiten que terceras personas (públicas y/o privadas) sean cotitulares de la organización junto a la Administración matriz. Cuando la Administración no actúa como socio único, el papel de la Administración Pública en la sociedad mercantil puede ser de accionariado gestor, de accionariado fiscal y de accionariado de presencia o accionariado testigo.

²⁸³Vid. nota anterior de este autor.

²⁸⁴Una sociedad mercantil responde al principio corporativo o asociativo (arts. 35.2 y 36 CC), como puesta en común por varios socios, aquí de sus capitales (art. 1665 CC), en vista de la constitución de una empresa cuyos miembros, en el sentido propio serán. Ese principio básico falta cuando la Administración no pone en común capitales con otros socios, sino que aparece como socio exclusivo.

Cuando el capital de la sociedad mercantil, sea sociedad anónima o de responsabilidad limitada, no está suscrito en exclusiva²⁸⁵ por una Administración Pública o por una Entidad Pública, podrá prestar servicios sanitarios si está previsto en su objeto social; la prestación de esos servicios podrá hacerse vendiéndolos en el mercado a cambio de un precio –fuera del Sistema Sanitario público- o, bien, como provisor de servicios públicos sanitarios, lo que se formalizará, como ya se ha dicho, mediante la vinculación a la Administración Pública a través de un contrato de gestión de servicio, habitualmente concierto o convenio en el sector sanitario.

El TRLCSP, levantando el velo de la personalidad mercantil de estas entidades, impone a todas “las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus Organismos autónomos o Entidades de Derecho público” la obligación de ajustar “su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación sea incompatible con estos principios”.

En definitiva, si el poder público es titular de la totalidad del capital, la sociedad será una personificación estrictamente instrumental; si es socio mayoritario la instrumentalidad está matizada, pues el Ente público mayoritario comparte su condición de accionista con otras personas. Habrá de atenderse el interés particular de los socios privados, además del interés general. Si el poder público es un simple socio minoritario, la relación de instrumentalidad cambia de sentido; la condición de instrumental pasa a la participación en sí.

2.3.1.2. Regulación y régimen jurídico

La regulación se contempla en la Disp. Adic. Duodécima LOFAGE, en el Título VII - Patrimonio Empresarial de la Administración General del Estado - de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), arts. 166 a 182, y en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

De la regulación se puede concluir lo siguiente:

- Estas sociedades pueden crearse *ex novo* o pueden asumir derivativamente carácter público, mediante la adquisición de un paquete mayoritario de acciones de una empresa privada.
- La constitución, transformación, fusión y disolución de estas sociedades se encuentran reguladas en el art. 172 LPAP, que se remite al art. 171 LPAP, exigiendo Acuerdo del Ministro de Hacienda, previa autorización, en su caso, del Consejo de Ministros (también, art. 169 LPAP).
- Se requiere Acuerdo del Ministerio de Hacienda, previa autorización, en su caso del Consejo de Ministros, en los supuestos a que se refiere el art. 169 LPAP para la enajenación de títulos representativos de capital de las sociedades mercantiles estatales (art. 174 LPAP).
- El art. 168 LPAP regula la reestructuración del sector público empresarial, esto es, el cambio de adscripción de participaciones accionariales de la Administración General del Estado. Para ello exige acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Hacienda. En el caso de que se trate de acciones de sociedades de entidades vinculadas o dependientes de un Ministerio será necesario, además la propuesta también de este Ministerio.

²⁸⁵En relación con la sociedad mercantil se ha producido un cambio significativo con la reciente reforma de la LCAP. En efecto, según la redacción original del art. 155.2, se consideraba directa la gestión mediante estas sociedades cuando la participación de la entidad “madre” fuese exclusiva o mayoritaria, de modo que sólo si dicha participación era minoritaria había gestión indirecta y por tanto, necesidad de adjudicar un contrato de gestión del servicio a la sociedad en cuestión. Tras la reforma, sólo hay gestión directa cuando el capital pertenece en exclusiva a la entidad matriz, de modo que, si hay otros partícipes, la gestión será indirecta, aunque aquella tenga la mayoría del capital. Cfr. Art. 154.2 del TRLCAP.

El régimen jurídico de las sociedades mercantiles es Derecho privado, mercantil, civil y laboral. La Disp.Adic. Duodécima LOFAGE establece que las sociedades mercantiles estatales se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, común (Derecho Mercantil²⁸⁶), salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública.

Para el supuesto de que se trate de sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus Organismos públicos, se registrarán por el Título VII de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación.

Estas previsiones engarzan con el concepto material de Administración Pública, que pone énfasis en la existencia de actividad administrativa, más allá de las formas que adopte la Administración Pública, y en el correspondiente sometimiento a unos límites intrínsecos a cualquier actuar público. De ahí que la Disp. Adic. Duodécima LOFAGE y el art. 166.2 LPAP, excepcionen de la aplicación del Derecho común a los supuestos en que resulte de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación, además de incluir en los arts. 176 y ss. LPAP mecanismos de control y tutela ministerial sobre estas sociedades.

Las sociedades, operan en el mercado, en igualdad de condiciones respecto de las demás empresas mercantiles privadas, por exigencia del Derecho Comunitario Europeo, sin disponer, como se ha dicho, de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública (Disp. adic. duodécima de la LOFAGE).

El régimen presupuestario, económico financiero, contable, de intervención y de control financiero de estas sociedades mercantiles se regula, por tanto, por la LGP, en los términos previstos en sus arts. 2.1.e) y 3.2.b) LGP, que las incluyen dentro del sector público estatal y, más concretamente, dentro del sector público empresarial.

Para conocer el régimen de contratación, hemos de acudir al TRLCSP. Esta norma considera, en su art. 3.1. d), que forman parte del sector público "las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50%"²⁸⁷. Por consiguiente, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren las sociedades mercantiles referidas, son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos al TRLCSP. De esta manera, se "levanta el velo" de la personalidad mercantil de estas entidades y pretende asegurar un mínimo de disciplina en su actividad contractual.

Como se ha dicho anteriormente, las sociedades estatales no son Administraciones Públicas²⁸⁸, en sentido orgánico o subjetivo, aunque en sus relaciones con la Administración titular de sus acciones se rigen por determinadas reglas de Derecho Público. No se insertan pues, en la estructura administrativa del Estado por disposición de la Ley, característica que define la

²⁸⁶Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Son sociedades de capital, la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones (art. 1.1).

²⁸⁷En las letras de la a) a la f), se incluyen las Administraciones territoriales, los organismos públicos y demás entidades de derecho público, las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social, los consorcios y las fundaciones.

²⁸⁸COSCULLUELA MONTANER, L., "Manual de Derecho Administrativo. Parte General", Vigésimo, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2012, pág. 272.

perspectiva orgánica-subjetiva del concepto de Administración Pública. Al no tener la consideración de Administraciones Públicas (art. 3.2. TRLCSP), el régimen aplicable a los contratos del sector público que celebren, de acuerdo con el art. 20 TRLCSP, se denomina "contrato privado". En consecuencia, esos "contratos privados" se registrarán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por el TRLCSP y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de Derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se registrarán por el derecho privado. No obstante, serán de aplicación a estos contratos las normas contenidas en el Título V del Libro I del TRLCSP, sobre modificación de los contratos.

2.3.1.3. Organización

Aunque la organización interna de la sociedad mercantil es privada (en el Ente de Derecho Público es pública), como señala Villar Rojas²⁸⁹, siempre hay un núcleo de Derecho Público que es el integrado por las normas que regulan su creación y otorgan potestades de dirección y control a la Administración matriz, junto a los principios constitucionales que le son de aplicación en cuanto poder público, pese a la vestidura mercantil. El órgano de dirección es el Consejo de Administración.

2.3.1.4. Gestión de personal

En cualquier sociedad mercantil, su personal se somete al Derecho del Trabajo. No es posible la existencia de personal funcionario o estatutario; no pudiendo el personal de estas sociedades, ejercer potestades públicas.

2.3.1.5. Utilización en el sector sanitario

La Ley 15/1997, de 25 de marzo, de habilitación de nuevas formas de gestión, en su Exposición de Motivos ampara la gestión a través de entes interpuestos dotados de personalidad jurídica como las empresas públicas.

Expresamente la Ley recoge la posibilidad de optar por desarrollar la gestión a través de empresas públicas, y como en el artículo único, apartado primero, establece que, de forma general, se puede optar entre formas de gestión directas o indirectas, en consecuencia se puede admitir que se opte por la Constitución de empresas públicas de capital íntegramente de la Administración titular del servicio (gestión directa), como por una empresa en que la Administración tan sólo tenga una participación mayoritaria (gestión indirecta). En definitiva la Ley 15/1997, no hace más que concretar para el ámbito sanitario, lo que el TRLCSP contempla con carácter general.

Para el territorio INSALUD, el RDNFG incluía a la Sociedad Estatal, definiéndola en su art. 54, "como las sociedades en cuyo capital sea mayoritaria o única la participación del INSALUD y que se constituyan para la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria. Se registrarán por las disposiciones del propio Real Decreto, por sus estatutos sociales y, en todo caso, por lo establecido en el art. 6 de la LGP. Su máximo órgano de gobierno será el Consejo de Administración, siendo su Presidente nombrado según lo previsto en los Estatutos".

Las Sociedades Estatales reguladas por el RDNFG ajustarán la actividad contractual al Derecho civil y mercantil y estarán sujetas a los principios de publicidad y concurrencia. Su

²⁸⁹ Vid. nota anterior de este autor.

régimen económico-presupuestario será el establecido para estas sociedades por la LGP. El personal, en línea con lo ya dicho, será de carácter laboral.

En todo caso, la utilización de la forma societaria para llevar a cabo la prestación de los servicios sanitarios públicos no implica que exista un "mercado de la sanidad". Más parece que optar por esta figura persigue, únicamente, una vez más la flexibilización de las formas jurídicas y del Derecho por el que se rige, sin más.

En nuestra doctrina²⁹⁰, se ha defendido que la forma societaria mercantil debería quedar reservada a los supuestos en que exista una actuación sometida a real y efectiva competencia, dado que las sociedades públicas mercantiles son, con carácter general, inadecuadas para llevar a cabo actividades que no se desarrollan en régimen de mercado.

2.3.2. Fundaciones privadas en mano pública

2.3.2.1. Concepto

El derecho de fundación para fines de interés general, reconocido en el art. 34 CE, recibió un importante impulso a través del Parlamento Europeo, quien en su Resolución sobre las fundaciones (R. A. 304/93), señaló que “merecen apoyo especial las fundaciones que participen en la creación y desarrollo de respuestas e iniciativas, adaptadas a las necesidades sociológicas de la sociedad contemporánea. Particularmente,, las ciencias y prácticas médicas, y la investigación”.

Hasta 1994, y salvo el reconocimiento constitucional, el régimen de las fundaciones en España estaba constituido por una maraña legislativa, con una vigencia y validez más que dudosa.

Por mandato del art. 53.1 CE, se reserva a la ley la regulación de determinados derechos y libertades, entre los que se encuentra, el de fundación. Será, la Ley 30/1994, Reguladora de las Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en actividades de interés general, la que desarrolle el reconocimiento constitucional.

Posteriormente es la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (LF), la que establece la regulación sustantiva y procedimental de las fundaciones, introduciendo una nueva regulación del derecho de fundación con el triple objetivo de reducir la intervención de los poderes públicos en el funcionamiento de las fundaciones, flexibilizar y simplificar los procedimientos, especialmente los de carácter económico y financiero, y dinamizar y potenciar el fenómeno fundacional.

Con el mismo contenido que en la Ley 30/1994, el art. 8 de la LF dispone:

“1. Podrán constituir fundaciones las personas físicas y jurídicas, ya sean éstas últimas públicas o privadas”.

“4. Las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario”.

Por consiguiente la LF otorga “capacidad” a las Administraciones Públicas para constituir fundaciones.

Por definición legal (art. 2.1 LF), las fundaciones son organizaciones dotadas de personalidad jurídica, constituidas sin ánimo de lucro, que por voluntad de sus creadores, tienen

²⁹⁰VILLAR ROJAS, F. J. Ob. cit.

afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general. Entre esos fines de interés perseguidos por las fundaciones se encuentran los sanitarios y los de investigación científica.

Sin embargo, están vedadas a las fundaciones, como sujetos privados, que puedan desarrollar actividades que conlleven el ejercicio de *imperium* o autoridad pública (Disp. Adic. Duodécima LOFAGE y art. 15.5 in fine, en relación con el 2.2 LRJPAC)

Se utiliza la expresión “Fundaciones en mano pública” para las Fundaciones de la Ley 50/2002 constituidas por las Administraciones Públicas. La Ley 15/1997 en su Exposición de Motivos ampara la gestión de centros y servicios sanitarios, a través de entes interpuestos dotados de personalidad jurídica como las fundaciones.

Se consideran fundaciones del sector público estatal –fundaciones públicas-, de acuerdo con el art. 44 LF, aquellas fundaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal.
- Que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 % por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

La naturaleza jurídica de las fundaciones, que es privada, va a condicionar lógicamente la normativa que le sea aplicable o la jurisdicción competente para dilucidar los conflictos y va a influir en el plano de gestión.

Estas fundaciones en mano pública no integran la Administración institucional, sino que son auténticas fundaciones en el sentido más puramente civil del término, pero creadas por alguna Entidad pública para cumplir un interés general.

Bestard Perelló²⁹¹ mantiene que existe una diferencia fundamental entre las fundaciones creadas por Entidades públicas y las creadas por personas –físicas o jurídicas – privadas: en la fundación creada por persona privada, el fundador desaparece tras la constitución de la fundación; en la creada por persona pública esto no es posible, pues la Administración permanece siempre.

Ahora bien, no se entiende que el organismo que cree una fundación, continúe siendo titular de la misma, cuando el fundador, sea persona física o jurídica, en ningún caso aparece como titular de la fundación, ya que ésta es un sujeto independiente, con vida propia. Si se admitiera que el organismo público que las constituye pasa a ser titular de la fundación una vez creada, estaríamos diciendo que la fundación no es autónoma en la práctica. Frente a esto, puede defenderse la superación de una concepción puramente patrimonialista de las fundaciones, que identifica titularidad con titularidad patrimonial, y se podría defender un concepto de titularidad que se identifique con titularidad política, por la que se permite el control de la fundación por parte de un tercero (en este caso, una Administración Pública), a través de su patronato y de la manifestación sucesiva de la voluntad del fundador. Esta idea permite defender que el fundador no sólo actúa en el momento de la constitución de la fundación, sino que el régimen jurídico de las fundaciones le permite seguir participando en la vida de la institución fundacional.

En todo caso, si bien la CE no impone la prohibición, sí permite inducir (desde una comprensión sistemática del art. 34, con los arts. 36, 103 y 128 CE), límites objetivos o materiales a

²⁹¹BESTARD PERELLÓ, J.J., “Fundaciones públicas como experiencia de gestión”, en “Jornadas de Gestión Sanitaria”, Federación Española de Gestión Sanitaria, Córdoba, 1994.

esta instrumentación organizativa de Derecho privado, lo que supone el sometimiento a ciertos aspectos del régimen jurídico-público.

Otra diferencia es que cualquier persona jurídico privada, en base a la autonomía de la voluntad, puede decidir libremente, en el marco de la Ley de Fundaciones, constituir una fundación. Pero en relación con las entidades de Derecho público, se plantea el problema de que están sujetas a la heteronomía normativa y no se rigen por el principio de la autonomía de la voluntad, sino que actúan con sometimiento pleno al Derecho y persiguiendo el interés general, nunca en ejercicio de una "voluntad propia".

El auge experimentado por las fundaciones de iniciativa pública en el sector público, y en concreto, en el sector sanitario, se debe a que gozan de gran flexibilidad, capacidad de adaptación a distintas situaciones, facilidad de organizar el control posterior de sus actividades y, finalmente, por el hecho de que su prestigio social les convierte en un instrumento idóneo para la obtención de recursos ajenos. La ventaja que supone la elusión de determinados controles, el establecimiento de cajas especiales, y la personificación de fines concretos para lograr su mejor consecución, es lo que ha llevado a los sujetos públicos a utilizar la institución fundacional, en especial, en su forma privada. Su uso también se ha visto incentivado por la "empresarialización" que de las fundaciones hizo, primero la Ley de Fundaciones de 1994 y después, la vigente Ley de Fundaciones de 2002.

2.3.2.2. Regulación y régimen jurídico

Las fundaciones, en cuanto a su régimen jurídico, se rigen por el Derecho privado. En el apartado 2 del art. 2 de la LF se dice que las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus estatutos y, en todo caso por la Ley.

Por consiguiente las fundaciones privadas, creadas por Entidades públicas se rigen en primer lugar, por los preceptos de la LF. Cada fundación se dota de unos estatutos, que constituyen la norma reguladora básica de la misma. Los Estatutos se contendrán en la escritura de constitución.

En el ámbito del INSALUD se completó el régimen jurídico con las previsiones del RDNFG, sujetándolas a determinados controles en materia de selección de personal, contratos y régimen presupuestario.

El rango de la norma por la que se crea la fundación depende de la naturaleza del órgano que la crea, pudiéndose crear por ley, real decreto, decreto (ámbito autonómico –Consejería-) u orden.

Por consiguiente, para conocer el régimen jurídico establecido para las fundaciones del sector público estatal, hay que considerar de la LF, su Disp. Final Primera-enumera los preceptos que son de aplicación a todas las fundaciones, sean estatales o autonómicas- y el Capítulo XI, y en concreto el art. 46 de éste.

En primer lugar, la Ley de Fundaciones recoge ciertos preceptos que son de aplicación a todas las fundaciones, sean estatales o autonómicas (algunos de ellos son los que se estudian en este apartado), bien por regular, las condiciones básicas que garantizan la igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho de fundación (art. 149.1.1 CE), bien por su naturaleza procesal (art. 149.1.6 CE), bien por incorporar normas de Derecho Civil, sin perjuicio de la aplicabilidad preferente del Derecho civil foral o especial allí donde exista (art. 149.1.8 CE). Se trata de disposiciones con carácter de normas básicas y serán de aplicación directa en todo el Estado. La normativa autonómica sólo podrá, a lo sumo, y si así lo admite el reparto de competencias de la Constitución y el respectivo Estatuto de Autonomía, desarrollar y/o ejecutar la legislación básica estatal, pero nunca las disposiciones autonómicas podrán prevalecer sobre la estatal en materias de carácter

básico. El resto de los preceptos de la Ley son de aplicación únicamente a las fundaciones de competencia estatal.

Entrando en el régimen jurídico específico de las fundaciones públicas estatales, se regula, como se ha dicho en Capítulo XI –art. 46- LF, y en lo no regulado por él, se rigen con carácter general, por lo dispuesto en la LF para el resto de las fundaciones, es decir, las de iniciativa privada.

Veamos con más detalle este régimen jurídico específico. En primer lugar, las fundaciones públicas estatales, están sujetas a unas limitaciones: no podrán ejercer potestades públicas y únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público estatal fundadoras, debiendo coadyuvar a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de sus competencias propias, salvo previsión legal expresa.

Las fundaciones en mano pública no encajan en el ámbito de aplicación de la LRJPAC, art. 2, por lo no les sería aplicable el régimen de responsabilidad patrimonial para las Administraciones Públicas. Pero hay que tener en cuenta, la naturaleza de la actividad de asistencia sanitaria, que es un servicio público, con independencia de la fórmula a través de la que se gestione. La consideración de un concepto material de Administración, que va más allá de un concepto estrictamente orgánico-subjetivo, permite asegurar las garantías que el Derecho Administrativo reconoce a favor del administrado, con independencia de la forma de gestión por la que se opte. En conclusión, los daños causados por las fundaciones constituidas por la Administración para gestionar la asistencia sanitaria, deben quedar incluidos en el régimen de responsabilidad objetiva y directa que para aquella establece nuestro Ordenamiento jurídico.

Las causas y formas de extinción de las fundaciones constituidas por las Administraciones Públicas son las mismas que las correspondientes a las fundaciones privadas (arts. 31 y 32 LF). Una de las causas de extinción es “cuando concurra cualquier otra causa prevista en el acto de constitutivo o en los estatutos”, lo cual quiere decir, que no pueden extinguirse por la mera voluntad del patronato, sustrayéndose, una vez constituidas, a la voluntad del fundador y patronos. Tan sólo será posible esta extinción si así se manifestó en el acto constitutivo de la fundación o en sus estatutos.

Esta configuración de la fundación privada como una persona jurídica autónoma e indisponible para el fundador, aunque este sea una Administración Pública, choca con la potestad de autoorganización de la Administración, que le permite crear, modificar y extinguir los entes instrumentales que necesite para el cumplimiento de sus competencias, eso sí, con la aprobación de una ley o reglamento. Pero la LF regula esa situación.

Una vez acordada la extinción de la fundación, ha de abrirse un procedimiento de liquidación (art. 33 LF). El apartado 2 de ese artículo prevé que “los bienes y derechos resultantes de la liquidación se destinarán a las fundaciones o a las entidades no lucrativas privadas que persigan fines de interés general y que tengan afectados sus bienes, incluso para el supuesto de su disolución, a la consecución de aquéllos, y que hayan sido designados en el negocio fundacional o en los Estatutos de la fundación extinguida. En su defecto, este destino podrá ser decidido, en favor de las mismas fundaciones y entidades mencionadas, por el Patronato, cuando tenga reconocida esa facultad por el fundador, y, a falta de esa facultad, corresponderá al Protectorado cumplir ese cometido”, lo cual plantearía el problema de la reversión de los bienes y derechos a la Administración Pública fundadora, en el caso de las fundaciones del sector público estatal. Esta cuestión puede solucionarse, con lo regulado en el apartado 3 del art. 33: “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, las fundaciones podrán prever en sus Estatutos o cláusulas fundacionales que los bienes y derechos resultantes de la liquidación sean destinados a entidades públicas, de

naturaleza no fundacional, que persigan fines de interés general". Es decir, en los estatutos de la fundación constituida por entidades públicas, se pueden establecer que, en caso de extinción, los bienes de la misma sean destinados a la propia Administración fundacional.

Se plantea el problema jurídico, en relación con las fundaciones del sector público estatal, de su distinción en relación con las fundaciones que se constituyan en las Comunidades Autónomas, para diferenciar el régimen jurídico que les resulta aplicable. Para el territorio de cada Comunidad Autónoma existe una única ley, que proporciona una regulación uniforme de las fundaciones que entran en su ámbito de aplicación respectivo. El problema reside en que el criterio de sujeción a la ley autonómica no es el mismo en todos los supuestos. En ciertas leyes autonómicas de fundaciones (Madrid, Canarias, Castilla León, Cataluña y Comunidad Valenciana), el ámbito geográfico de desarrollo de las actividades fundacionales, se erige como criterio delimitador de la normativa aplicable, con independencia del sujeto público fundador. Su objetivo es hacer caer tales fundaciones bajo el ámbito competencial autonómico. Surge entonces la cuestión, de la determinación del alcance de la voluntad del fundador público y la posibilidad de limitarla o condicionarla, ya que se presumen que las fundaciones constituidas por entidades públicas en el territorio de la Comunidad Autónoma desarrollan principalmente sus funciones en el territorio de la misma. Esta presunción del legislador autonómico, desvirtúa la voluntad del fundador, limitándola, lo cual va en contra de la previsión del art. 2.2 LF, según el cual, el régimen jurídico de las fundaciones viene constituido "por la voluntad del fundador, por sus estatutos y, en todo caso, por la Ley", precepto de aplicación general, de acuerdo con el art. 149.1.1 CE.

Hay que tener en cuenta, el art. 2.5 LOFAGE, según el cual, "los órganos que integran la Administración General del Estado y sus Organismos públicos extienden su competencia a todo el territorio español, salvo cuando las normas que les sean de aplicación la limiten expresamente a una parte del mismo". Aunque el precepto no se aplica a las fundaciones de iniciativa pública, sí se aplica a las entidades estatales que la constituyan. Por tanto, si cualquier entidad de la Administración Estatal, crea una fundación, se presume que tal fundación extiende sus competencias a todo el Estado, aunque ejerza sus funciones principal y físicamente en una determinada Comunidad Autónoma. Se entiende igualmente que los fines perseguidos por esa fundación se extienden, también a todo el territorio nacional, salvo que una previsión expresa del fundador establezca otra cosa. No cabe entender que una ley autonómica pueda excepcionar de este régimen a entidades ubicadas o que desarrollan su actividad principalmente en su territorio.

Por consiguiente, es dudoso aplicar un criterio estricto y meramente geográfico a los fines de las fundaciones creadas por entidades públicas estatales. El lugar del cumplimiento de los fines juega un papel secundario, siendo lo importante atender a la voluntad del fundador, sin que se pueda dudar que los fines, en las fundaciones del sector público estatal, se irradian a todo el territorio nacional.

2.3.2.3. Organización

En cuanto a los Órganos de gestión y control, la LF prevé para toda fundación, la existencia de dos órganos diferenciados: el patronato y el protectorado.

El primero de ellos, el patronato²⁹², es el órgano de gobierno, gestión y representación de la fundación. Le corresponde cumplir los fines fundacionales y administrar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, manteniendo el rendimiento y utilidad de los mismos. Representa la voluntad del fundador.

²⁹²La disp. final segunda de la LGP/2003 modifica la LF en cuanto a la exigencia de que la mayoría de los miembros del patronato sean designados por las Entidades del sector público estatal.

La institución del protectorado ejercerá la función de control de la fundación, velando por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones. Sus funciones concretas se regulan en el art. 35 LF.

Para las fundaciones de competencia estatal, el protectorado se ejercerá por la Administración General del Estado, remitiéndose a la regulación reglamentaria (art. 34.2 LF). En concreto, el Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de las Fundaciones de competencia estatal, en su art. 40.1, dice que "el protectorado de las fundaciones de competencia estatal será ejercido por la Administración General del Estado a través de los departamentos ministeriales que posean atribuciones vinculadas con los fines fundacionales, tal y como aparecen descritos en los estatutos de la fundación".

Al ostentar en esos supuestos el protectorado potestades directivas sobre el patronato, que es una entidad meramente instrumental, su naturaleza queda alterada, pues debería ser una función externa e independiente de la fundación.

En las fundaciones del ámbito sanitario, constituidas por el INSALUD, para la gestión de los Hospitales de Alcorcón, Manacor y la Calahorra, el Ministerio de Sanidad y Consumo asumió el ejercicio de las funciones de protectorado. Recordemos que al INSALUD, le competían las funciones de administración y gestión de servicios sanitarios, bajo la dirección y tutela del Ministerio de Sanidad y Consumo.

Vemos que en este contexto, la separación entre instancia de gobierno -patronato- y de control -protectorado- es meramente formal. En caso de discrepancias entre ellos, parece que el protectorado optaría por ejercer esas potestades, que incluyen la facultad de cesar y sustituir a los miembros de sus órganos de gobierno.

La relación de Protectorado se confunde e identifica con la función de dirección y control propia de la relación de instrumentalidad a que están sometidas las entidades institucionales públicas.

Por tanto, cuando el fundador es la Administración Pública, el esquema organizativo general se altera, por confusión entre la instancia de gobierno y la de control, sobre todo si coinciden el fundador y el protectorado, provocando una incompatibilidad clara entre ambas funciones.

Concluimos de lo anterior, la dificultad de encajar a los sujetos públicos en un esquema organizativo de Derecho privado, como son las fundaciones.

2.3.2.4. Gestión de personal

La prestación de servicios sanitarios no supone el ejercicio de potestades públicas y las fundaciones no tienen el carácter de Entidades públicas de las referidas en el art. 2.2 de la LRJPAC. Esto permite que la gestión de recursos humanos se realice en régimen de Derecho laboral.

El art. 46.4 LF establece en cuanto al personal de las fundaciones del sector público estatal, que "la selección del personal deberá realizarse con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria". Esta genérica prescripción, no se acompaña del carácter de ese personal. Dada la naturaleza jurídico-privada de las fundaciones, lo más coherente es sostener, como se ha dicho antes, que su personal se somete al Derecho del Trabajo, lo que por otra parte, es justamente una de las principales razones por las que las Administraciones Públicas acuden a esta fórmula organizativa. Esta afirmación es coherente, con lo establecido en el art. 15.1.c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la

Función Pública, que sólo exige que sean funcionarios públicos con carácter general, quienes desempeñen los puestos de trabajo “de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social”, entre los que no se encuentran los hospitales y servicios descentralizados.

En los estatutos de los Hospitales de Alorcón y Manacor, se establece que el régimen jurídico del personal será el establecido por el Derecho laboral.

Surge el interrogante de si el personal estatutario de un Servicio de Salud, puede trasladarse voluntariamente o ser transferido a una fundación en mano pública. La respuesta hay que buscarla en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud (EM). El personal estatutario ostenta el derecho a la movilidad voluntaria (art. 17.1 e), en los términos del Capítulo VII (Movilidad del personal) del EM. En concreto su art. 36 preceptúa lo siguiente: “Movilidad por razón del servicio: El personal estatutario, previa resolución motivada y con las garantías que en cada caso se dispongan, podrá ser destinado a centros o unidades ubicadas fuera del ámbito previsto en su nombramiento de conformidad con lo que establezcan las normas o los planes de ordenación de recursos humanos de su servicio de salud, negociadas en las mesas correspondientes”. Cabría interpretar que este artículo permite la movilidad forzosa, aunque debidamente justificada y motivada, en los términos que establezca la normativa sobre el servicio de salud correspondiente, aunque no se perdería la condición de personal estatutario fijo.

Al hilo de esta cuestión, el art. 65 EM, regula la situación denominada servicios bajo otro régimen jurídico. Pasarán a esta situación, “quienes acepten la oferta de cambio de su relación de empleo que efectúen los servicios de salud al personal estatutario fijo, para prestar servicios en un centro cuya gestión sea asumida bien por una entidad creada o participada en un mínimo de la mitad de su capital por el propio servicio de salud o comunidad autónoma, bien por otras entidades surgidas al amparo de nuevas fórmulas de gestión promovidas por el servicio de salud o comunidad autónoma y creadas al amparo de la normativa que las regule”. En este supuesto encajan las fundaciones sanitarias en mano pública. Según él, el personal estatutario, no puede ser trasladado forzosamente a la fundación creada, cesando en la situación de activo para prestar servicios en régimen laboral. Sólo, si el afectado acepta voluntariamente, cabe el traslado a la fundación, mediante contratación laboral con ella, no extinguiéndose, salvo renuncia, la relación estatutaria.

El personal en situación de servicios bajo otro régimen jurídico, tendrá derecho al cómputo de tiempo a efectos de antigüedad y durante los tres primeros años se ostentará derecho para la reincorporación al servicio activo en la misma categoría y área de salud de origen o, si ello no fuera posible, en áreas limítrofes con aquella (art. 65.2 EM).

Es importante resaltar, que el personal de la fundación, lo es de ella y no de la entidad pública fundadora, por lo que no es coherente que la fundación se nutra de personal al Servicio de las Administraciones Públicas (funcionario o estatutario).

2. 3.2.5. Contratación y régimen económico-presupuestario

La contratación de las fundaciones se rige por el Derecho privado. En concreto, contratación de las fundaciones del sector público estatal, se ajustará a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios (art. 46.5 LF). Por su parte, el art. 43.1 RDNFG para el ámbito INSALUD, establece que “las fundaciones ajustarán su actividad contractual al Derecho Civil y Mercantil y estarán sujetas a los principios de publicidad y concurrencia, salvo en los casos no exigidos en la legislación sobre contratos de las Administraciones Públicas”.

No existe pues, una remisión expresa a las determinaciones de la legislación de contratos sino una mera referencia a los citados principios. No obstante lo anterior, el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), considera, en su art. 3, y a sus efectos, que forman parte del sector público “Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 % por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades”. Como vemos, encaja aquí, perfectamente, el concepto de fundación del sector público estatal del art. 44 LF.

Volvemos a lo ya dicho respecto a las sociedades mercantiles: Al no tener la consideración de Administraciones Públicas (art. 3.2. TRLCSP), el régimen aplicable al contrato de sector público que celebren, de acuerdo con el art. 20 TRLCSP, se denomina "contrato privado". En consecuencia, esos "contratos privados" se registrarán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por el TRLCSP y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de Derecho Administrativo o, en su caso, las normas de Derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se registrarán por el Derecho privado. No obstante, serán de aplicación a estos contratos las normas contenidas en el Título V del Libro I del TRLCSP, sobre modificación de los contratos.

Por último, las fundaciones creadas o participadas mayoritariamente por las Agencias Estatales, el art. 16.2 LAE, establece que deben ajustar su actividad contractual “en todo caso, a los principios de publicidad y concurrencia”, aunque sin concretar su alcance.

El régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y control de las fundaciones será el establecido en la LGP y, en su defecto, en su propia normativa de aplicación.

La LGP las ha incluido en el control de auditoría por la Intervención General de la Administración del Estado (art. 100), y en las obligaciones de rendimiento de cuentas (arts. 127 y 132).

Es interesante, la cautela establecida en el art. 46.6 LF: "cuando la actividad exclusiva o principal de la fundación sea la disposición dineraria de fondos, sin contraprestación directa de los beneficiarios, para la ejecución de actuaciones o proyectos específicos, dicha actividad se ajustará a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, siempre que tales recursos provengan del sector público estatal”.

Respecto al patrimonio de las fundaciones públicas estatales, la LF remite a la regulación general de la propia Ley. Recordando el concepto de fundación, establecido en el art. 2.1 LF, "son fundaciones las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general", comprobamos que se corresponde con la concepción clásica de fundación.

Este patrimonio estaba original y esencialmente constituido por la dotación del fundador. Esta dotación puede consistir en bienes y derechos de cualquier clase y ha de ser "adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales. Se presumirá suficiente la dotación cuyo valor económico alcance los 30.000 euros" (art. 12.1 LF).

Las fundaciones privadas de iniciativa pública, sólo reciben del erario público la dotación fundacional, sin perjuicio de las subvenciones que, como toda fundación, puedan recibir, y de los contratos, conciertos o convenios que puedan suscribir con entidades públicas.

En efecto, como novedad, la Ley de fundaciones (primero la de 1994 y, la vigente de 2002) ha añadido otras posibles formas de financiación de la actividad fundacional (subvenciones, aportaciones por terceros, aportaciones posteriores del fundador...), dedicando el art. 19 LF a la

composición de patrimonio de la fundación, pero lo que más sorprende es que las fundaciones, que no tienen por definición, ánimo de lucro, puedan desarrollar actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de las mismas, con sometimiento a las normas reguladoras de la defensa de la competencia, y además podrán participar en sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente de las deudas sociales (art. 24 LF).

Por consiguiente, las fundaciones siguen siendo organizaciones sin fin de lucro, pero ello no significa que no puedan tener actividades de contenido económico o empresarial que les permitan obtener ingresos económicos que destinen al cumplimiento de los fines que le son propios.

Las actividades mercantiles que puede realizar una fundación son de tres tipos: a) La aportación empresarial a la dotación fundacional; b) La creación de empresas instrumentales destinadas al cumplimiento de los fines fundacionales; c) La constitución de empresas para captar recursos que se incorporen como beneficios de la fundación. Nace así, la denominada fundación-empresa, teniendo ejemplos, de las actividades de ese tipo, en los estatutos de las fundaciones de investigación vinculadas a Hospitales del Sistema Sanitario Público.

La fundación no es Administración en sentido subjetivo y tampoco su patrimonio es titularidad de la Administración. Sus bienes y derechos son propiedad de la fundación y no de la Administración fundadora. El art. 20.1 LF afirma que "la fundación deberá figurar como titular de todos los bienes y derechos integrantes de su patrimonio, que deberán constar en su inventario anual". En base a esto, no cabe plantear la transferencia de excedentes desde la fundación a la Administración fundadora de la misma.

En el caso de uso de patrimonio de la Seguridad Social, los problemas que se pudieran plantear, se solventarían mediante fórmulas de cesión de uso de inmuebles (art. 84 TRLGSS)

2.3.2.6. Utilización de las fundaciones en mano pública por la Administración sanitaria

El recurso al modelo fundacional aparece como una técnica más de intervención de la Administración y de sus entes instrumentales, un modo de gestión administrativa. Es un ejemplo de como el Derecho Público se nutre de las herramientas proporcionadas por el Derecho Civil.

La Administración, no se limita al ejercicio del protectorado, sino que los entes públicos aparecen como promotores o patronos de fundaciones, empleando la segregación de recursos patrimoniales como técnica habitual de gestión de actividades incluidas dentro de sus esferas competenciales.

En el ámbito sanitario la gestión a través de fundaciones, ha sido criticada por considerarse como un intento de "privatizar la sanidad". Hay que tener en consideración, en primer lugar, que no se privatiza la titularidad del servicio puesto que se mantiene en manos públicas. Tampoco supone una privatización del ejercicio, ya que las fundaciones son fundadas por una Administración Pública, y gobernadas y dirigidas por ellas. Ahora, eso sí, el régimen jurídico que se les aplica es el Derecho privado. Por consiguiente, en sentido estricto, la única privatización que se produce es del estatuto jurídico, de Derecho privado, que rige al sujeto prestador del servicio²⁹³.

²⁹³GARCÍA-ANADRADE GÓMEZ, J., "Técnicas de control y de integración administrativa de las nuevas fundaciones de gestión sanitaria", XIII Congreso Italo-español de Profesores de Derecho Administrativo, Universidad de Salamanca, 9 y 10 octubre de 2000. La doctrina maneja tres acepciones para describir "los procesos de privatización: La transmisión de una empresa en mano pública mediante la venta de sus participaciones, la transferencia de una actividad pública a los privados, la creciente utilización en el actuar de la

Sin embargo, la huída al "Derecho privado" o la privatización del régimen de gestión, no puede ser total, ya que las fundaciones en mano pública, son organizaciones integrantes del sector público sanitario, según el art. 66 LGS, que preservan la condición de servicio público. Esto supone que a estas entidades les resultan aplicables diversas determinaciones legales referidas al sector público que implican una limitación a esta "huída del Derecho Administrativo".

Así, las fundaciones del sector público estatal, forman parte del sector público, a los efectos de la Ley General Presupuestaria (art. 2.1.f) y del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (art. 3.1 f).

Frente al concepto clásico de Administración Pública, a la que se aplica el Derecho Administrativo, se utiliza el concepto de sector público, más amplio, menos estrecho y formal que el de Administración Pública, con el objeto de sujetar, si no a todo el Derecho Administrativo, sí a algunos aspectos de éste (gestión presupuestaria, gestión y control contable, contratación) a los entes afectados por el fenómeno de la "huída del Derecho Administrativo", esto es, el recurso a formas jurídico privadas de personificación para acogerse a los beneficios del Derecho privado.

La Constitución utiliza el concepto de sector público en su Título VII, "Economía y Hacienda" - arts. 128.2, 134.2 y 136.1-, mientras el resto de su articulado se refiere a los poderes públicos o a la Administración Pública. El concepto de sector público es un concepto típicamente económico que se maneja, además de las Leyes antes referidas, en la Ley del Tribunal de Cuentas y en la de Patrimonio.

El concepto de poder público sirve para que toda organización en la que los poderes públicos tengan participación mayoritaria, o una influencia dominante, sea cual sea su forma de personificación, se someta a ciertos aspectos del régimen jurídico-público.

En definitiva, las fundaciones privadas en mano pública, a pesar de ser personas jurídico-privadas, están sometidas a controles y limitaciones que se aplican a las personas jurídico públicas.

Pero hay que tener en cuenta, que bajo la denominación de fundaciones de iniciativa pública, se incluye un conjunto diverso de personas jurídicas creadas o asumidas por la Administración, de ahí el problema de que su concepto no sea unívoco. El criterio más claro para distinguir los fenómenos jurídicos englobados en "fundación de iniciativa pública", es distinguir entre personificación de Derecho público (Fundaciones sanitarias públicas) y personificación de Derecho privado (Fundaciones en mano pública). Es decir, el carácter público o privado no depende del sujeto fundador, sino que depende de que su personificación y de que su régimen jurídico sea de Derecho público o de Derecho privado.

La utilización de la fundación en el ámbito sanitario para la gestión de la asistencia sanitaria, presenta un rasgo diferenciador respecto al uso tradicional de esta

Administración Pública, de fórmulas organizativas y de procedimientos jurídico-privados para el ejercicio de funciones y de cometidos de carácter público en su sentido más amplio. Sólo esta última, es la que se utiliza por la Administración Pública en el caso de las fundaciones sanitarias.

figura. Clásicamente, la Administración ha acudido a la fórmula fundacional, sobre todo para gestionar actividades más o menos accesorias, colaterales o residuales respecto a sus fines propios, como por ejemplo gestión de actividades de investigación o docencia a cargo de Administraciones sectoriales distintas de la cultural o educativa, como puede ser la sanitaria, y en concreto, las fundaciones de investigación constituidas en muchos Hospitales del Sistema Sanitario Público. Entre otras muchas, están las correspondientes a los Hospitales Clínico San Carlos, Puerta de Hierro, Ramón y Cajal, todos ellos en Madrid, Príncipe de Asturias (Alcalá de Henares) y Son Dureta (Palma de Mallorca).

En las fundaciones sanitarias por el contrario, junto a esos usos accesorios o tradicionales, la fundación adquiere un papel central en la gestión de la asistencia sanitaria pública -provisión de la actividad principal de la Administración sanitaria- que requiere replantearse la institución.

Es el Derecho sanitario el que más lejos ha llegado en la regulación e instrumentación de las fundaciones en mano pública, configurándolas como una forma de gestión directa de servicios públicos sanitarios.

La habilitación de las fundaciones para la gestión de los servicios públicos sanitarios, no es un fin en sí mismo, sino un instrumento más de una estrategia reformadora más ambiciosa, en el que la dotación de autonomía de gestión a los centros sanitarios, unida a su personificación bajo forma de Derecho privado y la diferenciación de sus funciones de prestación de las de autoridad y de compra de dichos servicios, concurrirían finalmente en la introducción de mecanismos de competencia regulada en la prestación de los servicios sanitarios.

En el caso del INSALUD, durante el tiempo que ejerció sus competencias y en la totalidad de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, las normas reguladoras de las formas de gestión de los servicios públicos en general y de los servicios sanitarios en especial, o recogen la posibilidad de prestarlos a través de una fundación, o no lo impiden, por lo que es factible la constitución de fundaciones.

Hasta la entrada en vigor de la LF de 1994, la mayoría de las fundaciones existentes, habían sido creadas por entidades de carácter privado, como por ejemplo la Fundación Jiménez Díaz o la Fundación Casa de Salud de Valdecilla; en Cataluña, una importante red de hospitales y servicios sanitarios han sido y son titularidad de una fundación.

A partir de los años noventa se multiplicaron la constitución de fundaciones. En Galicia se crea la Fundación Hospital de Verín en 1993, dependiente del Servicio Galego de Saudade (SERGAS) y la Fundación Centro de Transfusión de Galicia. Posteriormente se constituyen en Cataluña, la Fundación Puigcerdá y en Andalucía se crean varias fundaciones dedicadas a la canalización y gestión de ayudas a la investigación en el ámbito sanitario como la Fundación de Valme o la Fundación Hospital Reina Sofia-Cajasur.

La posibilidad de constituir fundaciones privadas en el ámbito sanitario, se prevé expresamente, por primera vez, en el artículo único del RD Ley 10/1996, de 17 de junio,

por el que se habilitan nuevas formas de gestión en el INSALUD, que recibe nueva redacción, por la Ley 15/1997, de 25 de abril, de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud. De ésta, cabe destacar que resalta la idea de que el SNS preserva en todo caso su condición de servicio público.

Las fundaciones no tienen titular dominical, porque a nadie pertenecen, a diferencia de las sociedades mercantiles. No son, ni de naturaleza ni de titularidad pública, como exige la Ley 15/1997. Para poder salvar la posibilidad de crear fundaciones privadas por entidades públicas en el ámbito sanitario al amparo de ésta Ley, habría que forzar la interpretación del texto legal para entender que no se refiere a titularidad dominical, sino organizativa, referida por ello no a la propiedad sobre la fundación, sino a la capacidad/competencia para su creación o a la iniciativa en constituir la fundación. Por tanto, las fundaciones han quedado, implícita e impropriamente habilitadas en el sector sanitario por la Ley 15/1997, por lo que parece que ésta, las subsume en la categoría de entes de titularidad pública. Sucesivas leyes han avalado esta interpretación²⁹⁴.

La Administración sanitaria, por ello podrá crear sujetos de naturaleza jurídica pública o privada, de titularidad pública o incluso carentes de titularidad ajena (como las fundaciones).

Más allá del discutible tenor literal de la Ley 15/1997, que utiliza una terminología inadecuada o imprecisa y que encuentra difícil encaje en el Derecho de fundaciones, se atiende a la *ratio legis*, que parece clara en el sentido de querer amparar la creación de "cualesquiera entidades (...) admitidas en Derecho".

En consecuencia, las fundaciones privadas en mano pública, al ser financiadas y controladas por el sujeto fundante y exigirse una presencia decisiva pública en su patronato por órganos de la Administración Pública, entran dentro de la amplia expresión "entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho", a que se refiere el artículo único de la citada Ley, admitiéndose la creación de fundaciones privadas en mano pública en el ámbito sanitario.

Se constituyeron por el INSALUD en 1996, las Fundaciones del Hospital de Manacor y la Fundación Hospital de Alcorcón y posteriormente, al amparo del Real Decreto 29/2000, de Nuevas Formas de Gestión (RDNFG), que desarrolló la Ley 15/1997 en el ámbito INSALUD, se crearon la Fundación Hospital de Calahorra y la Fundación Hospital Son Llátzer. Culminadas las transferencias a las Comunidades Autónomas, esas fundaciones pasaron a ser competencia de las mismas, en cuyo territorio radican, y se transformaron, de acuerdo con sus Estatutos, en "una fundación de competencia autonómica".

El RDNFG era de aplicación a los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud, o de atención sanitaria gestionados por el INSALUD que adopten cualesquiera de las "nuevas formas de gestión", entre las que se incluyen las fundaciones constituidas al amparo de la Ley de Fundaciones (art. 2 RDNFG).

²⁹⁴El art. 3.3. LGP considera que el sector público fundacional, integrado por las fundaciones del sector público estatal.

El art. 38 del RNFG, define las fundaciones constituidas al amparo de la LF como “organizaciones sanitarias sin ánimo de lucro constituidas por el INSALUD, que destinen y afecten un patrimonio a la realización de fines sanitarios de interés general y que tengan por objeto la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria”.

Tiene interés comentar, que el protectorado de estas Fundaciones corresponde al Ministerio de Sanidad, mientras que el fundador es el INSALUD, adscrito al Ministerio de Sanidad. No existe, pues, una separación o alteridad entre patronato y protectorado, entre gobierno y control, que está detrás de la estructura organizativa, creada por la fundaciones. Esto está en contradicción con el Derecho de fundaciones, cuestión que tiene encaje difícil en los supuestos en el que el fundador es una entidad pública. Pero es que, además, choca también con el nuevo modelo de gestión, que, con este tipo de figuras se pretende implantar, en el sentido de la búsqueda de separación entre funciones de autoridad (regulación, control e inspección) y financiación y compra del servicio sanitario, y las de provisión por otro.

3. GESTIÓN INDIRECTA DE LOS SERVICIOS SANITARIOS: COLABORACIÓN DE LOS SUJETOS PRIVADOS EN LA PRESTACIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA

En los supuestos de gestión indirecta del servicio sanitario público, la Administración, en lugar de prestar servicios con sus propios medios, encomienda la prestación a un tercero, en virtud de la celebración de un contrato.

El tercero, que puede ser una persona natural o jurídica, privada, va a convertirse en un colaborador de la Administración, desarrollando unas actividades –susceptibles de explotación por particulares y que en ningún caso pueden suponer el ejercicio de autoridad –que son competencia y responsabilidad de ésta.

A diferencia de las formas de gestión directa, en la gestión indirecta no existen formas especiales o específicas del ámbito sanitario, sino que, y a salvo de ciertas especialidades, se aplican al mismo, las formas de gestión indirecta previstas con carácter general.

Cabría plantearse si las formas de gestión indirecta son adecuadas para los servicios de salud. En este sentido el TRLCSP, al referirse al contrato de gestión de servicios públicos, especifica que la Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos (Art. 275 TRLCSP). Refiriéndose a los contratos de servicios, el art. 301 TRLCSP, también establece el mismo límite. Esta limitación, no resulta un impedimento para la gestión de prestaciones sanitarias, pues esta, no implica en sí misma, ejercicio de autoridad de los poderes públicos. Las prestaciones sanitarias son necesarias e imprescindibles para la vida social y por ello, las presta el Estado, lo cual no supone ejercicio de soberanía, ni ejercicio de autoridad. Es decir, el Estado no impone coactivamente a los ciudadanos la asistencia sanitaria, simplemente como titular del servicio público, ofrece unas prestaciones públicas que los ciudadanos pueden utilizar,

sin coacción, ni imposición por la utilización de poderes soberanos.

No tiene lógica plantear la fórmulas de gestión indirecta en los centros y establecimientos sanitarios de total titularidad pública; en estos supuestos la Administración sanitaria deberá decidir la forma de gestión directa más adecuada y proceder a su implantación. La opción por formas de gestión indirecta se planteará en los casos en los que la Administración necesite la colaboración de los sujetos privados para el cumplimiento de sus obligaciones o bien, por decisión política que pretenda dejar más espacios a los agentes proveedores de asistencia sanitaria privados. También puede buscarse conseguir mayores niveles de eficiencia organizativa, difíciles de obtener con las estructuras administrativas.

Ahora bien, aunque los sujetos `privados pueden colaborar en la prestación de funciones públicas, hay que partir de la no correspondencia exacta entre organización administrativa y funciones públicas, es decir hay funciones que son consideradas como públicas y que no necesariamente son prestadas por la estructura organizativa de la Administración, sino que son realizadas por particulares. En este sentido se dice que junto a la Administración en sentido propio (o subjetivo), está la Administración impropia, gestionada por personas y entidades de carácter sustancialmente privado.

En definitiva se trata del ejercicio privado de funciones públicas²⁹⁵. Precisamente el Derecho Administrativo Social, se presenta como la parte del Ordenamiento Jurídico que regula la colaboración solidaria, siendo una de las manifestaciones o esferas en las que expresa la influencia dicha cooperación el que las prestaciones no son llevas a cabo por la propia Administración, sino por terceros que actúan como intermediarios, como ocurre en la mayor parte de los casos de prestaciones sociales que consisten en servicios y aportaciones no dinerarias; ejemplo es la asistencia sanitaria. La razón de ser de esta mediación puede residir en la existencia de una responsabilidad originaria de los poderes públicos de dispensar tales prestaciones. En este caso la mediación de la Administración se limita a pagar los gastos, sin llegar a asumir la delicada posición del que ha de disponer por sí mismo la prestación material²⁹⁶.

Esta categoría de gestión indirecta, engloba una heterogeneidad de supuestos de ejercicio por sujetos privados de competencias asumidas como propias por la Administración Pública. Como datos comunes a todos ellos pueden señalarse dos:

- La actividad en cuestión constituye una función pública en sentido estricto, no una mera tarea de interés público, de donde se deduce que los actos concretos en que se desarrolla poseen eficacia jurídico-pública o son objeto de un servicio público en sentido estricto, como por ejemplo la prestación de asistencia sanitaria.
- El sujeto privado que desarrolla la actividad lo hace con medios y en nombre propio, no imputando su actividad a la Administración.

²⁹⁵SANTAMARÍA PASTOR, J.A., "Principios de Derecho Administrativo General II", Iustel, Madrid, 2009, pág. 460.

²⁹⁶SCHMIDT-ASSMANN, E., "La teoría general del Derecho Administrativo como sistema", Editorial Marcial Pons, Madrid, 2003, págs. 145-149.

Estos fenómenos jurídicos se pueden integrar en el concepto de colaboración de particulares en el ejercicio de competencias públicas –prestación de funciones públicas-. Esta colaboración, cada vez está más extendida y además, presenta una gran variabilidad.

En todos estos supuestos estamos ante una actuación administrativa a través de sujetos que no sólo son de naturaleza jurídico-privada, sino que además, son de titularidad privada. La interrogación que surge, es si estos sujetos privados que prestan servicios públicos actúan de forma exactamente igual que cualquier otro sujeto privado en el tráfico jurídico o si, por el contrario, ha de entenderse que, en la medida en que estos sujetos privados llevan a cabo funciones públicas, su actuación ha de estar sujeta límites. Puede orientar la respuesta, la previsión del art. 2.d de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, que refiriéndose a los concesionarios de servicios públicos, establece que la competencia para conocer de los pleitos que tengan por objeto la realización por esos concesionarios de actividad administrativa está sometida al conocimiento del Orden contencioso-administrativo, competencia que debería extenderse al resto de personas jurídico-privadas, que ejerzan competencias públicas, colaborando con las Administraciones públicas.

Establecer el sometimiento o no al Derecho público de estas colaboraciones privadas en la prestación de funciones públicas está directamente relacionado con el concepto de Administración que se maneje. Así, junto a un concepto estricto o subjetivo de Administración, la CE en su art. 103.1, recoge un concepto más amplio o material. Desde este punto de vista, el carácter de públicas de las funciones determina, la sujeción de estas actividades, en mayor o menor grado, a un régimen jurídico público, así como la vinculación de estos sujetos privados a la Administración por un conjunto de potestades de ordenación, de dirección y control.

Veamos a continuación, en el marco de la legislación general del Estado y de la legislación sanitaria, la concreción de las diferentes modalidades de ejercicio por entidades privadas de competencias asumidas como propias por la Administración Pública. Previamente, se hará una aclaración terminológica y conceptual - externalización, liberalización, privatización y colaboración público-privada-.

3.1. Externalización, liberalización y privatización de servicios sanitarios

Hay que diferenciar la externalización de los servicios públicos, de los términos liberalización y privatización que, en ocasiones, se emplean erróneamente como sinónimos.

La privatización tiene diversas acepciones²⁹⁷. Una de ellas, privatización de actividades, coincide con el de liberalización, que en un sentido general sugiere

²⁹⁷SANCHEZ BAYLE, M., “La privatización de la asistencia sanitaria en España”, Laboratorio de Alternativas, Fundación Alternativas, Documento de Trabajo 182/2014, págs. 10-13. Es criterio de este autor que, “de acuerdo con el diccionario de la RAE, vigésimo tercera edición, privatización es acción y efecto de privatizar y privatizar es transferir una empresa o actividad pública al sector privado, por lo que no cabe duda de que dejar la asistencia sanitaria en manos privadas es una privatización, aunque se mantenga la financiación pública”. Considera que la privatización sanitaria puede considerarse en varios de los aspectos que configuran la prestación sanitaria –tipos de privatización sanitaria-: Financiación, Aseguramiento, Provisión –es el aspecto de la privatización en el que existe una más variada experiencia en España y a nivel internacional-, Control y Planificación y Formación.

aumento de libertades y afecta al derecho reconocido por el art. 38 CE. Implica suprimir reservas; por consiguiente si tras liberalizar, se prescinde de las autorizaciones, significa que esa reserva se ha suprimido, deviniendo libre la actividad.

En sentido estricto, con el término privatización se describe la transferencia de activos y operaciones estatales, como las telecomunicaciones y el suministro de energía, del gobierno a empresas propiedad de uno o varios accionistas, que disfrutan de libertades comerciales similares a las de otras corporaciones privadas.

En sentido más amplio, vendría a referirse a una serie de iniciativas, que incrementen el papel del mercado y las organizaciones comerciales dentro del sector estatal. En el concreto ámbito de las infraestructuras, con la privatización se produce la transferencia de propiedad al sector privado de los activos de una obra pública existente u obra nueva con total propiedad privada.

La distinción esencial entre liberalización y privatización, reside en la actuación sobre la titularidad del servicio o de la propiedad. Así, la liberalización actúa sobre la titularidad del servicio público, mediante la correspondiente norma con rango de ley se suprime la reserva, sin perjuicio de la intervención en la regulación de las obligaciones de servicio público, en mayor o menos medida, dependiendo de la esencialidad del servicio para la sociedad. La liberalización es un fenómeno inverso a la *publicatio*, que acaba con el monopolio del servicio público, suponiendo un tránsito desde la antigua *publicatio* a la concurrencia, y desde el servicio público a las obligaciones de servicio público, garantes de la prestación. Es decir, con la liberalización, se elimina la titularidad del servicio y la reserva, pasando las actividades al ámbito de la libre iniciativa privada.

El término liberalización se identifica con la *despublicatio*, que se justifica en definitiva en razón de la libertad, reduciendo al mínimo los ámbitos de exclusión de la iniciativa privada, y sólo en razón del interés general que aquella no puede alcanzar. Con la *despublicatio*, los administrados disponen de libertad para acceder a actividades antes vedadas y que ahora se colocan a su alcance, adquiriendo el derecho subjetivo a participar en una actividad esencial que se extrae del ámbito público, manteniendo la Administración la potestad regulatoria o de control, que le es propia sobre cualquier actividad privada que afecte al interés general. El papel del Estado no es del de interventor o gestor, sino el de regulador.

La privatización se limita a actuar sobre la titularidad de la propiedad de los medios con que se presta el servicio, pudiendo consistir en la venta de participaciones de capital o en la de otros bienes patrimoniales, sin alterar el régimen de competencias establecidas constitucionalmente.

A través de la liberalización, previa privatización en algunos casos cuando proceda, y siempre mediante la *despublicatio*, servicios y actividades de titularidad pública acceden al ámbito de la iniciativa privada y de la competencia. Si los servicios se consideran esenciales, se someten a obligaciones de servicio.

Mediante la externalización, se produce una transferencia al sector privado de una actividad (servicio público), que o bien se ha venido realizando directamente por la Administración Pública, o bien se considera necesario realizarla a partir de un momento

dado, mediante un proceso competitivo que se formaliza en un acuerdo contractual, manteniendo la Administración la titularidad pública de los servicios, y por ende, el control y la responsabilidad ante los usuarios del servicio.

Se identifica el término externalización²⁹⁸ con la institución de la gestión indirecta, inserta en las normas de organización y contratación pública, en sus distintas magnitudes e intensidades, dependiendo de la esencialidad del servicio objeto de prestación.

La modalidad apropiada en cada caso, privatización, liberalización o externalización, dependerá de muchos factores entre los que pueden destacarse: el consenso político, la capacidad del sector privado, el tipo de activos y servicios prestados, la calidad del servicio antes de la incorporación al sector privado, y el grado de utilización de las infraestructuras para redistribución de las rentas.

3.2. La colaboración público-privada

En la sociedad actual, el progreso de la economía, exige un replanteamiento de la asignación de recursos entre el sector público y el sector privado de manera conjunta y coordinada, con el objetivo de optimizar los recursos siempre escasos. Esta colaboración debe desarrollarse dentro de un marco jurídico transparente y eficaz, que permita con objetividad la toma de decisiones. En esta línea, la Comisión Europea está fomentando la colaboración entre ambos sectores para la promoción de infraestructuras, equipamientos y servicios públicos, mediante el fomento de un marco jurídico adecuado. España, ha sido pionera en dotarse de un amplio abanico de instrumentos jurídicos con la aprobación de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP), que además de trasponer la Directiva 2004/18/CE, introdujo el novedoso contrato de colaboración entre el sector público y el privado. Con posterioridad, esa Ley ha sido derogada y sustituida por el TRLCSP.

El binomio público y privado se ha quebrado, necesitándose una nueva definición de lo público y de la relación entre Estado y sociedad. El papel de la Administración Pública ya no es ser protagonista del crecimiento económico, sino el garante de que éste pueda producirse, mediante el establecimiento de un marco jurídico adecuado, y de la provisión de infraestructuras necesarias para desarrollo de la sociedad. Reconocida como insuficiente la tradicional fórmula de financiación presupuestaria a través del contrato de obra pública, consolidada en España, en los últimos tiempos, se han buscado figuras jurídico-económicas que permitiesen financiar infraestructuras y servicios, con el menor impacto en el presupuesto público, cumpliendo a su vez los objetivos de excelencia que la sociedad actual demanda. Ello obliga a involucrar al sector privado.

A los poderes públicos se le exige eficacia en la realización de sus funciones y eficiencia, limitándole el endeudamiento y el déficit público, máxime en la actual crisis económica que castiga a varios países de Europa. A la par, los operadores privados han encontrado un yacimiento para su intervención en la ejecución de infraestructuras públicas complejas, donde es necesaria una actividad financiera de gran magnitud.

²⁹⁸BRUNETE DE LA LLAVE, M.T, “Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de contratos del sector público. Especial aplicación a las entidades locales”, Ed. La Ley, Madrid, 2009.

El sector privado puede participar en la actividad pública a través de dos caminos diferentes: la externalización, buscando el déficit cero y la eficiencia, pero manteniendo la titularidad pública de los servicios, y la liberalización, previa privatización cuando proceda, y siempre mediante la *despublicatio*, por la que los servicios y actividades de titularidad pública acceden al ámbito de la iniciativa privada y de la competencia.

En la Unión Europea, se ha impulsado un proceso de liberalización de servicios públicos, para alcanzar el mercado único, rompiendo los monopolios de los Estados, en materias como la energía, los transportes y las telecomunicaciones. También se ha producido un proceso de externalización de servicios públicos impulsado por las políticas de estabilidad presupuestaria.

Los fundamentos de la Comisión Europea para el impulso de fórmulas de colaboración público-privada se basan en tres factores: el económico, relacionado con las restricciones presupuestarias; el segundo factor es la eficiencia-eficacia en el funcionamiento de la vida pública, a conseguir mediante el aprovechamiento de los conocimientos y métodos del funcionamiento del sector privado; y el tercero versa sobre la evolución del papel del Estado en el ámbito económico, al pasar de operador directo a organizador, regulador y controlador.

En realidad, la colaboración público-privada no es una fórmula novedosa, pues revisando la historia, ya se recurría al sector privado para la construcción de grandes obras en época del Imperio Romano. Las nuevas corrientes, son, más bien, actualizaciones de la técnica de financiación privada mediante la gestión indirecta o externalización, la cual no está libre de polémica, cuyo principal motivo tiene un sustrato cultural.

Dentro de las culturas de la gestión pública, a la hora de abordar los problemas de la Administración y de los riesgos, está la cultura anglosajona y la continental europea. Para la primera, la financiación privada significa la asignación de los riesgos a empresas mercantiles como medida estricta de la eficacia que pueden aportar, y por consiguiente de las retribuciones que van a percibir. Por el contrario, la cultura europeo-continental, se produce una delegación de funciones públicas en una entidad no inserta orgánicamente en el bloque institucional de la Administración, consecuencia de la llamada dirigida a las empresas y capitales privados para que colaboren con ella en el desarrollo de una tarea que le pertenece originariamente, y de cuyo buen fin la Administración responde en exclusiva. El esfuerzo comunitario está hoy orientado a fundir las culturas anglosajonas y continental en una sola y la colaboración público-privada, como forma contractual indirecta de gestión de servicios, es un instrumento válido para la consecución de este objetivo al incorporar elementos como la gestión global del proyecto, la optimización del capital invertido y, por tanto de los fondos públicos, la especialización de los agentes implicados; sinergias del sector público y privado combinando los mejores atributos de cada socio, y objetivos de excelencia en el servicio al ciudadano.

La nueva economía- globalización-, mayor competencia, menor aceptación del gasto público, cambios tecnológicos y cuestionamiento de la credibilidad de las estructuras políticas para la gestión de algunos servicios públicos- obliga a reexaminar

el papel del Estado, pues se está produciendo, a la vez, un cambio acelerado en la sociedad, en las empresas, que afectan al sector público, tanto en su papel de regulador como de prestador de servicio, propiciando la utilización de fórmulas contractuales, que permitan la financiación extrapresupuestaria y el traspaso de la gestión de determinados servicios al sector privado, bajo el prisma de la optimización de recursos, a través del potencial eficiente que proporcionan las sinergias del conocimiento y la experiencia de ambos sectores, público y privado, y la consecución de la excelencia en el desarrollo de los servicios públicos.

Pero, ¿hasta qué punto la diferencia entre gestión pública y privada, es relevante en los procesos de mejora de los servicios públicos?. Se puede responder, en síntesis, que la gestión privada no parece mejor por sí, pues dependerá de diversos aspectos, fundamentalmente, del control o regulación que el ente público ejerza sobre el socio privado, de las características del servicio o actividad, de la incertidumbre o la necesidad de inversión en activos específicos, de los factores del entorno, así como de las posibilidades de generar competencia.

Hoy, los contribuyentes se configuran como los principales usuarios del servicio público, que valoran la eficiencia con la que se presta y la calidad con la que se suministra. La relación de los efectos de la externalización del servicio sobre la calidad de la prestación dependerá básicamente de dos factores: las condiciones de la prestación previas a la externalización y los controles que la Administración titular del servicio ejerza sobre los operadores privados.

En España hay una amplia experiencia en concesiones en materia de transportes, y sin embargo se tiene poca tradición en las de naturaleza social, como ocurre con los servicios sanitarios. En la actualidad se está ante el reto de la aplicación público-privada al ámbito social.

La aportación de la colaboración público-privada a incrementar la eficiencia y calidad de los servicios públicos, exige un alto grado de aceptación social de la gestión privada del servicio público y de un compromiso del sector privado con el interés general. El sector privado deberá cambiar del modelo cliente-proveedor al de socio público.

En el ámbito internacional, la colaboración público-privada (CPP) carece de una definición unívoca, por cuanto se emplea a través de distintas modalidades y con diferencias en torno al grado de participación de la Administración Pública. España, al ser el primer país de la UE que ha regulado en la LCSP el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CCPP), cuenta con una definición concreta de este tipo contractual. Pero este tipo contractual no es identificable en términos homogéneos a lo que en el ámbito internacional, y en concreto en la UE, se conoce como CPP. Esta debe ser entendida como el género que abarca fundamentalmente dos especies, las de tipo institucional -in house- (CPPI)²⁹⁹ y las de tipo concesional o contractual (CPPC); y

²⁹⁹ La CPPI, responde a la idea de la constitución de una entidad económica común del socio privado y el público, bien mediante la creación de una nueva empresa, cuyo capital es de titularidad de la entidad adjudicataria pública y uno o varios socios privados y simultáneamente se le adjudica un contrato, bien a través de la entrada del socio privado en el capital de una empresa pública ya existente, que ejecuta contratos públicos.

es dentro de esta última especie, donde encajan como modalidades posibles, el contrato de concesión de obras públicas y el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado incorporado en la LCSP, y hoy regulado en el TRLCSP.

El Libro Verde de colaboración pública-privada de la UE, engloba en el término la “diferentes formas de cooperación entre autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o de un servicio”. En esta definición encajan las tres formas recogidas en la actualidad en el TRLCSP: el contrato de colaboración entre el sector público y el privado, el contrato de gestión de servicios públicos y el de concesión de obra pública, además de las formas institucionalizadas.

Al hilo de esta cuestión, el propio Consejo de Estado reconoce en su Dictamen 514/2006, por el que informó el texto del Anteproyecto de la LCSP, que: “El documento más relevante a tener en cuenta es el Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones, aprobado por la Comisión el 30 de abril de 2004. Constituye un acercamiento a la realidad de la colaboración público-privada y, aunque elaborado con el objetivo principal de consulta, el propio del Libro Verde, contiene importantes directrices en esta materia”. El citado Libro Verde empieza afirmando que la expresión “colaboración público-privada” carece de definición en el ámbito comunitario.

Los elementos que suelen caracterizar las operaciones de CPP según el Libro Verde son: La relativamente larga duración de la relación, lo cual implica la cooperación entre el sector público y el sector privado en los diferentes aspectos del proyecto que se va a realizar; la manera en que se financia el proyecto, ya que la financiación privada es susceptible de completarse con financiación pública, pudiendo llegar ésta a ser muy elevada; el importante papel que desempeña el operador económico, que participa en diferentes etapas del proyecto, concentrándose la actividad del socio público, básicamente, en definir los objetivos que han de alcanzarse en materia de interés público, calidad de los servicios propuestos, y política de precios, al tiempo que garantiza el control del cumplimiento de dichos objetivos; el reparto de los riesgos entre el socio público y privado, al que se le transfieren riesgos que habitualmente soporta el sector público. En cualquier caso, se afirma que las operaciones de CPP no implican necesariamente que el socio privado asuma todos los riesgos derivados de la operación, ni siquiera la mayor parte de ellos. El reparto de los riesgos debe realizarse caso por caso, en función de las capacidades respectivas de las partes en cuestión, para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos.

Pero ¿por qué en la última década, el fenómeno de la CPP se ha desarrollado en un gran número de ámbitos del sector público?. El Libro Verde intenta dar una respuesta a esta pregunta acogiéndose a factores tales como las restricciones presupuestarias que han de afrontar los Estados miembros, lo que genera en el sector público la necesidad de recibir financiación privada; el deseo de aprovechar en mayor medida los conocimientos y métodos de funcionamiento del sector privado en el marco de la vida pública; o el desarrollo de la CPP como parte más general del papel del Estado en el ámbito económico, al pasar de operador directo a organizador, regulador y controlador.

También se plantea el mencionado documento, los ámbitos en los que las autoridades públicas de los Estados miembros suelen recurrir a operaciones de CPP,

concluyendo, que éstos son los sectores del transporte, la sanidad pública, la educación y la seguridad pública. También para garantizar la gestión de servicios públicos, sobre todo en el ámbito local, se recurre a este tipo de operaciones. Así, cada vez es más frecuente que servicios públicos relativos a la gestión de residuos o la distribución de agua o energía se confíen a empresas, tanto públicas como privadas o mixtas.

El Libro Verde distingue dos formas fundamentales de la CPP:

- Las operaciones de CPP de tipo puramente contractual, en las que la colaboración entre los sectores público y privado se basan en vínculos exclusivamente comerciales.
- Las operaciones de CPP de tipo institucionalizado, que implican la colaboración entre los sectores público y privado en el seno de una entidad diferente. Implica la creación de una entidad de capital mixto para la ejecución de contratos públicos o concesiones.

A su vez dentro de la CPP de tipo contractual se distinguen dos modalidades:

- La concesión, caracterizada por el vínculo directo que une al socio privado y al usuario final, ya que el primero presta un servicio a la población en lugar de prestarlo el sector público, pero bajo el control de este último. Otro elemento definidor de la concesión es que la remuneración al contratista consiste en cánones abonados por los usuarios del servicio, que se completan en su caso, con subvenciones concedidas por los poderes públicos.
- Otro tipo de operaciones, en las que la tarea del socio privado consiste en realizar y gestionar una infraestructura para la Administración pública. El Libro Verde cita como ejemplos un colegio, un hospital, un centro penitenciario, o una infraestructura de transporte. En este modelo, la remuneración del socio privado no consiste en cánones abonados por los usuarios, sino en pagos periódicos realizados por el sector público. Estos pagos pueden ser fijos o variables, calculados en este último caso en función, por ejemplo, de la disponibilidad de la obra o de los servicios correspondientes.

Pero una vez sentadas las diferencias entre la concesión y las otras operaciones de CPP de naturaleza contractual que no son concesiones, el propio Libro Verde reconoce que no siempre es fácil determinar si se está en presencia de una u otra forma de colaboración. En este sentido, y partiendo de la idea de que concesión es sinónimo de explotación, el Libro Verde manifiesta en su punto 36 que “el criterio del derecho de explotación y su consecuencia directa, es decir, el traspaso de los riesgos inherentes a la explotación, establecen la diferencia entre los contratos públicos y las concesiones”.

He aquí, precisamente, otra distinción entre las dos modalidades apuntadas de colaboración: mientras en la concesión el concesionario soporta el riesgo que comporta la explotación, tratándose de otro contrato público el riesgo se reparte entre el socio privado y el socio público.

El Reino Unido³⁰⁰ fue el primer país, que en la década de los noventa del siglo pasado, impulsó fórmulas que presentaban un cambio en las relaciones entre el sector público y el sector privado en la prestación de servicios públicos, a las que denominaron *Public Private Partnerships*³⁰¹ (PPP) (engloban la categoría *Private Finance Initiative - PFI*). Su objetivo era reducir los gastos de inversión en infraestructuras mediante la participación del sector privado en la financiación de las mismas. Es un modelo global de participación privada en la provisión de servicios públicos, en que la Administración Pública se concentra en establecer un marco político legal, y en decidir qué proyectos se financian con recursos públicos, estableciendo los criterios fundamentales de evaluación de proyectos³⁰².

³⁰⁰El SNS en España se puso en marcha a imagen y semejanza del NHS británico con la única diferencia de la provisión en la Atención primaria (AP). En España, en contraste con el Reino Unido, la AP se proveía a partir de centros de salud con equipos multidisciplinares de profesionales de la salud (médicos, enfermería, etc), en contraste con una prestación más individualizada en Reino Unido, aunque posteriormente se fueron constituyendo equipos con características más similares a la situación de España, pero sin llegar a la asalarización de los profesionales. Pronto apareció otra diferencia en razón del diseño autonómico del estado en España y la descentralización de la Sanidad en las CCAA, aun que es cierto que el NHS posteriormente también alcanzó un cierto grado de descentralización (Inglaterra, Escocia, Gales e Irlanda del Norte) en unos términos competenciales parecidos a los de España, pero con unos mecanismos de cohesión mejor establecidos. El proceso “privatizador” empieza a plantearse en España como copia de las iniciativas de Margaret Thatcher (*working for patients*) y se extiende en paralelo en los dos países (separación de financiación y provisión, empresarización de los centros sanitarios, establecimiento de pseudo mercados, incremento del papel del sector privado sufragado con fondos públicos, etc.), en general iniciándose en RU y copiándose posteriormente en España, aunque alguno de los “inventos” españoles se han traspasado después a Inglaterra (por ejemplo, las fundaciones). En esencia se trata de un proceso de recorrido en paralelo, en el que, hasta ahora, las iniciativas privatizadoras se han ensayado antes en RU y posteriormente se han extendido a España, pero todas ellas con la misma lógica: desregular el sistema sanitario público, separar financiación y provisión, introducir modelos de mercado y pseudo mercado y abrir un espacio progresivamente mayor a la provisión privada. Otro hecho a señalar es el papel del laborismo en las privatizaciones en RU que ha sido muy activo; en España el PSOE ha tenido una postura menos beligerante contra lo público (con muchas diferencias según las distintas CCAA), y que ha contado, además, con las movilizaciones sociales y profesionales más importantes y unitarias en España. Por otra parte en Europa, el Tratado de Maastricht (1992) establece que el gasto público de cada país no deberá superar el 3% del PIB ni su endeudamiento público el 60%, lo que supuso un apoyo inestimable para los defensores de la privatización de la financiación y de la gestión de los hospitales, ya que el tratado no considera como endeudamiento público el contraído por empresas públicas acogidas a gestión privada, como ocurre con los modelos utilizados para privatizar el SNS español.

³⁰¹Se articulan en torno a dos ideas esenciales: la justificación del *Public Sector Comparator* (PSC) y la realización efectiva del Value for Money (VFM), instrumentos que sirven para demostrar, mediante un análisis comparativo con formas alternativas de contratación, el uso eficaz de los fondos públicos en el proyecto, a partir de estudios relativos a la combinación óptima de costes, calidad, eficiencia y eficacia, esto es, de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia y de imputación de riesgos. De modo que la obtención de un valor añadido (VFM) constituye uno de los principales motivos que fundamentan la elección de las formas de colaboración público-privada. El TRLCSP, incorpora este criterio a través del sometimiento previo del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado a evaluación previa, como elemento preparatorio de la decisión de la Administración en utilizar el nuevo tipo contractual. Una de las tres categorías, en que el HM Treasury Public Enquiry Unit divide los PPP son los Private Finance Initiative (PFI), donde el sector público contrata servicios de calidad a largo plazo, obteniendo las ventajas de la gestión privada y el acceso a la financiación privada a riesgo. Esto incluye las concesiones y licencias donde el sector privado se compromete en facilitar un servicio público, incluyendo el mantenimiento y la construcción de las infraestructuras necesarias.

³⁰²NIETO GARRIDO, E.M., “La financiación privada de obras públicas y servicios públicos en el Reino Unido”, Revista de Administración Pública, núm.164, 2004.

Desde una perspectiva funcional, en Derecho español, la CPP se incardina en la gestión indirecta o externalización de servicios públicos, en la que la Administración mantiene la autoridad, control de la política pública y titularidad del servicio, y su modo de gestionar pasa a manos del sector privado con el objetivo de favorecer la agilidad de la toma de decisiones, la calidad de la prestación, eficiencia, innovación y una mayor tasa de renovación de infraestructuras. El actual TRLCSP recoge tres contratos que encajan en el género de la colaboración público-privada, dos de tipo concesional: el contrato de gestión de servicios públicos y el contrato de concesión de obras públicas, y uno, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, más próximo a los *Private Finance Initiative* (PFI) anglosajones. En cuanto a la colaboración público-privada institucional (CPPI), la selección del socio privado se rige asimismo por el TRLCSP.

Nos encontramos actualmente, ante el reto de encajar estas nuevas formas de colaboración público-privada en la actividad financiera pública y privada, y también en la perspectiva administrativa de la sociedad. Es hoy pacífica en la doctrina española³⁰³ la idea de la necesidad de revisión del concepto de servicio público que permita acoger y explicar los nuevos fenómenos que tiene lugar en la sociedad, en especial en los servicios de prestación universal, como es la protección de la salud, cuya efectiva ejecución ha dejado de ser sólo una tarea de las Administraciones Públicas para pasar a ser en muchos casos una tarea de empresas privadas, que requieren de un control por el Estado que se realiza mediante el establecimiento de las denominadas obligaciones de servicio público. El papel que corresponde al Estado actualmente es el de regular y garantizar la existencia y calidad de los servicios públicos, y asimismo garantizar la competencia y las obligaciones de servicio público³⁰⁴ en aquellos sectores liberalizados.

En España se ha consolidado la utilización de las fórmulas de colaboración público-privada por las Administraciones Públicas, siendo el segundo país de la UE en financiación mixta de infraestructuras, siendo sólo superada por el Reino Unido³⁰⁵. En el sector sanitario, las Comunidades Autónomas de Valencia, Madrid y Cataluña, son las que más han utilizado las fórmulas de colaboración público-privada para la realización de infraestructuras sanitarias y gestión de la asistencia sanitaria.

En los contratos englobados en la expresión “colaboración público-privada”³⁰⁶ subyace el objetivo de estabilidad presupuestaria.

Una de las razones principales que explican el auge de los CPP, consiste en la posibilidad de que incluso, si el pago final lo realiza la propia Administración, no compute a efectos del déficit público.

³⁰³ORTEGA BERNALDO, J., “Competencias, servicios públicos y actividad económica”, Revista de Administración Pública, núm. 169/2006, págs. 55-98.

³⁰⁴ Las obligaciones de servicio público constituyen deberes que se imponen a las empresas prestadoras de servicios esenciales o universales, por medio de las cuales se establece y garantiza un régimen especial de accesibilidad, igualdad, universalidad, calidad, regularidad..., que permiten modular las condiciones de la prestación de los servicios que se ofrecen, que de otra manera se prestarían ateniéndose exclusivamente a los intereses mercantiles de las empresas, conforme a las reglas de la competencia.

³⁰⁵Entre los años 200-2005, los británicos aglutinaban el 57% de los proyectos licitados de este modo en toda la UE, frente al 10% de España. Fuente: Paul Davies PriceWaterhouseCoopers, Delivering the PPP promise: A review of PPP issues and activity, noviembre 2005.

³⁰⁶GONZALEZ GARCÍA, J.V.. Ob cit., págs. 17-21 y 36-39.

Esta posibilidad ha permitido supuestos en los cuales la Administración ha realizado, en el marco de lo declarado por Eurostat, contratos de CPP, con entidades instrumentales, con las cuales ha conseguido el doble efecto de la desconsolidación y la retención de las potestades por parte de la Administración matriz.

Conviene recordar que el marco general de estabilidad presupuestaria proviene del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, que es el que impide la existencia de déficits públicos excesivos. Este Pacto, en España se ha traducido en la promulgación de la Ley de Estabilidad Presupuestaria –Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera-.

Para un cómputo uniforme en el ámbito europeo se designó un organismo de verificación -Eurostat, la Oficina Estadística de la Comisión Europea- y se arbitró un régimen uniforme, que es lo que se conoce como SEC 95. Fue aprobado por el Reglamento (CE) 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1995, relativo al sistema de cuentas nacionales y regionales de la Comunidad (Reglamento SEC 95 o SEC 95).

Resulta relevante conocer cuáles son las bases de Eurostat para que las modalidades de CPP, no computen a efectos del déficit público.

En el SEC 95, las operaciones por las cuales se construyen infraestructuras, reciben desde el punto de vista contable, la consideración de “formación bruta de capital fijo”. En principio, si se recurre a las formas tradicionales de construcción de infraestructuras – el contrato de obra pública - computaría la cuantía de la financiación en la contabilidad de la Administración contratante y tendría el efecto consecuente sobre el incremento del déficit público de dicho ente y por ende, del Estado afectado. Por tanto, de lo que trata es de examinar en qué condiciones no se va a producir la consolidación contable.

En principio, en las CPP puramente contractuales, el análisis de cuándo no se computa a efectos del déficit público, parte del principio de que lo relevante no es la forma jurídica que se está utilizando, sino la relevancia de los flujos económicos, sobre todo si tenemos en cuenta que las CPP presentan numerosas modalidades con diferentes prestaciones. Flujos económicos que además, dependerán de su naturaleza, si se consideran transferencias financieras o si, por el contrario, son catalogables como no financieras.

“Dado que, en el Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, el déficit se ha definido como la necesidad de financiación del sector administraciones públicas, se produce una asimetría entre el tratamiento estadístico de los activos no financieros y el de los activos financieros. Las variaciones de los activos no financieros (cuando se deban a operaciones), se registran en las cuentas de capital. Por lo tanto, modifican la capacidad o necesidad de financiación, que es el saldo de la cuenta de capital. Por el contrario, las variaciones de los activos financieros –registradas en la cuenta financiera- no modifican dicho saldo (excepto en el caso de las variaciones unidireccionales, como la asunción de deudas o la cancelación de deudas, si la variación de los pasivos se compensa mediante una transferencia de capital)”³⁰⁷

³⁰⁷Eurostat, Manual del SEC 95 sobre déficit público y la deuda pública, 2002, pág. 30.

El factor determinante para la desconsolidación, que juega un papel central en los CPP, es la transferencia suficiente de riesgo al contratista. De hecho, así lo ha afirmado Eurostat, después de examinar la realidad: “el análisis de los riesgos asumidos por las partes contractuales constituye el elemento fundamental a la hora de clasificar el activo afecto al contrato para asegurar la correcta contabilidad del impacto sobre el déficit público de este tipo de asociaciones”.

Más aún podría señalarse que hay una especie de presunción de que nos encontramos ante un bien público que, por consiguiente, consolida, tal como señala Eurostat, en sentido contrario, en el siguiente supuesto: “en las cuentas nacionales, los activos afectos a un contrato a largo plazo entre una unidad administrativa y una unidad de mercado solamente pueden considerarse activos no públicos si existe una fuerte evidencia de que es el socio privado el que soporta la mayor parte de los riesgos inherentes a la ejecución del contrato”.

Para efectuar el análisis de los tipos de riesgos que han de ser transferidos al contratista de la Administración, Eurostat los ha dividido en dos grupos:

- Los que afectan al proceso de construcción de la infraestructura, son los riesgos de construcción³⁰⁸.
- Los que afectan al desarrollo de la actividad, y que dependiendo del tipo del bien y del contrato, pueden ser riesgos de demanda³⁰⁹ y riesgos de disponibilidad³¹⁰.

Para que un CPP no compute a efectos de déficit público han de ser transferidos al particular la mayor parte de los riesgos de construcción y los de demanda o disponibilidad.

³⁰⁸Eurostat define el riesgo de construcción como aquel que “cubre aspectos que afectan al estado inicial del acto. En la práctica cubre acontecimientos tales como retrasos en la entrega, incumplimiento de criterios especificados, costes significativos, deficiencias técnicas, y factores externos negativos – incluidos los riesgos ambientales-, que conllevan pagos indemnizatorios a terceros”. Eurostat, afirma que “un punto importante es que la Administración no deberá estar obligada a efectuar ningún pago que se derive de un incumplimiento en la gestión de la construcción por parte del socio privado, bien como proveedor directo o únicamente como coordinador/supervisor”.

³⁰⁹Los riesgos de demanda son definidos por Eurostat como los que cubren “aquellas variaciones en la demanda (superior o inferior a la prevista en el momento de firmarse el contrato) que no dependen de la actuación del socio privado. En otras palabras, un desplazamiento de la demanda no puede estar vinculado a una calidad insuficiente de los servicios prestados por el socio, sino que resulta de otros factores como pueden ser el ciclo económico, nuevas tendencias del mercado, cambio en las preferencias de los usuarios finales u obsolescencia tecnológica. Forma parte del riesgo económico que habitualmente soportan las entidades privadas en una economía de mercado”. Esta modalidad de riesgo resulta especialmente importante en los supuestos de algunos contratos en los que es la Administración la que paga en lugar del usuario, contratos que suelen plantear el problema de las bandas de utilización que, hipotéticamente, podrían suponer seguros para el contratista privado.

³¹⁰Eurostat considera el riesgo de disponibilidad está compuesto por aquellas posibilidades de daño que “hacen referencia a aquellos casos en los que durante la explotación del activo, se reclama la responsabilidad del socio porque a causa de una gestión deficiente, el volumen de servicios es inferior al contractualmente convenido o su nivel de calidad no satisface la convenida en el contrato”.

3.3. El marco normativo general de los contratos del sector público con entidades privadas para la provisión de asistencia sanitaria pública

La forma de gestión indirecta, se instrumenta mediante contrato administrativo y se lleva a cabo por un sujeto privado, por lo que no implica la creación de una determinada estructura organizativa por parte de la Administración³¹¹. Esta forma de gestión, tiene por objeto la prestación de servicios de contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares, siempre que no supongan ejercicio de autoridad.

El contrato, institución jurídica que pertenece a la Teoría General del Derecho, es un acuerdo de voluntades entre dos o más personas, creador de derechos y obligaciones entre ellas. El contrato administrativo es aquél que está regulado por el Derecho Administrativo. En este contrato rige también el principio de autonomía de voluntad y la Administración tiene en la determinación de su contenido, la facultad de introducir los pactos, cláusulas y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración (art. 25.1 TRLCSP). Tales pactos y condiciones se contienen en los pliegos de condiciones particulares del contrato que aprueba la Administración contratante y que se someten a licitación y subsiguiente aceptación de los empresarios interesados. Los pliegos, con la excepción del CCPP, son dos. Uno contiene las prescripciones técnicas, y otro las cláusulas económico-administrativas particulares. Esos pliegos forman parte del contrato, y el contenido de éste no puede contener cláusulas contrarias a los mismos, por lo que el contrato administrativo es esencialmente de adhesión.

En relación con la contratación pública, y por su gran importancia, el Derecho Comunitario Europeo ha establecido una normativa común en diversas Directivas, con la finalidad de garantizar la efectiva concurrencia y libre acceso de los empresarios de los países comunitarios al mercado de los contratos públicos en todos los Estados miembros. Por tanto, en materia de contratos públicos, las legislaciones de los Estados miembros de la UE deben adaptarse a la legislación comunitaria europea³¹².

³¹¹La “sociedad de economía mixta”, con capital mayoritario de la Administración, tiene la consideración de “empresa pública”, conforme a la legislación estatal o la autonómica correspondiente, pero no es forma de gestión directa, por lo que la adjudicación del servicio debería ser objeto del correspondiente contrato.

³¹²Deberán adaptarse, tanto al Derecho originario, como al Derecho derivado. Respecto al primero, los Tratados contiene varios principios de aplicación directa a la contratación. Así, en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de 1957, las libertades de circulación de mercancías (art. 23), la libertad de establecimiento (arts. 43 y ss.), la libre prestación de servicios (art. 49 y ss.), y los principios generales que en materia de contratación, se concretan en el principio de igualdad, no discriminación, reconocimientos mutuo, proporcionalidad y transparencia. Además las legislaciones nacionales, deberán adaptarse al Derecho derivado, que en materia de contratos, se ha instrumentado a través de Directivas, que regulan los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. Las más relevantes son: Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, que ha refundido las anteriores Directivas: La Directiva 92/50/CEE, sobre contratos públicos de servicios, la Directiva 93/36/CEE relativa a los contratos de suministro y la Directiva 93/37/CEE relativa a los contratos de obras. La Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre, y 92/13/CEE relativas a garantías de los contratistas y al régimen de recursos en la adjudicación de contratos públicos de suministros y de obras. También, el Reglamento 1422/2007 de la Comisión por el que se modifican los umbrales para la aplicación de los procedimientos de adjudicación de los contratos sujetos a legislación armonizada.

También es aplicable a España el Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo, el Acuerdo sobre compras del sector público (GATT), el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio, y los demás acuerdos o tratados internacionales que haya podido suscribir España con otros países y que estén en vigor.

En España, la Constitución, en su art. 149.1.18^a, prevé la competencia del Estado en la normativa básica en materia de contratos de las Administraciones Públicas, dada la importancia de las garantías de los contratistas, su gran peso en el régimen del gasto público y el gran interés por su control y, además, son el eje central de la actividad de las distintas Administraciones Públicas. Por consiguiente, la competencia legislativa para la adaptación del Derecho Comunitario Europeo con el carácter de legislación básica, corresponde al Estado, y a las Comunidades Autónomas, les compete la legislación complementaria.

La legislación estatal, adaptando las Directivas de Derecho Comunitario Europeo se contiene en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCS³¹³), que ha derogado y sustituido, a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Constituye el marco regulador actual, conteniendo toda la normativa básica en materia de contratos de las Administraciones Públicas, que es de aplicación general a todas ellas y a los organismos y entidades dependientes de ellas, así como otros preceptos no básicos y, por tanto, susceptibles de ser regulados por las Comunidades Autónomas mediante su correspondiente legislación autonómica (Disp. final segunda, apartado 3 TRLCS³¹³).

Son contratos del sector público –ámbito de aplicación del TRLCS³¹³– los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica que celebren los entes, organismos y entidades de pertenecientes a ese sector, ámbito subjetivo que se acota en el art. 3 TRLCS³¹⁴, especificándose, los que a efectos de esa Ley tienen la

³¹³En su preámbulo, en su antepenúltimo párrafo, especifica que siguiendo el mandato del legislador, se ha procedido a integrar en el texto las disposiciones vigentes relativas a la captación de financiación privada para la ejecución de contratos públicos. Por una parte en materia de contrato de concesión de obras públicas, y por otra, para el contrato de colaboración público-privada se incluyen en el texto las previsiones contenidas en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, incluyendo las relativas a a colaboración público-privada bajo fórmulas institucionales. Disp. Adic. Vigésimo novena del TRLCS³¹³ prevé: “Fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado.

1. Los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y en su caso, las relativas al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.

2. Sin perjuicio de la posibilidad de utilizar medios de financiación tales como emisión de obligaciones, empréstitos o créditos participativos, las sociedades de economía mixta constituidas para la ejecución de un contrato público previstas en esta disposición adicional podrán:

- Acudir a ampliaciones de capital, siempre que la nueva estructura del mismo no modifique las condiciones esenciales de la adjudicación salvo que hubiera estado prevista en el contrato.
- Titulizar los derechos de cobro que ostenten frente a la entidad adjudicadora del contrato cuya ejecución se le encomiende, previa autorización del órgano de contratación, cumpliendo los requisitos previstos en la normativa sobre mercado de valores”.

³¹⁴El TRLCS³¹³, en el art. 3.1, a los efectos de su aplicación, considera que forman parte del sector público lo siguientes entes, organismos y entidades:

consideración de Administraciones Públicas.

El TRLCSP no sólo se refiere a las entidades que integran la Administración Pública, en sentido amplio, sino que también incluye a algunas entidades que gestionan fondos públicos, como las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, que son entidades privadas -asociaciones de empresarios-, que ya, la LGP, las incluyó en el sector público.

Sistematizando, a efectos de su aplicación subjetiva, el TRLCSP distingue las siguientes categorías de entes, organismos y entidades contratantes:

a) Las Administraciones Públicas:

El TRLCSP, construye su propio concepto de Administración Pública a efectos de su aplicación. Su presencia es indispensable para la existencia de los contratos administrativos, tal y cómo se indicó en la propia definición de estos. El TRLCSP, en su art. 3.2, precisa que debe entenderse por Administración Pública, e integra en ella a todas las Administraciones Públicas territoriales: La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local, y respecto a la Administración institucional, se integran en la consideración a estos efectos de Administraciones Públicas: las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social; los Organismos autónomos; las Universidades Públicas; las Entidades de Derecho Público independientes, que con

-
- a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.
 - b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.
 - c) Los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades Públicas, las Agencias Estatales y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.
 - d) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 %.
 - e) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la legislación de régimen local.
 - f) Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 % por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.
 - g) Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.
 - h) Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.
 - i) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.

independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad; y las Entidades de derecho público dependientes, vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes:

- Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o
- que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

No obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales.

Están equiparados a la Administración Pública, aún no formado parte de ella, los órganos competentes de los siguientes Órganos constitucionales:

- Los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, en lo que respecta a su actividad de contratación.
- Las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación.

b) Los Poderes adjudicadores

El Derecho Comunitario Europeo no desciende a considerar tipos de personas jurídicas sometidos a su normativa de contratos públicos. Esta tarea compete a la legislación de cada Estado miembro, por eso utiliza una terminología neutra, la de Poderes adjudicadores, para referirse a todos los sujetos a los que se aplica la normativa.

El TRLCSP utiliza también esa terminología para referirse a las entidades sometidas a la legislación comunitaria europea, pero emplea esta denominación también para contraponer dos tipos de Administraciones Públicas: las que tienen tal consideración según la Ley y las demás, que siendo o no Administraciones Públicas, se integran sólo en el concepto de Poder adjudicador. La diferenciación afecta principalmente a la denominada Administración Institucional, parte de la cual se segrega del concepto de Administración Pública que ofrece esta Ley, a efectos de su aplicación, para integrarse sólo en el concepto de poder adjudicador.

Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos del TRLCSP, los siguientes entes, organismos y entidades (art. 3.3 TRLCSP):

- Las Administraciones Públicas.
- Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados a las Administraciones Públicas, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente

su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia. En este apartado se incluyen las Entidades Públicas Empresariales (art. 3.3.b).

- Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados que tengan el carácter de Poder adjudicador.

La diferenciación entre Administraciones Públicas y los Poderes adjudicadores tiene trascendencia práctica, por cuanto las Entidades que tengan el carácter de Poder adjudicador, pero no el de Administraciones Públicas, deben someterse a las reglas dispuestas en el art. 137 TRLCSP para la preparación de los contratos y en los arts. 189, 190 y 191 TRLCSP para la adjudicación de los contratos. Es decir, el TRLCSP, sigue regulando esencialmente los contratos administrativos y exceptúa de la aplicación íntegra de esa normativa a ciertos Poderes adjudicadores.

c) Otros Entes del sector público

Además de las entidades que se definen como poderes adjudicadores (dentro de los cuales, como se ha dicho, se encuadran las que tienen la consideración de Administraciones Públicas), el TRLCSP contiene también disposiciones referidas a los contratos que celebren otros entes, organismos y entidades del sector público, en cuanto al régimen de adjudicación de los contratos que celebren, que deben ajustarse a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, debiendo efectuarse dicha adjudicación a la oferta más ventajosa (art. 192 TRLCSP). Dentro de estas entidades del sector público que no se consideran Administraciones Públicas ni Poderes adjudicadores, se encuentran las sociedades mercantiles en cuyo capital social, la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas territoriales o institucionales o de fundaciones públicas sea superior al 50 por 100.

Tampoco se integran en el concepto de Administración Pública a efectos de esta Ley, las fundaciones creadas por entidades del sector público cuyo patrimonio fundacional esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por entidades del sector público, pero a diferencia de las sociedades mercantiles, que no son Poderes adjudicadores, dado su carácter mercantil en ningún caso, sí se consideran tales fundaciones, poderes adjudicadores, si cumplen los requisitos fijado en el art. 3.3.b) TRLCSP.

3.3.1. Clases de contratos celebrados por las Entidades del Sector Público

El TRLCSP diferencia los siguientes contratos de Entidades del Sector Público:

a) Contratos administrativos

Estos contratos son los celebrados por las Administraciones Públicas. A su vez, se subdividen en:

i) Contratos típicos: Se regulan en los arts. 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 12 TRLCSP siendo de carácter básico. Son los siguientes:

- Contrato de obras, es el que tiene por objeto la realización de los trabajos de construcción o de ingeniería civil de un bien inmueble, pudiendo comprender la redacción del correspondiente proyecto.
- Contrato de concesión de obras públicas, es el que tiene por objeto la realización de obras y en el que la contraprestación al contratista consiste en el derecho a explotar la obra realizada o en dicho derecho y un precio. El contrato podrá comprender además, la adecuación, reforma y modernización de la obra, o las actuaciones de reposición y gran reparación que sean exigibles para prestar el servicio o actividad correspondiente, y también la redacción del correspondiente proyecto.
- Contrato de gestión de servicios públicos

El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante.

Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales sólo podrán realizar este tipo de contrato respecto a la gestión de la prestación de asistencia sanitaria

Las disposiciones del TRLCSP referidas a este contrato no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.

La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades (Art. 277 TRLCSP):

- Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.
- Gestión interesada³¹⁵, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.
- Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.

³¹⁵Se puede descartar el análisis de la figura de la “gestión interesada”, por su nula virtualidad en materia sanitaria. Se caracteriza porque en ella, la posición de la Administración es la propia del señor del servicio, esto es, asume o participa en la inversión o gastos del primer establecimiento, haciendo suyos o participando en los beneficios, y ejerciendo el control administrativo y financiero; por otra parte el gestor actúa en nombre de la Administración, no actuando propiamente como un empresario, ya que imputa los resultados a la Administración, (por lo que el gestor no puede quebrar), a cambio de lo cual recibe una remuneración directamente de la propia Administración (no de los particulares a cambio de precio). De la misma forma, tampoco existe ninguna experiencia en la que la Administración sanitaria haya optado por ceder, a través del correspondiente contrato de arrendamiento, la explotación de un establecimiento sanitario de su propiedad a una empresa a cambio de un precio y por un tiempo determinado.

- Sociedad de economía mixta³¹⁶ en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.

- Contrato de suministro, es el que tiene por objeto la adquisición, el arrendamiento con o sin opción de compra, o el arrendamiento financiero de productos o bienes inmuebles. Se consideran contrato de suministro aquellos en los que el contratista se obliga a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por un precio unitario sin que se defina previamente la cuantía total; los que tengan por objeto la adquisición y arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas y la cesión del derecho de uso de éstos, salvo que se trate de programas a medida; y los de fabricación que deban realizarse con arreglo a características previamente definidas por la entidad contratante.

- Contrato de servicios, se define en sentido negativo, como aquel cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad dirigida a la obtención de un resultado distinto a una obra o un suministro. Y de forma positiva el TRLCSP se remite a las categorías enumeradas en el Anexo II, entre las que se encuentran los servicios sociales y los de salud.

- Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, es aquel por el que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un período determinado, en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de las inversiones inmateriales, de obras y suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones: a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión; b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas; c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado; d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por las Administraciones del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.

Este tipo de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, sólo podrán celebrarse, cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el art. 134 TRLCSP (evaluación previa en las actuaciones preparatorias de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado), que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas (art. 11. 2. TRLCSP).

El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, no es identificable en términos homogéneos al término colaboración público privada establecido por la Comisión Europea.

³¹⁶Ver disposición adicional vigésima novena TRLCSP. Se refiere a las fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público privado, aludiendo a la sociedad de economía mixta.

En el Derecho europeo, la colaboración público-privada es el género que abarca fundamentalmente dos especies: las de tipo institucional y las de tipo contractual. Esta distinción no tiene en cuenta las calificaciones jurídicas del Derecho nacional y, en ningún caso, preestablece la calificación en el Derecho comunitario de estos tipos de fórmulas o contratos.

La legislación aplicable a los contratos administrativos típicos es el TRLCSP y su normas de desarrollo, y supletoriamente las restantes normas de Derecho Administrativo que puedan serles de aplicación y, en su defecto, las normas de Derecho Privado, y los principios generales del Derecho, entre ellos la buena fe, que sanciona el art. 1258 del Código Civil o del equilibrio financiero del contrato (STS de 18 de mayo de 1981), que siguen constituyendo la regulación de fondo de todo contrato.

- Contratos mixtos.

Cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se atenderá en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico.

ii) Los contratos administrativos especiales celebrados por las Administraciones públicas, que tiene una regulación específica, que es de preferente aplicación, y en su defecto y en el orden señalado, las normas reguladoras de los contratos típicos.

iii) Los contratos administrativos atípicos, que son los celebrados por la Administración Pública que tengan un objeto distinto a los contratos típicos, pero que tengan naturaleza administrativa por estar vinculados al tráfico y giro típico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de específica competencia de aquella.

b) Contratos sujetos a una regulación armonizada

Son los contratos sometidos en su regulación a la normativa del Derecho Comunitario sobre contratos públicos, y siguiendo la técnica comunitaria europea estos contratos no sólo se definen con criterios generales, sino que se precisan en listados de Anexos. Son contratos celebrados por las entidades que tienen carácter de Poder adjudicador, cuando tengan por objeto el definido como alguno de los contratos típicos y en el caso del contrato de servicios, los comprendidos en las categorías 1 a 16 del anexo II del TRLCSP.

Su delimitación general se establece en el art. 13 TRLCSP. El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, es un contrato sujeto a regulación armonizada en todo caso. Los contratos de obras, los de concesión de obras públicas, los de suministro, y los de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II TRLCSP, están sujetos a una regulación armonizada, cuando su valor estimado sea igual o superior a los umbrales fijados en el propio TRLCSP, siempre que la entidad contratante tenga el carácter de poder adjudicador.

Es decir, estos contratos deben tener relevancia económica y, por tanto, superar los umbrales económicos que establece la Directiva 2004/18/CE (en la cuantía fijada por el Reglamento comunitario 1422/2007).

También están sujetos a regulación armonizada, los contratos de obras y los de servicios subvencionados de forma directa y en más del 50 por 100 de su importe, por entidades que tengan la consideración de Poder adjudicador, siempre que pertenezcan a alguna de las siguientes categorías: a) contratos de obras para la construcción de hospitales, centros deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y edificios de uso administrativo cuyo umbral supere los 5.000.000 euros; b) contratos de servicios vinculados a los contratos de obras citados anteriormente cuyo valor sea igual o supere los 200.000 euros.

c) Contratos privados de las Entidades del Sector Público (art. 20 TRLCSP)

Son los contratos celebrados por las Administraciones Públicas, que no tienen el carácter de contrato administrativo por no ser contratos típicos, ni especiales, ni atípicos por no estar vinculados al giro o tráfico administrativo, ni satisfacer una necesidad pública de la competencia específica de la Administración contratante. Son también contratos privados los celebrados por Entidades del Sector Público que no tengan el carácter de Administración Pública según el TRLCSP.

Estos contratos se rigen, en cuanto a su preparación y adjudicación, por sus normas administrativas específicas, y de no haberlas, por el TRLCSP y sus normas de desarrollo; supletoriamente por las restantes normas de Derecho Administrativo que les sean de aplicación o en su defecto por las normas de Derecho Privado que correspondan en virtud de la forma organizativa de la entidad contratante. Y en cuanto a sus efectos y extinción por el Derecho Privado.

d) Jurisdicción competente (art. 21 TRLCSP)

Las cuestiones litigiosas que se susciten en relación con los contratos administrativos son competencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

También se atribuyen a la Jurisdicción contencioso-administrativa, las cuestiones referentes a la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas y de los demás sujetos a regulación armonizada, mientras que las otras cuestiones que se susciten con relación a sus efectos y extinción competen a la Jurisdicción ordinaria.

Esta atribución a la Jurisdicción contencioso-administrativa, aunque el contrato tuviera naturaleza de contrato privado de las cuestiones que se susciten en cuanto a la preparación u adjudicación de los contratos privados, se realiza en virtud de la teoría de los actos separables.

Las cuestiones litigiosas que se susciten en relación a los contratos privados que celebren las Entidades del Sector Público que no sean Administraciones Públicas ni estén sujetos a regulación armonizada corresponden íntegramente al Orden Jurisdiccional Civil, no sólo en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, sino también en cuanto a su preparación y adjudicación.

e) Negocios jurídicos y contratos de las Administraciones Públicas excluidos de la aplicación del TRLCSP

Regulados en el art. 4 TRLCSP, en el mismo se recogen una serie de figuras negociales heterogéneas a las que no se les aplica en ningún caso el TRLCSP. Comprenden los convenios de colaboración entre entidades públicas (salvo que el objeto del convenio coincida con el de uno de los contratos típicos); los contratos de trabajo; los contratos regulados por el Derecho Internacional; los contratos de compra-venta, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios análogos sobre bienes inmuebles; los contratos de valores negociables y propiedades incorpóreas (salvo que recaigan sobre programas de ordenador); o los contratos de servicios y suministros celebrados por Organismos Públicos de Investigación Estatales o autonómicos necesarios para la ejecución de proyectos de investigación, desarrollo e innovación tecnológica. También se excluyen las relaciones jurídicas consistentes en la prestación de un servicio público cuya utilización por los usuarios requiera el abono de una tarifa, tasa o precio público de aplicación general.

f) Calificación de los contratos (Art. 5 TRLCSP)

Los contratos de obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y de colaboración entre el sector público y el sector privado que celebren los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público se calificarán de acuerdo con las normas contenidas en los arts. 6 al 12 TRLCSP.

Los restantes contratos del sector público se calificarán según las normas de Derecho Administrativo o de Derecho Privado que les sean de aplicación.

Hay que destacar la enorme importancia que en la práctica reviste la calificación de un contrato como de servicio público de la Administración contratante, en un sentido amplio, que incluya actividades de interés general, tal como posibilita el art. 11 TRLCSP para el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. Es importante, porque puede quedar afectada la libre competencia, al permitir que el contratista privado, realice actividades económicas en una posición de mercado evidentemente favorable.

3.3.2. Régimen aplicable a los contratos administrativos del sector público

Se regula en los arts. 18, 19 y 20 TRLCSP. Los contratos del sector público pueden tener carácter administrativo o carácter privado.

Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública:

- Los contratos de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro, y servicios, así como los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. No obstante, los contratos de servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II (servicios financieros –seguros, bancarios y de inversión-) y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos comprendidos en la categoría 26 (servicios de esparcimiento, culturales y deportivos) del mismo Anexo no tendrán carácter administrativo.

- Los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del art. 20.1, o por declararlo así una Ley.

Los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por el TRLCSP y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de Derecho Administrativo y, en su defecto, las normas de Derecho privado. No obstante, a los contratos administrativos especiales les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas (art. 19.2 TRLCSP).

3.4. La gestión indirecta de la asistencia sanitaria en la Legislación sanitaria

La LGS dedica su Capítulo IV a “las actividades sanitarias privadas”, partiendo de la afirmación de dos derechos con reconocimiento constitucional: el primero de ellos, el libre ejercicio de las profesiones sanitarias, conforme establecen los arts. 35 y 36 CE; y en segundo lugar, la libertad de empresa, establecida en el art. 38 CE. Se garantiza de esta forma que los profesionales del sector sanitario privado puedan ejercer su actividad en concurrencia con los públicos. Establecido lo anterior, lo que se debe resaltar es como los sujetos privados que actúan en el sector sanitario colaboran con los poderes públicos para realizar prestaciones que hagan efectivo el derecho a la protección de la salud proclamado en el art. 43 CE.

De acuerdo con la concepción integral del Sistema Sanitario Público -art. 4.2 LGS-, se establece en la propia LGS, el principio de gestión unitaria de todos los centros y establecimientos del Servicio de Salud de las Comunidades Autónomas (art. 56.2), a través de una unidad organizativa denominada “Área de Salud”. Esta gestión unitaria integra, no sólo los centros y establecimientos públicos (de titularidad estatal, autonómica y local o de otras entidades públicas), sino también los privados que estarían vinculados a la red pública en virtud de los correspondientes convenios (art. 67 LGS) y conciertos (art. 90 LGS).

Por tanto la LGS regula la posibilidad de colaboración de sujetos privados en la prestación del servicio público sanitario a través de la posible vinculación de centros privados a la red pública sanitaria por una doble vía: la del concierto y la más intensa del convenio.

Adelantamos, que la diferencia entre ambas figuras estriba, en que el convenio supone la plena integración del establecimiento privado en la red hospitalaria pública, quedando sometido a un régimen sustancialmente idéntico al de los centros públicos, mientras que el concierto supone una vinculación más difusa, limitada a determinadas prestaciones. Otra distinción, es que la regulación de los convenios para la vinculación de centros privados a la red pública en la LGS tiene carácter supletorio, y puede por tanto, ser desplazada por la legislación autonómica, en contraste con la naturaleza “básica” del régimen del concierto establecido en la propia Ley.

Con posterioridad, la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud -apartado 2 del artículo único- contempla que “la prestación y gestión de los servicios sanitarios y sociosanitarios podrá llevarse a cabo, además de con medios propios, mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas, en los términos previstos en la Ley General de Sanidad”. Por consiguiente, la gestión indirecta del servicio público de la asistencia sanitaria, puede efectuarse, empleando los instrumentos jurídicos previstos en la legislación general, ya vistos.

En definitiva, el convenio singular de vinculación y el concierto sanitario son las formas de gestión indirecta más importantes, si bien, fuera de los supuestos previstos en la LGS, también existen ciertos supuestos de gestión de los servicios sanitarios públicos a través de otras figuras contempladas en el TRLCSP, que están en expansión.

Los llamados contratos-programa entre las autoridades sanitarias y los órganos de prestación de servicios sanitarios, no son un modo de gestión indirecta de servicios sanitarios. En sentido estricto, no se trata de una forma de gestión, sino de acuerdos entre dos órganos administrativos, uno responsable de la financiación y otro encargado de la provisión, en los que se definen los objetivos y programas sanitarios a realizar por el centro sanitario, la asignación de recursos, la fijación de un plazo para su cumplimiento y el establecimiento de incentivos por su consecución.

En cuanto a su naturaleza, los contratos-programa, hay que tener en cuenta que ninguno de los órganos administrativos cuenta con personalidad jurídica, ni se les reconoce aptitud para contratar, de forma que estos contratos-programa no son reconducibles a ninguna de las formas de gestión contractual de servicios: ni son contratos administrativos de servicios públicos, ni tampoco son contratos-programa en sentido estricto (de los previstos en los arts. 68 y 171 LGP). Se trata en realidad de una forma de gestión directa de los servicios públicos que tiene su fundamento jurídico en la potestad de autoorganización de la Administración Pública (art. 11 LRJPAC) y, en particular, la competencia de los órganos administrativos de dirigir la actividad de los jerárquicamente subordinados mediante instrucciones y órdenes de servicio (art. 21 LRJPAC) . Es una forma de asignación de recursos económicos que sustituye o completa a las formas presupuestarias tradicionales: mediante un convenio, se fijan los objetivos, y hace depender en parte, la asignación de recursos del logro de los mismos. Los objetivos, dirigidos a lograr una mayor eficiencia y calidad en la prestación del servicio sanitario, incluyen diversos aspectos, como la reducción de las listas de espera, introducción de nuevos servicios y programas asistenciales, etc. Se busca, orientar y comprometer a los centros públicos proveedores de asistencia sanitaria y a su personal en unos objetivos posibles de cumplir y adecuados a su situación, y enmarcados en la política sanitaria general de la Administración Sanitaria a la que pertenezcan.

Mediante el consenso con los profesionales, se pretende vincular la mayor eficiencia en la gestión con el control de los recursos asignados para la misma.

Esta forma de relación de los órganos administrativos financiadores y los distintos proveedores de asistencia sanitaria se ha aplicado en las Administraciones de las Comunidades Autónomas, tanto en Atención primaria como en Atención especializada.

En definitiva, los contratos-programa, son un pacto a acuerdo entre dos sujetos públicos que no son independientes entre sí, para lograr una mayor eficiencia de los servicios sanitarios. Los incumplimientos contractuales no tienen consecuencias jurídicas, que penalicen al incumplidor.

3.5. El Convenio

3.5.1. Concepto y naturaleza jurídica

Bajo la denominación de convenio, en nuestro Ordenamiento Jurídico, se pueden regular relaciones jurídicas de muy diversa naturaleza. La calificación de un acto jurídico como "convenio", no es en absoluto decisiva para determinar su régimen jurídico. En unos casos se tratará de verdaderos contratos, en otros resoluciones administrativas necesitadas de aceptación y, en otros muchos simples compromisos de intenciones sin eficacia jurídica vinculante. El art. 88.1³¹⁷ de la LRJPAC prescribe que las Administraciones Públicas podrán celebrar convenios con personas tanto de Derecho público -relaciones interadministrativas- como de Derecho privado, que tengan por objeto satisfacer el interés público encomendado.

Esta disparidad de criterios también se aprecia en la regulación establecida por la LGS, que enuncia diversos convenios (arts. 66, 67, disp. adic. 2ª, disp. trans. 1ª y 3ª). De ellos, dejando aparte los convenios interadministrativos, nos centraremos, tan sólo, en los convenios que sirven para instrumentar la colaboración de los centros privados con el Sistema Sanitario Público, pues son los únicos de los regulados por la LGS que tienen como objeto específico la prestación de asistencia sanitaria pública. Además de esta actividad, los centros privados vinculados mediante convenio, quedan obligados también al desarrollo de tareas de promoción de la salud, prevención de las enfermedades e investigación y docencia, de acuerdo con los programas del Área de Salud al que resulte adscrito.

Por consiguiente, dada la gran variedad de supuestos de relaciones convencionales que se presentan en la LGS y en las principales normas autonómicas, que dificultan la propia definición de convenio, vamos a desarrollar los convenios para la vinculación de centros privados a la red sanitaria pública.

El convenio supone la plena integración de un establecimiento sanitario privado en la red sanitaria pública, quedando sometido a un régimen sanitario, administrativo y económico idéntico al de los hospitales públicos.

La determinación de la naturaleza jurídica del convenio no está clara en la doctrina, oscilando entre el carácter contractual o como acto administrativo. Villar Rojas³¹⁸ considera que el convenio singular con los hospitales privados reúne los requisitos para calificarlo de contrato administrativo de servicio público en su modalidad de concierto, pues su objetivo es la prestación de un servicio por parte de una persona jurídica que viene realizando prestaciones análogas a la que constituye su objeto, es decir la atención regular de la demanda de la asistencia sanitaria de un Área

³¹⁷El art. 88 de la LRJPAC reconoce el convenio administrativo y aunque lo regula como una simple modalidad de terminación del procedimiento administrativo, es evidente que tiene sustantividad propia y constituye una alternativa al acto administrativo como decisión unilateral.

³¹⁸Vid. nota anterior del autor.

de Salud.

Desde otra posición, Menéndez Rexach³¹⁹ dice que la vinculación de centros hospitalarios completos debe hacerse en las mismas condiciones para todos, tanto en cuanto a obligaciones que se contraen como en cuanto a las facultades que asumen. Se trata, por consiguiente, de una típica situación reglamentaria, en la que la inclusión y exclusión se lleva a cabo en virtud de resoluciones, necesitadas de aceptación. Esta es la mejor garantía de igualdad de trato a los centros privados vinculados a la red pública. Por eso este último autor concluye que los convenios singulares de vinculación no son contratos administrativos, sino resoluciones necesitadas de aceptación. Esta última posición tiene la importante consecuencia de que el marco de referencia no sería la legislación de contratos del sector público, sino el régimen de las resoluciones administrativas contenido en la LRJPAC³²⁰.

La mayoría de la doctrina, defiende la naturaleza contractual del convenio.

3.5.2. Regulación

La regulación en el ámbito sanitario público se establece en los arts. 66 y 67³²¹ de la LGS aunque también se refieren a los convenios los arts. 93 y 94.1 de esa Ley.

Al no ser de carácter básico los arts. 66 y 67 citados, la regulación de los convenios para la vinculación de centros sanitarios privados a la red pública en la LGS, tiene carácter supletorio para las Comunidades Autónomas y por ello éstas establecen su normativa propia³²², al respecto.

³¹⁹MENÉNDEZ REXACH, A., "Las fórmulas de gestión sanitaria indirecta de servicios sanitarios: especial referencia al concierto sanitario", En: Varios, La gestión de los servicios sanitarios: modelos alternativo, Actas del III Congreso de "Derecho y Salud", Pamplona: Gobierno de Navarra, Departamento de Salud, 1995.

³²⁰En general los convenios, tanto los interadministrativos como con particulares, quedan excluidos de la LCAP (art. 3.1.c y d), si bien, según el art. 3.2 de esa ley, se les aplicarán "los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse". En este sentido es correcto el art. 12.1 in fine del D 165/1995, de 4 de julio, de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía (que regula en su ámbito territorial los procedimientos de homologación de centros hospitalarios y de suscripción de convenios y conciertos), que establece que "los convenios de colaboración (entre la Administración sanitaria y otras Administraciones) se regularán (...) con carácter supletorio por los principios previstos en la Ley 13/1995 (...) en lo relativo a la resolución de dudas y lagunas que pudieran presentarse".

³²¹Artículo 66 LGS:

1. Formará parte de la política sanitaria de todas las Administraciones públicas la creación de una red integrada de hospitales del sector público.

Los hospitales generales del sector privado que lo soliciten serán vinculados al Sistema Nacional de Salud, de acuerdo con un protocolo definido, siempre que por sus características técnicas sean homologables, cuando las necesidades asistenciales lo justifiquen y si las disponibilidades económicas del sector público lo permiten.

2. Los protocolos serán objeto de revisión periódica.

3. El sector privado vinculado mantendrá la titularidad de centros y establecimientos dependientes del mismo, así como la titularidad de las relaciones laborales del personal que en ellos preste sus servicios.

³²²En Andalucía, los convenios de singulares de vinculación, entre la Administración Sanitaria y las Entidades privadas titulares de centros hospitalarios se regulan en los arts. 73 a 77 de la Ley de Salud de Andalucía, concretando el art. 73.2 que "se regularán por sus propias normas con carácter preferente y por lo dispuesto en la LGS, siéndoles de aplicación lo previsto en la normativa vigente de contratación administrativa".

La figura del convenio, al igual que la del concierto están previstas en la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud.

El régimen jurídico de este mecanismo de gestión indirecta se articula sobre dos títulos: La vinculación y el convenio singular.

La vinculación está sujeta a una condición previa, a saber, la homologación técnica del hospital de acuerdo con un protocolo definido. La LGS no es clara, pues habla de protocolo de homologación y de convenio.

El protocolo es una regulación que establece la Administración competente y que sirve de referencia general para la homologación de los centros privados que quieran vincularse a la red pública. Por tanto, no tiene carácter contractual, sino que es una disposición administrativa general.

La homologación es un acto administrativo resolutorio por el que se acredita que un centro reúne los requisitos técnicos para vincularse a la red pública; no supone la delimitación de las funciones asistenciales que han de desarrollarse ni sus condiciones, ni su prestación efectiva. Empleando los términos de la legislación de contratos del sector público, la homologación equivale a la clasificación del contratista, constatando en dicha resolución, el cumplimiento de los requisitos técnicos establecidos para contratar con la Administración la prestación de servicios asistenciales.

Además de la homologación, el convenio singular depende del concurso de dos presupuestos: que las necesidades asistenciales lo justifiquen y que existan suficientes recursos para su financiación. Finalmente, será el convenio, el instrumento jurídico que establece las condiciones (duración, prestaciones, régimen jurídico,..) en que el centro sanitario privado homologado colabora en la prestación de la asistencia sanitaria.

Lo singular es que en virtud del convenio, el centro sanitario privado se somete al mismo régimen sanitario, administrativo y económico de los centros sanitarios públicos. Esto es, se produce una publicación del régimen de organización y funcionamiento del centro sanitario vinculado (art. 30.2 de la LGS), salvo en lo que se refiere a la titularidad del centro y a la relación laboral del personal³²³. En definitiva, los medios y recursos privados acceden al sector público sanitario. Además, se someterán a las mismas inspecciones y controles sanitarios, administrativos y económicos que los centros sanitarios públicos, aplicando criterios homogéneos y previamente reglados (art. 67.5 LGS).

La publicación de su actividad, singular frente al régimen ordinario de los conciertos, es una diferencia cuantitativa, no cualitativa: las condiciones de prestación se equiparan con las que rigen en los hospitales públicos en orden a lograr la igualdad efectiva entre los usuarios.

³²³El art. 66.3 de la LGS dispone: “El sector privado vinculado mantendrá la titularidad de centros y establecimientos dependientes del mismo, así como la titularidad de las relaciones laborales del personal que en ellos preste sus servicios”

Menéndez Rexach afirma³²⁴, que a la vista del art. 66.1 de la LGS, no hay un derecho subjetivo de los centros privados a vincularse, pero la decisión sobre tal vinculación no puede adoptarse discrecionalmente, sino que tiene carácter reglado. En consecuencia, ante una solicitud de vinculación, la Administración sólo podrá denegarla invocando la inexistencia de necesidades asistenciales o la falta de recursos económicos.

En cuanto a su contenido, el convenio deberá establecer los derechos y obligaciones recíprocas de las partes en cuanto a duración, prórroga, suspensión temporal, extinción definitiva del mismo régimen económico, número de camas hospitalarias y demás condiciones de prestación de la asistencia sanitaria.

En relación a los usuarios, las normas que rigen su acceso y atención a un centro sanitario privado vinculado, no se diferencian de las que rigen en los centros sanitarios públicos. La sujeción a las mismas normas de organización y funcionamiento alcanza también a los derechos, a los deberes y las garantías de los usuarios. En el convenio deberá quedar asegurado que la atención sanitaria que se preste por estos centros sanitarios privados a los usuarios del sistema sanitario, se impartirá de forma gratuita. Sólo se podrían cobrar cantidades a los usuarios, en concepto de atenciones no sanitarias, si la Administración sanitaria, con carácter previo, autoriza los conceptos y la cuantía por los que se pretende cobrar.

La Administración podrá denunciar el convenio si el centro sanitario privado incurre en alguna de las causas previstas expresamente en la ley.

3.6. El Concierto

3.6.1. Concepto

El concierto es otra forma de gestión indirecta, cuya utilización tiene una amplia tradición en la provisión de prestaciones sociales, sobre todo en sanidad y educación. En el ámbito sanitario, su objeto es la prestación de asistencia sanitaria a pacientes beneficiarios del Sistema Sanitario Público por centros sanitarios concertados con la Administración titular del servicio. Se utiliza como una forma de provisión de servicios mediante la cual, un ente público complementa con el apoyo de una empresa privada, los servicios que realiza y que son insuficientes para su cobertura.

El art. 277 del TRLCSP recoge, entre las modalidades que puede revestir el contrato de gestión de servicios públicos, el “concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a la que constituye el servicio público de que se trate”.

3.6.2. Regulación

Su regulación se contempla en los arts. 90 y 94.2 de la LGS, y en el art. 199 del TRLGSS. No existe más normativa sanitaria básica sobre conciertos sanitarios. Las

³²⁴Vid. nota anterior del autor. El art. 66.1 de la LGS afirma que “los hospitales generales del sector privado que lo soliciten serán vinculados” y “cuando las necesidades asistenciales lo justifiquen y las disponibilidades económicas del sector público lo permiten”.

Comunidades Autónomas³²⁵, que han asumido las competencias de gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, han desarrollado estos artículos de la LGS, en sus respectivos ámbitos de competencias.

Al ser el concierto una modalidad del contrato de gestión de servicios públicos, se integra su régimen jurídico con las disposiciones que el TRLCSP dedica a esta clase de contrato típico, y concretamente en cuanto a la preparación del concierto, su adjudicación, efectos, duración, ejecución, modificación y extinción.

La regulación del contenido del concierto realizada en el art. 90 LGS, no ha sido objeto de desarrollo reglamentario, por lo que ha de atenerse a los escuetos perfiles legales que lo configuran. Son los siguientes:

- Las Administraciones públicas sanitarias, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a ellas. A tales efectos, las distintas Administraciones públicas tendrán en cuenta, con carácter previo, la utilización óptima de sus recursos sanitarios propios. Es decir, no se exige que la Administración concertante carezca de medios propios.

La normativa posterior de desarrollo a la LGS, tanto del extinto INSALUD como de las Comunidades Autónomas, no considera que el concierto tenga un carácter subsidiario y transitorio, como ocurría en la LGSS/74, como fórmula de gestión utilizable sólo cuando la Administración competente no dispone de medios propios. La colaboración del sector privado en la prestación de servicios sanitarios se concibe actualmente como una fórmula normal y estable, en línea con las recomendaciones del Informe Abril, ya referido.

- A los efectos de establecimiento de conciertos, las Administraciones públicas darán prioridad, cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y costes, a los establecimientos, centros y servicios sanitarios de los que sean titulares entidades que tengan carácter no lucrativo. Pero ello no significa que tales entidades tengan derecho al concierto. Se trata solamente de un criterio de selección de la entidad concertante en caso de que la Administración competente decida recurrir a esta modalidad de prestación de servicios.

- No podrán concertar con terceros la prestación de atenciones sanitarias, cuando ello pueda contradecir los objetivos sanitarios, sociales y económicos establecidos en los correspondientes Planes de salud.

- Las Administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias fijarán los requisitos y las condiciones mínimas, básicas y comunes, aplicables a los conciertos a que se refieren los apartados anteriores. Las condiciones económicas se establecerán en base a módulos de costes efectivos, previamente establecidos y revisables por la Administración.

³²⁵ Así, por ejemplo, en la Comunidad Autónoma de Andalucía, el concierto sanitario se regula en los arts. 73 a 74 de la Ley 2/1998, de 15 de junio de Salud de Andalucía, y se definen como aquellos suscritos entre la Administración Sanitaria y las entidades privadas titulares de centros y/o servicios sanitarios. Se regularán por lo dispuesto en la LGS, y en la normativa vigente de contratación administrativa.

- Los centros sanitarios susceptibles de ser concertados por las Administraciones públicas sanitarias deberán ser previamente homologados por aquellas, de acuerdo con un protocolo definido por la Administración competente, que podrá ser revisado periódicamente. Este requisito equivale al de la clasificación exigida a los contratistas en el TRLCSP. Como ya se dijo en el convenio singular, el legislador establece un trámite de clasificación que culmina en una resolución administrativa.

- En cada concierto que se establezca, además de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes, quedará asegurado que la atención sanitaria y de todo tipo que se preste a los usuarios afectados por el concierto será la misma para todos sin otras diferencias que las sanitarias inherentes a la naturaleza propia de los distintos procesos sanitarios, y que no se establecerán servicios complementarios respecto de los que existan en los centros sanitarios públicos dependientes de la Administración pública concertante.

- En cuanto al contenido, los conciertos sanitarios con los centros sanitarios homologados, se articulan en un doble plano, de forma similar a lo que ocurre en los contratos administrativos típicos:

Reglamentario: La Administración debe fijar los requisitos y las condiciones mínimas, básicas y comunes aplicables a todos los conciertos (art. 90.4 LGS); equivale al pliego de condiciones generales de los contratos.

Plano contractual: Una vez fijados esos presupuestos generales y constatada la necesidad asistencial, cada concierto establecerá los derechos y deberes de las partes. La contraprestación a satisfacer por la Administración concertante se establecerá con base a “módulos de costes efectivos, previamente establecidos y revisables por la Administración” (art. 90.4 de la LGS).

- La autoridad sanitaria ejercerá funciones de inspección sobre aspectos sanitarios, administrativos y económicos relativos a cada enfermo atendido por cuenta del concierto (art. 94.2 LGS). A diferencia con el convenio, no se produce una publicación de la organización y del funcionamiento del centro privado concertado, sino que la Administración se reserva la facultad de inspeccionar el cumplimiento de las condiciones de prestación pactadas.

En referencia al usuario de los servicios concertados, la Ley formula dos principios: el concierto debe asegurar el trato igual de todos los usuarios afectados por la aplicación del concierto y la Administración cuenta con los poderes de policía necesarios para garantizar el trato del enfermo en las condiciones pactadas, que no pueden ser otras que las reconocidas en el Estatuto del Servicio a todos los usuarios, con independencia del modo de gestión. Concretamente el art. 90.6, de la LGS obliga a garantizar que, en régimen concertado, la atención sanitaria y de otro tipo será la misma para todos, sin otras diferencias que las sanitarias, y que no se establecerán servicios complementarios de los que existan en los centros sanitarios públicos dependientes de la Administración concertante.

Respecto a la duración, del concierto, el art. 278 TRLCSP, refiriéndose de manera genérica, al contrato de gestión de servicios públicos, fija un plazo total, incluidas las prórrogas, de diez años, para los contratos que comprendan la explotación de un servicio público cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios. Dentro de ese límite, la duración del concierto y sus prórrogas, se fijarán necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

3.6.3. Diferencias entre convenio y concierto

Al ser dos técnicas de colaboración de la iniciativa privada con la Administración y existir confusiones entre algunos aspectos de las mismas, las notas diferenciadoras más relevantes:

- a) En cuanto a la naturaleza jurídica, los conciertos son contratos administrativos, sin embargo, no está clara la naturaleza jurídica de los convenios, aunque la doctrina mayoritaria se inclina por la contractual.
- b) Extensión: En sanidad, convenio supone la plena integración del establecimiento privado en la red hospitalaria pública; esto es, la vinculación de todos sus servicios, quedando el centro sometido a un régimen sustancialmente idéntico al de los centros públicos. El concierto sanitario supone una vinculación más difusa, limitada a determinadas prestaciones de las realizadas por un centro, que normalmente prestará otros servicios no incluidos en el concierto, aunque no necesariamente.
- c) La regulación del concierto tiene carácter básico, mientras que la del convenio tiene carácter supletorio.
- d) Servicios complementarios no sanitarios: En centros conveniados se admite la existencia de servicios complementarios no sanitarios, previa autorización de la Administración sobre el tipo y características del servicio y del importe correspondiente a satisfacer por el usuario. En un centro concertado sólo podrán existir aquellos servicios complementarios no sanitarios que ya existan en los centros públicos, no otros (art. 90.6 de la LGS).

La Sentencia, en fecha 20 de diciembre 2000 (JUR\2001\160009)³²⁶, diferencia

³²⁶Es interesante la diferenciación entre concierto, convenio singular y concesión administrativa que se hace en el Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia: "...La Ley 14/1986, General de Sanidad respecto a las formas de prestación del Servicio Público de Salud y nos dirá que esta Ley configura la prestación del servicio público, con sus propios medios y directamente a través de "Todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud integrarán el Sistema Nacional de Salud" (art. 45. I), es decir, con carácter general prevé la gestión directa como así se afirma en la exposición de motivos del RD-Ley 10/1996 y de la Ley 15/1997.

No obstante admite dos excepciones a la regla general de gestión directa:

–El convenio singular de vinculación a la red pública (arts. 66, 67 y 68 LGS).

El concierto sanitario (art. 90 LGS).

–Respecto de la primera de las modalidades, el hospital sin dejar de ser privado se somete a las prescripciones sanitarias públicas y a su régimen de organización y funcionamiento del hospital vinculado, excepto en lo referido a la titularidad dominical del centro y de las relaciones laborales que siguen siendo privadas. Es decir, los medios y recursos privados acceden al sector público.

Quizás sea ésta la figura más similar a la de la concesión administrativa; si bien con una diferencia sustancial: en el caso de los hospitales vinculados; la titularidad es privada y es la empresa privada la que efectúa el desembolso para la creación y puesta en funcionamiento del hospital proporcionando después a través de un convenio singular, la asistencia sanitaria a la población de la Seguridad Social; por el contrario, en el caso de las concesiones administrativas la titularidad del hospital es pública, es la administración la que proporciona los medios y recurso de su titularidad así como la fuente de ingresos a la Empresa privada que accede a la gestión y explotación del hospital garantizándole ab initio la producción" generadora de los ingresos ya que la población asistencial está asegurada al ser la propia población de la Seguridad Social.

En el caso del Concierto Sanitario, no se produce la "publicación" de la Organización y Funcionamiento del Centro Concertado, teniendo además la Administración potestades de inspección y control en dicho hospital privado. La concesión administrativa que nos ocupa no está amparada por el art. 90 de la Ley General de Sanidad pues como se desprende del pliego de cláusulas existe, una total libertad

con claridad el concierto, el convenio y la concesión administrativa.

3.7. Concesión y concesión de obras públicas

3.7.1. Concepto y régimen jurídico

La Exposición de Motivos de la Ley 13/2003, de 24 de mayo, reguladora de la concesión de obras públicas, nos aproxima a la importancia histórica de la institución de la concesión. Se trata de un instrumento de colaboración entre los poderes públicos y el sector privado, utilizada en el siglo XIX como opción cardinal de los grandes empeños administrativos, y recogida y adaptada, en función de los distintos objetivos a los que se ordenaba, en las legislaciones sectoriales que surgen en el siglo XIX. Ya en el CE de 1978, se reconoce la importancia de esta institución como instrumento a disposición de los poderes públicos para dosificar su esfuerzo y potenciar paralelamente sus capacidades, unida a sus rasgos claramente contractuales, por lo que su art. 148.1.18 CE, reserva a la competencia exclusiva del Estado, la legislación básica en materia de concesiones junto a la de contratos.

La concesión es un supuesto de encomienda a personas o empresas privadas de funciones calificadas como públicas, normalmente de contenido económico, para su prestación por éstas bajo el control y dirección del órgano administrativo titular de las mismas. Esto es, la concesión sería un fenómeno jurídico en cuya virtud la Administración Pública crea una legitimación para actuar, a favor de un particular, en una esfera propia y exclusiva de aquella, aunque manteniendo sobre esa actividad potestades de policía para asegurar la buena marcha del servicio. Desde una perspectiva teórica, la concesión se caracteriza también, por ser un acto, en virtud del cual la Administración transfiere a un particular la facultad de realizar una determinada actividad que, por pertenecer a la titularidad de la Administración, no formaba parte del patrimonio jurídico de aquel; ésta circunstancia la distingue de la autorización, que es un acto de remoción de límites para el ejercicio de una facultad que se hallaba preexistente en el patrimonio del autorizado.

La concesión, modalidad del contrato de gestión de servicios públicos, es un contrato administrativo por el que se adjudica a un empresario la gestión de un servicio público a su riesgo y ventura -art. 277 TRLCSP-.

de concurrencia de cualesquiera empresas privadas para ser adjudicatarias, sin ningún tipo de preferencia a las entidades no lucrativas. En definitiva, la Ley General de Sanidad, posibilita la incorporación de medios privados al sector público sanitario a través de conciertos sanitarios y convenios singulares, pero no a la inversa, es decir, la incorporación de medios públicos al sector privado, pues esto implica la "externalización" de los medios y recursos públicos por la empresa privada, situación que por el momento no está prevista en la LGS. Antes al contrario, y conforme al citado art. 4.3 del vigente RD Legislativo 1/1994 no parece que sea posible la externalización de los servicios sanitarios de la Seguridad Social. Es más, el art. 199 del RD Legislativo 1/1994 "Conciertos para la prestación de servicios administrativos y sanitarios", permite que las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, entre ellas INSALUD y los Servicios de Salud de las CC.AA. puedan concertar con entidades privadas la mera prestación de servicios sanitarios, pero añade que ello no puede entrañar: "... en forma alguna, sustitución en la función gestora encomendada a aquellos organismos". En la medida en que la concesión administrativa implica cesión de la gestión a la empresa privada adjudicataria, la tesis que venimos manteniendo, queda reforzada, pues ni en el concierto sanitario ni en el convenio singular existen gestión por la empresa privada, sino mera prestación. En consecuencia, no cabe equiparar la figura privatizadora de la concesión con los contratos aludidos en la LGS."

Por otra parte, como ya se ha dicho, la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguló el contrato de concesión de obras públicas, cuya definición legal, actualmente la encontramos en el art. 7 TRLCSP: “La concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el art. 6, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio. El contrato, que se ejecutará en todo caso a riesgo y ventura del contratista”. El concesionario tiene el derecho a explotar la obra pública y percibir la retribución económica prevista en el contrato durante el tiempo de la concesión (art. 245 a. TRLCSP). A la vez, es una obligación general del concesionario, explotar la obra pública, asumiendo el riesgo económico de su gestión con la continuidad y en los términos establecidos en el contrato u ordenados posteriormente por el órgano de contratación (art. 246 b. TRLCSP).

Presupuestos de la concesión, al igual que los demás contratos de gestión indirecta del servicio público, son que la actividad que constituye el objeto del servicio público tenga contenido empresarial y económico, y que no implique el ejercicio de funciones de autoridad.

El efecto fundamental de la concesión es que el riesgo y ventura de la explotación es asumido íntegramente por el concesionario, por lo que en principio, la Administración titular del servicio sólo puede obtener ventajas de dicha explotación, al percibir el canon al que el concesionario queda obligado por el contrato.

El concesionario debe cumplir los requisitos generales para ser contratista que establece la TRLCSP, siendo el sistema de adjudicación de la concesión, el concurso. El concesionario es el propietario de la empresa gestora y normalmente de todas las instalaciones, pero por lo general, se establece la reversión de las mismas al término del contrato a favor de la Administración titular del servicio.

La Administración conserva las potestades propias de toda Entidad titular del servicio público, y las potestades generales que corresponden a la Administración contratante. Entre estas últimas destaca el *ius variandi* o potestad de modificación de la concesión, en virtud de la cual la Administración puede obligar al concesionario a adaptar sus instalaciones a la tecnología del momento, debiendo en consecuencia realizar las inversiones necesarias para ello. Pero como en todo contrato, la Administración contratante está obligada a compensar los gastos que rompan la ecuación financiera o equilibrio económico del contrato, por lo que debe compensar los mayores gastos que se produzcan a la empresa concesionaria como consecuencia del ejercicio de la potestad de modificación, y también los que se deriven del riesgo imprevisible.

El particular o empresa privada concesionaria, se obliga frente a la Administración a responder de la marcha regular del servicio público y a su continuidad, a mantener en buen uso los bienes que explota, a admitir al goce del servicio a todo aquel que cumpla los requisitos reglamentarios, respetando el principio de no discriminación, y también celebrar los contratos de suministro que requiera la prestación del servicio, e indemnizar los daños que puedan producirse a terceros. El concesionario percibe a cambio directamente de los particulares las tasas fijadas por la

utilización del servicio público.

La concesión es transmisible, con la carga de la notificación a la Administración titular de servicio, y el requisito de que el nuevo concesionario cumpla con lo requerido para ser adjudicatario del contrato. También cabe la subcontratación de algunas prestaciones del servicio público, siempre que se trate de prestaciones accesorias del mismo.

Las causas de extinción de la concesión son las siguientes:

- Vencimiento del plazo establecido en el contrato: La LCAP imponía un plazo de diez años si el servicio concedido es de naturaleza sanitaria.
- Incumplimiento de las obligaciones por el contratista.
- Incumplimiento por la Administración Pública de sus obligaciones.
- Por el ejercicio de la potestad de resolución del contrato por parte de la Administración titular del servicio. Son causas de resolución de la concesión: las previstas con carácter general para la resolución de los contratos administrativos; el rescate del servicio por la Administración; la supresión del servicio por razones de interés público; y la imposibilidad de prestar el servicio por actos de la Administración posteriores a la adjudicación del contrato.

Los efectos de la resolución de la concesión, además de la reversión de las instalaciones si está prevista en el contrato, están en función de la causa que motivó la resolución. En los casos de resolución anticipada de la concesión, la Administración abonará una indemnización por las instalaciones que revierten, en función de su estado y tiempo restante para la reversión por vencimiento del plazo. En los casos de resolución por rescate o supresión del servicio o imposibilidad de seguir prestando el servicio por actos de la Administración Pública, procede la indemnización por daños y perjuicios, y por los beneficios dejados de percibir, en función del último quinquenio y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a la Administración, teniendo en cuenta su grado de amortización.

Por último, en caso de demora superior a seis meses de las contraprestaciones por la Administración, se tiene derecho al interés legal, desde el vencimiento del plazo, y a la indemnización por daños y perjuicios.

Es importante conocer como se ha de articular el régimen de responsabilidad del concesionario y de la Administración Pública concedente, así como cual debe ser la jurisdicción competente -la Contencioso-Administrativa o la Civil- para conocer estas cuestiones. El art. 214 del TRLCSP, establece que “será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato”. Hay que entender que esta responsabilidad se ha de ventilar ante la Jurisdicción Civil y conforme a las normas de Derecho privado. Sin embargo, el apartado 2 del mismo artículo especifica que “cuando tales daños hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las Leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro o fabricación”. En estos supuestos, responderá la Administración, conforme al régimen establecido en la LRJPAC -responsabilidad

patrimonial- y ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho lesivo, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cual de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.

Es de gran interés distinguir entre convenio singular y la concesión, figuras parecidas pero con importantes diferencias. En el caso de los centros sanitarios vinculados por convenio singular, la titularidad es privada y es la empresa privada la que efectúa el desembolso para la creación y puesta en funcionamiento del centro sanitario, proporcionando después, a través de un convenio singular, la asistencia sanitaria a la población protegida por el Sistema Sanitario Público. Por el contrario en las concesiones administrativas, la titularidad del centro sanitario es pública; es la Administración la que proporciona los medios y recursos de su titularidad a la empresa privada que accede a la gestión y explotación del centro, garantizándole, igualmente, la fuente de ingresos, ya que la población asistida está asegurada al ser la protegida por el SNS. Como se verá a continuación, esto puede variar en las concesiones del sector sanitario.

3.7.2. Utilización en el sector sanitario

En el ámbito sanitario, la concesión queda incluida dentro de los términos de la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud. Por tanto, la concesión es una figura perfectamente utilizable para llevar a cabo la gestión indirecta de las competencias que las distintas Administraciones Públicas tienen encomendadas en materia sanitaria. Pese a ello se ha utilizado escasamente, habiéndose dado los pocos ejemplos en el ámbito de las Comunidades Autónomas, en concreto en la Comunidad Valenciana, Cataluña y Madrid.

Pese a las pocas experiencias de la utilización de la concesión como forma de gestión de la asistencia sanitaria en España, tiene ventajas como modalidad organizativa, aunque también como se verá más adelante, presenta inconvenientes. La concesión combina lo mejor del “mundo público” y del “mundo privado”. De lo público, la reserva de la titularidad del servicio, que permite a la Administración un control exhaustivo, para asegurar la buena marcha del servicio sanitario, pero sin tener que participar en la gestión. De la titularidad del servicio también se derivan unos poderes generales que le permiten incidir en la relación contractual, tales como interpretar los contratos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta. De lo “privado”, la gestión “empresarial” de la actividad, pero sin tener la titularidad de la misma, lo que garantiza el disfrute del derecho constitucional a la protección de la salud y la condición de servicio. Por tanto, se garantiza la equidad a través de la titularidad pública y el logro de la eficiencia y la eficacia a través de la gestión privada.

En definitiva, el régimen jurídico de este contrato administrativo, tiene por finalidad garantizar la prestación continuada, regular y universal del servicio por parte de una empresa privada, pero sin romper con la titularidad y la naturaleza pública de la actividad, características obligadas de una actividad que tiene por objeto la satisfacción de una necesidad básica de los ciudadanos, la de protección de la salud.

En el sector sanitario, en la concesión³²⁷, modalidad del contrato de gestión de servicios públicos, una vez construido, el inmueble es recibido por la Administración y se incorpora al patrimonio público, si bien en virtud del contrato, se otorga su uso y el de sus instalaciones al concesionario. A partir de entonces, el empresario cobra una cantidad capitativa por cada uno de los habitantes a los que debe atender (población protegida), cantidad a la que se suma el importe de los servicios prestados a otros pacientes por motivos de urgencia y de la que se detrae la atención prestada por otros centros sanitarios a pacientes asignados al centro sanitario concesionado. El objeto, pues de la concesión sanitaria es doble: la construcción de centros sanitarios y la prestación posterior de los servicios sanitarios.

En el caso de la concesión de obra pública sanitaria en cambio, no se incluye en el objeto del contrato la prestación del servicio sanitario, que es asumido por la Administración sanitaria a través de la obra pública (centro sanitario, hospital, etc), limitándose aquel a la explotación de la obra *strictu sensu*.

Por consiguiente, aunque en el ámbito sanitario nunca se había utilizado la concesión como fórmula de gestión de servicios públicos sanitarios, la situación cambió, con la utilización por varias Comunidades Autónomas de dos fórmulas concesionales³²⁸: Los modelos PFI (*Private Finance Initiative*) y las concesiones de gestión de servicio público (modelo Alcira). Estas fórmulas concesionales, difieren en algunos aspectos del modelo tradicional de concesión.

En los modelos PFI y en las concesiones de servicio público, se trata de asociaciones entre el sector público y privado que permiten a los servicios de salud atraer capital privado para acometer inversiones en centros sanitarios sin tener que desembolsar liquidez ni incurrir en endeudamiento público, a cambio de la adjudicación de la provisión de servicios a la parte adjudicataria privada durante un largo periodo de tiempo con arreglo de un sistema de pago y facturación y unos estándares de calidad definidos en el contrato de adjudicación. La principal diferencia entre uno y otro es que el PFI incluye sólo los servicios no clínicos mientras que en las concesiones de gestión de servicio público se externaliza por completo la gestión, incluyendo los servicios clínicos.

La búsqueda de nuevas formas de gestión, llevó a finales de 1996 a la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de Valencia, a la decisión de que la construcción y posterior explotación del Hospital de La Ribera de Alzira se realizara como una concesión administrativa.

Se adjudicó, en régimen de concesión administrativa, la asistencia sanitaria especializada del Servicio Valenciano de Salud para la comarca de la Ribera (Área 10) a una Unión Temporal de Empresas (la aseguradora privada Adeslas, más un grupo de cajas de ahorros y empresas constructoras). La concesión implicaba la construcción del hospital y su equipamiento a cargo del adjudicatario, así como la gestión del servicio sanitario de todo el Área, incluyendo no sólo el Hospital construido, sino también los

³²⁷VILLAR ROJAS, F., “La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales”, en Revista de Administración Pública, nº 172, 2007, págs. 141-188.

³²⁸DESARROLLO AUTONÓMICO, COMPETITIVIDAD Y COHESION SOCIAL EN EL SISTEMA SANITARIO, nº 01/2010, Consejo Económico y Social, Madrid, 2010.

Centros Periféricos de Especialidades existentes de Alzira y Sueca.

Hay que tener en cuenta que a diferencia del modelo tradicional de concesión, en el supuesto del Hospital de Alcira será la Consejería de Sanidad quien sufrague a la empresa adjudicataria con una cantidad fija y preestablecida por cada usuario; este sistema de contraprestación se aproxima al concierto sanitario.

3.8. Empresa mayoritariamente pública

En el caso de la empresa pública de capital no íntegramente perteneciente a la Administración matriz, la peculiaridad estriba en que, al no pertenecer completamente a la Administración, la relación debe instrumentarse mediante la adjudicación de un contrato de gestión de servicios públicos, en la modalidad de sociedad de economía mixta, en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas (art. 277 d. TRLCSP).

Para la celebración de ese contrato, la sociedad entraría en competencia con cualquiera otros sujetos que desearan resultar adjudicatarios de dicho contrato. No es admisible que en este supuesto la Administración sanitaria encomendase y adjudicase directamente a esa sociedad de capital mayoritariamente público dicha actividad, eludiendo el TRLCSP (art. 8.2 TRLCSP, en sentido contrario). No obstante, la disposición adicional vigésima novena TRLCSP, se refiere a las fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y privado, aludiendo a la sociedad de economía mixta: "Los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concorra capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y en su caso, las relativas al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado".

Debe resaltarse la distinción entre las sociedades de capital totalmente público, cuyas operaciones terminarán computando en las cuentas de la Administración Pública titular, y la creación de una empresa mixta, o a través de la toma de control de una empresa pública existente por parte del sector privado, modificando una entidad existente, en las que la consolidación depende del cumplimiento de los criterios establecidos por Eurostat y SEC-95 para la modalidad de colaboración público-privada institucionalizada (CPPI); este es el caso en el que encaja el contrato paradigmático del soterramiento de la Calle 30 del Ayuntamiento de Madrid.

3.9. El contrato de servicios

3.9.1. Concepto

Como señala el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 10/07, de 26 de marzo de 2007, la calificación de los contratos a efectos de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas es una cuestión compleja que requiere, como presupuesto inexcusable, un examen completo y detallado de su contenido.

En Derecho español, la primera dificultad de deslinde del contrato de gestión de servicios públicos, se ha venido planteando a partir de su distinción del contrato de servicios. Surge el problema de diferenciar estos contratos cuando la contraprestación que percibe el contratista la abona totalmente la Administración. Para nuestro Derecho positivo, la cuestión es de gran relevancia, sobre todo por la enorme diferencia de plazo de duración del contrato.

El contrato de servicios se define en el art. 10 TRLCSP en sentido negativo, como aquel cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto a una obra o un suministro. Y de forma positiva el TRLCSP se remite a las categorías enumeradas en el Anexo II, entre las que se encuentran los de servicios sociales y los de salud. Es una definición apegada a la europea³²⁹.

Un ejemplo de contrato de servicios sería, la contratación con un Servicio de Prevención de Riesgos Laborales Ajeno, de la prevención de riesgos laborales, en la que se incluiría la vigilancia de la salud, del personal de un Hospital perteneciente al Sistema Sanitario Público.

3.9.2. Deslinde entre el contrato de gestión de servicios públicos y el contrato de servicios

Las diferencias entre ambos tipos contractuales no han sido pacíficas en la práctica de la contratación pública española³³⁰.

Si no es necesariamente la forma de retribución del contratista lo que en nuestro Ordenamiento jurídico diferencia el contrato de gestión de servicios públicos del contrato administrativo de servicios, habrá que fijarse en el objeto.

En cuanto a la retribución del contratista, consideremos, por ejemplo, el caso de los servicios públicos que se prestan a los ciudadanos *uti universi*, como conjunto o colectividad, de manera que no hay relaciones de prestación individualizadas. Si se gestionan de forma indirecta, la contraprestación del contratista la tendrá que abonar inevitablemente la Administración, pero el servicio, en realidad, se le presta al público, aunque sea de manera general e indiferenciada, y no a aquella. Por tanto, en nuestro Derecho estos contratos podrían ser calificados como contratos de gestión de servicios públicos por su objeto, y sin embargo, no es fácil encajarlos en ninguna de las modalidades del mismo.

A la inversa, hay servicios con relaciones de prestación individualizadas, en los cuales los usuarios a veces incluso pagan un precio por las prestaciones que reciben, pero que no están abiertos al público en general, sino sólo a personas vinculadas con la Administración o que frecuentan los edificios públicos (por ejemplo, la cafetería de un

³²⁹El apartado 1.d) del art. 1 de la Directiva 2004/18 define a los contratos de servicios como “los contratos públicos distintos de los contrato públicos de obras o de suministro cuyo objeto sea la prestación de los servicios a los que se refiere el anexo II”, esto es de forma residual.

³³⁰BRUNETE DE LA LLAVE, M.T., Ob.cit., pág 575. Hace referencia a la publicación de MÍGUEZ MACHO, L., “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español”, Revista de Administración Pública, 175, enero-abril 2008, págs. 157-215.

Hospital público, en el que los usuarios pagan un precio; otro supuesto es el de los comedores escolares en la enseñanza pública, en los que no se paga). En consecuencia, cabría sostener que son servicios que se prestan a la Administración en beneficio de personas que mantengan una relación jurídica cualificada con ella, pero no servicios públicos.

Es decir, es evidente que si hay tarifas pagadas por los usuarios, habrá también una relación directa entre éstos y el operador que las percibe, pero no ocurre lo mismo a la inversa, es decir, puede haber relación directa sin percepción de tarifas; por otra parte, cabe que se produzca el abono de tarifas por los usuarios pero que el servicio no se le preste a la población general, sino a grupos de personas cualificadas por su especial relación con la Administración.

La línea más conocida ha sido afirmar que hay contrato de “gestión”, cuando el contratista presta el servicio por encargo de la Administración pero para el público - los particulares son destinatarios de la prestación- , mientras hay contrato de “servicios”, cuando éstos se les prestan directamente a la Administración y sólo indirectamente a los ciudadanos, es decir, la Administración es la directa beneficiaria.

En esta línea, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, señaló que de las respectivas definiciones de estos contratos, resulta que en los contratos de gestión de servicios públicos “un servicio público de titularidad de la Administración se traslada al contratista que gestiona el servicio para su utilización por los particulares. Por el contrario, en el puro contrato de servicios, es el contratista el que presta el servicio a la Administración y no a los particulares” (Informe 41/1995, de 21 de diciembre).

Sin embargo, tal como apunta Moreno Molina³³¹, en la actualidad resulta insuficiente este criterio de diferenciación según a quien se dé la prestación del servicio, a la Administración o a los particulares; según este autor, los factores distintivos pueden ser mejor la prestación del servicio y la explotación del mismo. Estos argumentos casan mejor con la línea seguida por el TJCE y la Junta Consultiva de Contratación de Administrativa del Estado en sus últimos informes.

De lo anterior, podemos inferir los siguientes elementos esenciales para la calificación de un contrato de gestión de servicios públicos, que al menos, han de verificarse en cada contrato:

- La concurrencia del requisito de que la prestación objeto del contrato constituye un servicio público.
- Declaración expresa por la Administración de que la actividad de que se trata queda asumida por dicha Administración como propia de su competencia.
- La necesidad de que el servicio sea susceptible de explotación.
- Que exista riesgo de explotación vinculado a la inversión realizada, o a los capitales invertidos, y que además se transfiera al concesionario.
- Que la retribución del contratista consista bien en el derecho a explotar la obra, bien en dicho derecho acompañado de un precio.

³³¹MORENO MOLINA, J.A., “La nueva Ley de contratos del Sector Público”, Ed. La Ley, Wolters Kluwer, S.A., 2008, coautor con PLEITE GUADAMILLAS, F.

- El establecimiento de un régimen jurídico básico del servicio público previo a la contratación, que atribuya las competencias administrativas, que determine el alcance de las prestaciones a favor de los administrados.

3.10. El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado

3.10.1. Antecedentes

La Comisión de la UE ha impulsado el establecimiento de un marco jurídico de colaboración público-privada (CPP) para la promoción de infraestructuras, equipamientos y servicios públicos, que ha tenido un impacto en el Derecho interno de los países miembros.

No obstante lo anterior, el motivo por el cual la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), reguló un nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CCPP) debemos buscarlo en nuestro Derecho interno.

En efecto, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2005, por el que se adoptan mandatos para poner en marcha medidas de impulso a la productividad, establece en su mandato cuadragésimo cuarto que “El Ministerio de Economía y Hacienda incorporará en el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público por el que se transpondrá la Directiva 2004/18/CE , además de las normas necesarias para la completa y correcta transposición de la Directiva al Derecho interno, una regulación de los contratos de colaboración entre el sector público y el privado, para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, así como los mecanismos legales adecuados que permitan identificar la proposición más ventajosa presentada por los licitadores a fin de garantizar la obtención del mayor valor posible como contrapartida a los recursos financieros aplicados al contrato”.

Desde el inicio, como vemos, el CCPP surge bajo la invocación del legislador del incremento de la productividad y la modernización de la economía, de manera que el nuevo tipo contractual no se concibió exclusivamente para la ejecución de infraestructuras y equipamientos. El vacío que pretende cubrir, no se localiza en sus aspectos sustantivos, coincidentes con el ámbito de las concesiones de obra pública y de gestión de servicios públicos, que disponen de una regulación propia, sino, es para dar cobertura a la creciente complejidad de los contratos tecnológicos de mantenimiento de instalaciones complejas.

La novedad de este contrato, no radica en el negocio en sí, sino en el diseño de un régimen jurídico para la preparación y adjudicación de negocios de difícil encaje en la anterior normativa de contratación pública, lo que reporta una mayor seguridad jurídica.

Las claves que viene explicando la introducción de esas fórmulas contractuales que se pueden englobar genéricamente en un concepto amplio de colaboración público y privada (CPP), las encontramos en la idea de ampliar los ámbitos a la acción privada, abriéndole espacios antes reservados a la acción pública, pero sin duda, el argumento que más claramente puede explicar la expansión del fenómeno en los últimos tiempos, ha sido la necesidad de buscar fórmulas que no computen como déficit público a los

efectos del cumplimiento de las reglas de estabilidad presupuestaria impuestas para la consecución de la convergencia europea³³².

Con la tipificación *ex novo* del CCPP, disponemos hoy en el Derecho de la contratación pública española de una amplia versatilidad de figuras que encajan en el concepto europeo de colaboración público-privada.

Ahora bien, la propia denominación del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, regulado actualmente por el TRLCSP, se presta a equívocos. En rigor, cualquier contrato en el que sea parte contratante la Administración pública es, por definición, una forma de colaboración pública-privada: si la Administración decide contratar un bien, servicio u obra con un particular, está solicitando de éste su colaboración en la consecución, directa o indirecta, de una finalidad pública.

Entonces, ¿en qué consiste esa colaboración cualificada entre el sector público y el sector privado que llama a tipificar un nuevo contrato en la LCSP y TRLCSP, bajo esa rúbrica?. En la Exposición de motivos de la Ley, deja claro que el legislador sólo ha perseguido tipificar una tipología contractual ya extendida, al menos como género, en la práctica, para los más variados fines, como por ejemplo equipamientos para la sanidad. Se trata, de incentivar fórmulas de incorporación de los particulares a la consecución de finalidades públicas, presumiendo que fórmulas contractuales clásicas, como la concesión no serían útiles en los nuevos tiempos.

Es este objetivo, el que explica que en los últimos años se hayan multiplicado en nuestro país –junto a la fórmula genuinamente española de crear sociedades instrumentales de capital público- las operaciones contractuales identificables bajo el género CPP³³³, cuyo nexo común – a los efectos de cumplir dicho objetivo- no es otro que la transferencia de riesgos al contratista.

El legislador, al intentar reconducir a la unidad, las múltiples variantes contractuales, que en la práctica han venido identificándose bajo el género CPP, en el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado regulado en LCSP, buscaría dotar de seguridad jurídica a unas operaciones en las que la generación de confianza en el inversor privado, particularmente en términos de garantía y rentabilidad, es imprescindible. Pero el encaje de las fórmulas de CPP en el contrato regulado en la LCSP, no es siempre fácil; éste no es hábil para reconducir a la unidad todas esas fórmulas que se han venido aplicando en la práctica³³⁴.

³³²Vid. Los criterios que al efecto aplica EUROSTAT en su Manual sobre el déficit público y la deuda pública del SEC95 (Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Comunidad), aprobado por Reglamento (CE) núm. 2223/1996, del Consejo, y a los efectos del Reglamento (CE) 3605/1993, relativo a la aplicación del protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo.

³³³Por ejemplo, Modalidad de abono total del precio en el contrato de obra (Ley 13/1996); contrato de concesión de obras públicas (Ley 13/2003); el arrendamiento operativo, se sustente o no en la constitución de un derecho de superficie sobre un terreno de la Administración.

³³⁴El legislador no ha sabido ofrecer una solución hábil para dar adecuada respuesta a las fórmulas CPP de base patrimonial, como la del arrendamiento operativo. El apartado p) del art. 4.1 de la Ley no descarta que los negocios jurídicos sobre bienes inmuebles, sometidos a la legislación patrimonial (el precepto califica estos contratos como privados, sorprendiendo esto en relación a la caracterización de estos contratos en el art. 20 TRLCSP), incluyan prestaciones que sean propias de los contratos calificados - entre los que se incluyen, los contratos de colaboración- y, en particular que estas prestaciones mantengan con la prestación característica del contrato patrimonial "relaciones de vinculación o complementariedad

Se pondría en duda entonces, la virtualidad de la iniciativa legal, si a ello se suma además, la indefinición que es consustancial al nuevo contrato.

La LCSP caracteriza al contrato de colaboración en función de la “complejidad” de las prestaciones contractuales, -con independencia de cuales sean, en concreto-, lo que se vincula con una clara particularidad en su tramitación: la posibilidad de que el licitador colabore con la Administración desde el momento mismo en que se reconoce una necesidad, cuyo perfil último –como objeto contractual- el propio particular ayudará a identificar. Esto se hace posible a través de un nuevo procedimiento de adjudicación –el diálogo competitivo-, siendo así que el objeto mismo del contrato, y de forma correlativa, su régimen jurídico específico, sólo quedará fijado como resultado del propio proceso de dialogado, quedando así abierto al mayor juego del principio de libertad de pactos, lejos de las pautas más clásicas de la contratación administrativa típica.

La regulación de este contrato típico, no supone el establecimiento de un régimen cerrado y predeterminado, puesto que una de sus características esenciales es la flexibilidad.

En España, se trata, sin embargo, de una figura contractual que las Administraciones Públicas ya usaban en la práctica diaria. La falta de reconocimiento legal en el Derecho de los contratos públicos, no ha impedido que se hayan utilizado, incluso se han realizado previsiones normativas, como el caso de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, que reguló supuestos de contratos de arrendamiento financiero y otros contratos mixtos de arrendamiento con opción de compra. Otro ejemplo es la figura de los arrendamientos operativos, en la que se entremezclan elementos del derecho de bienes públicos, prestación de servicios y arrendamiento de bienes o derecho de superficie, en el marco del Derecho Civil. En definitiva con la inserción de este nuevo contrato el legislador ha adecuado el Derecho a la realidad social.

La ambigüedad de la terminología utilizada por la LCSP en su Exposición de Motivos ya nos da una idea de los perfiles difusos del contrato, aunque bien es cierto, que podemos encontrar en ella la descripción de algunas de las características genuinas de este contrato, como son: la sujeción a regulación armonizada, cuantía, peculiar configuración, complejidad, indeterminación inicial de las prestaciones objeto del contrato, y financiación, en principio, a cargo del socio privado, en términos ciertamente ambiguos. Estos términos, que en principio pueden parecer potestativos e imprecisos, obedecen, a las amplias posibilidades que ofrece la figura del nuevo tipo contractual que, probablemente, sea la de mayor versatilidad que se haya introducido hasta la fecha en el Derecho de la contratación pública española, pues atendiendo a la redacción del art. 11 TRLCSP, coincidente con la redacción dada por la Ley 30/2007, de contratos del sector público, son numerosas las prestaciones que pueden mezclarse en el objeto de estos contratos³³⁵.

en los términos previstos en el art. 25". De ello cabe deducir que- por más que el contrato de remisión se refiera a contratos mixtos- el nuevo contrato de colaboración podría combinarse con un contrato patrimonial, sin que la Ley haya afinado más en una fórmula que no dejará de plantear dificultades en cuestiones tan concretas como la concatenación de la duración entre los contratos.

³³⁵BRUNETE DE LA LLAVE, M.T., Ob.cit, pág. 528.

3.10.2. Regulación

Se realiza por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

El preámbulo del TRLCSP, especifica que la disposición final trigésima segunda de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, autoriza al Gobierno para elaborar un texto refundido en el que se integren la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y las disposiciones en materia de contratación del sector público contenidas en normas con rango de ley, incluidas las relativas a la captación de financiación privada para la ejecución de contratos públicos. Para el contrato de colaboración público-privada, se incluyen en el nuevo texto, las previsiones contenidas en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, incluyendo las relativas a la colaboración público-privada bajo fórmulas institucionales.

En el TRLCSP, que ha derogado a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, el contrato de colaboración entre el sector público, se regula en los siguientes artículos:

- La definición de encuentra en la Sección 1ª del Capítulo II, relativo a los contratos del sector público del Título Preliminar de Disposiciones Generales, dedicada a la delimitación de los tipos contractuales del sector público.
- La delimitación de su sujeción a regulación armonizada, en todo caso se hace en el art. 13, incardinado en la Sección 2ª, Capítulo II, Título Preliminar, dedicada a determinar los contratos sujetos a regulación armonizada.
- Dentro del Capítulo II, Título I, Libro II, esto es en el marco de las normas especiales para determinados contratos de las Administraciones Públicas, la Sección 4ª, se dedica a las actuaciones preparatorias del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, que se regulan en tres preceptos, arts. 134, 135 y 136, relativos a la evaluación previa, programa funcional y clausulado del contrato.
- La preceptividad del procedimiento de diálogo competitivo para esta tipo de contrato, con sus correspondientes excepciones, se recoge en los arts. 179-181, dentro de la Sección 5ª, dedicada al procedimiento del diálogo competitivo, en el marco del Capítulo I, Título I, Libro III, Capítulo en el que se recoge la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas.
- El art. 215, que tipifica el principio de riesgo y ventura, incardinado en el Capítulo III, Título I, Libro IV, en el marco de las normas generales relativas a la ejecución de los contratos. Se establece una especial modulación de aquel principio, en función de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.
- En el Libro IV en sede de efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, y en el marco del Título II, dedicado a las normas especiales de los contratos típicos de las Administraciones Públicas, se dedica el Capítulo VI a los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, arts. 313 (régimen jurídico), 314 (duración) y 315 (financiación).
- Finalmente, en el Libro V dedicado a la organización administrativa para la gestión de la contratación, en el art. 321, se regula la Mesa especial del

diálogo competitivo, a la que corresponderá la elaboración del documento de evaluación previa.

3.10.3. Concepto

El art. 11 TRLCSP es el precepto del que debe partirse para comprender esta modalidad contractual. Su definición legal es la siguiente:

“Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquellos en que una Administración Pública o una Entidad pública empresarial u organismo similar de las Comunidades Autónomas encarga a una entidad de derecho privado, por un período determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:

- a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.
- b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.
- c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.
- d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.

2. Sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el art. 134, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas.

3. El contratista puede asumir, en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución y contratar los servicios precisos.

4. La contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento”.

Como puede observarse de la simple lectura del precepto transcrito, el TRLCSP resulta en este punto cuanto menos impreciso; aunque cabe pensar³³⁶ que

³³⁶CHINCHILLA MARÍN, C., “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”, Revista de Derecho Administrativo, número 132, 2006, pág. 624.

“probablemente estamos ante una imprecisión deliberada o, incluso, hasta cierto punto inevitable; esto es, ante una definición abierta e incompleta, que se limita a describir unos elementos caracterizadores de este tipo contractual, para que sean las partes –la Administración y el contratista privado- las que terminen de definir y concretar los elementos del contrato en cada caso específico”.

La complejidad que caracteriza al CCPP se debe a la diversidad de tipologías de prestaciones que incorpora y éste quizá sea el motivo por el que el objeto del contrato queda tan abierto en esta regulación dotándose de una especial flexibilidad.

La pluralidad de prestaciones que puede integrar el contrato va más allá de las típicas que reconocemos para los denominados contratos mixtos. Por ello se sugiere este contrato como un “contrato para armar” o “mecano” susceptible de diversas combinaciones entre sus piezas, de tal forma que puede satisfacerse con esta figura casi cualquier necesidad pública compleja³³⁷. Son figuras complejas con alto grado de sofisticación, que incorporan prestaciones, también complejas cruzadas, en los que intervienen una pluralidad de sujetos (Administración, contratista, financieras, usuarios).

En cualquier caso, el CPP reúne una serie de notas características impuestas “a priori” por el legislador y que resultan indisponibles para las partes:

- El CPP es siempre un “contrato sujeto a regulación armonizada”, con independencia de su cuantía. Se trata de una categoría que sirve para identificar aquellos negocios que, por razón de la entidad contratante, de su tipo y de su cuantía, se encuentran sometidos a las directrices europeas. Es ésta, una opción de Derecho interno, por no ser ésta una categoría contractual regulada como tal en Derecho comunitario. Por contra, en la TRLCSP se acuña también el concepto de “contrato no sujeto a regulación armonizada”, que sirve para definir aquellos contratos respecto de los cuales el legislador nacional tiene plena libertad en cuanto a la configuración de su régimen jurídico.

El art. 13.1 TRLCSP considera contratos sujetos a regulación armonizada “los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, *en todo caso*, y los contratos de obras, los de concesión de obras públicas, los de suministro, y los de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II, cuyo valor estimado, calculado conforme a las reglas que se establecen en el artículo 88, sea igual o superior a las cuantías que se indican en los artículos siguientes, siempre que la entidad contratante tenga el carácter de poder adjudicador. Tendrán también la consideración de contratos sujetos a una regulación armonizada los contratos subvencionados por estas entidades a los que se refiere el artículo 17.”. Se aprecia en este precepto, una diferencia del CCPP con el resto de los contratos calificados.

- La referencia genérica a "sector público" y "sector privado" en la nominación del CCPP resulta equívoca; de la precisión legal del art. 11 TRLCSP, se deducen claras consecuencias para determinar el ámbito subjetivo de estos contratos.

Un cambio introducido por el TRLCSP, es que además de poder celebrar el CCPP una Administración pública, la vigente regulación permite también celebrarlo a las Entidades públicas empresariales u organismos similares de las Comunidades

³³⁷BRUNETE DE LA LLAVE, M.T., Ob. Cit., pág. 545, citando a GONZALEZ GARCÍA y SERRANO NÚÑEZ.

Autónomas³³⁸ y no a los restantes entes integrantes del sector público.

Las Entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas, aunque pertenecen al sector público (art. 3.1.c. TRLCSP), sin embargo no tienen la consideración de Administración Pública (art. 3.3.e. TRLCSP).

Por todo ello, cuando el contrato se celebre entre una entidad del sector público que no sea Administración pública o Entidad pública empresarial, y un particular, aunque el objeto coincida con lo dispuesto en el art. 11 TRLCSP, no se estará ante un CCPP sino ante otra figura contractual diferente.

La delimitación del "sector privado" como contratista se realiza bajo la referencia legal del art. 11 TRLCSP, a "entidades de derecho privado", fórmula que no ha de excluir la posibilidad de que una Administración Pública, en los términos del art. 3.2 TRLCSP, contrate bajo la figura contractual que nos ocupa con una "entidad de derecho privado" constituida por una o varias Administraciones Públicas. Pero desde la lógica sustancial, se aprecian contradicciones, pues el modelo del CCPP se basa en atraer el sector privado al cumplimiento de fines públicos.

Si una Administración Pública quiere ejecutar determinadas prestaciones englobables en un contrato de colaboración con una entidad de Derecho Privado de capital público, deberá convocar el correspondiente contrato. Como deberá convocarlo para seleccionar al socio o socios privados con los que crear una sociedad de capital mixto con la intención de cumplir las prestaciones en cuestión, supuesto encuadrable en la categoría de los llamados Contratos de Colaboración Público Privada Institucional (CPPI).

- Como consecuencia de lo expuesto en el punto anterior, el CCPP será siempre un contrato administrativo, salvo que lo celebre una Entidad pública empresarial u otras entidades sujetas al TRLCSP que operan a través del Derecho privado. El TRLCSP, basándose en un criterio puramente subjetivo, diferencia en los artículos 19 y 20, entre contratos administrativos, que son los celebrados por una Administración pública, y contratos privados, que son los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administración pública. Al configurarse el CCPP como un contrato administrativo típico, su régimen jurídico, según preceptúa el artículo 19, será el previsto en el TRLCSP y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de Derecho Administrativo; y, en su defecto, las normas de Derecho privado.

La calificación del contrato como contrato administrativo también conlleva, a la

³³⁸La exposición de motivos de la LCSP resalta que el hecho de que la norma ponga el acento en la regulación de la contratación de las Administraciones Públicas, sometiéndola a disposiciones más detalladas que las que rigen para el resto de las entidades del sector público sujetas a la Ley que no tienen ese carácter, no significa que no puedan hacer uso de determinadas técnicas de contratación como la subasta electrónica, o de figuras contractuales contempladas de modo expreso sólo en relación con aquellas, como es el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, mediante su incorporación a instrucciones internas de contratación, sujetas a la aprobación de esas entidades o que se concluyan al amparo del principio de libertad de pactos. Por consiguiente, nada obsta que las entidades sujetas a la Ley que operan en Derecho privado puedan utilizar esta figura, sin que en ningún caso quepa que se consideren como típicos administrativos. Contratos a los que, evidentemente, no se aplican con la misma intensidad, las rigideces y controles que juegan en la Ley, para las entidades que integran las Administraciones Públicas. El grado de intensidad de aplicación de LCSP a aquellos entes, entidades y organismos del sector público que no son poder adjudicador es mucho menor.

luz de lo previsto en el artículo 21 TRLCSP, que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo sea el competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción del contrato.

- El CCPP tiene carácter excepcional frente al resto de contratos que el TRLCSP tipifica-califica-. Así lo establece el art. 11 en su segundo apartado. Luego, la Administración pública sólo puede acceder a la celebración de un CCPP si de modo previo elabora un documento de evaluación en el que ponga de manifiesto que debido a la complejidad del contrato, no está en condiciones de definir, previamente a la licitación, los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato, efectuando un análisis comparativo con otras formas alternativas de contratación.

En definitiva, de acuerdo con todo lo expuesto, el CCPP es siempre un contrato sujeto a regulación armonizada; que sólo puede celebrarse por una Administración pública o por una Entidad pública empresarial. Se trata de un contrato administrativo; y que el recurso a esta figura contractual tiene carácter excepcional, debiendo acreditarse que no existe otra modalidad alternativa con la que cumplir los objetivos de servicio público o de interés general que con el CCPP se persiguen.

Otros rasgos esenciales del CCPP, son las siguientes:

- Son contratos sometidos a una evaluación previa comparativa de las distintas opciones, con el fin de acreditar un valor añadido complementario en la utilización de los fondos públicos.
- Es un marco jurídico basado en los principios de no discriminación, competencia y transparencia en la adjudicación de los contratos mediante procedimientos licitadores justos y eficientes.
- Procedimiento específico de selección del contratista a través del diálogo competitivo con los operadores privados interesados.
- Contratos de carácter global, comprensivos de la financiación de las obras y equipamientos necesarios, así como la explotación, el mantenimiento y en su caso servicios complementarios.
- Reparto de riesgos entre las partes ligado al principio de eficiencia, con adecuado equilibrio entre los intereses de productores y consumidores.

Pero la característica esencial de este contrato es la flexibilidad, peculiaridad típica de la colaboración público-privada. Prueba de la flexibilidad se encuentra en el programa funcional, preceptivo del procedimiento de preparación, que sustituye a los pliegos de condiciones necesarios para los otros contratos típicos, si bien que su contenido queda mucho menos perfilado que en los pliegos, en sintonía con la flexibilidad buscada a propósito en este tipo de contrato, llamado a convocar y estimular las soluciones más imaginativas e innovadoras, además de las más eficientes, en el mercado.

El TRLCSP establece un equilibrio entre flexibilidad y rigor. A la eventualidad de exonerar la aplicación de algunos principios considerados tradicionales, en el marco de los contratos administrativos, se compensa con el establecimiento de determinadas garantías. Entre los primeros, están:

- La posibilidad de inversión del principio de riesgo y ventura, de modo que pueda ser la Administración quien lo asuma bajo determinadas circunstancias.
- La excepción de la regla de prohibición del pago aplazado, pudiendo diferir la contraprestación al contratista a lo largo de la ejecución del contrato y vinculada al rendimiento, o contratar con precios provisionales.
- La posibilidad de que el socio privado dirija las obras, se ve compensada con el contrapeso de las garantías adicionales que la norma incorpora, de mayor intensidad que en los procedimientos ordinarios de contratación, con las que posiblemente se pretenda evitar la utilización indiscriminada del nuevo contrato.

Las garantías son las siguientes:

- Es preceptivo el documento de evaluación previa que acredite que la elección de este contrato es la más ventajosa y que, a mayor seguridad, requiere de la intervención de un órgano colegiado específico para su elaboración –la mesa de contratación especial-, así como la elaboración del programa funcional.
- La sujeción en todo caso, independientemente de su cuantía a regulación armonizada.
- La aplicación del diálogo competitivo, muy complejo en su tramitación.
- La preceptividad de incorporación de cláusulas que con carácter de mínimos se recogen en el art. 136 TRLCSP, comprensivas de la problemática general de los contratos de colaboración entre el sector público y privado.
- En cuanto al régimen jurídico, el plus de seguridad, al aplicarse, además de las reglas generales que rigen para todos los contratos administrativos, las especiales referidas a la prestación de mayor importancia.

Otras notas distintivas del CCPP son: la financiación que corresponde “en principio” al operador privado; la retribución al contratista que puede acompasarse a la efectiva utilización de los bienes y servicios; y el plazo a determinar en función de la duración de la amortización de las inversiones, o de las fórmulas de financiación que se prevean. Sin duda, el elemento que dota de sustantividad al CCPP no es otro que la conjunción de una actividad privada encomendada por la Administración, y la financiación privada de la misma. No debemos olvidarnos que una premisa imprescindible para la desconsolidación del gasto de las cuentas públicas es la permanencia del activo en el patrimonio del operador privado durante la vigencia del contrato, de modo que únicamente se consolida el canon o renta pactada. Evidentemente, este operador privado con el que contrata la Administración puede acudir al crédito privado con el fin de financiar su inversión.

3.10.4. Objeto

El objeto del CCPP debe ser la realización, a cargo de una entidad privada, de una actuación de carácter global integrada, y su complejidad se manifiesta en que no puede limitarse, únicamente a la financiación de las obras, suministros y servicios necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de interés público, sino también debe comprender alguna de las prestaciones siguientes: construcción, mantenimiento de equipos, fabricación de bienes, prestaciones accesorias al servicio público....

En principio, se podrá celebrar un CCPP para gestionar cualquier tipo de prestaciones -de obras, servicios o bienes-, abarcando cualquier tipo de funciones

respecto de las mismas -construcción, fabricación, instalación, transformación, mantenimiento, actualización, renovación, explotación o gestión de obras, equipos, sistemas, servicios o productos-.

Lo que determina la cualificación objetiva de estos contratos es la combinación del criterio de globalidad e integración de las actuaciones y, sobre todo, el de su complejidad.

Por consiguiente, el objeto del contrato, gira entorno del concepto de servicio público, pero se ha producido una ampliación del ámbito objetivo de la Ley, acudiendo ésta, al amplio concepto jurídico indeterminado de “actuaciones de interés general”.

El Consejo de Estado, en su Dictamen 514/2006³³⁹, adujo que el mandato del Gobierno para la inclusión del CCPP en la nueva Ley, se refería a “obligaciones de servicio público”, concepto de exorbitante amplitud, incluso en sectores en los que se rebasa la idea tradicional de servicio público.

El peculiar ámbito objetivo del CCPP, está perfilado por dos elementos, la complejidad o inicial indeterminación de las prestaciones y - aun de forma potestativa - la asunción original de la financiación del contratista privado.

El objeto del CCPP consiste, en encargar al socio privado, la realización de una actuación global e integrada que:

- Suponga la financiación de inversiones inmateriales, de obras, o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o, relacionados, con actuaciones de interés general.

- Y, además, comprenda alguna de las prestaciones enumeradas en el artículo 11.1 TRLCSP. Estas prestaciones abarcan literalmente, cualquiera de los objetos propios de los contratos típicos (obras, servicios, concesión de obras públicas, suministros, servicios o gestión de servicios públicos). El precepto acompaña además, en la letra d

³³⁹El texto del Anteproyecto que informó el Consejo de Estado en el Dictamen 514/2006 sólo hacía mención a “... determinados objetivos de servicio público”. Fue posteriormente cuando se añadió la expresión “...o relacionados con actuaciones de interés general”. Y es que como muy bien recalcó el Consejo de Estado en el mencionado Dictamen el concepto de “servicio público” es un concepto muy amplio y ha sido recibido por el legislador incluso en sectores en los que se rebasa la idea tradicional de servicio público. Añadía que, según el Libro Verde sobre los servicios de interés general, cuando una autoridad pública decide confiar la prestación de servicios a un tercero, está obligada a respetar la normativa en materia de contratación pública y concesiones, aunque se trate de un servicio considerado de interés general. En atención a todo ello, el Consejo de Estado sugería la conveniencia de sustituir la expresión “cumplimiento de determinados objetivos de servicio público” por alguna otra que comprendiera las categorías anteriormente señaladas, es decir, obligaciones de servicio público pero también servicios de interés general. La concepción que en el artículo 8 TRLCSP, al definir el contrato de gestión de servicios públicos, se adopta de los mismos, en una concepción estricta, pues se identifica servicio público con aquel cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendada. Resulta plausible que finalmente se incluyera la expresión “relacionados con actuaciones de interés general” pues así el CPP no se limita sólo a los servicios públicos entendidos en el sentido formal apuntado, resultando tener un ámbito más amplio. La realización de una actuación global e integrada debe comprender, además, alguna de las cuatro prestaciones que se enumeran en el artículo 11.1 TRLCSP.

del apartado primero del art. 11, una cláusula de cierre que permite incluir en el objeto, “otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendada”.

En el objeto del contrato además, puede incorporarse la redacción de proyectos y dirección de las obras, pues el apartado 3 del art. 11 contiene una norma que describe una serie de facultades del contratista colaborador, que son las relativas a la asunción “en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución y contratar los servicios precisos”.

Con el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, se produce la más elevada delegación de funciones públicas a la que puede llegar la externalización, hasta ahora inasumible en las formas contractuales de gestión indirecta tradicionales, pues ex art. 11 TRLCSP, el operador privado puede quedar investido de facultades tales como el diseño del proyecto, la dirección de la obra o el servicio público, así como las subcontrataciones necesarias. Lo que no significa que su incorporación a la Ley no sea acertada, puesto que, no debemos olvidarnos, que uno de los requisitos establecidos por Eurostat conforme el SEC-95, para que la actuación quede fuera del cómputo de la contabilidad pública, es la traslación al operador privado del riesgo del diseño y dirección de las obras o servicios.

Los elementos necesarios, conformadores del objeto del CCPP, son:

- 1) Relación de la actuación a realizar por la Administración con el cumplimiento del más amplio concepto de servicio público, siendo suficiente la consideración de actuaciones de interés general.
- 2) Esta actuación de interés general debe ser total, considerada en su conjunto “global”, y ha de abarcar varios campos para la producción del bien o del servicio “integrado”. Es decir, la actuación objeto del contrato comprenderá todas las partes o aspectos que posibiliten la consecución del fin de interés general perseguido.
- 3) Se compone de la suma de dos elementos esenciales: financiación de la actuación, más contenido de la prestación. La financiación constituye un elemento esencial, fijo e invariable y comprende la de la actuación en su integridad, incluidas las inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios. En el TRLCSP se ha procedido a integrar, las disposiciones vigentes relativas a la captación de financiación privada para la ejecución de contratos públicos. La prestación puede ser de la más amplia versatilidad y flexibilidad, de modo que podrá contener elementos típicos de otros contratos, tanto nominados (concesión de obra pública, de obras, de suministros, de gestión de servicios públicos y de servicios), como de los patrimoniales en el extenso ámbito del Derecho de bienes (arrendamientos, derechos de superficie, arrendamientos financieros, adquisición y opción de compra, etc.).

No es, pues, el objeto del contrato el que caracteriza este tipo contractual, a diferencia de lo que ocurre con los demás contratos típicos o calificados. Hay una indefinición primaria del objeto contractual.

La determinación de la prestación que constituye el objeto del contrato es esencial,

ya que su régimen jurídico depende del objeto del contrato típico con el cual se corresponda la prestación principal del CCPP. Así lo establece el artículo 313 TRLCSP cuando dispone que: “Los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado se regirán por las normas generales contenidas en el Título I del presente Libro y por las especiales correspondientes al contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal de aquél, identificada conforme a lo dispuesto en el artículo 136.a), en lo que no se opongan a su naturaleza, funcionalidad y contenido peculiar conforme al artículo 11. Estas normas delimitarán los deberes y derechos de las partes y las prerrogativas de la Administración”.

Esta necesaria identificación de las prestaciones viene exigida también por el artículo 136.a) TRLCSP cuando dispone que el clausulado del contrato deberá incluir estipulaciones referidas a la “identificación de las prestaciones principales que constituyen su objeto, que condicionarán el régimen sustantivo aplicable al contrato, de conformidad con lo previsto en la letra m) de este artículo y en el artículo 313”. El artículo 11.1 se refiere a las prestaciones que pueden ser objeto de colaboración público-privada en términos muy amplios, lo que puede dificultar en la práctica la distinción del contrato objeto de análisis de otras modalidades contractuales, como por ejemplo, del contrato de concesión de obra pública.

Podría pensarse, al respecto, que lo que caracteriza a las concesiones, según el Libro Verde, es el hecho de la explotación de la obra por parte del concesionario. Sin embargo, la distinción entre ambas figuras no puede basarse en esta nota pues si bien la contraprestación a recibir por el contratista en el CCPP es un precio, el artículo 136.d) TRLCSP también prevé la posibilidad de que la remuneración del contratista pueda consistir en los ingresos que éste pueda obtener de las obras o equipos. Sin duda, esta previsión resulta sorprendente, pues la explotación es propia de las concesiones pero no de los contratos. En cualquier caso, los ingresos que puedan obtenerse de la explotación serán secundarios. Así se desprende del artículo 136.d) cuando dispone que la remuneración del contratista podrá consistir en los ingresos de la explotación “en su caso” y cuando condiciona esta posibilidad a que “sea autorizada y compatible con la cobertura de las necesidades de la Administración”. Por otro lado, el artículo 7.1 dispone, respecto del contrato de concesión de obras públicas, que “la contraprestación a favor de aquél (concesionario) consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio”. Esta previsión se completa con lo dispuesto en el artículo 255 TRLCSP, según el cual “el concesionario tendrá derecho a percibir de los usuarios o de la Administración una retribución por la utilización de la obra (...)”. Luego, puede darse el caso de que en los dos supuestos la contraprestación sea del mismo tipo, es decir, precio e ingresos procedentes de la explotación de la obra. Por todo lo expuesto, la distinción entre ambas figuras debe buscarse en otros criterios, y en concreto, es importante, el criterio del reparto de riesgos. En este sentido, el artículo 136.b) dispone, que una de las estipulaciones del CCPP será la referente a las “condiciones de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista (...)”. Por su parte, el artículo 7.2 prevé que el contrato de concesión de obras públicas “se ejecutará en todo caso a riesgo y ventura del contratista”.

Como muy acertadamente remarca Blanquer Criado³⁴⁰ el CCPP tampoco puede

³⁴⁰BLANQUER CRIADO, D., “La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Guía Práctica”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, página 120. RGDA 18 (2008) 1-33 Iustel 12.

confundirse con la colaboración que se produce entre la Administración y empresarios particulares en el marco del artículo 24 TRLCSP. Según este precepto, la ejecución de obras, la fabricación de bienes muebles o la realización de servicios podrán realizarse “por los servicios de la Administración, ya sea empleando exclusivamente medios propios o con la colaboración de empresarios particulares”. Según el mencionado autor las diferencias entre el CCPP y la posibilidad de colaboración prevista en el art. 24 son claras, puesto que mientras en el primer caso la gestión de la Administración es indirecta y el contrato debe considerarse un contrato administrativo típico; en el segundo la ejecución del contrato se realiza de forma directa por la propia Administración y el contrato merece el calificativo de contrato administrativo especial.

3.10.5. Duración

El punto 46 del Libro Verde ya establece que la duración de la relación de colaboración se fijará de manera que no restrinja o limite la libre competencia más allá de lo necesario para garantizar la amortización de las inversiones y una remuneración razonable del capital invertido. Así pues, la duración del CCPP es relativamente larga, lo que no significa que el plazo sea indeterminado, ilimitado, sino más bien al contrario. De hecho, así lo reconoce el artículo 11.1 TRCSP, cuando hace alusión a “un período determinado” en función de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean”.

Esta previsión general debe completarse con lo dispuesto en el artículo 314 TRLCSP. Según este precepto la duración del CCPP no puede exceder de 20 años. Ahora bien, si por razón de la prestación principal que constituye su objeto y por razón de su configuración, el régimen aplicable al contrato es el propio de los contratos de concesión de obra pública se estará a lo dispuesto en el art. 268 TRLCSP, pudiendo alcanzar los 40 años de duración, salvo que se trate de concesiones relativas a obras hidráulicas, en cuyo caso se estará al máximo de 75 años de duración que establece el artículo 134.1.a) del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio.

El art. 268 TRLCSP prevé la posibilidad de que los plazos fijados en los pliegos de condiciones puedan ser prorrogados. Cabe entonces preguntarse si los 20, 40 o 75 años de duración del CCPP incluyen las posibles prórrogas o no. Ante el silencio que TRLCSP guarda sobre esta cuestión, hay que interpretar que los citados plazos deben incluir las posibles prórrogas del contrato habida cuenta del carácter determinado que tiene que tener el plazo de duración y de lo dispuesto en el punto 46 del Libro Verde, según el cual: “una duración excesiva puede ser censurada con arreglo a los principios que rigen en el mercado interior o a las disposiciones del Tratado en materia de competencia”.

Resultan al respecto muy interesantes las observaciones que Mestre Delgado³⁴¹ hace sobre la duración temporalmente limitada de la concesión de servicio público, que pueden ser plenamente aplicables al caso que nos ocupa, por la clara voluntad de servicio público e interés general que está en la base del CCPP. El referido autor destaca que “la fundamentación del principio de temporalidad que rige la concesión de servicio

³⁴¹MESTRE DELGADO, J.F., “La extinción de la concesión de servicio público”, La Ley, Madrid, 1992, pág. 23.

público suele aludir en primer lugar al hecho de que el objeto real que subyace es la retribución al concesionario de los gastos derivados de la previa construcción de la obra pública que se ha encargado de financiar³⁴²; en segundo lugar, se invoca la circunstancia de que el concesionario desempeña, a la par que la gestión del servicio, la posesión de bienes de dominio público, lo que exige que se limite el período durante el cual lo puede hacer legítimamente, en prevención de que pueda usucapir tales bienes³⁴³. Finalmente, se puede aducir que la propia idea de servicio público exige la temporalidad en su gestión, con el fin de evitar la privatización del servicio”.

Pero, ¿qué ocurrirá con los bienes o con las facultades de gestión y explotación del servicio una vez finalizado el plazo de duración del contrato?

Mestre Delgado³⁴⁴ ha tratado esta cuestión a propósito de la extinción de la concesión de servicio público. Según el mencionado autor, una vez finalizado el plazo fijado, la obra pasará a ser propiedad de la Administración pública concedente. Operará de este modo el instituto de la reversión que, con el fin de evitar que la obra de dominio público acabe quedándose en manos privadas, supone que “transcurrido el plazo concedido para gestionar el servicio (la obra pública en explotación) la infraestructura que le sirve de soporte pasa a la Administración de forma gratuita, ya que, durante tal plazo, el constructor ha amortizado el coste de instalación y ha obtenido el beneficio pactado. La misma consecuencia se mantendrá cuando la infraestructura del servicio se encuentre ya construida al adjudicar la concesión”. El citado autor continúa matizando lo expuesto al diferenciar entre bienes que proceden del concesionario y los aportados por la Administración, y precisa al respecto que mientras que los primeros revierten, los segundos se devuelven, pues se trata, simplemente, de un supuesto en el que el concesionario deja de usar los bienes objeto de la concesión. Esta base es la que, precisamente, sirve al autor para establecer que mientras que los bienes que la Administración aporta tienen la consideración de demaniales, los construidos por el concesionario quedan en propiedad del concesionario hasta tanto no se produzca la reversión. Por las notas de servicio público y de interés general que rodean al CCPP sería plenamente aplicable el planteamiento de Mestre Delgado al objeto de este análisis. Lo expuesto conlleva, sin duda, importantes consecuencias de índole práctica. Así por ejemplo, y tal y como hace notar el autor, los bienes sujetos a reversión no pueden enajenarse ni gravarse por el concesionario, quien deberá, muy al contrario, conservarlos y sufragar los gastos necesarios para su mantenimiento. No es difícil pensar en la multitud de problemas que todo ello puede plantear, algunos de los cuales,

³⁴²Efectivamente. El plazo tiene una relevante significación económica, pues se trata de determinar durante cuánto tiempo el concesionario podrá explotar la empresa. El cálculo de la retribución del concesionario se efectúa en base no sólo del beneficio empresarial y de los costes de la instalación y prestación del servicio, sino que debe considerarse también el plazo durante el cual el gestor efectuará la actividad con el fin de calcular la amortización de las inversiones. Vid. al respecto MESTRE DELGADO, J.F., Ob. cit., página 57.

³⁴³MESTRE DELGADO apunta, no obstante, que “la moderna doctrina conviene en la improcedencia de sostener la realidad de esta figura”; GARCÍA DE ENTERRÍA señala con claridad que “en el Derecho moderno, en consecuencia, nadie puede ostentar una prerrogativa de función pública a título personal, ni por tanto ganarla por tiempo de prescripción ninguno. En segundo lugar, si todo ejercicio privado de funciones públicas se hace en nombre de la Administración y bajo su vigilancia, no existe en la concesión inicialmente enajenación ninguna de soberanía, por lo que tampoco se preciso asegurar su retorno posterior”. Vid. al respecto MESTRE DELGADO, J.F., Ob. cit., página 39. 8 CHINCHILLA MARÍN, C., Ob. cit., página 643. 9 MESTRE DELGADO, J.F., Ob. cit., páginas 295 a 301.

³⁴⁴MESTRE DELGADO, J.F., Ob. Cit., págs. 295-301.

como se podrá imaginar, no siempre tendrán fácil solución.

3.10.6. Retribución al contratista

El proyecto se financia con capital privado, financiación que posteriormente se recupera por el socio privado mediante el cobro de la remuneración prevista en el contrato. Esta remuneración consiste, como ya se ha expuesto, en un precio, al cual se le pueden unir, en su caso, los ingresos que el contratista puede obtener de la explotación de las obras o equipos en caso de que sea autorizada y compatible con la cobertura de las necesidades de la Administración.

El art. 11.4 TRLCSP, señala lo siguiente: “La contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en el precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento”. De ello se deduce que la renta a pagar por la Administración podrá ser fija, pero también podrá ser variable, si efectivamente, se vincula al cumplimiento de determinados objetivos. Así, por ejemplo, puede preverse que las variaciones en la calidad del servicio que se presta supongan una modificación de las cantidades que en concepto de remuneración percibe el contratista.

El precio no tiene porqué consistir en todo caso en la explotación de la obra, tal como es preceptivo para los contratos de concesión de obras públicas y de gestión de servicios públicos, puesto que el precio se abona durante toda la vida del contrato.

3.10.7. Reparto de riesgos

Como ya se ha apuntado previamente, otro de los elementos característicos del CCPP es el reparto de riesgos entre la Administración contratante y el socio privado. Así se encarga de recalcarlo el Libro Verde en los términos expuestos anteriormente. En los contratos administrativos las prestaciones de las partes pueden definirse como auténticas obligaciones de resultado, pues el primer apartado del artículo 222 TRLCSP, dice que “El contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación”. A propósito de lo expuesto, se entiende que mientras el objeto del contrato no ha sido entregado, el contratista continúa siendo dueño del mismo, por lo que a su costa son los riesgos de pérdida, deterioro o destrucción.

Este planteamiento, que tiene su origen en exigencias propias de la contratación civil, es conocido como principio de riesgo y ventura. Según García de Enterría³⁴⁵: “El llamado riesgo y ventura del contrato administrativo no es sino la aplicación del principio común del *contractus lex* (arts. 1.091 y 1.254 del Código civil), haciendo relación en concreto a la virtualidad del vínculo establecido, la inmutabilidad del contenido obligacional del mismo y la disposición sinalagmática de las prestaciones acordadas en él”.

Este principio, según Escrihuela Morales³⁴⁶ “presupone hechos ajenos a la

³⁴⁵GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo”, Revista de Administración Pública, núm. 2, 1950, página 92.

³⁴⁶ESCRIHUELA MORALES, F. J., “La Contratación del Sector Público. Especial referencia a los contratos de suministro y de servicios”, La Ley, Madrid, 2007, página 978.

actuación de los contratantes y no ampara el equilibrio económico del contrato en el supuesto especial de circunstancias sobrevenidas que rompan gravemente el citado equilibrio. El principio de riesgo y ventura supone una traslación de los riesgos inherentes a la ejecución de todo contrato, hacia el contratista, que es el que ha de soportarlos.”.

El art. 215 TRLCSP consagra de modo general el principio de riesgo y ventura en los siguientes términos: “La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 231, y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado”.

Observamos que el TRLCSP suaviza la aplicación de este principio tratándose de contratos de obras y de CCPP³⁴⁷. En el primer caso, a pesar de la previsión del art. 7.2 TRLCSP –el contrato se ejecutará en todo caso a riesgo y ventura del contratista-, y según el artículo 231.1, el contratista tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieran producido en casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por su parte. Tratándose de CCPP, y como una de las estipulaciones que debe contener, el ya comentado art. 136.b) se refiere a las: “Condiciones de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista, desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costes de las prestaciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones”.

Es necesario preguntarse porqué en estos dos supuestos el principio de riesgo y ventura juega de modo atenuado. En lo referente al contrato de obras, la razón de la aplicación dulcificada del mencionado principio, según García de Enterría³⁴⁸, reside en lo que denomina “conveniencia del servicio público”. El citado autor razona que el elevado coste económico que implican los contratos de obras públicas hace que si la responsabilidad en caso de destrucción de lo construido tuviera que soportarla el contratista, se le estaría trasladando un riesgo excesivo para su patrimonio. Si no se aceptase una amortiguación del principio de riesgo y ventura las consecuencias prácticas de lo expuesto las sufriría la Administración, y por ende, y teniendo en cuenta que con el citado contrato se persigue satisfacer el interés general, la colectividad. Pensemos en que pasaría si la mayoría de licitaciones quedasen desiertas. Es precisamente la adecuada prestación del servicio público la que hace que la Administración acepte el equilibrio de las prestaciones a favor del contratista.

La misma argumentación puede sostenerse respecto del CCPP, pues detrás de él, subyace la necesidad de satisfacer un servicio público o una actuación de interés general.

El objetivo es que el riesgo se asigne a la parte que tiene más facilidad para

³⁴⁷Para el resto de contratos, el principio de riesgo y ventura también puede verse atenuado, pues a través de la figura de la revisión de precios, y sin necesidad de pacto expreso al respecto, éstos pueden ser ajustados al alza o a la baja con el fin de tener en cuenta las variaciones económicas que acaezcan durante la ejecución del contrato.

³⁴⁸GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Ob. cit., páginas 98, 99 y 100.

soportarlo al menor precio. Como recuerda Blanquer Criado³⁴⁹ “para ello es indispensable cumplir con los requisitos fijados por “Eurostat” en su Decisión 18/2004, de 11 de febrero (sobre tratamiento contable de la Colaboración Público Privada), es decir, la mayoría de los riesgos relevantes deben ser asumidos por una personificación jurídica orientada al mercado (“Unidad Institucional” que puede ser tanto pública como privada, y en el caso aquí examinado será el adjudicatario del contrato de colaboración). Esa “Unidad Institucional” debe asumir los tres factores de riesgo (la construcción³⁵⁰, la disponibilidad³⁵¹ y la demanda³⁵²). Para que sea el adjudicatario del contrato quien soporte esos riesgos, la clave está en la adecuada redacción de los Pliegos, trasladándole la mayoría de los riesgos relevantes”.

También González García³⁵³ se refiere a la necesidad de que la transferencia de riesgos sea lo más precisa posible, “de tal manera que en el contrato que se firme entre Administración y contratista se avance algo más que estos tres tipos de riesgos”. El TRLCSP se muestra en este punto respetuoso con lo dictaminado por Eurostat. Esto explica la prescripción del art. 136 b., antes referida. Y es que la transferencia de riesgos no es una cuestión accesorio del CCPP sino una pieza fundamental para que este tipo de contratos no computen a efectos de déficit presupuestario. Si no se traslada al operador privado el riesgo, en los términos de Eurostat conforme a SEC-95, no se conseguirá el objetivo de la desconsolidación en las cuentas públicas.

3.10.8. Facultades del contratista

La última nota que caracteriza al CCPP es la relativa a las facultades que puede ejercer el contratista. Ya se avanzó, que el art. 11.3 TRLCSP prevé que “el contratista puede asumir, en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución y contratar los servicios precisos.”

El art. 11.3 es, sin duda, un claro reflejo de lo establecido en el Libro Verde cuando en su punto 2 se refiere al “importante papel del operador económico, que participa en diferentes etapas del proyecto (diseño, realización, ejecución y financiación)”. En el Dictamen 514/2006, el Consejo de Estado establece que las citadas facultades son las normales en la práctica de estos contratos. Manifiesta, también, que tanto el alcance como los límites de las mismas, vendrán definidos por lo que se disponga para el correspondiente contrato típico conforme al cual se realice la prestación principal del CCPP, tal y como prevé el art. 313 TRLCSP .

³⁴⁹BLANQUER CRIADO, Ob. cit., página 126.

³⁵⁰El riesgo de construcción cubre la entrega tardía, el incumplimiento de criterios especificados, los costes adicionales, las deficiencias técnicas, y los efectos externos negativos.

³⁵¹El riesgo de disponibilidad se refiere a los estándares de calidad, que debe satisfacer el bien o el servicio objeto de la prestación. Se trata de que queden cubiertas las responsabilidades que, durante la explotación del activo, pueden derivarse de una gestión deficiente que provoque que el volumen de servicios sea inferior al contratado o el nivel de calidad menor que el convenido. Al respecto, cobra especial importancia la denominada “cláusula de progreso”, pues obliga al contratista a actualizar la calidad de las prestaciones en base a los avances tecnológicos, los cambios de la normativa técnica y medioambiental, etc. Este tipo de riesgo también implica, que la remuneración que recibe el contratista puede hacerse depender del nivel de calidad del servicio alcanzado. De la relevancia de definir del modo más preciso posible este tipo de previsiones contractuales.

³⁵²El riesgo de demanda no es otro que el derivado, en un momento determinado, de la situación económica y de las preferencias del mercado.

³⁵³GONZALEZ GARCÍA, J.V., Ob. Cit., pág. 13.

Ahora bien, un problema particular, según el Consejo de Estado, lo constituye la posibilidad de “contratar los servicios precisos”. En este sentido dispone que “cuando esta facultad se desarrolle en el ejercicio de prestaciones propias del contrato de concesión de obras públicas, se habrán de aplicar las normas especiales que para aquel contienen los arts. 249 y 250 del anteproyecto (y que se corresponden con los arts. 273 y 274 del TRLCSP), relativos a subcontratación y a adjudicación de contratos de obras por el concesionario, respectivamente. Por su relevancia -en especial la última norma, que se refiere a una nueva adjudicación- y la atención que les presta el Derecho Comunitario (artículos 51 y 52 del Libro Verde), quizá pudieran singularizarse estas normas de alguna manera especial³⁵⁴.

3.10.9. Actuaciones preparatorias: Documento de evaluación previa, Programa funcional y Clausulado del contrato

El CCPP exige una serie de operaciones preparatorias, reguladas en los arts. 134, 135 y 136 TRLCSP, que bajo la rúbrica “Actuaciones preparatorias de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado” comprenden las siguientes cuestiones: la elaboración, por parte de la Administración, de un documento de evaluación previa; el diseño de un programa funcional; y la inclusión necesaria en el contrato de estipulaciones referidas a aspectos concretos.

3.10.9.1. Documento de evaluación previa

De acuerdo con el art. 134.1 TRLCSP, con carácter previo a la iniciación del expediente relativo a la celebración de un CCPP la Administración contratante debe elaborar un documento de evaluación en el que:

- Se ponga de manifiesto que, debido a la complejidad del contrato, la Administración no está en condiciones, de modo previo a la licitación, ni de definir los medios técnicos

³⁵⁴En efecto, la misma preocupación manifiesta el Libro Verde cuando en sus puntos 51 y 52 dispone, respectivamente, que: “De la experiencia de la Comisión se desprende que la aplicación de las normas relativas a la subcontratación a veces genera incertidumbre o interrogantes en el contexto de las operaciones de CPP. (...) En este sentido, la Comisión desea recordar que cuando la empresa del proyecto es también organismo adjudicador, tiene la obligación de adjudicar sus contratos públicos o de concesión en el marco de una convocatoria de concurso, independientemente de si éstos se firman con sus propios accionistas o no. Únicamente podrá ser de otro modo cuando las prestaciones que la empresa del proyecto confía a sus accionistas ya hayan sido objeto de una convocatoria organizada por el socio público con anterioridad a la constitución de la empresa del proyecto. Por el contrario, cuando la empresa del proyecto no es un organismo adjudicador, en principio es libre para firmar contratos con terceros, independientemente de que sean sus accionistas o no. Con carácter de excepción, cuando la empresa del proyecto es un “concesionario de obras”, se aplican algunas normas de publicidad a la adjudicación de contratos de obras que superen el umbral de los 5 millones de euros, excepto cuando se trate de contratos firmados con las empresas que se han agrupado para obtener la concesión o sus empresas vinculadas”. Y “los socios privados son, por principio, libres de subcontratar una parte o la totalidad de un contrato público o una concesión. No obstante, conviene indicar que, en el marco de la adjudicación de los contratos públicos, se puede pedir a los licitadores que comuniquen en sus ofertas la parte del Contrato que tienen previsto subcontratar a terceros. En el caso de las concesiones de obras cuyo valor supera los 5 millones de euros, el organismo adjudicador puede, además, obligar al concesionario a confiar en terceros contratos que representen un porcentaje mínimo del 30% del valor global de las obras objeto de concesión”.

necesarios para alcanzar los objetivos proyectados, ni de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato.

- Se efectúe un análisis comparativo con formas alternativas de contratación que justifiquen en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomienden la adopción de esta fórmula de contratación.

Así pues, la Administración no puede decidir libremente celebrar un CCPP, sino que previamente viene obligada, mediante un documento de evaluación, a manifestar la imposibilidad de definir los medios técnicos y de establecer los mecanismos jurídicos necesarios, así como a justificar las razones por las que pretende acudir a esta forma de contratación.

Esta previsión responde a la necesidad de proceder a una detallada evaluación previa del proyecto, lo que según el punto 5 del Libro Verde supone un fuerte encarecimiento de la operación. En este sentido, el citado documento establece que: “Si bien es cierto que la cooperación entre los sectores público y privado puede ofrecer ventajas microeconómicas, al permitir realizar un proyecto con la mejor calidad/precio y preservar al mismo tiempo los objetivos de interés público, no es posible, sin embargo, presentar dicha cooperación como una solución milagrosa para el sector público, que tiene que hacer frente a restricciones presupuestarias³⁵⁵. La experiencia demuestra que es conveniente determinar para cada proyecto si la opción de colaboración ofrece una plusvalía real en relación con las demás posibilidades, como la adjudicación más clásica de un contrato”.

El legislador, al introducir un modelo de evaluación previa, ha pretendido aproximarse al del *Public Sector Comparator* del ordenamiento británico, cuya finalidad no es otra que evaluar hipotéticamente todos los costes que surgirían si ejecutase el proyecto la propia Administración.

El segundo apartado del artículo 134 TRLCSP permite que la evaluación pueda realizarse de forma sucinta si concurren razones de urgencia no imputables a la Administración o entidad contratante que aconsejen utilizar el CCPP para atender las necesidades públicas. Ya no se hace referencia a motivos de complejidad sino que ahora simplemente la urgencia es suficiente para recurrir al CCPP.

Pero, en la práctica, el esgrimir razones de urgencia puede ser una vía fácil para escapar de las exigencias que marca el primer apartado del art. 134 TLCSP, todavía más si tenemos en cuenta que el precepto no precisa hasta qué punto de sucinta puede ser la evaluación, lo que puede conllevar que ésta quede en prácticamente nada. Además,

³⁵⁵Según el Libro Verde: “El 11 de febrero de 2004, Eurostat, la Oficina de Estadística de las Comunidades Europeas (...) adoptó una decisión relativa al tratamiento contable de las cuentas nacionales de los contratos firmados por entidades públicas en el marco de operaciones de colaboración con entidades privadas. En dicha decisión se precisa el impacto en el déficit o superávit público y la deuda pública. Eurostat recomienda que los activos vinculados a una operación de colaboración público-privada se consideren activos no públicos y, por consiguiente, no se registren en el balance de las administraciones públicas cuando se cumplan las dos condiciones siguientes: 1. el socio privado soporte el riesgo de construcción y 2. el socio privado soporte al menos uno de los dos riesgos siguientes: el de disponibilidad o el vinculado a la demanda”.

como muy acertadamente apunta Chinchilla Marín³⁵⁶, “resulta difícil compatibilizar la urgencia con la complejidad, ya que si bien la urgencia, que implica la necesidad de hacer las cosas en un corto espacio de tiempo, puede justificar la reducción de plazos o la supresión de trámites, no se comprende cómo se puede autorizar el acudir a una forma contractual que precisamente si se caracteriza por algo, es por su complejidad”.

Es criticable la devaluación de la evaluación previa bajo la apelación a la urgencia, pues el peligro reside en que, mediante este expediente, se acuda a esta fórmula contractual más flexible y más cara, para la consecución de prestaciones que pudieran, perfectamente articularse a través de otros contratos.

Finalmente, el apartado tercero del art. 134 TRLCSP establece que: “La evaluación será realizada por un órgano colegiado donde se integren expertos con cualificación suficiente en la materia sobre la que verse el contrato”.

Ahora bien, llama la atención que, de modo contradictorio, el artículo 321.2 TRLCSP disponga que: “En los expedientes que se tramiten para la celebración de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, corresponderá a la Mesa especial del diálogo competitivo la elaboración del documento de evaluación previa a que se refiere el artículo 134”.

La explicación a esta aparente contradicción debemos buscarla en lo dispuesto en el artículo 180.3 que establece que los CCPP se adjudicarán por el procedimiento del diálogo competitivo, sin perjuicio de que en el caso previsto en el artículo 170.a) pueda seguirse el procedimiento negociado con publicidad.

Así pues, para la adjudicación del CCPP puede acudir:

- Al procedimiento del diálogo competitivo, en cuyo caso, la realización del documento de evaluación previa corresponde a la Mesa de diálogo competitivo, la cual estará constituida por un Presidente, un Secretario y los vocales que se determinen reglamentariamente. Asimismo, deberán incorporarse a la misma, personas especialmente cualificadas en la materia sobre la que verse el diálogo, en un número igual o superior a un tercio de los componentes de la Mesa.
- Al procedimiento negociado con publicidad de carácter subsidiario, en cuyo caso, la realización del documento de evaluación previa corresponde al órgano colegiado a que se refiere el artículo 134.3.

Surgen dudas, sobre si la realización del documento de evaluación por un órgano diferente a la Administración contratante es la mejor opción. Pues, ¿no es acaso la Administración que se propone celebrar el contrato la que está en mejores condiciones de manifestar que no está capacitada ni para definir los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados ni para establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato? ¿Y no es la Administración contratante la más indicada para efectuar un análisis comparativo con formas alternativas de contratación

³⁵⁶CHINCHILLA MARÍN, C., Ob. cit., pág. 630.

que justifique los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomiende la adopción de esta fórmula de contratación?.

3.10.9.2. Programa funcional

Entre las actuaciones preparatorias del CCPP son cruciales determinados documentos no previstos para la preparación del resto de contratos regulados en el TRLCSP. Además del documento de evaluación previa, otro es el programa funcional.

Según el art. 135 TRLCSP, el órgano de contratación, a la vista de los resultados de la evaluación a que se refiere el artículo 134, elaborará un programa funcional que contendrá los elementos básicos que informarán el diálogo con los contratistas y que se incluirá en el documento descriptivo del contrato.

Dicho documento descriptivo es el que sustituye a los pliegos en el caso de que el procedimiento a seguir para la adjudicación del contrato sea el del diálogo competitivo. En concreto, el art. 181.1 TRLCSP, entre las normas que integran el régimen jurídico del procedimiento del diálogo competitivo, dispone que “los órganos de contratación publicarán un anuncio de licitación en el que darán a conocer sus necesidades y requisitos, que definirán en dicho anuncio o en un documento descriptivo”; y las referencias a los pliegos de los apartados 2 a 5 del art. 166, deben entenderse hechas al mencionado documento descriptivo.

Es precisamente la sustitución de los pliegos por el documento descriptivo, el argumento decisivo para concluir (ya que el artículo 135 guarda el más absoluto silencio al respecto), que cuando el procedimiento de adjudicación elegido sea el negociado con publicidad, el programa funcional se incluirá en los pliegos y no en el documento descriptivo, pues éste es un documento propio, única y exclusivamente, del procedimiento del diálogo competitivo, pero no del resto de procedimientos de adjudicación.

Respecto del contenido del programa funcional, el propio art. 135 TRLCSP, establece que particularmente se identificará “la naturaleza y dimensión de las necesidades a satisfacer, los elementos jurídicos, técnicos o económicos mínimos que deben incluir necesariamente las ofertas para ser admitidas al diálogo competitivo, y los criterios de adjudicación del contrato”.

3.10.9.3. Contenido: Clausulado del contrato

Según el Libro Verde, el éxito de una operación de CPP depende en gran medida de lo completa que sea la normativa contractual del proyecto y de la óptima determinación de los elementos que van a regir su puesta en marcha.

El art. 136 TRLCSP establece que los CCPP incluirán *necesariamente*, además de las cláusulas relativas a los extremos previstos en el art. 26 – contenido mínimo del contrato –, las estipulaciones relacionadas en los diferentes apartados del citado precepto.

Ahora bien, si según el art. 313 el régimen jurídico del CCPP es el previsto en las normas generales contenidas en el Título I del Libro IV y en las especiales

correspondientes al contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal de aquél, cabe preguntarse si las estipulaciones de un CCPP deben respetar las citadas normas especiales o, en base a lo previsto en el artículo 136, pueden disponer un régimen diferente.

El legislador ha querido hacer del CCPP un contrato flexible, capaz de adaptarse a las necesidades de cada caso concreto. Sólo esta interpretación resulta coherente con la complejidad que es consustancial a la modalidad contractual objeto de este análisis. Es por este motivo por lo que el clausulado del CCPP debe poder modular el régimen sustantivo propio del contrato típico aplicable.

De hecho, el propio artículo 313 establece expresamente que las normas especiales correspondientes al contrato típico de aplicación se tendrán en cuenta “en lo que no se opongan a su naturaleza (la del CCPP), funcionalidad y contenido peculiar conforme al artículo 11”.

Esta interpretación se refuerza, por la siguiente interrogación: ¿qué sentido tendría exigir que en el clausulado del CCPP se incluyeran estipulaciones sobre determinados extremos, si éstas tendrían que ser una mera reproducción de lo previsto en el TRLCSP para el contrato típico aplicable por no poderse prever un régimen distinto? .

Es esta una forma, además, de diferenciar el CCPP de otros contratos con los que a veces se confunde, por ejemplo, el contrato de concesión de obra pública. Así, mientras el CCPP sería una modalidad contractual flexible, cuyos extremos se concretarían por las partes caso por caso; el contrato de concesión de obra pública sería una figura cuyo régimen jurídico sería el determinado por la Ley y respecto del cual las partes no tendrían margen de maniobra alguno.

Las estipulaciones que necesariamente tienen que incluir los CCPP, las sistematizamos del siguiente modo:

a) Objeto y condiciones de prestación del contrato: reparto de riesgos, objetivos de rendimiento, calidad y condiciones económicas. Ejercicio del *ius variandi*

- La identificación de las prestaciones principales que constituyen su objeto, que condicionarán el régimen sustantivo aplicable al contrato.

- Las condiciones de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista, desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costes de las prestaciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones. Como ya hemos hecho notar anteriormente, este pacto de reparto de riesgos establecido en las cláusulas del contrato constituye una excepción al principio de riesgo y ventura consagrado con carácter general en el artículo 215 TRLCSP. Es crucial este reparto de riesgos, para caracterizar el contrato de colaboración genéricamente considerado, ya que una de las claves para su identificación dentro del Derecho comunitario pasa por la transferencia de riesgos al particular concesionario en conexión con el cumplimiento de las reglas de estabilidad presupuestaria.

- Los objetivos de rendimiento asignados al contratista, particularmente en lo que concierne a la calidad de las prestaciones de los servicios, la calidad de las obras y suministros y las condiciones en que son puestas a disposición de la Administración. La posibilidad de atribución al contratista de los riesgos de disponibilidad se conecta de forma indudable con la obligación de identificar en el contrato los objetivos de rendimiento asignados al contratista.

- La remuneración del contratista, que deberá desglosar las bases y criterios para el cálculo de los costes de inversión, de funcionamiento y de financiación y, en su caso, de los ingresos que el contratista pueda obtener de la explotación de las obras o equipos en caso de que sea autorizada y compatible con la cobertura de las necesidades de la Administración. Se asume en el TRLCSP, que es, en principio, la Administración, -y no los particulares – la única receptora de las prestaciones objeto del contrato; se reconoce que el pago del precio que se fije se demorará mientras dure el contrato y que -en conexión con lo anterior- su fijación puede quedar vinculada al cumplimiento de los compromisos asumidos, lo que no impide que el contratista obtenga ingresos directos de terceros -siempre que lo autorice la Administración- por explotaciones complementarias de la principal. Esta pensando el legislador en supuestos como la construcción y gestión de hospitales, en los que el usuario final no paga -al menos directamente- por su utilización o disfrute, salvo que se pueda referir a servicios o prestaciones anejas o complementarias -como por ejemplo, una cafetería, o un quiosco- que pueden ser objeto de explotación por el contratista.

- Las causas y procedimientos para determinar las variaciones de la remuneración a lo largo del período de ejecución del contrato. Esto implica la exclusión del régimen de revisión de precios previsto en los artículos 89 a 94 TRLCSP.

- Las fórmulas de pago y, particularmente, las condiciones en las cuales, en cada vencimiento o en determinado plazo, el montante de los pagos pendientes de satisfacer por la Administración y los importes que el contratista debe abonar a ésta como consecuencia de penalidades o sanciones pueden ser objeto de compensación.

- Las condiciones en que puede procederse por acuerdo o, a falta del mismo, por una decisión unilateral de la Administración, a la modificación de determinados aspectos del contrato o a su resolución particularmente en supuestos de:

- variación de las necesidades de la Administración, en cuyo caso y haciendo uso del “*ius variandi*”, la Administración adaptaría el objeto del contrato a las nuevas necesidades. La modificación del contrato es una prerrogativa de la Administración, ahora bien, y como ya manifestó la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 18/2006, de 20 de junio, es necesario limitar las facultades de modificación de los contratos, ya que, adjudicado un contrato, la modificación del mismo supone un obstáculo a los principios de libre competencia y buena fe que deben presidir la contratación de las Administraciones públicas, pues si el resto de licitadores hubieran conocido las modificaciones introducidas posteriormente hubieran podido modificar sus ofertas desde un primer momento;

- variación de las innovaciones tecnológicas;

- y modificación de las condiciones de financiación obtenidas por el contratista.

Los supuestos que se enumeran en este último apartado (art. 136 TRLCSP, en su apartado i), son sólo algunos de los casos en los que puede modificarse o resolverse el contrato. Así se deduce de la expresión “particularmente en supuestos de” que el legislador utiliza en el citado apartado del art. 136.

- La referencia a las condiciones generales y, cuando sea procedente, a las especiales que sean pertinentes en función de la naturaleza de las prestaciones principales, que la Ley establece respecto de las prerrogativas de la Administración y a la ejecución, modificación y extinción de los contratos. En cualquier caso, la referencia a las condiciones debe serlo respecto de aquellas que la Ley establece, no pudiendo crearse normas “ex novo”.

b) Mecanismos de control y sanción: márgenes para la subcontratación y la cesión

Para evitar que los compromisos de rendimiento asumidos por el contratista se incumplan, el TRLCSP obliga a incluir en el CCPP, fórmulas de control de su ejecución. El mecanismo último que articula esta finalidad es la imposición de sanciones y penalidades. Por tanto, deberán incluirse en el clausulado, estipulaciones sobre los extremos siguientes:

- Las fórmulas de control por la Administración de la ejecución del contrato, especialmente respecto de los objetivos de rendimiento, así como las condiciones en que se puede producir la subcontratación. La cuestión de la subcontratación es fundamental al tratarse de contratos particularmente complejos y, en principio, duraderos, lo que puede incluso explicar que pueda llegar a imponerse al adjudicatario la obligación de subcontratar parte del contrato en función de su cuantía. Ello en el bien entendido de que si el contratista es, a su vez, poder adjudicador, deberá, en principio, adjudicar los contratos sucesivos en aplicación de las normas de contratación pública que resulten aplicables en cada caso.

- Las sanciones y penalidades aplicables en caso de incumplimiento de obligaciones del contrato. Así pues, en el clausulado del contrato pueden establecerse las sanciones y penalidades que se consideren convenientes. Sin embargo, según el artículo 212 TRLCSP, aplicable por remisión del artículo 313, las penalidades en caso de cumplimiento defectuoso de la prestación o de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato establecidas deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y su cuantía no podrá ser superior al 10% del presupuesto del contrato.

- Garantías que el contratista afecta al cumplimiento de sus obligaciones. En cualquier caso, el contrato debe establecer la garantía provisional a prestar por los licitadores y la garantía definitiva a constituir por el adjudicatario del contrato. Debe regularse, asimismo, todo lo relativo a la forma de prestación de la garantía exigida, al régimen de constitución, devolución y cancelación, etc. Supletoriamente se aplicarán las normas establecidas en los arts. 95 a 103 TRLCSP, así como las específicas del contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal del CCPP.

- El control que se reserva la Administración sobre la cesión total o parcial del contrato.

c) Otras estipulaciones

- El destino de las obras y equipamientos objeto del contrato a la finalización del mismo. La Administración contratante conserva siempre la titularidad de las obras, bienes o servicios, por lo que es lógico que en el contrato se prevea una cláusula por medio de la que la Administración determine el destino de las obras y equipamientos del contrato una vez finalizado el mismo. Las garantías que el contratista afecta al cumplimiento de sus obligaciones.

En resumen, el contrato debe incorporar un contenido específico mínimo: Identificación de las prestaciones principales, reparto de riesgos desglosado, objetivos de rendimiento y calidad, remuneración del contratista, en base a diversos costes, fórmulas de revisión, control e imposición de penalidades, condiciones de modificación y resolución, garantías y derogaciones singulares de la reglamentación contractual general.

3.10.10. Adjudicación

Como se ha dicho, la adjudicación del CCPP tiene lugar a través del procedimiento del diálogo competitivo. Excepcionalmente, el art. 170 a. TRLCSP, permite que pueda seguirse el procedimiento negociado con publicidad, es decir, si después de haber intentado adjudicar el contrato mediante diálogo competitivo, ello no hubiera resultado posible por ser las proposiciones u ofertas económicas “irregulares o inaceptables por haberse presentado por empresarios carentes de aptitud, por incumplimiento en las ofertas de las obligaciones legales relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente y condiciones de trabajo a que se refiere el art. 119 TRLCSP, por infringir las condiciones para la presentación de variantes o mejoras, o por incluir valores anormales o desproporcionados, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones originales del contrato”.

Un antecedente importante es el Dictamen 514/2006 del Consejo de Estado: “La necesidad de hacer más flexibles los procedimientos de adjudicación es una preocupación del Derecho comunitario. Como tal, se expresó ya en el Libro Verde de la Comisión de 27 de noviembre de 1996 (“Contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro”) y posteriormente en la Comunicación de la misma de 11 de marzo de 1998 (“La contratación Pública en la Unión Europea”); se decía en esta que “en los contratos especialmente complejos y en constante evolución, como por ejemplo en el ámbito de la alta tecnología, los compradores saben cuál son sus necesidades pero no saben previamente cuál es la mejor técnica para satisfacerlas. En consecuencia, en estos casos resulta necesaria una discusión del contrato y un diálogo entre compradores y proveedores (...) Los procedimientos de derecho común previstos por las Directivas “clásicas” sólo dejan un margen muy reducido para la discusión a lo largo del procedimiento de adjudicación, por lo que son considerados como demasiados rígidos para este tipo de actuaciones”.

Finalmente, la Directiva 2004/18/CE introduce la figura del diálogo competitivo como procedimiento de adjudicación. En su considerando 31 se refiere a los supuestos en los que está pensando cuando se procede a la regulación del citado procedimiento. En este sentido dispone que: “A los poderes adjudicadores que ejecuten proyectos

particularmente complejos puede resultarles objetivamente imposible, sin que por ello se los pueda criticar, definir los medios adecuados para satisfacer sus necesidades o evaluar las soluciones técnicas, financieras y jurídicas que pueda ofrecer el mercado. Esta situación puede presentarse, en particular, en la ejecución de importantes infraestructuras de transporte integrado, de redes informáticas de gran tamaño o de proyectos que requieran financiación compleja y estructurada, cuyo montaje financiero y jurídico no es posible definir con antelación. En la medida en que la utilización de procedimientos abiertos o restringidos no permita la adjudicación de dichos contratos, es conveniente pues prever un procedimiento flexible que salvaguarde tanto la competencia entre los operadores económicos como la necesidad de los poderes adjudicadores de debatir con cada candidato todos los aspectos del contrato. No obstante, no se debe recurrir a este procedimiento de manera que se restrinja o falsee la competencia, especialmente mediante modificaciones de elementos sustanciales al licitador seleccionado, o implicando a un licitador distinto del que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa”. La LCSP incorporó como novedad el procedimiento del diálogo competitivo, ajustándose en su regulación a lo establecido en la Directiva.

Se trata de un procedimiento que, según el art. 180 TRLCSP, podrá utilizarse en el caso de contratos particularmente complejos siempre que el órgano de contratación considere que el uso del procedimiento abierto o el del restringido no permite una adecuada adjudicación del contrato.

Al respecto, se considera que un contrato es particularmente complejo cuando el órgano de contratación no se encuentre objetivamente capacitado para definir los medios técnicos aptos para satisfacer sus necesidades u objetivos, o para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto. Es por este motivo por el que el órgano de contratación conoce sus necesidades pero precisa mantener un diálogo con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer estas necesidades y que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta.

Si la ejecución de proyectos particularmente complejos es lo que justifica la opción por el diálogo competitivo es lógico que siendo la complejidad una de las notas características del CCPP, el artículo 180.3 TRLCSP prevea que para la adjudicación de estos contratos deberá acudirse a este procedimiento y, sólo excepcionalmente, y en los casos previstos en el artículo 170.a), se seguirá el procedimiento negociado con publicidad. También el Libro Verde considera que el diálogo competitivo es un procedimiento apropiado para la adjudicación del CCPP cuando dispone que “(...) la transposición al Derecho nacional del procedimiento del diálogo competitivo permitirá que las partes interesadas dispongan de un procedimiento particularmente adaptado a la adjudicación de contratos calificados de contratos públicos durante la puesta en marcha de una CPP de tipo puramente contractual, al tiempo que se protegen los derechos fundamentales de los operadores económicos”.

A través del procedimiento de adjudicación “diálogo competitivo”, “la colaboración del particular se incrusta durante todo el proceso contractual. Desde las fases primigenias del contrato, en las que la Administración contratante sólo identifica *a priori* un fin, que los distintos licitadores potenciales le ayudarán a concretar incorporando sus especiales conocimientos sobre el objeto contractual, y durante el

propio proceso contractual -dialogado-, que queda permanentemente abierto a la adaptación de aquél y de las ofertas de los licitadores. Todo lo cual genera, como es evidente, riesgos para el principio de igualdad de trato entre los distintos concurrentes al proceso y para la garantía misma del interés general, en la medida en que la Administración contratante puede verse mediatizada por los intereses de aquellos"³⁵⁷

Conforme a lo establecido en los artículos 179 a 183 TRLCSP, en síntesis, el diálogo competitivo, se desarrolla en dos fases (tramitación bifásica):

1ª) Fase precontractual: La Administración se dirige al mercado en convocatoria pública, evalúa las solicitudes de participación, conforme a criterios de solvencia previamente establecidos, seleccionando un mínimo de tres, para pasar a la siguiente fase.

2ª) La Mesa Sectorial dialoga con los candidatos seleccionados hasta llegar a determinar las soluciones más adecuadas para satisfacer sus necesidades (fijación del objeto contractual). Finalizado el diálogo, se invita a los participantes a que presenten sus ofertas finales, basadas en la solución definida en esta fase; ofertas que deben reunir todos los elementos necesarios para la realización del proyecto. Resultará adjudicataria la oferta más ventajosa económicamente, sin que el precio pueda ser en ningún caso el único criterio a tener en cuenta. Finalmente, pueden solicitarse al contratista seleccionado, aclaraciones y precisiones siempre que no se desvirtúe la competencia o produzcan discriminación.

Detallando estas fases:

- Apertura del procedimiento y solicitudes de participación:

El órgano de contratación publicará un anuncio de licitación en el que dará a conocer sus necesidades y requisitos, que definirá en dicho anuncio o en un documento descriptivo. Son de aplicación a este procedimiento las normas contenidas en los arts. 163 a 165 TRLCSP, los cuales se refieren, respecto del procedimiento restringido, a los criterios para la selección de candidatos, a las solicitudes de participación y a la selección de solicitantes. No obstante, en el caso de que se decida limitar el número de empresas a las que se invitará a tomar parte en el diálogo, éste no podrá ser inferior a tres, frente a los cinco a que hace referencia el art. 163.

- Diálogo con los candidatos:

El órgano de contratación debe desarrollar un diálogo con los candidatos seleccionados con el fin de determinar y definir los medios adecuados para satisfacer sus necesidades, en el transcurso del cual podrán debatirse todos los aspectos del contrato. Es necesario que el órgano de contratación dé un trato igual a todos los licitadores durante el diálogo. En particular, no facilitará de forma discriminatoria información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto. Tampoco puede revelar a los demás participantes las soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales que éste les comunique sin previo acuerdo de éste.

³⁵⁷CARLÓN RUIZ, M., Ob. cit., pág. 671.

El TRLCSP permite que el procedimiento se articule en fases sucesivas con el fin de reducir progresivamente el número de soluciones a examinar durante la fase de diálogo. En este caso, el anuncio de licitación o el documento descriptivo deben indicar no sólo que se va a hacer uso de esta posibilidad sino también los criterios que para ello se aplicarán. En cualquier caso, el número de soluciones que se examinen en la fase final deberá ser lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva entre ellas, siempre que se hayan presentado un número suficiente de soluciones o de candidatos adecuados. El TRLCSP opta en este punto por una redacción abierta que da un amplio margen a la interpretación, porque, ¿cuándo se entiende que el número de soluciones es lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva entre ellas?; ¿y cuál es el número de candidatos adecuados?. Otro tanto cabe decir cuando el texto normativo dispone que el órgano de contratación, debe proseguir el diálogo hasta que se encuentre en condiciones de determinar, después de compararlas, si es preciso, las soluciones que puedan responder a sus necesidades. Finalmente, tras declarar cerrado el diálogo e informar de ello a todos los participantes, el órgano de contratación les invitará a que presenten su oferta final, basada en la solución o soluciones presentadas y especificadas durante la fase de diálogo, indicando la fecha límite, la dirección a la que deba enviarse y la lengua o lenguas en que puedan estar redactadas, si se admite alguna otra además del castellano.

- Presentación y examen de las ofertas:

Las ofertas deben incluir todos los elementos requeridos y necesarios para la realización del proyecto. Aunque formalmente ya haya concluido el diálogo, a la vista de las ofertas presentadas, el órgano de contratación puede solicitar precisiones, aclaraciones, ajustes o información complementaria relativa a las mismas, siempre que ello no suponga una modificación de sus elementos fundamentales que impliquen una variación que pueda falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio. El órgano de contratación debe evaluar las ofertas presentadas por los licitadores en función de los criterios de adjudicación establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo y seleccionará la oferta económicamente más ventajosa. Para esta valoración habrán de tomarse en consideración, necesariamente, varios criterios, sin que sea posible adjudicar el contrato únicamente en base al precio ofertado. Además de pedir aclaraciones respecto de las ofertas presentadas, el TRLCSP todavía permite que el órgano de contratación pueda, en un último momento del procedimiento, requerir al licitador cuya oferta se considere más ventajosa económicamente para que aclare determinados aspectos de la misma o ratifique los compromisos que en ella figuran, siempre que con ello no se falsee la competencia, se produzca un efecto discriminatorio o se modifiquen elementos sustanciales de la oferta o de la licitación, con lo que se permite que se modifiquen elementos que no sean sustanciales. Pero, ¿qué es sustancial?. Los elementos no sustanciales pueden ser partes igualmente importantes del contrato. La limitación relativa a que los ajustes y aclaraciones tanto sobre las ofertas presentadas como sobre la oferta seleccionada, no altere la competencia ni tenga un efecto discriminatorio, es básico para el Derecho comunitario. Así se desprende de los apartados 6 y 7 del art. 29 de la Directiva 2004/18/CE. De hecho ya en el Libro Verde de la Comisión de 27 de noviembre de 1996 sobre “Contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro”, se mostraba la preocupación por salvaguardar el principio de la igualdad de trato entre los participantes en el diálogo cuando en el punto 5.23 se establecía que:

“El sector privado, que teme la posible infracción del principio de igualdad de trato, ha dado a conocer su reticencia a comprometerse en estudio o debate alguno antes de la convocatoria del concurso sin tener la garantía de que no se verá posteriormente excluido de los procedimientos de adjudicación. La Comisión reconoce que, dada la complejidad de la mayor parte de los proyectos -algunos de los cuales pueden exigir soluciones enteramente novedosas-, puede ser necesario un diálogo técnico entre los poderes adjudicadores y las empresas privadas interesadas antes de la publicación del concurso. Si los poderes adjudicadores establecen barreras específicas -relativas tanto al fondo como al procedimiento- que eviten solicitar o aceptar informaciones que puedan restringir la competencia, el principio de la igualdad de trato no se verá conculcado”.

Los conflictos que puedan suscitarse en la aplicación del CCPP, van a tener más relación con el procedimiento de adjudicación de diálogo competitivo, que con el régimen jurídico propio de la figura. Entre los conflictos estarán los siguientes:

- Riesgos reales en la práctica, de vulneración de la confidencialidad (propiedad intelectual, propiedad industrial) en las plicas presentadas por los licitadores en el desarrollo del diálogo aun con las cautelas establecidas por la Ley, que son transposición de la Directiva 2004/18/CE.
- Peligro de adoptar soluciones poco adecuadas para el interés público que conlleva la participación del contratista en la propia configuración del contrato, incluso hasta el último momento en que ya ha sido cerrado el diálogo, cuando se permite reconsiderar aspectos “no sustanciales” del contrato con el licitador seleccionado. En este sentido, el diálogo competitivo abre una posibilidad en nuestro Derecho de la contratación pública –caracterizado por la adhesión incondicional del contratista a las condiciones preestablecidas por la Administración-, de configurar la relación contractual con decisiva participación del contratista privado.
- Se trata de un procedimiento costoso para todos los sujetos intervinientes –si bien los no adjudicatarios pueden ser reembolsados si así lo determina la Administración- y no claramente objetivable, atendiendo a la dificultad de valorar objetivamente las ofertas presentadas por su escasa homogeneidad.

3.10.11. Régimen jurídico

El TRLCSP no establece un régimen jurídico específico para el CCPP; la técnica normativa elegida por el legislador ha sido la remisión al régimen sustantivo de los demás contratos típicos.

Según la dicción literal del art. 313 TRLCSP, el régimen jurídico del CCPP está conformado por tres bloques de normas:

- Las normas generales para todos los contratos, contenidas en el Título I del Libro IV, es decir en los arts. 208 a 228, relativos a las prerrogativas de la Administración pública en los contratos administrativos, y a los efectos, ejecución, modificación, extinción, cesión y subcontratación de los mismos. Respecto de la aplicación de estos preceptos sólo se exceptúa lo dispuesto en el art. 215, relativo al principio de riesgo y ventura, pues en el CCPP, a diferencia de lo previsto con carácter general, se prevé el reparto del riesgo entre la Administración contratante y el contratista, tal y como ya he apuntado.

- Las normas especiales correspondientes al contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal del contrato de colaboración entre el sector público y privado, identificada conforme a lo dispuesto en el artículo 136.a), en lo que no se opongan a su naturaleza, funcionalidad y contenido peculiar conforme al art. 11. Así pues, mientras que en los contratos mixtos, es decir, aquellos que según el artículo 12 TRLCSP contienen prestaciones correspondientes a otro u otros contratos de distinta clase, las normas que deben observarse dependen del carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico; en los CCPP se ha optado por el criterio de la absorción, debiendo aplicarse las normas especiales del contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal de aquél, de acuerdo con la identificación que de la misma se haga en el artículo 136.a). Ahora bien, este segundo bloque normativo será de aplicación en lo que no se oponga a la naturaleza, funcionalidad y contenido peculiar del CCPP conforme al art. 11. Este inciso del artículo 313 es el decisivo, a la hora de concluir que las normas especiales correspondientes al contrato típico aplicable no son derecho necesario, sino que deberán ceder cuando se disponga otro régimen distinto en el clausulado del CCPP. Es necesario, por tanto, identificar con precisión la prestación principal que constituye el objeto del contrato, cuya naturaleza va a condicionar el régimen sustantivo aplicable.

Hay que considerar que la norma no hace distinciones relativos a la prestación de mayor importancia desde el punto de vista económico, como en el caso de los contratos mixtos (art. 12 TRLCSP), y en segundo lugar, el art. 313 TRLCSP habla de prestación en singular y remite al art. 136 a. para la identificación de la misma, con ello el intérprete de la norma espera encontrar en este precepto los criterios base para la determinación de la prestación principal; sin embargo, se limita a recoger que la identificación de las prestaciones principales, “en plural”, es una estipulación de contenido necesario en el clausulado del contrato.

El criterio económico, aun cuando no sea el único decisivo por no contemplarlo así la norma, puede y debe ser considerado, junto con otros, como por ejemplo la especialidad y esencialidad del servicio e interés público que se pretende satisfacer, para concretar la prestación de mayor importancia³⁵⁸.

El documento de evaluación previa juega un importante papel de cara a determinar las prestaciones contenidas en el proyecto que pretende la Administración, y sólo tras la conclusión del diálogo competitivo, será posible determinar las soluciones que puedan responder a sus necesidades (art. 182.4 TRLCSP) y por tanto dilucidar cuál es la prestación principal que permita calificar el contrato; en ese momento se plantearán dos variables:

- Que la prestación encaje absolutamente en uno de los demás contratos típicos; en este caso el contrato perdería la precalificación dada hasta ese momento como de contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la adjudicación recaería sobre un contrato de concesión de obra pública, suministro, servicio o gestión de servicios públicos.

³⁵⁸BRUNETE DE LA LLAVE, M.T., Ob. Cit., pag. 561.

- O que al cierre del diálogo competitivo (182.4 TRLCSP), resulte que la solución o soluciones que responden a las necesidades de la Administración encajan principalmente en alguno de los contratos típicos, pero contienen singularidades características del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, como la complejidad, fórmulas específicas de financiación, pago del precio, fórmulas de control de calidad vinculadas a objetivos de rendimiento o reparto de riesgos y carencia del criterio de explotación, entre otros. Este segundo Supuesto es el que permite calificar el contrato como contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, y atribuirle el régimen jurídico definitivo conforme a la citada regla del art. 313 TRLCSP, aplicando las normas especiales del contrato típico que se corresponda con la prestación que ha quedado determinada como principal, siempre que no se opongan a las que resulten aplicables a los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, y las que se establezcan por las partes. El art. 136 TRLCSP establece un contenido mínimo obligatorio que debe contener el clausulado del contrato.

- Las normas establecidas en el clausulado del contrato. Como se dijo anteriormente, nos remitimos al art. 136 TRLCSP, que establece el contenido mínimo necesario, y además exige que los CCPP incluyan las cláusulas relativas a los extremos previstos en el art. 26 del mismo texto legal –contenido mínimo del contrato general aplicable a todos los contratos-.

Así pues, estas cláusulas del art. 136 TRLCSP desplazan lo dispuesto en las normas especiales correspondientes al contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal del CCPP, a partir del momento en que dispongan un régimen distinto, situándose, por tanto, por encima de éstas. Esto implica que, en última instancia, siempre deba estarse a lo dispuesto en el contrato para saber cuál es el régimen jurídico del CCPP.

Estas normas delimitarán los deberes y derechos de las partes y las prerrogativas de la Administración.

Además, el documento contractual no podrá incluir estipulaciones que establezcan derechos y obligaciones para las partes distintos de los previstos en el documento descriptivo del contrato, concretados, en su caso, en la forma que resulte de la proposición del adjudicatario, o de los precisados en el acto de adjudicación del contrato de acuerdo con lo actuado en el procedimiento, de no existir aquellos (art. 26.2 TRLCSP).

La regulación del CCPP por nuestro Ordenamiento Jurídico, en general resulta suficiente, puesto que incorpora adecuadamente las premisas del Derecho y de la Jurisprudencia de la Unión Europea, tanto en el régimen concreto de la colaboración público-privada –incluyendo incluso, los enfoques de diversos documentos comunitarios que no constituyen propiamente Derecho- como desde la perspectiva de la salvaguarda de los principios de la contratación pública.

No obstante lo anterior, y como conclusión, en el CCPP, existe una indeterminación del régimen contractual general. La indefinición consustancial a este contrato, se refleja precisamente en la determinación de su régimen jurídico, el cual no será, único, sino que dependerá de aspectos sustanciales del concreto objeto de cada contrato. El régimen del CCPP queda, en cada caso, supeditado -en lo que a sus efectos,

cumplimiento y extinción- a lo que establezcan las propias estipulaciones contractuales, las cuales serán la fuente principal del contrato.

De esta manera, queda pues configurado el CCPP en términos muy flexibles, abierto a un juego extraordinariamente amplio de la libertad de pactos -reconocida en el art. 25.1 TRLCSP-, lo que convierte a este contrato típico en una figura excepcional dentro de la lógica de la contratación pública. De ello derivarán consecuencias sobre la seguridad jurídica y sobre igualdad de trato entre los licitadores, ya que el principio de libertad de pactos encuentra escenario de actuación en el procedimiento de adjudicación del contrato -el dialogo competitivo-, aunque excepcionalmente pueda seguirse el procedimiento negociado con publicidad.

3.10.12. Ventajas e inconvenientes del contrato de colaboración entre el sector público y el privado

Una vez tomada la decisión política de llevar a cabo un gran proyecto público, como por ejemplo, la construcción y gestión de un gran hospital, hay que analizar las fortalezas y debilidades de la utilización de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado (CCPP), para conocer si es la fórmula económico-administrativa-contractual adecuada³⁵⁹.

Entre las ventajas y fortalezas de la colaboración público privada, aplicables al CCPP, están las siguientes:

- El CCPP va a suponer un reparto óptimo de los riesgos del contrato. Hay que considerar, que en la colaboración público privada, el sector público, asume la responsabilidad de garantizar las infraestructuras adecuadas y la prestación de un determinado servicio, así como la cooperación activa con el sector privado encargado de realizar un proyecto determinado; por otro lado, el sector privado, asume la responsabilidad de obtener fondos para financiar la realización del proyecto, garantizar los recursos tecnológicos, ejecutar las tareas encaminadas a realizar los objetivos del sector público y, una vez que se ha acabado o se ha modernizado el proyecto, garantiza su explotación a cambio de una remuneración por la prestación de servicios públicos.
- Disponibilidad de infraestructuras, equipamientos y servicios públicos más modernos sin necesidad de esperar a fondos propios presupuestarios, al superar el método tradicional de financiación presupuestaria, lo que significa el aumento inmediato de la calidad de vida de los ciudadanos.

³⁵⁹BRUNETE DE LA LLAVE, M.T., Ob.cit., págs. 665-667 y COLON DE CARVAJAL, B., “Nueva oportunidad para la gestión eficiente de la sanidad pública: el contrato de colaboración entre el sector público y el privado (II)”, Actualidad del Derecho Sanitario, nº 157, febrero 2009, págs. 106-111. Este último autor se decanta por la moderna técnica de gestión de colaboración público-privada dirigida a la prestación de la asistencia sanitaria, todo ello sin hacer tambalear los principios de la contratación administrativa, que están en la base de la gestión indirecta del Sistema Nacional de Salud. Hace un balance de los beneficios y desventajas de la aplicación de fórmulas de colaboración público-privada (CPP) para los servicios sanitarios, concluyendo que “el CPP proporciona la estabilidad jurídica suficiente para satisfacer todos los objetos posibles (art. 11.1 LCSP), vinculando el pago del precio al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento, y facilitando el mantenimiento del equilibrio financiero en momentos de escasez de recursos públicos”.

- Una gran ventaja del CCPP, en relación con otros contratos administrativos típicos, es que el objetivo principal de la utilización del CCPP es ofrecer un mayor *value for money* (VFM), es decir, debe proporcionar una mejora significativa respecto a los mecanismos públicos tradicionales de provisión y prestación de infraestructuras y servicios. El VFM, es una filosofía de gestión, que pretende la mejor relación calidad-precio, es decir, el servicio prestado por el sector privado, presentará mejor calidad con la misma cantidad de dinero que el sector público gastaría para llevar a cabo un proyecto similar. Sin embargo, es imposible determinar si un CCPP ofrece la mejor relación calidad-precio o VFM sin un mecanismo de comparación entre diferentes alternativas. La técnica denominada *Public Sector Comparator* (PSC), permite la evaluación hipotética de todos los costes susceptibles de aparecer durante la vida del contrato, ajustada por la valoración de riesgos. El PSC permite una comparación cuantitativa de alternativas teniendo en cuenta la forma más eficiente de prestar el output (servicio) por el sector público sanitario, los costes y riesgos del proyecto y el coste neto que le supone a la Administración la prestación del servicio comparado con las ofertas realizadas por los operadores privados. En definitiva, se busca la mejora significativa del servicio público a partir de la óptima combinación de costes, calidad, eficiencia y eficacia que permite la técnica denominada *Public Sector Comparator*.

- Otra gran ventaja de las CCPP es la de soslayar las restricciones financiero-presupuestarias de las Administraciones contratantes, es decir que las operaciones derivadas de las CPPs queden fuera del balance contable de estas Administraciones. El mantenimiento de los déficits públicos dentro de los umbrales del 3% del PIB, tal y como establece el pacto de Estabilidad y Crecimiento (Ámsterdam, 17 de junio de 1997), ha supuesto un gran obstáculo para la realización de grandes inversiones en materia de construcción de infraestructuras y prestaciones de servicios, en la mayoría de los países de la Unión Europea.

En definitiva, difieren los costes en los presupuestos públicos de forma gradual, puesto que se compran servicios, no inversiones en activos, que permiten además distraer recursos para equilibrar desajustes sociales.

- Contribuyen al crecimiento económico y creación de empleo, al movilizar a empresarios privados y al sector financiero en el marco de la estabilidad que ofrece el sector público, con mejor acceso al capital internacional consecuencia de la flexibilidad del sector privado para acudir a los mercados financieros.

- Mayor grado de formación e innovación consecuencia de las exigencias de calidad de los contratos, que la Administración mediante gestión directa no está en condiciones de asumir.

- Incorporan mejoras del medio ambiente al incluir ventajas tecnológicas avanzadas.

- Aprovechamiento más eficiente de los recursos invertidos, determinación más precisa del precio total del proyecto y asignación óptima de los riesgos.

- La retribución del operador privado se liga a criterios de rendimiento y objetivos de calidad; por su parte la Administración Pública se especializa en las labores de selección y control de la provisión de servicios, y con ello se propicia el objetivo último de la excelencia en la prestación de servicios públicos.

- La introducción de criterios de mercado que se produce en la colaboración público-privada contribuye al incremento de la eficiencia en la economía y la contención del gasto público.
- Consiguen una asignación más eficaz de los recursos públicos, permiten un mayor ahorro de tiempo, cumpliendo plazos de ejecución, control de la desviación de costes y mayor calidad en la ejecución de las infraestructuras, puesto que a quien más le interesa es al propio socio privado que las va a mantener, explotar y modernizar posteriormente.
- Implican un acercamiento de la Administración a la eficiencia, eficacia y flexibilidad de la empresa, y simultáneamente un compromiso del sector privado con lo público y el servicio al ciudadano, pues les va en ello su retribución. El sector privado debe abandonar la perspectiva de negocio a corto plazo, asumiendo el rol de gestor a largo plazo de infraestructuras y servicios públicos complejos, proporcionando un servicio de calidad superior al que la Administración podrá ofrecer mediante gestión directa.
- Optimización del papel de la Administración, al liberar recursos destinados a gestionar, para así poder centrarse en sus tareas propias de autoridad, organización, dirección y control, para definir con claridad objetivos de interés público mensurables, controlar la calidad de la prestación y dirigir las políticas sociales de equidistribución.
- Estabilidad política. Los largos plazos de estos contratos y la optimización de la inversión a lo largo de la vida útil de la obra o equipamiento, permiten que los avatares de la prestación, no dependan de los Gobiernos de legislatura, aunque como se verá esto puede ser también un inconveniente.

Entre los inconvenientes y debilidades del CCPP que nos empujarían, en determinados casos, a decantar la balanza en favor de otras formas más “tradicionales” de contratación administrativa, principalmente la gestión de servicios públicos, modalidad concesión, están las siguientes:

- La elección del CCPP va a suponer la pérdida, por parte de la Administración pública contratante, de ciertas facultades de control y gestión sobre bienes y servicios de su titularidad que sí mantendría a través de otras fórmulas de contratación. Los CCPP, por su naturaleza, implican compartir la toma de decisiones entre la Administración y su socio privado, lo que impide percibir *a priori* quien ejerce el control sobre la construcción de las infraestructuras o la prestación de servicios, siendo crucial en el momento de definir el contenido del clausulado del contrato, cuales van a ser las facultades de cada una de las partes. En cualquier caso, la Administración detenta, en último término, la responsabilidad y autoridad para garantizar que el interés público esté asegurado. El CCPP comparte las principales críticas versadas sobre la concesión³⁶⁰ como forma indirecta de gestión de servicios públicos sanitarios, al representar ésta el

³⁶⁰Se admite por la mayoría de la doctrina la técnica de la concesión administrativa (y por extensión se debería admitir también el CCPP) para la gestión de los servicios públicos sanitarios, toda vez que, en primer lugar, el Tribunal Supremo ha dicho que las bases jurídicas del SNS no exigen una gestión pública directa y exclusiva (STS de 20 de diciembre de 2005), y, en segundo lugar, el Tribunal Constitucional ha señalado en su STC 37/94 que “el derecho que los ciudadanos pueden ostentar en materia de seguridad social (...) es un derecho de estricta configuración legal, y que el carácter público del sistema no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas”.

desprendimiento del servicio a favor de un tercero, el empresario, que lo gestionará a su riesgo y ventura percibiendo a cambio una retribución por parte de la Administración. También se ponen a disposición del sector privado, facultades de proyección, dirección y ejecución de los proyectos públicos.

Existe el problema que supone para la Administración la relativa “despatrimonialización” de sus bienes y servicios, al encomendarle íntegramente al sector privado durante un largo periodo de tiempo, la gestión de éstos a través de las diferentes formas de CPP. Este planteamiento supone, en opinión de Colón de Carvajal³⁶¹, invertir la tendencia iniciada en el 2003 con la definición de sector público estatal proporcionada por el art. 2.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y que suponía, según parte de la doctrina, una “reconquista del Derecho Administrativo”, término acuñado al uso para contraponerse a la famosa “huída del Derecho Administrativo”, referida al proceso en virtud del cual la Administración Institucional venía alejándose de las restricciones impuestas por el orden Jurídico Administrativo. Se ha dado un nuevo paso en favor de la citada reconquista que se produjo con la aprobación de la LCSP, en el año 2007, al definir ésta, ampliamente en su art. 3.1 el ámbito subjetivo del sector público, que está inspirado, según su propia Exposición de motivos de la Ley, en la definición de sector público estatal que había dado el ya mencionado art. 2.1 de la Ley General Presupuestaria. En la misma línea continua el art. 3.1 TRLCSP, al establecer el ámbito subjetivo de la Ley, con una definición de sector público en términos extremadamente amplios. En resumen, la nueva definición de sector público en la LCSP y en el TRLCSP, supone una reconquista del Derecho Administrativo al flexibilizar los modelos de contratación.

- La segunda desventaja de la utilización del CCPP es su compleja tramitación, así como los costes elevados de la misma, que puede advertirse en la utilización del CCPP. Es compleja la elaboración de los expedientes de contratación que requieren de un gran número de participantes con un grado de conocimientos especializado y multidisciplinar, inviable para pequeñas y medianas Administraciones sin apoyo de las grandes. El gestor del expediente administrativo se va a encontrar con dificultades técnicas, derivadas de la novedad del procedimiento de adjudicación, el diálogo competitivo, o bien, por la poca disposición e inexperience de las élites políticas por este tipo de fórmulas. Son de interés, las recomendaciones del Comité de las Regiones, formuladas en fecha 12 de octubre de 2006³⁶², por las que estima que se debería reconocer que la colaboración público-privada es un asunto que, además de ser considerado desde el punto de vista jurídico, económico y técnico, precisa igualmente una consideración política, puesto que las decisiones en el ámbito de los proyectos comunes de los sectores público y privado, son objeto de procedimientos de votación democrática, así como de control por parte de órganos de supervisión, por lo que dichas decisiones se publican para que los ciudadanos las evalúen, ya que son éstos, o pueden ser, los usuarios de los servicios prestados.

³⁶¹ COLON DE CARVAJAL, B., ob.cit.

³⁶²Dictamen del Comité de las Regiones sobre la "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre colaboración público-privada y Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones" (2007/C 51/05).

En cuanto la utilización del diálogo competitivo, como procedimiento de adjudicación del CCPP, impuesto por el TRLCSP, presupone que exista un sector privado experimentado en fórmulas de colaboración público-privadas, lo cual es problemático en España, así como la existencia de varios operadores en el mercado para asegurar cierto grado de competencia en la licitación. Hay que añadir, que el sector privado tiene un coste financiero más elevado que el sector público (tanto de deuda como de capital, suele estar un 1% o un 3% por encima del coste de endeudamiento del sector público), esto supondrá un incremento de los costes generales de financiación de una CPP en relación con la contratación tradicional para las empresas, que repercutirá negativamente en su decisión de participar, dadas las circunstancias actuales de los mercados financieros, en la licitación de un CPP.

- Una gran debilidad de los CCPP, es el largo plazo de los mismos, más que el de la permanencia de los Gobiernos, lo que puede hipotecar expectativas de futuro de al menos una generación de ciudadanos usuarios de los servicios. Este inconveniente, tiene un origen más socio-político que jurídico o económico. En realidad, este inconveniente del CCPP, no es privativo de este contrato, y también es deducible, de los contratos de concesión de obra pública o gestión de servicios públicos con obra. Es cierto que lo recomendable en la gestión de grandes proyectos, es utilizar fórmulas de éxito y mantenerlas en el tiempo, en tanto en cuanto, sean eficientes para el interés público. Pero esto puede entrar en contradicción con el necesario principio de concurrencia en la contratación pública, y también, con el hecho de que dicha eficiencia deba ser evaluada por una élite política de un momento temporal concreto, que puede no durar tanto en su mandato como el propio CCPP.

En la decisión de utilizar el CCPP va a tener que incluirse una nueva variable socio-política y temporal que ponga en una balanza las ventajas para el interés público que suponga la gestión estable, duradera y eficiente del servicio público en cuestión, y la lógica renovación de las élites políticas y de los propios licitadores.

- Si no se estudian precisa y adecuadamente, pueden acabar computando como déficit en los presupuestos públicos. Además, se corre el peligro de enmascarar niveles elevados de deuda pública y sobre costes al erario público. Los compromisos de gastos de futuros ejercicios limitan la financiación de nuevos proyectos en un marco de estabilidad presupuestaria, así como el encarecimiento relativo que la financiación privada puede suponer en relación con la financiación tradicional mediante deuda pública.

- Costes muy elevados para el sector privado, que parten de la elaboración de la oferta misma. Sus costes de financiación son más elevados que los de la Administración, al que se suman las incertidumbres sobre el tratamiento contable, conforme está imponiendo la normativa europea.

- Requieren de garantías y controles muy superiores a otro tipo de contratos, para controlar y corregir desviaciones de estándares de calidad en la prestación de los servicios públicos, en los costes económicos asociados a las colaboraciones público-privadas, de compleja y costosa regulación y seguimiento.

- Necesidad de instrumentar mecanismos jurídicos reguladores e indicadores de gestión, procesos, medios personales y garantías jurídicas para la evaluación, inspección y

corrección de ineficiencias, así como mecanismos de financiación.

- Objeciones de naturaleza político-ideológica y cultural en torno a la externalización de servicios públicos *versus* gestión directa. En ningún caso la externalización puede ser tomada como una solución a la incapacidad para gestionar, eludir costes, o para evitar el déficit público. Es preciso asimismo una visión global, y a medio plazo y largo plazo del proyecto, puesto que en inicio los costes de la externalización son muy elevados.

Pese a los pros y contras del CCPP, actualmente concurren circunstancias reales, que inciden negativamente en que ambos sectores, el público y el privado, desarrollen las actividades por separado, siendo más apropiadas las sinergias entre ambos sectores.

Entre estas circunstancias están:

- La insostenibilidad de un modelo de Administración, exclusivamente dependiente de recursos públicos para afrontar las grandes inversiones necesarias en infraestructuras y servicios públicos.
- La corriente reformista de la gerencia pública (*New Public Management*), en una búsqueda por mejorar la eficacia y la eficiencia, incorporando los mecanismos de mercado, así como el análisis y la evaluación de las políticas públicas desde un punto de vista más estratégico.
- La crisis económica actual, que hace necesaria una estrecha colaboración público-privada en la asignación de los escasos recursos, para satisfacer las demandas crecientes de los ciudadanos y el interés general. En el contexto del sector sanitario, cada vez son más los argumentos en favor de utilizar técnicas modernas de gestión que aglutinen tanto la construcción de infraestructuras (hospitales), como la prestación de servicios complejos (Atención especializada y servicios auxiliares) todo ello sin hacer tambalear los principios de contratación administrativa que están en la base de la gestión indirecta del SNS.

3.10.13. Diferenciación del contrato de colaboración público-privada de otros tipos contractuales del sector público: contrato de concesión de obra pública y contrato de gestión de servicios públicos

Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, el de concesión de obras públicas y el contrato de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión con ejecución de obra puede existir un solapamiento. Ya se planteó esta cuestión en la tramitación de la LCSP. Los tres tipos de contratos son formas contractuales que la colaboración público-privada puede adoptar³⁶³, es decir,

³⁶³BRUNETE DE LA LLAVE, M.T., Ob. Cit., págs. 565-600. Hace referencia al Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, año 2007, núm. 756. Se recoge la intervención de García Capdepón, quien considera que “el contrato de colaboración público-privada sería el género y el contrato de concesión de obra pública la especie, y la distinción no puede depender del pago de los usuarios, pues puede ocurrir que en el contrato de colaboración público-privada haya una explotación que sea retribuida, y en el contrato de concesión puede haber pagos por parte de la Administración, con lo cual el criterio es tan difuso, tan evanescente que no servirá de mucho. De modo que el precio es pagadero, durante toda la vida del contrato, pero puede estar vinculado a objetivos de rendimientos, y este es un carácter indispensable”. Entiende que el contrato está bien resuelto en la Ley, y no sólo para resolver exigencias de contención del déficit y endeudamiento, pues se trata de un replanteamiento de los papeles de los sujetos intervinientes en el contrato, y ésa es precisamente la utilidad de la figura.

actualmente en el TRLCSP, al igual que ocurría en LCSP, se regulan tres contratos, que encajan en el género de colaboración público privada, dos de tipo concesional –el de gestión de servicios públicos y el de concesión de obras públicas–, y uno, el contrato de colaboración entre el sector público y el privado, más próximo a los PFI anglosajones.

La construcción de una infraestructura o equipamiento público y su posterior gestión, puede instrumentarse a través de esas tres figuras contractuales típicas, cuyas fronteras no están claras.

Según el art. 7.1 TRLCSP, “La concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6 (...)”; art. 6 que, por su parte, dispone que “son contratos de obras aquellos que tienen por objeto la realización de una obra o la ejecución de algunos de los trabajos enumerados en el Anexo I o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante”. La confusión es clara, pues el art. 11.1 del mismo texto legal, en su apartado a. enumera, como una de las prestaciones objeto del CCPP, “la construcción, instalación o transformación de obras (...)”.

Además, la versatilidad a la que se presta el CCPP, posibilita su encaje en el objeto de otros contratos administrativos típicos. Así por ejemplo, si se trata de la prestación de servicios desarrollados específicamente para la Administración, la fabricación de bienes a medida, o la elaboración de los programas de ordenador, se corresponderá con el contrato de servicios. Del mismo modo, cuando la Administración encargue a una entidad de Derecho privado la construcción o transformación, mantenimiento y explotación o gestión de obras públicas, el objeto coincidirá con el contrato de concesión de obras públicas. Y si de lo que se trata es de encomendar la construcción de un equipamiento y gestión del servicio público previamente asumido como tal por la Administración, se identificará con el contrato de servicios públicos en la modalidad de concesión con ejecución de obra.

Acertadamente, el legislador ha optado por regular el régimen de ejecución, efectos, y extinción del CCPP, mediante la técnica de remisión del art. 313 TRLCSP al contrato típico, en el que encaje la prestación principal de aquel.

La técnica precisa para el deslinde de los tres tipos contractuales ha de partir de la comparativa de sus características esenciales.

Todos ellos concurren en buena medida cuando el objeto del contrato es la construcción y posterior gestión de infraestructuras o equipamientos públicos –por ejemplo, la construcción y gestión de hospitales–, y en este caso, estaríamos ante opciones alternativas; la elección dependerá de la idoneidad de cada contrato para los objetivos de interés público que pretenda la Administración. Es positivo que el Ordenamiento Jurídico dote a los gestores de un amplio abanico de instrumentos jurídico-financieros.

Bañón León considera en principio de poca eficiencia práctica el contrato de colaboración público-privada, pues “la colaboración público y privada se ha producido como consecuencia de la necesidad de cuadrar las cuentas públicas y, por tanto, de reducir los déficits fiscales”.

Al presentarse como alternativos esos contratos, su elección dependerá de cual aporte un mayor *Value for Money* y resulte idóneo para el objetivo que pretenda la Administración, teniendo en cuenta el volumen y complejidad de la prestación y el tamaño de la Administración contratante, dándose por sentado que la Administración previamente, ha evaluado si le resulta más ventajoso ejecutar la obra y prestar el servicio de forma externalizada, más que directamente.

Habrá que precisar, lo siguiente:

- Cuando se utilice el contrato de gestión de servicios públicos o se califique un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado como tal, en cuanto a su régimen jurídico, debe en todo caso procederse a la asunción del servicio público como propio y de competencia de la Administración contratante, estableciendo previamente el régimen jurídico del contrato conforme la previsiones del art. 132 TRLCSP.
- Si la obra no es explotable, no podrán utilizarse los contratos típicos de concesión de obras públicas y de gestión de servicios públicos. Sin embargo, nada obsta la aplicación del CCPP, especificando el régimen retributivo en el clausulado del contrato, que consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento.
- El contrato de concesión de obras públicas no podrá utilizarse cuando la prestación principal, determinada conforme los términos del TRLCSP, consiste únicamente en la gestión de un servicio. La doctrina sentada por la Junta Consultiva de Contratación, descarta la aplicabilidad de un contrato de concesión de obra pública para los supuestos en los que la propia Administración sea la que utilice la infraestructura y, consiguientemente pague por ello.
- La retribución del contratista en los contratos de concesión de obras públicas y de gestión de servicios públicos, debe consistir en la explotación de la obra o equipamiento, con pago directo por los usuarios, fórmulas mixtas, o mediante peaje en sombra. Sin embargo, en el CCPP no tiene porqué consistir exclusivamente en la explotación, de forma que la financiación puede ser asumida, en principio, por el operador privado, y el precio a pagar por la Administración al contratista se satisface durante toda la duración del contrato, pudiendo acompañarse a la efectiva utilización de los bienes y servicios que constituyen su objeto, y, asimismo, vincularse al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento, conforme queda recogido en el clausulado del contrato.

En el CCPP el usuario final no paga –al menos directamente- por su utilización o disfrute, salvo en lo que se refiere a servicios o prestaciones complementarias o anejas que pueden ser objeto de explotación por el contratista, con lo que los correspondientes ingresos deben ser computados a los efectos de tasar el precio a pagar por la propia Administración. Este dato será por sí mismo determinante para permitir deslindar el CCPP de la concesión de obras – en la que es elemento definidor que el usuario pague por el servicio o la obra-.

El reparto del riesgo admite una formulación más abierta en el CCPP que en los de concesión de obras públicas y de gestión de servicios públicos, modalidad concesión. En este último contrato, el riesgo y ventura de la explotación es

asumido íntegramente por el concesionario; no obstante el TRLCSP suaviza la aplicación del principio de riesgo y ventura tratándose del contrato de obras y del CCPP. En este último, se modula en las cláusulas del contrato el reparto de riesgo. Todo ello sin perjuicio de que si no se traslada al operador privado en los términos de Eurostat conforme SEC-95, no se conseguirá el objetivo de desconsolidación en las cuentas públicas.

- ❖ El CCPP sería una modalidad contractual flexible, cuyos extremos se concretarían por las partes caso por caso; el contrato de concesión de obra pública sería una figura cuyo régimen jurídico sería el determinado por la Ley y respecto del cual las partes no tendrían margen de maniobra alguno.
- ❖ El contrato de colaboración se sujeta a tres singularidades preceptivas en todo caso: regulación armonizada, dialogo competitivo para su adjudicación, y previa comprobación por la Mesa Especial del diálogo competitivo del *Value for Money* y *Public Sector Comparator*.

3.10.14. Conclusiones

El CCPP, actualmente regulado en el TRLCSP, no parece haber integrado toda la compleja tipología que bajo la fórmula CPP venía desarrollándose en la práctica. Se plantea, como consecuencia de ello, la dificultad de deslindar este contrato de otros, como el de concesión de obra pública –tributario del modelo CPP- en función de si es el particular o la Administración la destinataria de las prestaciones contractuales, al igual que se echa en falta, tanto en la LCSP como en el TRLCSP mecanismos para contemplar la combinación del nuevo contrato, con otros contratos patrimoniales para dar encaje a realidades contrastadas como el arrendamiento operativo.

No obstante lo anterior, el CCPP, puede jugar un papel en la contratación pública al dotar de un marco jurídico estable a ciertas operaciones contractuales complejas. Es de destacar la regla de subsidiariedad, articulada a través del trámite de la evaluación previa, que limita el recurso a esta tipología contractual.

La indefinición objetiva consustancial al CCPP, se traduce en una indefinición originaria de su régimen jurídico, que queda supeditado, en principio, a la remisión al marco normativo de la prestación principal pero, de forma más precisa, a las concretas estipulaciones establecidas en el propio contrato.

Si tenemos en cuenta que estas estipulaciones serán fijadas a través del peculiar procedimiento de "diálogo competitivo", que es flexible y abierto, concluimos que este contrato -como modelo- está sometido a un considerable grado de inseguridad jurídica, particularmente contraproducente en este ámbito³⁶⁴. De ahí que resulte más que discutible la opción abierta a reducir el alcance de la evaluación previa, por razones de urgencia, pudiendo ser una vía de escape peligrosa para reconducir a este tipo contractual, operaciones en las que no esté justificado, ni en términos de procedimiento, ni de coste.

³⁶⁴CARLÓN RUIZ, M., "El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado", Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 140, 2008, págs. 653-684.

La propia llamada al procedimiento dialogado, genera riesgos para el principio de igualdad de trato entre los distintos concurrentes al proceso y para la garantía misma del interés general.

3.11. La Cooperativa sanitaria

3.11.1. Concepto y naturaleza jurídica

Con las nuevas formas de gestión se pretende, entre otras cosas, trasladar un mayor nivel de responsabilidad hacia los profesionales sanitarios, buscando con ello su mayor implicación en los objetivos organizacionales, y con ello, mayor eficiencia y calidad en todo el Sistema. La experiencia demuestra que con un régimen estatutario del personal – funcionario especial - la responsabilidad de la gestión del Sistema, casi siempre se eleva hasta el nivel político, no existiendo mecanismos realmente útiles de implicación de los profesionales sanitarios en los objetivos de la organización.

La mayoría de los nuevos modelos de gestión tratan de suplir la carencia del régimen estatutario del personal de los centros sanitarios públicos, mediante la aplicación para la gestión de sus recursos humanos del Derecho laboral, que permite una mayor flexibilidad y ofrece mayor libertad para la determinación de las condiciones de trabajo; además la relación jurídica laboral permite crear un sistema retributivo verdaderamente incentivador.

No obstante lo anterior, la relación de dependencia existente entre el personal sanitario y la organización, relaja el nivel de compromiso en la consecución de objetivos, aún sometiendo al personal sanitario al régimen laboral.

La asistencia sanitaria pública se puede proveer mediante gestión indirecta, a través de una cooperativa sanitaria. Con esta forma, se pretende dar un paso más, eliminando la relación de dependencia entre los profesionales y la organización, buscando un sistema diferente de vinculación de aquellos.

En esta línea, se han desarrollado en varias Comunidades Autónomas, como por ejemplo, en Cataluña, las cooperativas sanitarias como forma de gestionar los de Equipos de Atención primaria y Servicios de Atención especializada.

Las cooperativas sanitarias se han visto como un mecanismo de motivación e incentivación del personal sanitario, que potencia su responsabilidad personal y el trabajo en equipo, y permite al centro sanitario garantizar la viabilidad económica del proyecto en función de los propios resultados asistenciales. En definitiva, se trata de una fórmula de autogestión en la empresa y auto-organización del personal sanitario.

En general una cooperativa es, de acuerdo con el art. 1.1 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, “una sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático, conforme a los principios formulados por la alianza cooperativa internacional, en los términos resultantes en la Ley de Cooperativas”.

Esa Ley crea una amplia tipología de cooperativas y, entre ellas están, las cooperativas sanitarias, que según el art. 102 se definen así: “Son cooperativas sanitarias las que desarrollan su actividad en el Área de Salud, pudiendo estar constituidas por los prestadores de la asistencia sanitaria, por los destinatarios de las mismas, o por unos y otros. Podrán realizar también actividades complementarias y conexas, incluso de tipo preventivo, general o para grupos y colectivos determinados”.

Por consiguiente, la naturaleza jurídica de la cooperativa es la una sociedad sometida al Derecho privado.

3.11.2. Regulación y régimen jurídico

El art. 129.2 CE dispone la obligación de los poderes públicos de promover eficazmente las diversas formas de participación en la empresa, y de fomentar, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. En desarrollo de ese mandato constitucional se aprueba, en el ámbito de la Administración General del Estado, la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, antes referida.

El régimen de las cooperativas no está incluido entre las competencias exclusivas del Estado recogidas en el artículo 149.1 CE. Por esta razón, muchas Comunidades Autónomas han asumido competencias (exclusiva en unos casos, o de desarrollo legislativo y ejecución en otros) sobre cooperativas³⁶⁵. Nos centraremos en

:³⁶⁵Leyes Cooperativas de Comunidades Autónomas

- Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi (B.O.P.V. de 19 de julio y Ley 1/2000, de 29 de junio, de modificación de la Ley de Cooperativas de Euskadi (B.O.P.V. de 1 de agosto).
- Ley 8/2006, de 1 de diciembre, de segunda modificación de la ley de Cooperativas de Euskadi. Ley 6/2008, de 25 de junio, de la Sociedad Cooperativa Pequeña de Euskadi.
- Ley Foral 14/1996, de 2 de julio, de Cooperativas de Navarra (B.O. de Navarra de 19 de julio y B.O.E. de 10 de octubre de 1996).
- Ley 8/2003, de 24 de marzo, de cooperativas de la Comunidad Valenciana. Publicada en el DOGV 4468, de 27 de marzo de 2003 y en el BOE 87, de 11/04/2003.
- Ley 2/1998, de 26 de marzo, de Sociedades de Cooperativas de Extremadura (D.O.E. de 2 de mayo y B.O.E. de 29 de mayo de 1998).
- Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia (D.O. Galicia de 30 de diciembre y B.O.E. de 25 de marzo de 1999).
- Ley 6/1998, de 13 de mayo, de regulación del funcionamiento de las Secciones de Crédito de las Cooperativas de Cataluña (DO. Generalitat de Cataluña de 21 de mayo de 1998 y B.O.E. de 17 de junio de 1998).
- Ley 18/2002, de 5 de julio, de Cooperativas de la Comunidad Autónoma de Cataluña (D.O.G.C. de 17 de julio y B.O.E. de 27 de julio de 2002).
- Ley 9/1998, de 22 de diciembre, de Cooperativas de Aragón (B.O.A. de 31 de diciembre y B.O.E. de 27 de enero de 1999).
- Ley 2/1999, de 31 de marzo, de Sociedades Cooperativas Andaluzas (B.O.J.A. de 20 de abril y B.O.E. de 5 de mayo de 1999).
- Ley 3/2002, de 16 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1999, de 31 de marzo, de Sociedades Cooperativas Andaluzas. Publicada en el B.O.E. nº 10 de 11/01/2003.

desarrollar el modelo vigente en la Administración del Estado, supletorio en todo caso del correspondiente a las Comunidades Autónomas, conforme al art. 149.3 CE.

En cuanto a las normas aplicables a las cooperativas sanitarias, conforme al apartado 2 del art. 102 la Ley 27/1999, se distinguen los supuestos siguientes:

- Si los socios son profesionales de la medicina, las cooperativas sanitarias se regularán por las normas de las cooperativas de trabajo asociado³⁶⁶ - arts. 80-87- o de las cooperativas de servicios³⁶⁷ -art. 98-.
- Cuando los socios son los destinatarios de la asistencia sanitaria se les aplicarán las normas sobre cooperativas de consumidores y usuarios- art.88-.
- Si realizan más de un tipo de actividad de los recogidos en la Ley, se les aplican las disposiciones de las llamadas cooperativas integrales -art.105-.
- Si estuviesen organizadas como empresas aseguradoras se ajustarán, además, a la normativa de cooperativas de seguros -art.101-.

Cuando por imperativo legal no puedan desarrollar la actividad aseguradora, ésta deberá realizarse por sociedades mercantiles que sean propiedad, al menos mayoritaria, de las cooperativas sanitarias. A los resultados derivados de la participación de las cooperativas sanitarias en dichas sociedades mercantiles les será de aplicación lo dispuesto en el art. 57.3 a) de la Ley, referido a la contabilidad separada.

- Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid (B.O.C.M. de 14 de abril y B.O.E. de 2 de junio de 1999).

- Ley 4/2001, de 2 de julio, de Cooperativas de La Rioja (B.O.A de La Rioja de 10 de julio y B.O.E. de 19 de julio de 2001).

- Ley 2/1998, de 26 de marzo, de Sociedades Cooperativas de Extremadura, (D.O.E, de 2 de mayo), Ley 8/2006, de 23 de diciembre de Sociedades Cooperativas Especiales de Extremadura (D.O.E. de 30 de diciembre).

- Ley 5/2001, de 10 de mayo, de Crédito Cooperativo (Extremadura). (D.O.E. de 7 de junio de 2001)

- Ley 4/2002, de 11 de abril, de Cooperativas de la Comunidad de Castilla y León (B.O. de Castilla y León de 26 de abril de 2002 y BOE de 15 de mayo de 2002).

- Ley 20/2002, de 14 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha (DOCM 146, de 25 de noviembre).

- Ley 1/2003, de 20 de marzo, de cooperativas de Baleares. Publicada en el BOIB 42, de 29/03/2003 y en el BOE 91, de 16/04/2003.

- Ley 8/2006, de 16 de noviembre, de Sociedades Cooperativas de la Región de Murcia (B.O.R.M. 282, de 7 de diciembre).

- Ley 4/2010, de 29 de junio, de Cooperativas de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias (BOE 232, de 24/09/2010).

³⁶⁶Son cooperativas de trabajo asociado las que tienen por objeto proporcionar a sus socios puestos de trabajo, mediante su esfuerzo personal y directo, a tiempo parcial o completo, a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros. También podrán contar con socios colaboradores. La relación de los socios trabajadores con la cooperativa es societaria.

³⁶⁷Son cooperativas de servicios las que asocian a personas físicas o jurídicas, titulares de explotaciones industriales o de servicios y a profesionales o artistas que ejercen su actividad por cuenta propia, y tienen por objeto la prestación de suministros o servicios o la producción de bienes y la realización de operaciones encaminadas al mejoramiento económico y técnico de las actividades profesionales o de las explotaciones de sus socios.

Las cooperativas sanitarias, en concreto, se regulan con carácter general, por el Derecho privado. La gestión de recursos materiales se ajusta al Derecho civil y mercantil y el personal al Derecho laboral.

Es importante señalar que a diferencia de la relación de instrumentalidad (que se articulaba a través del principio de tutela) existente la Administración matriz y el organismo, ente o sociedad, en el caso de los modelos clásicos de la Administración institucional, la vinculación entre las cooperativas asistenciales y el Sistema Público Sanitario se realiza fundamentalmente a través de conciertos o convenios, previstos en la LGS, o bien contratos administrativos, al no existir ninguna relación entre la Administración y la cooperativa. Paralelamente, la relación funcional, de actividad y de resultados, se materializa mediante la firma de contratos-programa.

A diferencia de los mecanismos de control de carácter público, en las cooperativas sanitarias se controla más la consecución de resultados, sus costes y la calidad, que el proceso o el procedimiento.

3.11.3. Constitución

La sociedad cooperativa se constituirá por escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro de Sociedades Cooperativas, adquiriendo con la inscripción personalidad jurídica. En la escritura de constitución deberá contener los Estatutos que regulan el funcionamiento de la cooperativa.

3.11.4. Organización

En cuanto a la organización, resaltamos que es común a todas las clases de cooperativas recogidas en la Ley. Son órganos de la sociedad: la Asamblea General, el Consejo Rector y la Intervención. Igualmente, la sociedad cooperativa podrá prever la existencia de un Comité de Recursos y de otras instancias de carácter consultivo o asesor.

Para formar una cooperativa sanitaria, en general, se necesita un mínimo de tres socios, que pueden ser personas físicas o jurídicas, públicas y privadas, o comunidades de bienes.

En la cooperativa existen, además de los socios, los socios colaboradores, si están previstos en los estatutos. Estos serán personas físicas o jurídicas, que, sin poder desarrollar o participar en la actividad cooperativizada propia del objeto social de la cooperativa, pueden contribuir a su consecución.

En las cooperativas sanitarias es posible que un centro sanitario público participe como socio colaborador. En estos casos existe una doble vinculación del hospital público con la cooperativa –como asociado y a través del contrato-programa- lo que hace que su influencia en la gestión de la cooperativa sea muy intensa.

Dentro del régimen económico de la cooperativa, el capital social estará constituido por las aportaciones obligatorias y voluntarias de los socios, que podrán ser, aportaciones con derecho de reembolso en caso de baja, y aportaciones cuyo reembolso en caso de baja, pueda ser rehusado incondicionalmente por el Consejo Rector.

3.11.5. Gestión de personal

El personal se rige por el Derecho del Trabajo, pero matizando que el personal funcionario o estatutario que se integre en la cooperativa sanitaria deja en suspenso su relación de servicios con la Administración, quedando en situación de excedencia voluntaria sin reserva de plaza.

El personal que se integra en la cooperativa sanitaria pasa a tener la cualidad de socio cooperativista de trabajo asociado y participa en la actividad mediante la prestación de sus servicios profesionales a cambio de una retribución.

La relación que vincula a la cooperativa con el socio trabajador es societaria; el régimen de prestación por éste del trabajo, así como los derechos y deberes del socio, se regulan por el Derecho del Trabajo. No obstante, para las cooperativas de trabajo asociado, la Ley 27/1999, regula lo siguiente:

- Socios en situación de prueba: Si los estatutos lo prevén, la admisión por el Consejo Rector, de un nuevo socio lo será en situación de prueba.
- Los Estatutos o el Reglamento de régimen interno, establecerán el régimen disciplinario de los socios trabajadores.
- Los Estatutos o el Reglamento de régimen interno o en su defecto, la Asamblea regularán la duración de la jornada de trabajo, el descanso mínimo semanal, las fiestas y las vacaciones anuales, respetando el mínimo fijado en la propia Ley.
- Suspensiones y excedencias de los socios trabajadores.
- Baja obligatoria de socios trabajadores por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.
- Sucesión de empresas, contrata y concesiones.
- En Cuestiones litigiosas, hay que distinguir dos supuestos:
 - Conflictos no basados en la prestación de trabajo, o sus efectos, ni comprometidos sus derechos en cuanto aportante de trabajo y que puedan surgir entre cualquier clase de socio y las cooperativas de trabajo asociado, estarán sometidos a la Jurisdicción del Orden Civil.
 - Las cuestiones contenciosas que se susciten entre la cooperativa y sus socios trabajadores, por su condición de tales, relacionados con los derechos y obligaciones derivados de la actividad cooperativizada, se resolverán aplicando, con carácter preferente la Ley 27/1999, de Cooperativas, los Estatutos y el Reglamento de régimen interno de las cooperativas, los acuerdos validamente adoptados por los órganos sociales de la cooperativa y los principios cooperativos. Las citadas cuestiones se someterán ante la Jurisdicción del Orden Social.

En los estatutos de la sociedad podrá optarse, para la protección de los socios trabajadores por el Sistema de Seguridad Social, por considerarlos bien como trabajadores por cuenta ajena, bien como trabajadores autónomos.

3.11.6. Utilización en el ámbito sanitario

En el ámbito sanitario, Arqués³⁶⁸ resalta la creación de servicios clínicos

³⁶⁸ARQUÉS I SUVIRACH, J., “Modelos de gestión en las Comunidades Autónomas: evolución reciente y perspectivas de futuro”, Mesa redonda, Cataluña. En: Varios. La gestión de los servicios sanitarios:

gestionados mediante entidades sanitarias externas –que disponen de sus propios profesionales sanitarios- en hospitales comarcales construidos por la Administración. Así por ejemplo los Hospitales de Valle de Arán, Mar de Ebre, Tremp, construidos por la Generalitat de Cataluña.

3.12. La Sociedad laboral

3.12.1. Concepto

La sociedad laboral es un modelo que presenta grandes similitudes con la cooperativa. Pretende romper la relación de dependencia entre los profesionales sanitarios y la organización sanitaria pública, buscando mayor implicación de estos en el proceso de gestión. Es un modelo organizativo, escasamente desarrollado en el ámbito sanitario, que se utiliza para la provisión de asistencia sanitaria pública mediante gestión indirecta.

"Las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada en las que la mayoría del capital social sea propiedad de trabajadores que presten en ellas servicios retribuidos en forma personal y directa, cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido, podrán obtener la calificación de Sociedad Laboral cuando concurren los requisitos establecidos en la presente Ley". Este es el concepto dado por el art. 1.1. Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales.

3.12.2. Regulación

La Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades laborales es su normativa básica; en lo no previsto en esa Ley, les serán de aplicación las normas correspondientes a las sociedades anónimas o las de responsabilidad limitada, según la forma que ostenten.

3.12.3. Organización y funcionamiento

En la organización, además de los socios trabajadores, la sociedad laboral puede tener trabajadores contratados que no sean socios, estableciendo la Ley, la fórmula para la adecuada proporción entre el trabajo de estos y el de los socios.

Así, el número de horas-año trabajadas por los trabajadores contratados por tiempo indefinido que no sean socios, no podrá ser superior al 15 % del total de horas-año trabajadas por los socios trabajadores. Si la sociedad tuviera menos de 25 socios trabajadores, el referido porcentaje no podrá ser superior al 25 % del total de horas-año trabajadas por los socios trabajadores. Para el cálculo de estos porcentajes no se tomarán en cuenta los trabajadores con contrato de duración determinada y los trabajadores con discapacidad psíquica en grado igual o superior al 33 % con contrato indefinido.

El funcionamiento de las sociedades laborales se regula, con carácter general por el Derecho privado -civil, mercantil y laboral-.

Al igual que en la cooperativa, no existe relación de tutela entre la Administración Pública y la sociedad laboral. La vinculación de las sociedades laborales

modelos alternativos, Actas del III Congreso "Derecho y Salud", Pamplona: Gobierno de Navarra, Departamento de Salud, 1995.

de carácter asistencial al Sistema Sanitario Público, si se produce, se realiza a través de conciertos o convenios de los previstos en la LGS, o bien mediante contrato administrativo.

Paralelamente, como vimos en la cooperativa, la relación funcional, de actividad y de resultados, se materializa mediante la firma de contratos- programa. Por consiguiente, en este caso también es posible conseguir efectos similares a los de la relación de instrumentalidad (tutela) mediante el contrato-programa. A diferencia de los controles de carácter público, en las sociedades laborales vinculadas a la Administración sanitaria se controla más la consecución de los resultados, sus costes y la calidad, que el proceso o el procedimiento.

3.12.4. Gestión de personal

La relación que vincula al socio trabajador con la sociedad laboral, en cuanto trabajador, esto es, el régimen de prestación de servicios por este, así como los derechos y deberes del socio trabajador, se regulan por el Derecho del Trabajo.

En cuanto socio, la relación que vincula a la sociedad laboral con el socio trabajador, se regula por la legislación mercantil.

También está sometida al Derecho del Trabajo, la relación que vincula a la sociedad laboral con el trabajador no socio.

El personal funcionario o estatutario que se integre, como socio trabajador, en una sociedad laboral deja en suspenso su relación de servicios, generalmente quedando en situación de excedencia voluntaria, sin reserva de plaza concreta.

3.12.5. Utilización en el sector sanitario

Es Cataluña, la Comunidad Autónoma que más a utilizado este modelo organizativo. Los miembros de las entidades de base asociativa son médicos que se agrupan en la entidad bajo distintas fórmulas jurídicas (sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad laboral o cooperativa), a los que pertenece al menos el 51% del capital social. Estas entidades, contratan servicios de Atención primaria con el Instituto Catalán de la Salud.

3.13. Fundación creada por persona física o jurídico-privada

La fundación creada por persona física o jurídico-privada, puede -y en muchas ocasiones así sucede- ser prestadora de servicios sanitarios. Puede hacerlo a título privado o como provisor de servicios públicos mediante la vinculación a la Administración pública mediante concierto o convenio u otra modalidad de contrato administrativo. El régimen jurídico de las fundaciones es el mismo, independientemente de que la fundación la constituya una persona pública o privada, con las siguientes salvedades si es constituida por persona privada: 1) La LF exige que la persona física tenga capacidad general de obrar y capacidad especial para disponer gratuitamente de los bienes y derechos en que consista la donación; 2) Si la fundación se constituye por persona física, puede hacerse inter vivos o mortis causa; 3) Cuando la fundación es creada por una persona jurídica privada que tenga la forma de sociedad (civil, mercantil,

laboral, cooperativa), la ley exige acuerdo expreso de su junta general o de su asamblea de socios.

4. CONSORCIOS

4.1. Concepto y naturaleza jurídica

La complejidad de las necesidades públicas que las Administraciones actuales han de atender y el hecho de que las mismas afectan a diversas competencias subjetivas y materiales que requieren la acción de diversos sujetos y órganos administrativos, determina que la Administración se vea obligada a acudir a los instrumentos de colaboración y cooperación interadministrativos. El consorcio es uno de esos mecanismos idóneos para dar cumplimiento a las finalidades comunes de dos o más Administraciones Públicas. Precisamente, la nota más característica del consorcio es la función coordinadora de intereses coincidentes de personas orgánicamente disgregadas, intereses que son encuadrados en un sistema de ordenación administrativamente prefigurado.

Se ha resaltar, como sustrato básico del consorcio, la existencia de una comunidad de intereses para cuya realización y gestión se instrumenta la constitución del consorcio.

Optar por la institución del consorcio, no está obstaculizado por el principio de autonomía proclamado por el art. 137 CE, como ámbito propio de gestión del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Provincias y los Municipios, ya que la afirmación de este principio no impide la colaboración entre las diferentes Administraciones Públicas.

La regla general es que la creación de entidades institucionales se realiza por una sola entidad; pero existen supuestos en que varias Administraciones Públicas realizan el papel de entidades matrices para crear entre todas ellas una sola entidad institucional, en la que, eventualmente, pueden también tomar parte los particulares³⁶⁹. Ese organismo *ad hoc*, creado para la gestión común de una obra o servicio puede ser el consorcio o la mancomunidad (asociación de varias entidades locales).

Sánchez-Caro³⁷⁰ dice que el consorcio es antes que nada, una asociación entre Entes públicos de distinto orden, con participación en su caso, de alguna entidad privada sin ánimo de lucro con intereses concurrentes con dichos entes públicos. Estas entidades privadas pueden tener fines sociales (Cruz Roja, ONCE) o ser corporativas (Cámaras de Comercio, Patronatos, Colegios Profesionales).

El carácter asociativo del consorcio da lugar a una nueva entidad o personalidad jurídica, a la que se atribuye la gestión de un servicio de interés común para todos los entes asociados, sin que ello implique la fusión, ni la extinción o la sustitución de todos los entes agrupados. El consorcio sólo asume titularidades o patrimonios en la medida y con el alcance necesario para garantizar el éxito de las funciones asignadas.

Por consiguiente, el consorcio es un ente instrumental, una corporación instrumental de Derecho Público, aunque se admite por la legislación vigente la

³⁶⁹PARADA VAZQUEZ, J. R., "Derecho Administrativo II, Régimen jurídico de la actividad administrativa", Madrid: Open, 2013.

³⁷⁰Vid. nota anterior en Ob. cit de este autor.

participación de entidades privadas sin ánimo de lucro, como ya se ha dicho. Esto implica que podrían participar en un consorcio fundaciones privadas constituidas por entidades públicas.

El Ordenamiento Jurídico posterior a la Constitución ha potenciado la figura del consorcio, como consecuencia de la descentralización política del Estado y del reconocimiento de la autonomía local³⁷¹. Ha pasado de ser una técnica de cooperación residual, a ser una fórmula esencial de cooperación administrativa.

El consorcio no es una forma de gestión, sino un organismo público personificado que puede adoptar cualquiera de las formas de gestión admitidas por el Derecho. Es una técnica instrumental de base asociativa, una asociación voluntaria de sujetos públicos. La decisión de crear un consorcio no prejuzga la opción por una determinada forma de gestión, que sólo puede decidirse en un momento posterior, a la vista del correspondiente convenio.

El consorcio es una entidad pública, un sujeto jurídico-público, de naturaleza instrumental, cooperativa, asociativa y voluntaria, que pueden constituir dos o más Administraciones Públicas o con entidades privadas sin ánimo de lucro, para la realización de fines de interés común para los sujetos intervinientes³⁷².

De esta definición, se pueden extraer las siguientes características:

- El rasgo fundamental de esta figura es que se trata de una asociación entre dos o más entidades públicas, en la que también pueden participar sujetos privados sin ánimo de lucro, con intereses concurrentes con esos entes públicos. Hoy la figura del consorcio va más allá del ámbito local, en donde ha sido una forma organizativa muy utilizada. En la actualidad la LRJPAC, regula un tipo de consorcio administrativo ente le Gobierno de la nación y los órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas para la gestión de los convenios de colaboración.
- En cuanto a la finalidad perseguida con la constitución del consorcio, no queda limitada por el ordenamiento jurídico, admitiéndose los más variados y diversos objetivos. Ahora bien, siempre se ha de tratar de intereses públicos y comunes a las distintas Administraciones consorciadas y, en caso de participar entidades privadas sin ánimo de lucro, concurrentes con los de éstas. La funcionalidad prototípica del consorcio está dirigida a la eficaz satisfacción de necesidades singulares, concretas y coyunturales, en las que existen competencias concurrentes de las diferentes Administraciones Públicas.
- Lo que sobresale de la institución del consorcio es su carácter asociativo voluntario, que permite gestionar servicios de importante contenido social, a través del acuerdo entre instituciones públicas, e, incluso, privadas sin ánimo de lucro.

³⁷¹En la actualidad la LBRL define el consorcio, en su art. 87, como la “organización que pueden constituir las autoridades locales con otras Administraciones Públicas para fines de interés común, o con entidades privadas sin ánimo de lucro que persiguen fines de interés público concurrentes con los de las Administraciones Públicas”.

³⁷²Esta es la definición dada por DOMINGUEZ MARTIN, Ob. cit.

- Una característica importante del consorcio es su personalidad jurídica propia de carácter asociativo, su independencia para la realización de las actividades encomendadas y la amplia libertad que tienen las instituciones implicadas para regular su participación, con sometimiento a sus respectivos estatutos. Aunque se admite la participación en el consorcio de entidades privadas, eso no cambia el hecho de que se esté en presencia de una entidad instrumental o, mejor dicho, de una Corporación instrumental de Derecho público. Se plantean dudas sobre la naturaleza de la personalización de los consorcios cuando en ellos participa una entidad privada. En estos supuestos, la expresión consorcio ha de entenderse como convenio o acuerdo, al resultar anómalo que del acuerdo entre una entidad pública y una privada resulte una persona jurídico-pública, sin perjuicio de su caracterización pública a través de la ley correspondiente.
- El consorcio administrativo tiene actualmente naturaleza de entidad de Derecho público, con personalidad propia e independiente de los demás sujetos que lo integran. En concreto, hay unanimidad³⁷³ en la doctrina al considerar al consorcio como una corporación interadministrativa.
- La calificación del consorcio como Corporación de Derecho público o corporación instrumental de Derecho público, señala dos rasgos esenciales: se constituyen por la asociación de dos o más sujetos, y que estos sujetos asociados, son entes de Derecho público.
- Con la institución del consorcio, estamos ante una manifestación de la denominada “Administración instrumental”. El carácter instrumental del consorcio se define a través de dos rasgos: en primer lugar la creación del consorcio no lleva consigo la aparición de un fin nuevo y distinto del que los miembros se proponían antes de la creación. En segundo lugar, el consorcio pretende la realización en común de la actividad que a cada sujeto le corresponde. Los caracteres que presenta la relación de instrumentalidad que unen al consorcio con los entes miembros son: El fin en función del cual se constituye el consorcio cae dentro de la órbita competencial de los entes miembros. Éstos son responsables políticos de la efectiva realización del fin consorcial y del rendimiento obtenido.
- Por otra parte, en materia patrimonial, el consorcio tiene adscritos bienes aportados por los entes miembros.
- Finalmente, los entes constituyentes deciden todo lo relativo a la existencia, organización, régimen jurídico, modificación y extinción del consorcio.

Referente a la naturaleza jurídica de los consorcios, diremos que no está clara en la doctrina, pues hay autores³⁷⁴ que los incluyen en la Administración institucional, mientras que otros³⁷⁵, los incluyen en la Administración corporativa.

³⁷³GALLEGO ANABITARTE, A., “La acción concertada: nuevas y viejas técnicas jurídicas de la Administración. Contribución a la distinción entre resolución y contrato administrativo”, en el Libro Homenaje al Profesor Juan Galván Escutia 1980, pág.s. 191 y ss.

³⁷⁴COSCULLUELA MONTANER Ob. cit. y PARADA VAZQUEZ, Ob. cit.

³⁷⁵SANTAMARÍA PASTOR y GARCÍA DE ENTERRÍA. Ver notas anteriores de los autores. Este último autor considera que otro supuesto de Corporaciones lo constituyen los entes formados mediante la federación de varios entes administrativos con vistas a una gestión común, normalmente de tipo consorcial. Estas Corporaciones administrativas pueden ser entre entes homogéneos (Mancomunidades de

Nieto Garrido mantiene que en definitiva, el consorcio administrativo tiene actualmente naturaleza de Ente de Derecho Público y su régimen jurídico es, por ende, igualmente público. No obstante las particularidades que establezcan los estatutos de la entidad se encuadran en el régimen jurídico aplicable a la misma, que variará en función de la naturaleza de los entes -miembros - que ejerzan el control efectivo sobre los órganos de gobierno del consorcio (en su caso Entidades Locales, Comunidad Autónoma correspondiente o el Estado)³⁷⁶.

4.2. Regulación de los consorcios

La regulación de los consorcios ha sido tradicionalmente exigua, no existiendo, propiamente hablando, una regulación en sentido estricto de esta figura. Ello permite que la norma reglamentaria o el acuerdo de creación de cada consorcio establezca su organización y régimen de funcionamiento, con mucha libertad.

En un primer momento fue el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL), aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, quien reguló los consorcios locales, en sus arts. 37 a 40 y posteriormente la LBRL, en sus arts. 57 y 85 y en el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (art.110).

En la normativa estatal, la LRJPAC ha regulado, en su art. 6.5, con carácter general la institución del consorcio, en el marco de las relaciones de colaboración entre Administraciones públicas, ligándolo a la existencia de un convenio previo. Se regulan los consorcios como una agrupación estricta de entes públicos para la gestión de convenios que puedan celebrar el Gobierno del Estado y los órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.

En realidad, esta regulación estatal, no añade nada destacable a la regulación local mencionada. Del contenido sistemático del precepto se deduce que el consorcio puede constituirse entre distintas Administraciones Públicas territoriales. Afirma además, la personalidad jurídica de los consorcios, que sus fines, régimen orgánico, funcional y financiero se determinan en sus Estatutos; y que los órganos de decisión han de estar integrados por representantes de todas las entidades consorciadas en la proporción fijada en los Estatutos respectivos.

En definitiva, Santamaría Pastor³⁷⁷, dice que la normativa de los consorcios es tan mínima que constituye una simple cobertura formal, que admite los más variados

Municipios) o entre entes heterogéneos (Estado y Entes locales, Entes locales y Entes institucionales del Estado, Comunidades Autónomas con cualquiera de ellos: estas agrupaciones están hoy configuradas como “consorcios”, art. 7 LRJPAC), aunque no toda colaboración interadministrativa se instrumenta con la formación de un ente consorcial.

³⁷⁶El consorcio administrativo tendrá la naturaleza jurídica de ente local cuando el control efectivo de sus órganos de gobierno lo ostenten entidades locales territoriales, en cuyo supuesto los estatutos de la entidad serán completados con las disposiciones de régimen local que rigen la vida de los entes locales. La naturaleza jurídica de ente local no puede afirmarse respecto de aquellos entes en los que el control efectivo de sus órganos de gobierno corresponde a la Comunidad Autónoma o el Estado. El régimen jurídico aplicable a estas entidades no se corresponde con los entes locales, sino con el de la Comunidad Autónoma o el Estado.

³⁷⁷Ob. cit.

contenidos; el consorcio, pues, se estructura sobre el principio del *ius singulare* del caso concreto, que exige un análisis caso a caso. Su regulación material, en cualquiera de sus aspectos, se remite *in toto* a los estatutos de cada consorcio.

Los consorcios a los que se refiere la LRJPAC son sólo los que se celebran entre el Estado y las Comunidades Autónomas, pero ello no impide que una o varias entidades locales formen parte, junto con el Estado y las Comunidades Autónomas, de los consorcios que se constituyan en virtud de los convenios que se suscriban entre estas últimas entidades.

En resumen, actualmente, la regulación de los consorcios, se contiene fundamentalmente en:

- La legislación local: arts. 57 y 87 LBRL y art. 110 TRRL.
- La LRJPAC: arts. 6 y 7.
- Leyes autonómicas.
- Normativa del sector sanitario: Ley 15/1997, de habilitación de nuevas formas de gestión en el ámbito sanitario y RDNFG 29/2000, que más adelante se abordan.

Su constitución se realizará por real decreto u orden.

En sus órganos de gobierno –Junta General o Consejo de Gobierno- participan en la proporción que se establezca, representantes de todas las Entidades públicas que constituyen el consorcio y, en su caso, de las Entidades privadas.

El consorcio tiene su patrimonio independiente, propio y/o cedido, integrado en su caso por los ingresos que pueda generar la actividad que desarrolla, y por las aportaciones de cualquier naturaleza que se prevea deben hacer las Entidades que lo constituyen.

4.3. Régimen jurídico

Al no estar clara su naturaleza jurídica, uno de los problemas más debatidos es la determinación de su régimen jurídico.

El régimen jurídico concreto al que se someten los consorcios está determinado por su norma de creación -Estatutos-. Esta determinará exactamente, su régimen jurídico. Aunque se trate de una forma pública de personificación, esto no implica necesariamente, que se someta en su actuación al Derecho público, pudiendo actuar en régimen de Derecho privado.

Ahora bien, unos rasgos básicos y comunes al régimen jurídico de los diferentes consorcios administrativos en el Derecho español, son:

- El consorcio no es una forma de gestión ni directa, ni indirecta, sino un organismo público personificado. La entidad consorcial puede adoptar cualquiera de las formas de gestión de servicios para garantizar la eficaz prestación de los mismos. No obstante, aunque en abstracto puedan resultar idóneas las formas de gestión, directas o indirectas, parece en principio que las primeras se adecuan mejor al ámbito sanitario. Con carácter general, las formas de gestión indirecta no se adaptan bien al consorcio ya que no parece

muy lógico que las Administraciones Públicas con un objetivo común, vayan a constituir una entidad instrumental de carácter corporativo, para después encargar la prestación del servicio a un particular.

- Es una corporación interadministrativa, integrada por entidades públicas de diferente orden, es decir, una entidad de carácter asociativo, pero con personalidad propia y separada e independiente de las entidades constituyentes del consorcio.

- Es una persona jurídica-pública, aunque esto no determina, su sometimiento, de forma absoluta al Derecho público.

- En el consorcio se admite la participación de entidades privadas sin ánimo de lucro, lo que no es obstáculo para seguir manteniendo el carácter de corporación interadministrativa.

- El consorcio se puede constituir para las más variadas y diversas finalidades u objetivos, que siempre serán intereses públicos y comunes a las distintas Administraciones consorciadas y, en caso de participación de entidades privadas sin ánimo de lucro, concurrentes con los de estas.

- Los órganos de decisión del consorcio han de estar integrados por representantes de todas las entidades consorciadas, en la proporción que fijen los respectivos estatutos.

- El régimen jurídico básico del consorcio, a partir de estas previsiones generales y la normativa marco que le corresponda (local, autonómica, o estatal), está determinado por sus estatutos, en donde se concreta cuáles son sus fines, su régimen orgánico, funcional, patrimonial y financiero. Igualmente, el régimen jurídico concreto de cada consorcio va a depender de la forma de gestión por la que se opte para llevar a cabo las funciones de la entidad consorcial.

Por encima de las especialidades derivadas del concreto régimen jurídico que le corresponda a cada consorcio, tres ámbitos del régimen jurídico del consorcio, que pueden ser objeto de tratamiento unitario, son:

4.3.1. Control contable

Debido a su carácter de “corporación interadministrativa “o corporación de Derecho público, el consorcio se ha de someter a un doble control, uno interno y otro externo. El control previo e interno de las cuentas de los entes públicos está a cargo de la Intervención General de la Administración del Estado, en los términos previstos por el art. 125 LGP, en cuyo ámbito de aplicación se incluyen los consorcios (art. 2.1. h) LGP). Junto a este control, las cuentas de los consorcios se han de someter a un control externo y a posteriori a realizar por el Tribunal de Cuentas. El art. 13.1. b) de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas establece que el Informe o Memoria anual que este Tribunal debe remitir a las Cortes Generales se ha de extender “al cumplimiento de las previsiones y la ejecución de los presupuestos del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las corporaciones Locales y de las demás entidades sujetas a régimen presupuestario público”, por tanto también el consorcio.

El art. 1.2 del Tribunal de Cuentas señala que éste es único y su jurisdicción se extiende a todo el territorio del Estado, “sin perjuicio de los órganos fiscalizadores de cuentas que para las Comunidades Autónomas puedan establecer sus Estatutos”. Allí, donde existan dichos órganos, el Tribunal de Cuentas debe partir de las actuaciones realizadas por los autonómicos y completar, en su caso, los elementos necesarios para el ejercicio de la suprema función fiscalizadora.

4.3.2. Régimen de responsabilidad patrimonial

Dado que el consorcio es una Corporación de Derecho público, la responsabilidad de éste, por sus actos lesivos es exigible conforme al sistema de responsabilidad pública de las Administraciones públicas, establecido por la LRJPAC, que atribuye a éstos entes la consideración de Administración pública por estar vinculados o depender de alguna Administración territorial (art. 2.2 LRJPAC). El consorcio, por tanto, responde conforme al sistema de Derecho público de responsabilidad de las Administraciones Públicas, incluso cuando actúe sometido a Derecho privado, tal y como se desprende del art. 144 LRJPAC).

Puesto que el consorcio está integrado por varias Administraciones públicas, y con fundamento en el art. 140 LRJPAC, estas Administraciones intervinientes responden de forma solidaria. Por tanto, el particular que haya sufrido el daño, puede dirigirse a cualquiera de estas Administraciones que deberá responder por el todo, sin perjuicio de que luego ésta exija posteriormente la parte de la deuda que corresponda a las demás entidades participantes, según lo establecido en los Estatutos.

Son los estatutos del consorcio, los que han de determinar el órgano encargado de resolver las reclamaciones de responsabilidad patrimonial en vía administrativa (art. 142.2 LRJPAC). En su defecto, la competencia corresponde las autoridades del Estado, Comunidad Autónoma o Entidad Local, señaladas en el art. 142.2 LRJPAC.

El art. 18 del RD 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, atribuye la competencia para iniciar, instruir y resolver el procedimiento en materia de responsabilidad, en defecto de la previsión estatutaria, a la Administración Pública con mayor participación en la financiación del servicio.

Aunque el Real Decreto 29/2000, de 14 d enero, sobre nuevas formas de gestión del INSALUD (RDNFG), que está vigente, ha perdido prácticamente toda su virtualidad, al estar transferida la gestión de la asistencia sanitaria a las Comunidades Autónomas, y haberse extinguido el INSALUD, son llamativas las directrices de la Administración en materia de responsabilidad patrimonial, que persiguen asegurar las garantías que el Derecho Administrativo reconoce a favor del administrado/paciente, con independencia de la forma de gestión por la que se opte, en este caso el consorcio.

El art. 35 RDNFG, establece:

“1. Las reclamaciones que formulen los ciudadanos encaminadas al resarcimiento de los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria prestada a través de las entidades recogidas en el artículo 3 del presente Real Decreto³⁷⁸, se regirán por lo dispuesto en la Ley 30/1992 (...) y en el Real Decreto 429/1993 (...).”

“2. Tales reclamaciones (...) se dirigirán por los interesados al Instituto Nacional de la Salud, contra cuya resolución cabe recurso contencioso- administrativo, pudiendo actuar los centros sanitarios, en virtud de su personalidad jurídica, como codemandados....”

³⁷⁸Se recogen las fundaciones constituidas al amparo de la Ley de Fundaciones, consorcios, sociedades estatales y fundaciones públicas sanitarias, así como mediante la constitución de cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en derecho, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público.

El fundamento de esta visión, aparte de la determinación normativa, reside en la naturaleza de la actividad de la asistencia sanitaria, que es un servicio público, con independencia de la fórmula de gestión a través de la cual se lleve a cabo.

4.3.3. Régimen de contratación de los consorcios administrativos

A efectos de la contratación del sector público, el TRLCSP, en su art. 3.1. se considera que forman parte del sector público, los consorcios a los que se refieren el art. 6.5 LRJPAC, y la legislación de régimen local. Por consiguiente, de forma general, el consorcio, como sujeto de Derecho público está sujeto al régimen de contratación previsto para las Administraciones Públicas, pudiendo entenderles incluidos en la expresión “entidades de Derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas” contenida en el art. 3.2.e TRLCSP, y que por tanto se consideran Administración Pública.

A pesar de que como se acaba de señalar, en teoría el régimen contractual de los consorcios debería ser público, se pueden encontrar estatutos de consorcios que les excluyen de las exigencias de contratación del TRLCSP, remitiéndose al Derecho privado³⁷⁹.

4.3.4. Gestión de personal

El personal podrá ser funcionario y/o estatutario o laboral.

4.4. Utilización en el sector sanitario

El consorcio puede ser útil para favorecer el principio de “integración de todos los servicios en una organización única”, tal como dice la Exposición de Motivos de la LGS, aunque hay dificultad en ocasiones, para diferenciarlo de los convenios de colaboración, recogidos en la propia LGS, que pueden celebrarse entre la Administración sanitaria y otras Administraciones titulares de centros hospitalarios.

La decisión de constituir un consorcio no debería depender de la forma de gestión que se pretenda adoptar sino del tipo de actividades a desarrollar, que deben estar atribuidas a las entidades potencialmente interesadas en la constitución de esta figura, por tratarse de actividades compartidas o sobre las que concurren las competencias propias de aquéllas. No tiene sentido la constitución de un consorcio para la gestión de centros o establecimientos cuya titularidad corresponda íntegramente a una sola entidad. Lo lógico sería que ésta adopte la forma de gestión más adecuada, pero que no entre a formar parte de un consorcio. Cuestión distinta es que en los órganos de gobierno de la entidad gestora se dé representación a otras instituciones que puedan estar interesadas.

Por consiguiente, la institución del consorcio, parece tener mayor sentido en el ámbito sanitario, para el desarrollo de actividades de investigación y docencia, en cuya realización están interesados, desde sus competencias respectivas, diversos

³⁷⁹Por ejemplo, los estatutos del Consorcio para la gestión del Hospital de la Cruz Roja de Hospitalet de Llobregat (art. 24), aunque estos estatutos, al menos imponen el respeto a los principios de publicidad y concurrencia en la contratación. Datos de NIETO GARRIDO (1997:219), Ob. cit.

organismos o instituciones, pero no para la gestión de centros o establecimientos cuya titularidad pertenezca inequívocamente a una sola entidad.

En el RD Ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD, cita a los consorcios tanto en la exposición de motivos como en su artículo único. La Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión en el Sistema Nacional de Salud, se refiere a los consorcios en su exposición de motivos pero no en su artículo único, en el que desaparece toda referencia a modelos concretos de organización, por lo que la existencia de los consorcios cabe bajo la expresión “otras entidades de naturaleza o titularidad pública”, al tratarse de una entidad de naturaleza y titularidad pública.

La indefinición del régimen jurídico desapareció en gran medida en el ámbito sanitario del INSALUD, a raíz de la publicación del RDNFG, aún vigente. Su art. 46 define los consorcios de la siguiente manera: “tendrán la consideración de consorcios las organizaciones comunes, dotadas de personalidad jurídica propia y suficiente para el cumplimiento de sus fines, que se constituyan a consecuencia de los convenios, cuyo objeto sea la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria, que celebre el INSALUD con las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, Entidades privadas sin ánimo de lucro, que persigan fines de interés público concurrentes con los de las Administraciones Públicas o todas ellas conjuntamente”.

En cuanto al régimen jurídico, el art. 47 del RDNFG dispone que los consorcios se regirán por el convenio regulador y por sus correspondientes estatutos, por las normas del RDNFG, por la LRJPAC, por el TRRL y por el resto de las disposiciones que les sean de aplicación.

La constitución del consorcio (art. 48 RDNFG) se realiza por acuerdo del Consejo de Ministros, publicado en el BOE, por el que se autoriza al INSALUD la creación del consorcio y se aprueban sus estatutos, cuyo contenido mínimo se determina en el art. 49 RDNFG.

La relación jurídica del personal al servicio de los consorcios, de acuerdo con el art. 52 del RDNFG, será la que se establezca en los convenios de constitución y en los estatutos correspondientes. Por tanto el personal podrá estar sometido a régimen público –estatutario o funcional –, régimen privado –laboral– o ambos a la vez.

El máximo órgano de gobierno del consorcio será el Consejo de Gobierno, el cual estará formado por un Presidente, un Secretario y Vocales designados por las entidades consorciadas.

Los consorcios ajustarán su actividad contractual a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y su régimen económico-presupuestario será el establecido en el convenio regulador de constitución, en sus estatutos y demás normas de aplicación.

El art. 15 RDNFG, somete a todas las nuevas formas de gestión, incluidos los consorcios sanitarios, tanto al control de la Intervención General de la Seguridad Social como del Tribunal de Cuentas, estableciendo que el régimen financiero se ha de ajustar a lo previsto en la LGP.

En el sector sanitario, el desarrollo del modelo organizativo consorcial, se ha producido en Comunidades Autónomas como Cataluña, donde el número de dispositivos sanitarios de titularidad de las Corporaciones Locales continúa siendo muy amplio.

5. FORMAS JURÍDICAS DE GESTIÓN Y PERSONAL DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD³⁸⁰

5.1. Regímenes jurídicos aplicables al personal del Sistema Nacional de Salud

Actualmente, el trabajo dependiente y por cuenta ajena en las Administraciones Públicas y en concreto en las instituciones sanitarias, debe instrumentarse alternativamente o a través del régimen jurídico administrativo/funcionario o del estatutario, es decir Derecho público, o a través del régimen jurídico laboral contractual, es decir Derecho privado.

Entre la relación funcionarial o estatutaria, y la laboral, no existe ninguna diferencia material, puesto que tanto una como otra tienen por objeto el intercambio de trabajo dependiente por una retribución garantizada ajena a los riesgos.

La delimitación entre ambas relaciones es pues, sólo formal, de régimen jurídico, tratándose, de dos técnicas jurídicas distintas de regulación de un mismo fenómeno.

En el ámbito del Sistema Nacional, al igual que en las Administraciones Públicas, coexiste personal sometido a distintos regímenes jurídicos: estatutario, funcionarial y laboral, aunque como se verá, el primero de ellos es el predominante. Ese personal es un conglomerado heterogéneo de profesionales, cuyo único nexo de unión, es que prestan sus servicios en centros sanitarios públicos integrados en el Sistema Nacional de Salud³⁸¹.

Uno de los argumentos utilizados para proponer y regular nuevas formas de gestión en los servicios sanitarios públicos, es precisamente, que se consiguen mayores niveles de eficiencia cuando el personal está sometido al Derecho del Trabajo, respecto al personal funcionario/estatutario. Por consiguiente, tiene especial interés, comparar los diferentes regímenes aplicables al personal de los servicios de salud.

Actualmente el personal estatutario se rige por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud (EM). El art. 1 ésta Ley, establece el carácter de relación funcionarial especial del personal

³⁸⁰ Obras generales de referencia son:

MONEREO PEREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M.N. (Dirs.), “Comentario a la legislación reguladora de la Sanidad en España: régimen jurídico de la organización sanitaria, personal sanitario y prestaciones sanitarias”, Editorial Comares, Granada, 2007; PALOMAR OLMEDA, A., VAZQUEZ GARRANZO, J., “Personal estatutario del Sistema Nacional de Salud”, Editorial Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006.

Obras específicas a consultar: PALOMAR OLMEDA, A., VAZQUEZ GARRANZO, J., “Los médicos internos residentes: régimen jurídico del MIR”, editorial Dykinson, Madrid 2009; MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), SUAREZ LÓPEZ, J.M. (Coord.), “Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios”, Dykinson, 2009.

³⁸¹ LANDA ZAPIRAIN, J.P., “La reforma de la Sanidad pública y del régimen jurídico de su personal”, CES, Madrid, 1999.

estatutario, siéndole de aplicación supletoria, como se verá, el régimen jurídico funcional. Con esta regulación se zanjaron, casi definitivamente, todas las discusiones doctrinales y jurisprudenciales sobre el personal estatutario.

Como antecedentes históricos³⁸² de la existencia de dicha relación funcional especial, entre otros fenómenos están, el nacimiento y la consolidación del Sistema de Seguridad Social, la preservación de los principios de las actividades sanitarias, más próximas al ejercicio de actividades liberales que a la relación funcional, o bien, el origen de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social que aunque tienen naturaleza pública, no puede olvidarse su génesis mutualista, lo que hacía poco adecuado a la gestión del personal, un régimen funcional genuino.

La denominación de personal estatutario procede de los tradicionales y conocidos tres estatutos de personal (estatuto de personal médico, estatuto de personal sanitario no facultativo y estatuto de personal no sanitario) que prestaban servicios en los centros e instituciones sanitarias de la Seguridad Social española.

La evolución normativa histórica del personal estatutario no ha tenido un recorrido paralelo a la del resto del personal funcionario que presta servicios en las Administraciones Públicas de nuestro país. Mientras la promulgación de la Constitución Española supuso el punto de partida para el nacimiento o actualización del régimen jurídico del personal funcionario y laboral, adoptando como bases firmes los arts. 23.2 y 103.3 CE, esencialmente, el personal estatutario contó durante mucho tiempo, con una regulación que, salvo algunos retoques puntuales, procedía de tiempos preconstitucionales. El nuevo EM derogó el régimen estatutario configurado por los tres estatutos de personal preconstitucionales y por las disposiciones que los modificaron, complementaron o desarrollaron, sustituyéndolo por el marco básico que compone el propio estatuto y por las disposiciones que, en el ámbito de cada Administración Pública, desarrollen tal marco básico y general.

La aprobación del EM, largamente esperado, supuso un giro importante, siendo aplicable al personal estatutario que desempeña su función en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas o en los centros y servicios sanitarios de la Administración General del Estado. En todo caso, se autoriza al Estado y a las Comunidades Autónomas a dictar, en desarrollo de esta normativa básica, los estatutos y demás normas aplicables al personal estatutario de cada servicio de salud³⁸³.

La conveniencia de una normativa propia y específica para los profesionales sanitarios y demás colectivos de personal que prestan servicios en el Sistema Nacional de Salud deriva de la necesidad de que su régimen jurídico se adapte a las específicas características del ejercicio de las profesiones sanitarias y del servicio sanitario asistencial, así como a las peculiaridades organizativas del propio Sistema Nacional de Salud, siendo ésta la causa de la promulgación del EM. El Estatuto Marco optó por

³⁸² GARCÍA NINET, J.I., “Antecedentes o precedentes del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud”, DS: Derecho y salud, Vol. 14, Nº. Extra 2, 2006, págs. 1-22.

³⁸³ Ley de Cantabria 9/2010, de 23 de diciembre, de personal estatutario de instituciones Sanitarias de la Comunidad Autónoma de Cantabria; Ley 2/2007, de 7 de marzo, del Estatuto Jurídico del personal Estatutario del Servicio de Salud de Castilla y León; Ley 55/2001, de 5 de diciembre, de personal estatutario del Servicio Murciano de Salud; Ley Foral 11/1992, de 20 de octubre, reguladora del régimen específico del personal estatutario adscrito al Servicio navarro de Salud-Osasunbidea.

mantener una regulación especial para la mayoría del personal de los servicios de salud, que además se adaptara a la descentralización de la gestión de la asistencia sanitaria en las Comunidades Autónomas.

El EM establece las bases reguladoras de la relación funcional especial³⁸⁴ para todo el personal estatutario de los servicios de salud y para todo el territorio nacional, de acuerdo con el art. 2 del mismo, aplicándose por tanto, al personal estatutario de los servicios de salud, al que desempeña su función en los centros y servicios sanitarios de la Administración General del Estado, incluyéndose también el personal estatutario del Instituto Social de la Marina (Disp. Adic. 11ª EM). Sin embargo queda fuera de esa regulación básica el personal integrado en la red sanitaria militar (Disp. Adic. 13ª EM).

Incluso permite el EM que los servicios de salud puedan establecer la aplicación del régimen estatutario a las estructuras administrativas y de gestión del servicio de salud respectivo (Disp. Adic. décima EM).

En desarrollo de la normativa básica contenida en el EM, el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, aprobarán los estatutos y demás normas aplicables al personal estatutario de cada servicio de salud (art. 3 EM). Esto podría suponer un nuevo fraccionamiento del régimen jurídico de esta tipología de personal.

Entre las notas comunes al personal estatutario que se van a desarrollar, están la especialidad de la relación estatutaria, y la complementariedad de la relación funcional.

La especialidad del régimen jurídico del personal estatutario (art. 1 EM) descansa en la separación del régimen estatutario con respecto al régimen laboral, con su exclusión del ámbito de aplicación en el Estatuto de los Trabajadores (ET art.1.3.a) y también del régimen funcional.

El Estatuto Básico del Empleado Público³⁸⁵ (EBEP), aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, establece los principios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público, conteniendo un regulación común para el conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones públicas, más las normas legales específicas

³⁸⁴MORENO VIDA, M.N., “La situación jurídica del personal sanitario. El régimen estatutario de los profesionales de la Sanidad”, en “Comentario práctico a la legislación reguladora de la Sanidad en España”, Editorial Comares, Granada, 2007, págs. 145- 171.

³⁸⁵ SANCHEZ MORON, M., “Objeto y ámbito”, en “Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”, Dir. Miguel Sánchez Morón, Editorial Lex Nova, 2ª Edición, Valladolid, 2008, págs. 44-80.

Uno de los fundamentos de actuación establecidos por el EBEP –art. 1.3.i)- es la “evaluación y responsabilidad en la gestión”; ésta no puede confundirse con la responsabilidad disciplinaria –Título VII EBEP-; ese fundamento de actuación, es del mayor interés, pues deberá tenerse en cuenta a efectos de la promoción de la carrera, la provisión y el mantenimiento de los puestos de trabajo y para la determinación de una parte de las retribuciones complementarias vinculadas precisamente a la productividad o al rendimiento; en realidad “la continuidad misma del funcionario en su puesto de trabajo alcanzado por concurso se ha de hacer depender la de la evaluación del positiva del desempeño, pues hoy resulta ya socialmente inaceptable que se consoliden con carácter vitalicio derechos y posiciones profesionales por aquellos que, eventualmente no atiendan satisfactoriamente sus necesidades (Exposición de Motivos EBEP). Vid. SEMPERE NAVARRO, A., LUJÁN ALCARAZ, J., “Objeto y ámbito de aplicación”, en “El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008”, Ed. Comares, Granada, 2008, págs. 97-110.

al personal laboral a su servicio. Con su entrada en vigor, y su aplicación supletoria al personal estatutario en lo no previsto por la norma específica, quedaron cubiertas las lagunas normativas dejadas por ésta (EBEP art. 2.3)³⁸⁶. Aunque en otro sentido, el art. 2.3 EM refiere que esta Ley será de aplicación al personal sanitario funcionario y al personal sanitario laboral que preste servicios en los centros del Sistema Nacional de Salud gestionados directamente por entidades creadas por las distintas comunidades autónomas, en todo aquello que no se oponga a su normativa específica de aplicación y si así lo prevén las disposiciones aplicables al personal funcionario o los convenios colectivos aplicables al personal laboral de cada comunidad autónoma.

Pese a la previsión constitucional (CE art.149.1.18^a), hasta la promulgación del EBEP, no ha existido una ley general del Estado que regulase de forma completa las normas básicas del régimen funcional. Con anterioridad, la legislación básica postconstitucional de ese régimen, se contenía de forma fragmentada en tres leyes de gran trascendencia aprobadas durante la década de los años 80: Ley 30/1984, de medidas para la reforma de la función pública, Ley 53/1984 de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas y Ley 9/1987 de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

La derogación de la Ley 30/1984 a la entrada en vigor del EBEP se produjo de forma parcial. Se derogan expresamente sólo aquellos preceptos que tenían el carácter de norma básica del régimen estatutario de los funcionarios de todas las Administraciones públicas. Precisamente, el EBEP disp.derog.única b) señala cuáles son los preceptos básicos de la Ley 30/1984 derogados.

Por otra parte, las leyes de función pública de las Comunidades Autónomas así las normas reglamentarias respectivas, mantienen su vigencia también, con carácter transitorio, es decir, hasta que se dicten las leyes de función pública y normas reglamentarias³⁸⁷, pero siempre que sus preceptos no se opongan a lo establecido en el EBEP (disp.final 4^a.3).

Referido al personal estatutario de los Servicios de Salud, el art. 2.3 EBEP, determina que este personal “se regirá por la legislación específica dictada por el Estado y por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y por lo previsto en el presente Estatuto, excepto el Capítulo II del Título III (que regula el derecho a la carrera profesional y a la promoción interna), salvo el artículo 20

³⁸⁶ SEMPERE NAVARRO, A., LUJÁN ALCARAZ, J., “Objeto y ámbito de aplicación”, en “El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008”, Ed. Comares, Granada, 2008, pág. 116; señalan estos autores que “respecto del personal estatutario de los Servicios de Salud la regla general en materia de fuentes es la concurrencia entre el EBEP y su legislación específica, salvo ciertos aspectos concretos en materia de carrera profesional y régimen retributivo respecto de los que sólo rige ésta última. Y siendo así, los eventuales conflictos entre un grupo normativo y otro habrán de resolverse aplicando las reglas y criterios comunes de la interpretación y aplicación de las normas, básicamente los principios de jerarquía, antigüedad y especialidad”.

³⁸⁷ MANZANA LAGUARDA, R., “La nueva función pública”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013. Escribe este autor que el EBEP diseñó un modelo flexible de empleo público, y concedió a las Comunidades Autónomas el más amplio margen competencias para regular sus respectivas funciones públicas de la forma más conveniente para atender eficazmente a sus necesidades, pero éstas son reacias a ejercer sus competencias; mecanismos como la planificación, la evaluación del desempeño y de los resultados, o la creación de la función directiva profesional, duermen en manos de los legisladores autonómicos y sus respectivas Administraciones.

(evaluación del desempeño, que sí es aplicable), y los arts. 22.3, 24 (referidos a las retribuciones complementarias) y 84 (movilidad voluntaria entre Administraciones públicas)”. Incluso, el art. 2.4. EBEP, añade que “cada vez que este Estatuto haga mención al personal funcionario de carrera se entenderá comprendido el personal estatutario de los Servicios de Salud. Las lagunas existentes en la relación estatutaria se complementan por tanto, con la normativa funcional.”

Esto es algo que ya la doctrina jurisprudencial dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (STS Sala 4ª, 17.10.1991, rec. 591/1991), venía aplicando, quebrando una arraigada línea jurisprudencial anterior declarativa de que la relación estatutaria se hallaba más próxima a la relación laboral que a la funcional y que, por ello, las lagunas jurídicas existentes en dicha relación se integraban con la normativa laboral.

El EBEP, teniendo en cuenta la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas establecido en la Constitución, considera que el régimen de función pública no puede configurarse sobre la base de un sistema homogéneo y único, y por ello regula la legislación “básica” y remite a partir de ahí a las leyes de función pública que se dicten en su desarrollo por las Comunidades Autónomas, y que, lógicamente afectarán también al personal estatutario de los servicios de salud. En sentido contrario, el EM pretende una homogeneización de las relaciones de empleo existentes en los diversos centros, instituciones o servicios de salud. Así, su Disp. Adic. 5ª, prevé que en los mismos se establezcan procedimientos para la integración directa, con carácter voluntario, en la condición de personal estatutario, de quienes presten servicios en dichos centros, instituciones y servicios de salud con la condición de funcionario de carrera o en virtud de contrato laboral fijo (con categoría y funciones equivalentes a las que tenían reconocidas). Igual previsión se establece para el personal temporal y funcionario interino, que podrían integrarse directamente en la condición de personal estatutario temporal, en la categoría, titulación y modalidad que corresponda.

La opción preferente por el personal estatutario, se desplaza por el personal laboral cuando se empleen otras formas de gestión sanitaria, como por ejemplo las fundaciones y las sociedades mercantiles. Incluso en los centros sanitarios bajo el modelo de gestión directa, el personal estatutario, coexistirá con personal laboral, como es el caso de los médicos internos residentes, sometidos a una relación laboral especial (RD 1146/2006, de 6 de octubre).

El Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) es la norma clave para conocer el régimen jurídico aplicable al personal funcionario y laboral que presta servicios en el Sistema Nacional de Salud. Se aplica (art. 2.1 EBEP) al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de la Administración General del Estado, Administración de las Comunidades Autónomas y Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas. Quiere ello decir, que en las Comunidades Autónomas, que han asumido las competencias para la gestión de la asistencia sanitaria, se aplica al personal funcionario y laboral, en lo que proceda, que trabaje en los Organismos autónomos autonómicos, las Entidades autonómicas de derecho público cuya actuación se rige por el derecho privado y por el derecho público, en las Agencias y los consorcios autonómicos, creados como formas de gestión sanitaria.

En conclusión, el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, y por ende, en el Sistema Nacional de Salud se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos del EBEP que así lo dispongan (Art. 7 EBEP).

Pero hay que hacer una matización respecto al régimen jurídico aplicable al personal laboral de las Sociedades mercantiles autonómicas y las Fundaciones públicas autonómicas que gestionan asistencia sanitaria pública y que están englobadas en la Entidades del sector público estatal, autonómico y local, no estén incluidas en el art. 2 EBEP. En esos supuestos, el personal se rige por el Derecho del Trabajo, pero se le aplican los siguientes principios del EBEP (Disp. Adic. primera EBEP): Deberes de los empleados públicos. Código de conducta (art. 52: Deberes de los empleados públicos. Código de conducta; art. 53: Principios éticos; art. 54: Principios de conducta) y el Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio (art. 55: Principios rectores; art. 59: Personas con discapacidad).

Uno de los ámbitos de actuación de la Administración en los que se ha asentado con más fuerza la utilización del Derecho privado es el empleo público, y en concreto en el sector sanitario. Ahora su bien, su utilización en el ámbito del personal tiene límites.

Ante este fenómeno, una de las reservas parciales cuya existencia más ha reiterado la doctrina, es la relativa a la selección y régimen jurídico del personal de la Administración Pública. Así, se justifica la existencia de esta reserva de Derecho Administrativo frente al Derecho laboral en el hecho de que la CE establece una reserva de ley para el estatuto de los funcionarios públicos (art. 103.3 CE) y atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre las bases del régimen jurídico de los funcionarios públicos, a fin de garantizar a los ciudadanos un tratamiento igual ante la Administración (art. 149.1.18ª CE).

Junto a ese argumento, hay otros tres, que podrían justificar la inconstitucionalidad de la contratación laboral del personal al servicio de la Administración Pública: a) la no admisibilidad expresa de relaciones de Derecho privado o laboral entre la Administración Pública y sus empleados; b) la discriminación contraria al principio de igualdad reconocida en el art. 14 CE producida entre el personal laboral y funcionario y c) la contradicción existente entre el carácter tuitivo del Derecho laboral y el principio de interés público inmanente en la relación funcional, afirmando que el principio de eficacia “parece garantizado en mayor medida con un régimen de Derecho Administrativo creado e interpretado, lo mismo que la jurisdicción Contencioso-Administrativa, en función de asegurar la prioridad y superioridad de los intereses y necesidades del servicio.

A pesar de esos argumentos, lo cierto es que el art. 103.3 CE se limita a establecer que el acceso a la función pública se hará conforme a los principios de mérito y capacidad y que la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones, reservando al Estado el 149.1.18ª CE la competencia exclusiva para establecer “las bases del régimen estatutario de sus funcionarios. Del tenor literal de estos preceptos, se deduce que en la Constitución, no recoge una prohibición expresa de contratación laboral en el seno de la Administración. Se trata, en todo caso, de una opción preferente, por el modelo funcional, que no impide que la Administración disponer de personal en régimen de contratación laboral. Además se constata, que las

Administraciones Públicas, acuden cada vez con mayor frecuencia a la a este tipo de contratación.

El TC, partiendo de la licitud de regímenes jurídicos distintos para el personal estatutario y para el personal laboral (SSTC 170/1988, de 29 de septiembre y 33/1991, de 14 de febrero), ha afirmado que la Constitución ha optado, con carácter general, por el establecimiento de una relación funcional, y que la contratación laboral debe constituir una excepción en el ámbito de la Administración Pública (STC 99/1987, de 11 de junio). En consecuencia, sólo por ley, del Estado o de las Comunidades Autónomas, se puede determinar los casos en que esa regla general podía excepcionarse.

En línea con lo anterior, un reconocimiento explícito de la existencia del personal laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas, está en el EBEP, que se aplica (art. 2.1) al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de la Administración General del Estado, Administración de las Comunidades Autónomas y Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, y en el ámbito de las Comunidades Autónomas, que han asumido las competencias para la gestión de la asistencia sanitaria, se incluyen los Organismos autónomos autonómicos, las Entidades autonómicas de derecho público cuya actuación se rige por el derecho privado y por el derecho público, las Agencias y los consorcios autonómicos.

A pesar de este intento del legislador por separar el perfil y contenido de los puestos de trabajo que se puedan desempeñar por personal funcionario o por personal laboral de la Administración Pública, en realidad son escasas las diferencias de régimen jurídico que los separa, fundamentalmente gracias a la asunción por el régimen de la función pública de las conquistas jurídicas del Derecho de Trabajo. Así, frecuentemente, puestos de trabajo con idéntico perfil y contenido son desempeñados de forma aleatoria por personal funcionario o personal laboral. Se puede decir que asistimos, en última instancia, a una difuminación de la barrera entre las tareas públicas y privadas.

En el ámbito sanitario, esta difuminación es especialmente clara, si atendemos que con carácter general, el art. 2.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco, del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (EM), prevé su aplicación “al personal sanitario funcionario y al personal sanitario laboral que preste sus servicios en los centros del Sistema Nacional de Salud gestionados directamente por entidades creadas por las distintas Comunidades Autónomas (...), en todo aquello que no se oponga a su normativa específica de aplicación y si así lo prevén las disposiciones aplicables al personal funcionario o los convenios colectivos de cada Comunidad Autónoma”.

En relación con la extensión de las normas de jornada y descanso, la DA 2ª del EM, establece que “dicho régimen será de aplicación (.....) al personal de los centros vinculados o concertados con el Sistema Nacional de Salud, cuando tales centros estén formalmente incorporados a una red sanitaria pública”. Esto persigue establecer un régimen común aplicable con carácter general y garantizar un funcionamiento armónico y homogéneo de todos los centros y servicios de salud, con independencia del tipo de personal y del lugar de prestación de servicios. Aunque estos objetivos son muy positivos para el SNS, resulta criticable que, primero se afirme, la posibilidad y viabilidad de establecimiento de personal sanitario de naturaleza laboral, para luego, a continuación, acercar su régimen jurídico al del personal estatutario.

Una importante contradicción con la opción constitucional, defendida por el TC por el régimen estatutario para los empleados públicos, es la previsión del art. 55.1 LOFAGE, que somete en bloque al personal de las entidades públicas empresariales al Derecho del Trabajo. No resulta conforme al régimen estatutario, que debe presidir la función pública, la previsión de un bloque de Organismos Públicos, como son las entidades públicas empresariales, sometidas íntegramente al Derecho laboral, sin discriminar entre las funciones verdaderamente realizadas. Hay numerosos ejemplos que contradicen abiertamente la posición mantenida por el TC al optar claramente por el Derecho del Trabajo, como ocurre con la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades que establece nuevas categorías de personal docente en régimen laboral.

Parece que la realidad se aparta de la jurisprudencia constitucional, que sostiene que de la CE se puede extraer una caracterización general de las relaciones laborales de la Administración como estatutarias o funcionariales.

La proliferación y extensión del personal laboral en la Administración Pública ha de atribuirse a que se ha consolidado la idea de que el régimen laboral resulta mucho más adecuado que el Derecho estatutario para que la Administración pueda adaptarse a las constantes y cambiantes necesidades sociales que ha de satisfacer. Sin embargo, en los últimos años y bajo el impulso de la jurisprudencia constitucional, se ha producido un intenso proceso de funcionarización de puestos laborales, que pretende convertir en funcionarios al personal laboral que hasta entonces desempeñaba estas labores, a veces con notable merma de los principios de mérito y capacidad.

En todo caso, hay que recordar que el régimen funcionarial, puede ser el más adecuado para salvaguardar el ejercicio de determinadas funciones que requieren especiales dosis de independencia y objetividad. El resto de funciones que no precisen esas notas, pueden ser desempeñadas, sin ningún inconveniente, por personal sometido al Derecho del Trabajo, puesto que realizan semejantes o idénticas funciones que las desempeñadas por los mismos profesionales en la empresa privada, como ocurre, por ejemplo, con los médicos y enfermeros.

No es que el régimen funcionarial sea el único sistema para lograr una mayor objetividad, imparcialidad e independencia, sino el que mejor garantiza el cumplimiento de estos objetivos, por su carácter permanente, de estabilidad e independencia en el desarrollo de las funciones públicas que tienen encomendadas.

En la actualidad, un equilibrio debe caracterizar a la Administración Pública. Existen determinadas funciones que, por ser especialmente sensibles, deben quedar reservadas al ejercicio por funcionarios públicos y sometidas al Derecho Administrativo.

El EBEP en su art. 9.2, es claro, al establecer que el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca. Así por ejemplo, la Inspección de Servicios Sanitarios será ejercida por funcionarios.

Sin embargo, por otro lado, las actividades que en la actualidad asumen los poderes públicos son tan variadas y precisan de tal agilidad que el recurso a las formas jurídico-privadas y al Derecho privado es absolutamente necesario y reservarlas a las formas jurídico-públicas o al Derecho Administrativo resulta innecesario, cuando no contraproducente.

Pero la Administración Pública, al contratar a su personal laboral, no puede actuar como cualquier empresario privado.

No se pueden olvidar los principios de igualdad, mérito y la capacidad como principios rectores de la selección del personal al servicio de las Administraciones públicas, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas, los cuales son sólo, algunos de los aspectos esenciales del modelo estatutario que la CE se encarga de resaltar. En todo caso, ha de tenerse en cuenta que la aplicación en la Administración Pública del Derecho del Trabajo, cuando proceda de acuerdo con la legislación vigente, no puede realizarse sin tomar en consideración esos criterios de modulación y adaptación.

La exigencia del cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad se puede lograr, con independencia de la modalidad contractual que se utilice. Así se ha aplicado, por los Tribunales en la selección de todo el personal de las Administraciones Públicas, con independencia del régimen funcional o laboral que después resulte aplicable.

El acceso en condiciones de igualdad impide cualquier diferencia de trato que carezca de una justificación razonable y objetiva a la luz de los principios de mérito y capacidad. Estos principios resultan contrariados cuando se convocan pruebas de acceso restringido sin un fundamento lógico y objetivo.

La progresiva adaptación del Derecho del Trabajo a las características de la Administración Pública se materializa por ejemplo en art. 55 EBEP, que establece unos principios comunes a los procedimientos de selección del personal. Así, las Administraciones Públicas, los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculados o dependientes de aquellas, seleccionaran a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad así como los siguientes: Publicidad de las convocatorias y sus bases, transparencia, imparcialidad y profesionalidad de los órganos de selección, independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección, adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar, agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.

Otro ejemplo similar se encuentra en el art. 55.2 b) LOFAGE, para la selección del personal no directivo de las entidades públicas empresariales.

Por el contrario, un ejemplo de las dificultades de adaptación del Derecho laboral a las peculiaridades de la Administración Pública se encuentra en los efectos que produce la sanción prevista en el ordenamiento laboral en los supuestos de abuso de la contratación temporal.

En general, la contravención de la prohibición del encadenamiento de contratos dentro de un tiempo determinado legalmente de un mismo trabajador, provoca, en el Derecho del Trabajo, la conversión de la relación laboral en fija (art. 15.5 ET).

Pero la aplicación de esta regla en el ámbito de la Administración ha llevado a sortear los principios de mérito y capacidad y publicidad a través de la connivencia de los responsables de la Administración y los empleados, a los que bastaba con demandar a la Administración una vez transcurridos el tiempo antes referido de relación contractual, para pasar a ser personal fijo.

Sobre estas cuestiones se ha pronunciado la jurisprudencia ordinaria, de una forma un tanto oscilante, hasta que finalmente se ha impuesto un línea jurisprudencial

ecléctica que trata de aunar el cumplimiento de los principios de mérito, capacidad y publicidad con la obligación de la Administración de cumplir las determinaciones de la normativa laboral en todos sus términos. Esta conciliación se consigue gracias a la distinción entre los conceptos de contratación indefinida y empleado fijo de plantilla, de forma que el incumplimiento de la Administración en materia de contratación temporal no permite convertir al trabajador en afectado como “fijo de plantilla”, puesto que contravendría los principios que deben regir el acceso a la función pública, pero sí permiten su consideración como contratado indefinido. Ello no impide que el trabajador tenga derecho a seguir prestando sus servicios indefinidamente en la Administración hasta que su puesto se provea según los requisitos legal y reglamentariamente establecidos.

El Estatuto de los Trabajadores, en su art. 15.5 y 9, impone un límite a la utilización sucesiva de contratos de duración determinada al considerarla una fuente potencial de abusos en perjuicio de los trabajadores, que opera haciendo abstracción de la existencia de posibles razones objetivas justificativas de la reiteración de los contratos temporales, y de la existencia de fraude de ley, configurando un mecanismo automático de transformación de la relación laboral temporal en indefinida.

Así, se establece un plazo máximo de duración en la sucesión de contratos temporales celebrados con el mismo trabajador para desempeñar el mismo o diferente puesto de trabajo cuya superación se sanciona con la transformación automática de la relación en fija. Con esta fórmula se pretende luchar contra los abusos derivados del recurso prolongado a sucesivos contratos de trabajo de duración determinada concertados con el mismo trabajador, y evitar que su utilización soslaye su función normal. Tras pasado un umbral que se estima razonable, la temporalidad de la relación se considera abusiva por mandato legal, sin necesidad de acreditar el carácter fraudulento o abusivo de la práctica empresarial. No existe, por tanto, una prohibición de renovar, incluso en varias ocasiones, contratos de duración determinada entre las mismas partes. Simplemente, se instituye una medida encaminada a regular su uso para impedir que los trabajadores se mantengan demasiado tiempo en una situación de precariedad.

Según la regla legal adquieren la condición de fijos los trabajadores que en un período de 30 meses hayan sido contratados para desempeñar el mismo o diferente puesto de trabajo en la misma empresa o grupo de empresas durante un plazo superior a 24 meses, con o sin solución de continuidad, mediante dos o más contratos temporales, bajo alguna de las modalidades que se especifican, y tanto si han sido concertados directamente con la empresa o grupo o con la intermediación de una o más empresas de trabajo temporal.

La regla se aplica tanto a los empleadores del sector privado como a las Administraciones públicas y demás entidades del sector público, pero en este caso el efecto que provoca la superación del límite en el encadenamiento contractual no es la fijeza de la relación, sino la adquisición de la condición de trabajador indefinido, no fijo, pues aquella está condicionada a la superación de las pruebas de ingreso derivadas de una convocatoria pública para la cobertura de la plaza, presidida por los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (arts.23 y 103 CE; arts. 19 s. Ley 30/1984; art. 55 Ley 7/2007 ; disp.adic.15ª ET). El trabajador ha de continuar desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura a través de los procedimientos ordinarios, momento en el que se produce la extinción de la relación laboral, salvo que acceda a empleo público, superando el correspondiente

proceso selectivo, y sin perjuicio de otras posibles medidas apropiadas para sancionar la conducta de la Administración (TJCE 7-9-06, C-53/04 apartado 57).

La aplicación de la regla del límite al encadenamiento de contratos prevista en el art. 15.5 ET, en el ámbito de las Administraciones Públicas, tiene una matización por la propia Ley. En lo que respecta al elemento personal, sólo se tienen en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones públicas sin que formen parte de ellas, a estos efectos, los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas. En lo que concierne al elemento contractual, no se tienen en cuenta las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la LO 6/2001, de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley, es decir no se aplica la regla (disp.adic.15ª.3 ET).

En definitiva, en la actualidad, en la Administración Pública existen determinadas funciones que por ser especialmente sensibles, quedan reservadas al ejercicio por funcionarios públicos y sometidas al Derecho Administrativo. Pero junto a esto, también es necesario que la Administración, para actuar de una forma más ágil, y flexible, pueda contratar en régimen de Derecho privado laboral, aunque en estos casos, no le esté permitido actuar como la haría un empresario privado, sino que la aplicación en la Administración Pública del Derecho laboral, cuando proceda conforme a la legislación vigente, no puede realizarse sin tomar en consideración criterios de modulación y adaptación. Eso es precisamente lo que regula el EBEP. A efectos de gestión, el signo distintivo del EBEP “es el reforzamiento del principio de flexibilidad del trabajo subordinado y del principio de rendimiento, que en el marco de las Administraciones Públicas se especifica, y traduce, por el principio de eficiencia administrativa. Pero en todo caso, estamos ante una aportación necesaria e importante para la Gobernanza y el buen gobierno del empleo público³⁸⁸”.

5.2. Clasificación del personal del Sistema Nacional de Salud

Antes de adentrarnos en la clasificación del personal del Sistema Nacional de Salud, propiamente dicho, señalaremos que el EBEP³⁸⁹, como telón de fondo, en su Título II, dedicado a regular las clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas, intenta dar una definición lo más omnicomprendiva de empleado público, considerando como tal, a quienes desempeñe funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales (at. 8.1. EBEP). Se trata de una definición que plantea dudas, pues podría deducirse de ella, que quedan también incluidos los titulares de los órganos superiores y directivos que tienen, además, la consideración de altos cargos y cuya designación se realiza por nombramiento del Consejo de Ministros (art. 6 LOFAGE) o de Consejo de Gobierno de Comunidad Autónoma o Entidad Local, ya que también puede considerarse, que

³⁸⁸ MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., “Gobernanza y políticas de buena Administración: El Estatuto Básico del Empleado Público”, en “El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008”, Ed. Comares, Granada, 2008, pág. 57.

³⁸⁹ SANCHEZ MORON, M., “Clases de Personal”, en “Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”, Dir. Miguel Sánchez Morón, Editorial Lex Nova, 2ª Edición, Valladolid, 2008, págs. 84-97.

desempeñan funciones retribuidas servicio de los intereses generales, como dice el precepto.

Por consiguiente, la única nota que merece ser destacada de esta insuficiente definición es la del desempeño de funciones en las Administraciones públicas, lo que significa que quedan incluidos en el concepto sólo quienes ocupan o desempeñan un puesto de trabajo dentro de la organización administrativa.

De esta clasificación se desprende que el concepto de empleado público no tiene ninguna relevancia jurídica. Es simplemente un recurso del legislador para agrupar las distintas clases de personal. No se ha creado, pues, una nueva categoría jurídica de empleado público que fuese un híbrido de personal funcionario o laboral. El concepto de empleado público tiene un puro valor nominal que sirve, no obstante, para poner de relieve la aproximación que realiza el EBEP entre ambos regímenes jurídicos, el estatutario y el laboral. Acercamiento simplemente de regímenes jurídicos, pues en ningún momento existe la menor confusión o dilución de un régimen jurídico en otro, ni privar de su condición de funcionario a quien la tenga adquirida, ni convertir en funcionarios por ministerio de la ley a quienes no los son.

Se excluye, pues, el personal que, también de forma retribuida, realice trabajos al servicio de las Administraciones públicas bajo cualquiera de las formas que reviste el fenómeno de externalización de la gestión de servicios públicos (por ejemplo, los contratados por una empresa de servicios aunque sus retribuciones procedan indirectamente de fondos públicos y trabajen en una sede administrativa; o los empleados privados que realicen actividades de interés general que se sostienen con subvenciones públicas, como son los centros docentes concertados).

5.2.1. Personal estatutario

Dicho esto, centrándonos en el personal estatutario de los Servicios de Salud, su clasificación se regula en el Capítulo II del EM. Utiliza esta norma unos criterios de clasificación básicos, que son la función desarrollada, el nivel del título exigido para el ingreso y el tipo de nombramiento, estableciéndose a su vez, una clasificación por cada uno de esos criterios. Estas modalidades de ordenación del personal sanitario utilizan criterios usuales y tradicionales en el ámbito sanitario, señalando con más fuerza las diferencias de régimen jurídico de este personal.

De acuerdo con la función desarrollada, el EM establece la siguiente división: personal estatutario sanitario y personal estatutario de gestión y servicios. Los otros dos criterios se proyectan sobre ambas categorías.

Según el art. 6 EM, “es personal estatutario sanitario el que ostenta ésta condición en virtud de nombramiento expedido para el ejercicio de una profesión o especialidad sanitaria” y es personal estatutario de gestión y servicios, según el art. 7 EM “quien ostenta tal condición en virtud de nombramiento expedido para el desempeño de funciones de gestión o para el desarrollo de profesiones u oficios que no tengan carácter sanitario”.

Atendiendo al nivel de titulación exigida para el ingreso, el personal sanitario se clasifica en personal con formación universitaria y personal de formación profesional.

Respecto al personal de gestión y servicios, el EM distingue entre personal con formación universitaria y otro personal, referido a categorías en las que se exige certificación acreditativa de los años cursados y de las calificaciones obtenidas en Educación Secundaria, o título y certificación equivalente. Actualmente, hay que tener en cuenta la regulación de las nuevas titulaciones en el ámbito del Espacio Europeo de Educación Superior, habiéndose hecho eco el legislador, en el EBEP, art. 76, en el que se contempla ya que para acceder al Grupo A se exigirá estar en posesión del título universitario de Grado.

La concreción de estas tipologías de personal estatutario exige atender a la Ley 44/2003, de ordenación de las profesiones sanitarias, que determina e identifica las profesiones sanitarias, tituladas y reguladas. Esta Ley distingue entre licenciados sanitarios, profesiones sanitarias con nivel de diplomatura. También distingue entre profesionales del área sanitaria de formación profesional, de grado superior y de grado medio.

La principal diferencia con la legislación anterior –los tres estatutos de personal de las instituciones sanitarias derogados por el EM- se refiere a la supresión de la distinción entre personal médico y personal sanitario no facultativo, que quedan ahora englobados en la categoría general de personal sanitario, en la que se ha introducido una distinción en virtud de la titulación exigida para el ingreso.

Hay que considerar en base al art. 3 EM, la posibilidad de que, a través de las diversas regulaciones autonómicas de desarrollo del EM, se pudiera mantener una diversidad de Estatutos de Personal similar a la anterior (Estatuto del personal médico, del personal sanitario no facultativo y del personal no sanitario). En este sentido, la Disp. Transitoria Sexta, 1 b) del EM, mantiene vigentes, en tanto se procede a su regulación en cada servicio de salud, las disposiciones relativas a categorías profesionales del personal estatutario y a las funciones de las mismas contenidas en los anteriores Estatutos.

Atendiendo a la duración del vínculo jurídico entre el personal estatutario y los servicios de salud, el EM distingue entre personal estatutario fijo (art. 8) y personal estatutario temporal (art.9).

Es personal estatutario fijo el que, una vez superado el correspondiente proceso selectivo, obtiene un nombramiento para el desempeño, con carácter permanente de las funciones que de tal nombramiento se deriven.

Los servicios de salud podrán nombrar personal estatutario temporal por razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario.

Se establecen tres modalidades de nombramientos de personal estatutario temporal: interinidad, de carácter eventual o de sustitución.

Aunque estas tres tipologías de personal estatutario temporal ya estaban presentes en la Ley de 5 de octubre de 1999, de selección y provisión de plazas de personal estatutario de los servicios de salud, su regulación supone una clara apuesta legal por introducir una mayor flexibilidad en las formas de prestación temporal,

especialmente evidente en la regulación del personal estatutario temporal de carácter eventual.

El nombramiento de carácter interino se expedirá para el desempeño de una plaza vacante de los centros o servicios de salud, cuando sea necesario atender las correspondientes funciones. Se acordará el cese del personal estatutario interino cuando se incorpore personal fijo, por el procedimiento legal o reglamentariamente establecido, a la plaza que desempeñe, así como cuando dicha plaza resulte amortizada.

El nombramiento de sustitución se expedirá cuando resulte necesario atender las funciones de personal fijo o temporal, durante los períodos de vacaciones, permisos y demás ausencias de carácter temporal que comporten la reserva de la plaza. Se acordará el cese del personal estatutario sustituto cuando se reincorpore la persona sustituida, así como cuando ésta pierda su derecho a la reincorporación a la misma plaza o función.

El supuesto más problemático es, sin duda, el del personal estatutario temporal de carácter eventual. La gran amplitud de circunstancias en que se puede utilizar esta figura y la escasa delimitación de las mismas, en las que puede llevarse a cabo su nombramiento, lo ha convertido en un cajón de sastre a utilizar por los centros sanitarios. Constituye una auténtica cláusula general que permite un uso normalizado del mismo, desplazando otros mecanismos utilizados hasta ahora de manera generalizada, como la interinidad por vacante, dejando en manos de los servicios de salud su utilización con gran amplitud, tanto para necesidades realmente temporales como ordinarias.

El nombramiento de carácter eventual se expedirá en los siguientes supuestos:

- Cuando se trate de la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria. A diferencia de la interinidad, que se utiliza para cubrir una vacante, previamente delimitada, el personal eventual se nombra para atender una necesidad extraordinaria o esporádica.
- Cuando sea necesario para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios.
- Para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria. Este supuesto constituye la principal novedad respecto de la regulación anterior.

Se acordará el cese del personal estatutario eventual cuando se produzca la causa o venza el plazo que expresamente se determine en su nombramiento, así como cuando se supriman las funciones que en su día lo motivaron. Sería muy acertado que las normativas autonómicas pudieran concretar más estos supuestos, aunque es poco probable.

La regulación del personal estatutario eventual por el EM, supone dejar en manos de las administraciones sanitarias un amplio margen de discrecionalidad. Para prevenir posibles abusos, el art. 9.3 EM prevé que si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, procederá el estudio de las causas que lo

motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro. Esta cláusula de garantía deriva en última instancia de la Directiva 99/70/CE sobre relaciones de duración determinada. En realidad es una garantía muy debilitada, ya que el EM no establece la conversión automática, ni reconoce un derecho a ello, ni siquiera cuando se detecte una situación de fraude, sino tan sólo la obligación de la Administración de estudiar las causas que motivaron estos nombramientos para valorar la procedencia de crear una plaza estructural en la plantilla del centro. Es de gran interés, realizar una comparación con la previsión del art. 15.5 ET para el personal laboral, como se verá más adelante, que establece un límite a la utilización sucesiva de contratos de duración determinada.

El art. 9.5 EM establece el régimen jurídico aplicable al personal estatutario temporal. A este, le será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general del personal estatutario fijo.

5.2.2. Personal funcionario

Volviendo al marco general establecido por el EBEP, su art. 8.2, distingue a los empleados públicos, según la naturaleza jurídica del vínculo que les une a la Administración, clasificándolos en Funcionarios de carrera³⁹⁰, Funcionarios interinos, Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal y Personal eventual. Esta norma, la ordenar la actividad profesional (Título V), establece que las Administraciones Públicas estructurarán su organización a través de relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares que comprenderán, al menos, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias.

Los funcionarios se agrupan en cuerpos, escalas, especialidades u otros sistemas que incorporen competencias, capacidades y conocimientos comunes acreditados a través de un proceso selectivo. Los cuerpos y escalas de funcionarios se crean, modifican y suprimen por Ley de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

Los cuerpos y escalas se clasifican, de acuerdo con la titulación exigida para el acceso a los mismos, en los siguientes grupos del personal funcionario de carrera:

Grupo A, dividido en dos Subgrupos A1 y A2. Para el acceso a los cuerpos o escalas de este Grupo se exigirá estar en posesión del título universitario de Grado. En aquellos supuestos en los que la Ley exija otro título universitario será éste el que se tenga en cuenta. La clasificación de los cuerpos y escalas en cada Subgrupo estará en función del nivel de responsabilidad de las funciones a desempeñar y de las características de las pruebas de acceso.

³⁹⁰ El art. 9.1 EBEP, en la definición que ofrece de los funcionarios de carrera, sigue considerando que la relación jurídica tiene naturaleza estatutaria. Conforme a nuestra doctrina jurídica eso significa que el funcionario público se encuentra en una situación impersonal y objetiva, cuyos perfiles, es decir los derechos y deberes que comprende, dependen de lo que en cada momento establezcan las leyes y reglamentos aplicables. Véase por ejemplo, PARADA VAZQUEZ, J. R., "Derecho Administrativo I, Organización administrativa y Empleo público", Madrid: Open, 2013, págs. 443 y ss.

Grupo B. Para el acceso a los cuerpos o escalas del Grupo B se exigirá estar en posesión del título de Técnico Superior.

Grupo C. Dividido en dos Subgrupos, C1 y C2, según la titulación exigida para el ingreso. C1: título de bachiller o técnico y C2: título de graduado en educación secundaria obligatoria.

Una de las novedades más interesantes que aporta el EBEP en su art. 13, es la regulación, por escueta que sea, del personal directivo, rompiendo en cierta medida, el predominio del sistema de confianza política para el desempeño de cargos de dirección en casi todas las épocas de nuestra historia y en todas las Administraciones Públicas³⁹¹.

A la vista de la clasificación de los empleados públicos que hace el EBEP, queda claro que este no ha querido alterar en modo alguno la situación existente antes de su aprobación, en gran medida caótica e irracional, dejando a cada nivel de la Administración Pública la decisión final sobre la evolución deseada. Puesto que no todas las Administraciones Públicas están obligadas a mantener la misma proporción de unos colectivos y otros, parece claro que en atención al reparto que haga cada nivel podemos identificar un modelo u otro de empleo público. Pro lo tanto, la prometida búsqueda de coherencia, una vez más, queda, cuando menos, en entredicho³⁹².

5.2.3. Personal laboral

Es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas³⁹³. En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal (art. 11 EBEP). Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial (art. 13.4 EBEP).

Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto establecerán los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, respetando en todo caso que el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos (art. 9.2 EBEP). Aquellas Comunidades Autónomas que hayan reflexionado sobre los límites del modelo dual – personal funcionario/personal laboral- y evidenciado sus contraindicaciones, podrán reducir la presencia del personal laboral en este ámbito, siempre que a cambio, introduzcan en una mayor flexibilidad, con el margen permitido por el EBEP, en la gestión del personal funcionario. El EBEP no habrá conseguido la racionalización pretendida a nivel de todo el Estado, puesto que habrá tantos modelos como Comunidades Autónomas.

³⁹¹ JIMENEZ ASENSIO, R., “Directivos públicos”, Oñate, 2006.

³⁹² MONEREO PÉREZ, J.L., NAVARRETE MOLINA, C., “Clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas (artículos 8 a 13)”, en “El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008”, Ed. Comares, Granada, 2008, págs. 147-155.

³⁹³ SALA FRANCO, T., “El personal laboral. La relación laboral especial en el empleo público”, en “Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”, Dir. Miguel Sánchez Morón, Editorial Lex Nova, 2ª Edición, Valladolid, 2008, págs. 116-129.

Atendiendo a la duración del vínculo jurídico, el contrato de trabajo podrá celebrarse por tiempo indefinido o por duración determinada (art. 15 ET). Podrán celebrarse contratos de duración determinada, para la realización de una obra o servicio determinados, cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o excesos de pedidos así lo exigieran, aún tratándose de la actividad normal de la empresa (contratos eventuales) y cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo (contrato de interinidad por sustitución); además el Real Decreto 2720/1998, reguló en contrato de interinidad por vacante. No obstante lo anterior, también la legislación laboral contempla otros contratos de duración determinada, como por ejemplo, los formativos (art. 11 ET).

En cuanto al régimen jurídico de los contratos temporales y de duración determinada, los trabajadores que los celebren, tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la Ley en relación con los contratos formativos y con el contrato de inserción. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado.

A efectos de ordenación de la actividad profesional, el personal laboral que presta servicios en las Administraciones Públicas, se clasificará de acuerdo con la legislación laboral (art. 77 EBEP). Esta norma, a diferencia del personal funcionario, no regula la estructura del personal laboral en grupos de clasificación y la agrupación en cuerpos, escalas, especialidades u otros sistemas de ordenación.

La clasificación profesional constituye una pieza clave para determinar el régimen jurídico de la relación laboral y para concretar el contenido de la prestación. Con esta expresión se hace referencia a dos cuestiones distintas:

- El sistema de clasificación del personal, establecido dentro de la empresa mediante la negociación colectiva o acuerdo con los representantes de los trabajadores, estructurado en grupos profesionales, y cuya definición debe ajustarse a criterios y sistemas cuyo objetivo sea garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres (art. 22.4 ET).
- El contenido de la prestación laboral objeto del contrato establecido mediante acuerdo entre el empresario y el trabajador para realizar todas o parte de las funciones asignadas al grupo profesional asignado.

A través de este mecanismo jurídico se conecta al trabajador con el conjunto normativo que regula su relación laboral: delimita la prestación en principio exigible; confiere un tratamiento retributivo específico; e incide en el tiempo de prestación de trabajo, en la duración del período de prueba, en la cotización y prestaciones del Sistema de Seguridad Social y en el ejercicio de los derechos de la representación colectiva (STC nº 20/1993, 18.1.1993, rec. 141/1990).

En cuanto a su estructura, el sistema de clasificación profesional regulado en el art. 22 del Estatuto de los Trabajadores, se establece a través de grupos profesionales mediante negociación colectiva o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Tras la última reforma laboral, ha quedado eliminada

la categoría profesional como forma de estructuración del sistema (RDL 3/2012 disp. adic. 9ª; Ley 3/2012 disp. adic.9ª).

En el grupo se integran unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y puede incluir distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al trabajador. El art. 22. 4 contempla la polivalencia funcional. Cuando se acuerde la polivalencia funcional o la realización de funciones propias de más de un grupo, la equiparación debe realizarse en virtud de las funciones que se desempeñen durante mayor tiempo.

Como se ve en la legislación laboral, la negociación colectiva resulta de especial transcendencia en el desarrollo del sistema de clasificación profesional (STC 3/1983), en la medida que es el medio más eficaz para integrar las perspectivas e intereses singulares de los diversos sectores, profesiones, procesos productivos y empresas y, además, responde a las necesidades de adaptación a la organización, transformación y producción. En el convenio pueden establecerse, también, las reglas de ascenso en la empresa.

Los negociadores de un convenio colectivo pueden establecer, libremente, los grupos profesionales dentro del mismo pero deben respetar el límite establecido por las normas que habilitan el ejercicio profesional.

A través de la negociación colectiva pueden establecerse reservas y preferencias en las condiciones de clasificación profesional, de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia las personas del sexo menos representado en el grupo, categoría profesional o, en su caso, puesto de trabajo de que se trate.

Aunque los convenios no pueden establecer titulaciones como presupuesto habilitante para el ejercicio de una actividad profesional, si ello no está previsto en norma con rango de ley, pueden exigir una determinada titulación académica o profesional para acceder a un grupo profesional concreto, aún tratándose de una profesión no titulada, a fin de mantener el nivel cultural y técnico que resulte más adecuado para una actividad profesional determinada, siempre que tal exigencia no resulte arbitraria ni discriminatoria y guarde relación con el contenido funcional de la categoría.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con los títulos habilitantes de origen estatal y preceptivos para el ejercicio de una profesión, las meras exigencias del convenio no impiden la percepción de los salarios correspondientes a las funciones efectivamente desarrolladas, pues la titulación no es requerida por un fin público, sino para mantener un nivel acorde a las exigencias del puesto, pero sin transcendencia social (STS unif. doctrina 27.5.03; 29-4-03; 20.1.94; 21.2.94).

Tanto el convenio como el acuerdo de la comisión paritaria puede determinar que, a efectos de la integración en un grupo profesional, sea necesario poseer la titulación exigida en el momento de ingreso en la empresa (STSJ Illes Balears Sala de lo Social, 24.1.2002, nº 46/2002, rec. 3/2002).

Las plantillas como los requisitos precisos para el desempeño de cada puesto se determinan a través de las relaciones de puestos de trabajo (RPT) y a ellas pueden remitirse los correspondientes convenios colectivos, en cuyo caso, corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa resolver los conflictos derivados de las mismas (STSJ Galicia 30.5.07).

El incumplimiento de las formalidades establecidas convencionalmente determina la posibilidad de reclamar, ante la jurisdicción social, la nulidad de la modificación de las relaciones de puestos de trabajo, aunque ésta hubiera sido aprobada por la Comisión Ejecutiva Interministerial de Retribuciones (STS 10.9.10, Rec. 205/09; 20.9.10, Rec. 17/10).

5.2.4. Comparación entre los regímenes jurídicos

Las formas y las razones (necesidad, urgencia o para el desarrollo de programadas de carácter temporal) que el EM prevé para la temporalidad en su art. 9, coinciden, en parte, con las que se enuncian en la legislación laboral, y en concreto, en el art. 15 ET, si bien hay que matizar la justificación.

Cabe entender que dentro de la “necesidad” está la estructural de plaza vacante y de las exigencias de la propia ley para seleccionar al candidato merecedor de la adjudicación en propiedad (interinidad por vacante), pero igualmente en esta “necesidad” podrá subsumirse la ausencia temporal del titular de una plaza que, o bien directamente, o bien una provisional “corrida de escalas”, precise de una temporalidad, también correspondiente a la interinidad.

La “urgencia” podría ser homologada a la eventualidad laboral. Finalmente se configuran unas figuras similares a las “obras o servicios determinados” que en unas tareas facultativas, se concretan en “programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario”, pero cuya previa ordenación (son programas) les dota de autonomía funcional que viene a justificar su temporalidad, y simultáneamente a fijar sus inciertos límites de duración.

Formas no coincidentes son las previstas en cuanto a la sustitución, entre el art. 9.4. EM y el art. 15 del ET. Mientras el nombramiento de personal estatutario de sustitución se expedirá cuando resulte necesario atender las funciones de personal fijo o temporal, durante los períodos de vacaciones, permisos y demás ausencias de carácter temporal que comporten la reserva de la plaza, el contrato de interinidad por sustitución laboral, se celebrará para sustituir a trabajadores con derecho de reserva de puesto de trabajo, siempre que en el contrato de trabajo se especifique el nombre del sustituido y la causa de la sustitución.

Comparando el régimen de vinculación temporal del personal estatutario con el previsto en el ámbito laboral, nos lleva a pensar que el primero es más rígido por lo siguiente:

- A diferencia del régimen laboral, en ningún caso, el trabajador podrá consolidar su plaza, por cuanto ello supondría vulnerar las vías de acceso previstas legal y constitucionalmente y los principios de igualdad, mérito y capacidad que han de regirlas. En el art. 9 EM se prevé expresamente, el cese del interino, el cese del eventual y el cese del sustituto.
- En cuanto la situación de eventualidad, el art. 15 1 b) ET, prevé que en caso de que el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal (seis

meses) o convencionalmente establecida (12 meses), podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes, por una única vez, sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicha duración máxima. En la regulación estatutaria -art. 9.3-. Lo único que se contempla al respecto es que si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro, pero no se refiere ni a la duración máxima, ni permite la prórroga, con la correspondiente ampliación de la citada duración ni cualquier otra intervención de la negociación colectiva.

La clasificación profesional se estructura con una mayor rigidez en el ámbito del personal estatutario que en régimen laboral. En el modelo laboral, se caracteriza por la construcción consensuada a través de acuerdo o convenio colectivo y por la conformación genérica de los criterios clasificatorios con una clara preferencia por el grupo profesional.

Para hacer efectivo el principio de equidad territorial, los puestos de trabajo de cada centro sanitario, cuyo personal esté sometido al régimen jurídico estatutario, vienen determinados, por categorías y especialidades en las plantillas aprobadas por la Administración matriz. El centro no puede tener, con carácter estable, personal de una determinada categoría, en un número superior al que figure en plantilla. Las plantillas cerradas, una vez aprobadas, son de lenta modificación y dificultan la adaptación de los recursos humanos a las coyunturas asistenciales pues, aunque es posible la vinculación de personal extraplantilla, este siempre carecerá de una mínima estabilidad.

Si el régimen jurídico del personal es el laboral, no hay regulación al respecto, y la dotación de personal suele establecerse, con mayor flexibilidad que en el régimen público, por la Administración matriz, mediante la ley de creación. Sin embargo, puede revisarse cada año y el número de puestos de trabajo puede dimensionarse en función de la coyuntura.

Si se trata de empresas que gestionan de forma indirecta un servicio público (vinculadas a la Administración por convenios, conciertos, etc.), pueden decidir libremente sobre el volumen de su dotación, salvo que en el concierto o convenio se exija una dotación mínima determinada.

5.3. Adquisición y pérdida de la condición de personal estatutario/funcionario y laboral³⁹⁴. Provisión de plazas³⁹⁵, selección y promoción interna

5.3.1. Personal estatutario/funcionario

El Estatuto Marco se ocupa de establecer los requisitos para el acceso al empleo y para su mantenimiento del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud. Concretamente, en su Capítulo V, regula la adquisición y pérdida de la condición de personal estatutario fijo, y en el Capítulo VI, la provisión de plazas, selección y promoción interna.

En cuanto a la forma de vinculación del personal con el centro sanitario, parte el EM del principio de estabilidad en el empleo y el mantenimiento de la condición de personal estatutario fijo (Art 4 c).

Esa estabilidad en el puesto de trabajo garantiza la reducción o eliminación la discrecionalidad de los gestores y políticos, pudiendo el personal de cualquier categoría, desempeñar objetivamente sus funciones, sin que su puesto de trabajo quede a expensas de la voluntad del jefe o de afinidades políticas. Pero ese mecanismo tiene un efecto perverso, pues como dice Nieto García, “el funcionario o estatutario, una vez ganadas las oposiciones, adquiere un seguro contra el desempleo que cubre la holganza y hasta la desfachatez”, y continua diciendo, “el mecanismo es incompleto, puesto que no basta con acreditar previamente la capacitación, sino que es imprescindible, además, acreditar permanentemente el rendimiento posterior”. Además, socialmente, la plaza en propiedad supone un fuerte agravio respecto a los trabajadores del sector privado, con empleos menos estables, que ven como con sus impuestos se mantienen bolsas de ineficiencia a veces escandalosas

Los requisitos para la adquisición de la condición de personal estatutario fijo (art.20 EM) son, sucesivamente, la superación de las pruebas de selección, el nombramiento conferido por el órgano competente y la incorporación, previo cumplimiento de los requisitos formales establecidos en cada caso, a una plaza del servicio, institución o centro que corresponda en el plazo determinado en la convocatoria. Por consiguiente, no podrán ser nombrados quienes no acrediten que reúnen los requisitos exigidos en la convocatoria.

La provisión de puestos de trabajo³⁹⁶ es uno de los puntos más conflictivos de la gestión de recursos humanos, siendo uno de los aspectos fundamentales del trabajo directivo.

³⁹⁴ SANCHEZ MORON, M., “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios” y “Pérdida de la relación de servicio”, en “Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”, Dir. Miguel Sánchez Morón, Editorial Lex Nova, 2ª Edición, Valladolid, 2008, págs. 400-430. CAVAS MARTÍNEZ, F., “Adquisición y pérdida de la relación de servicio”, en “El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008”, Ed. Comares, Granada, 2008, págs. 583-619 y 661-672.

³⁹⁵ PALOMAR OLMEDA, A., “Provisión de puestos de trabajo y movilidad”, en “Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”, Dir. Miguel Sánchez Morón, Editorial Lex Nova, 2ª Edición, Valladolid, 2008, págs. 478-505.

GARCIA NINET, J.I., VICENTE PALACIO, A., “Provisión de puestos de trabajo y movilidad”, en “El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008”, Ed. Comares, Granada, 2008, págs.783-800.

³⁹⁶ MANZANA LAGUARDA, R., “Derechos y Deberes de los funcionarios públicos”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, pág. 298. Este autor considera que la provisión de puestos de trabajo en las

La provisión de plazas del personal estatutario se realizará por los sistemas de selección de personal, de promoción interna y de movilidad, así como por reingreso al servicio activo en los supuestos y mediante el procedimiento que en cada servicio de salud se establezcan. La provisión de plazas del personal estatutario³⁹⁷ se regirá por los principios básicos de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en la selección, promoción y movilidad del personal de los servicios de salud. Se establecen también los principios básicos de planificación eficiente de las necesidades de recursos y programación periódica de las convocatorias, la integración en el régimen organizativo y funcional del servicio de salud y de sus instituciones y centros, la movilidad del personal en el conjunto del Sistema Nacional de Salud, la coordinación, cooperación y mutua información entre las Administraciones sanitarias públicas y la participación, a través de la negociación en las correspondientes mesas, de las organizaciones sindicales (art. 29 EM).

De igual modo que en la provisión, la selección del personal estatutario fijo, deberá realizarse conforme a los mismos principios constitucionales, pues al configurarse configura legalmente la relación estatutaria, como funcional especial, resulta aplicable el art. 103 CE.

El procedimiento concreto de selección se regula en los arts. 30, 31 y 32 del EM. El sistema general de selección será el concurso-oposición, aunque también la Ley prevé la posibilidad de que la selección se pueda llevar a cabo exclusivamente a través del sistema de oposición, o exclusivamente a través del sistema de concurso.

En la convocatoria puede establecerse, como parte del proceso selectivo, la superación de un periodo formativo, o de prácticas, antes de obtener el nombramiento como personal estatutario fijo, salvo aquellas categorías o grupos profesionales para los que se exija título académico o profesional específico. Durante este periodo los interesados ostentarán la condición de “aspirantes en prácticas”.

El principio de objetividad inunda todo el régimen jurídico del personal estatutario con lo que se pretende eliminar todo posible componente subjetivo de los responsables de la gestión. Por ello, la selección del personal estatutario se realiza mediante pruebas selectivas basadas en los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, con el fin de garantizar la selección de aquellos que se consideran los mejores conforme a criterios que se estiman objetivos. Incluso la selección del personal temporal, se rige por los mismos principios.

Los procesos de selección sólo incluyen el análisis de los aspectos que son mensurables, por cuanto sólo así se garantiza la objetividad. Suelen ser excesivamente teóricos (temario de oposición) y no valoran ni actitudes, ni habilidades ni otros factores no objetivables.

Administraciones Públicas constituye uno de los elementos centrales de cualquier regulación, ya que la misma se sitúa en el ámbito práctico en un terreno intermedio entre los intereses de los funcionarios y las necesidades de la organización. La conciliación de ambos vectores no siempre resulta sencilla pero desde luego muestra las características diferenciales de unas y otras organizaciones.

³⁹⁷Respecto al personal funcionario de carrera, los principios básicos en la provisión de puestos de trabajo se encuentran en el art. 78 EBEP. Concretamente, la regla general está en el apartado 1 de dicho artículo: “Las Administraciones Públicas proveerán los puestos de trabajo mediante el procedimientos basados en los principios de mérito, capacidad y publicidad (...)”. Según ARROYO YANES, L.M., “Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público”, dir. Del Rey Guanter, Madrid, 2008, pag. 799, “Se trata de un recordatorio que en relación con la mayor parte de dichos principios puede ser calificado de redundante pues tanto la Constitución de 1978 (art. 23.2 en relación con el 103.3, igualdad, mérito y capacidad) como el propio Estatuto se refiere ya a ellos en sus propios articulados”.

El centro sanitario generalmente no participa de forma directa en la definición del contenido de los procesos de selección, ni en el proceso de selección en sí, con lo que en muchas ocasiones el seleccionado no encaja perfectamente en las necesidades del directivo del centro sanitario. Además el procedimiento es lento, pudiendo durar varios años, con lo que, aunque la definición de las necesidades del centro hubiera sido exactamente incluida en la convocatoria, cuando el proceso concluye las necesidades posiblemente hayan variado. Eso se agrava porque las ofertas públicas de empleo no responden a las necesidades precisas de cada centro sanitario.

A continuación es necesario el nombramiento, regulado en el art. 32 EM. El nombramiento como personal estatutario fijo, será expedido a favor de los aspirantes que obtengan mayor puntuación en el conjunto de las pruebas y evaluaciones. En los nombramientos se indicará expresamente el ámbito al que corresponde, conforme a lo previsto en la convocatoria y en las disposiciones aplicables en cada servicio de salud. Los nombramientos se publicaran en la forma que se determine en cada servicio de salud.

Finalmente, es requisito necesario la incorporación (toma de posesión), previo cumplimiento de los requisitos formales en cada caso establecidos, a una plaza del servicio, institución o centro que corresponda en el plazo determinado en la convocatoria. Especifica el art. 20.3 EM, que la falta de incorporación al servicio, institución o centro dentro del plazo, cuando sea imputable al interesado y que no obedezca a causas justificadas, provocará el decaimiento de su derecho a obtener la condición de personal estatutario fijo como consecuencia de ese proceso selectivo.

En conclusión, la constitución de la relación funcional o estatutaria se produce necesariamente por el acto administrativo del nombramiento y la aceptación mediante la toma de posesión; es decir el acceso al empleo se estructura en torno al acto del nombramiento.

No cabe recurso de casación frente a las resoluciones judiciales dictadas por las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional, revisoras de las convocatorias de pruebas selectivas para acceder a la condición de personal estatutario, pues, la condición cuasi funcional de este personal, no afecta al nacimiento de la relación de servicios de un funcionario de carrera, ya que no es estrictamente predicable del personal estatutario, y ello sin perjuicio de la indiscutible similitud entre este personal estatutario y el personal funcionario, ya que no puede olvidarse que aquél presenta ciertas peculiaridades y caracteres específicos que le dan una estructura y consistencia propias diferenciándolos de los funcionarios administrativos en sentido estricto (STS 21.2.2000, rec. 3958/1998).

Las causas de extinción de la condición de personal estatutario fijo, son las previstas con carácter general en el ámbito de las relaciones administrativas (art. 63 EBEP)³⁹⁸, y se relacionan en el art. 21 EM: la renuncia, la pérdida de la nacionalidad tomada en consideración para el nombramiento, la sanción disciplinaria firme de separación del servicio, la pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta y, en su caso, la especial para el empleo o cargo público o para el ejercicio de la correspondiente profesión; la jubilación y la incapacidad permanente.

³⁹⁸Las únicas diferencias con el EM, son que el EBEP contempla la jubilación total del funcionario y no contempla la incapacidad permanente.

La condición de personal estatutario no se pierde, ni se diluye, por no prestar sus servicios directamente para las Instituciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud, pues en caso, por ejemplo, de prestar su actividad profesional para una empresa colaboradora en la gestión de la Seguridad Social, si anteriormente el profesional sanitario había obtenido plaza en propiedad, no pierde la condición de estatutario.

Pese al principio de estabilidad en el empleo, se regula también en el EM el personal estatutario temporal. La selección de este personal, se somete a unas reglas particulares, establecidas en el art. 33 EM. Se llevará a cabo a través de procedimientos que permitan la máxima agilidad y que se basarán en los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como competencia y publicidad. Dichos procedimientos serán establecidos previa negociación en las mesas correspondientes. El personal estatutario temporal deberá cumplir los mismos requisitos establecidos en el art. 30.5 EM exigidos para poder participar en los procesos de selección de personal estatutario fijo.

El personal estatutario temporal podrá estar sujeto a un período de prueba, regulado en el art. 33.2 EM, durante el que será posible la resolución de la relación estatutaria a instancia de cualquiera de las partes. Su duración estará comprendida entre tres y dos meses, dependiendo de la cualificación del personal: tres meses para el personal estatutario sanitario y de gestión y servicios de formación universitaria y dos meses como máximo para el resto del personal. En cualquier caso, no podrá exceder de la mitad de la duración del nombramiento, si ésta se encuentra precisada en el mismo. Estará exento del período de prueba quien ya lo hubiera superado con ocasión de un anterior nombramiento temporal para la realización de funciones de las mismas características y en el mismo servicio de salud en los dos años anteriores.

Para el nombramiento de personal estatutario temporal, se suelen utilizar “bolsas de trabajo” donde los nombramientos se otorgan en función de los méritos obtenidos. Aunque quien nombra al trabajador es el propio centro, la elección del trabajador en concreto, que se va a nombrar corresponde a la “bolsa de trabajo”, que en muchas ocasiones gestionan paritariamente Administración y sindicatos.

La promoción interna y la promoción interna temporal del personal estatutario fijo, se regula respectivamente en los arts. 34 y 35 EM. La primera tiene carácter de permanencia, estableciéndose la obligación de los servicios de salud -y el correspondiente derecho, por tanto, del personal estatutario- de facilitar la promoción interna del personal estatutario fijo a través de las convocatorias correspondientes y por los sistemas de oposición, concurso u concurso-oposición, debiéndose desarrollar los mismos, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad. Se prevé también la posibilidad de convocatorias específicas si así lo aconseja la planificación o la eficacia en la gestión. Mediante esta promoción interna, y dentro de los servicios de salud de destino, el personal estatutario podrá acceder a nombramientos correspondientes a otra categoría, siempre que posea un título de igual o superior nivel académico al exigido para la categoría de procedencia. Es posible acceder, mediante promoción interna, a nombramientos correspondientes a otra categoría, sin perjuicio del número de niveles existentes entre ambos títulos, por lo que no es necesario agotar dichos niveles intermedios existentes entre la titulación con la que accedió y la nueva categoría. Para participar en los procesos selectivos para la promoción interna será requisito ostentar la titulación requerida y estar en servicio activo, y con nombramiento como personal estatutario fijo durante, al menos, dos años en la categoría de procedencia. El personal seleccionado por el sistema de promoción interna tendrá preferencia para la elección de plaza respecto del personal seleccionado por el sistema de acceso libre.

Por necesidades del servicio y en los supuestos y bajo los requisitos que al efecto se establezcan en cada servicio de salud, se podrá ofrecer al personal estatutario fijo el desempeño temporal y con carácter voluntario, de funciones correspondientes a nombramientos de una categoría superior del mismo nivel de titulación o de nivel superior, siempre que ostente la titulación correspondiente. Durante el tiempo en que realice funciones en promoción interna temporal, el interesado se mantendrá en servicio activo en su categoría de origen, y percibirá las retribuciones correspondientes a las funciones efectivamente desempeñadas, con excepción de los trienios, que serán los correspondientes a su nombramiento original. El ejercicio de funciones en promoción interna temporal no supondrá la consolidación de derecho alguno de carácter retributivo o en relación con la obtención de nuevo nombramiento, sin perjuicio de su posible consideración como mérito en los sistemas de promoción interna permanente.

Finalmente, señalar en cuanto al acceso al empleo público de los nacionales de otros Estados³⁹⁹, que los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea podrán acceder, como personal funcionario, en igualdad de condiciones que los españoles a los empleos públicos, con excepción de aquellos que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de las Administraciones Públicas (art. 57.1 EBEP). El acceso al empleo público como personal funcionario, se extenderá igualmente a las personas incluidas en el ámbito de aplicación de los Tratados Internacionales celebrados por la Unión Europea y ratificados por España en los que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores (art. 57.3 EBEP). Es decir podrían prestar servicios en el SNS, con la excepción referida.

5.3.2. Personal laboral

La relación laboral se constituye, de acuerdo con el Derecho del Trabajo, por la celebración de un contrato, escrito o verbal, expreso o tácito (artículos 1.1 y 8.1 del ET). No obstante, tenemos que acudir de nuevo al EBEP, para conocer el régimen jurídico aplicable al personal laboral que trabaja en el Sistema Nacional de Salud.

Se establecen unos principios comunes en los procedimientos de selección de los empleados de las Administraciones Públicas, los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculados o dependientes de aquellas, según los cuales, seleccionaran a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como los siguientes: publicidad de las convocatorias y sus bases, transparencia, imparcialidad y profesionalidad de los órganos de selección, independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección, adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar, agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección (art. 55 EBEP).

Esos principios rectores para el acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio, también se aplican al personal laboral de las Sociedades mercantiles

³⁹⁹ Contrasta con esta previsión, que en la situación de crisis económica que atraviesa España, el excedente de profesionales sanitarios ha buscado o está buscando, mejores horizontes profesionales, en otros países. Vid. FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., “Los profesionales altamente cualificados en el Derecho Migratorio”, Justicia Laboral, núm. 55, 2013, págs. 39-92.

autonómicas y a las fundaciones públicas autonómicas (Disp. Adic. Primera EBEP), que pueden gestionar asistencia sanitaria pública.

En cuanto al acceso al empleo público de los nacionales de otros Estados, los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros con residencia legal en España podrán acceder a las Administraciones Públicas, como personal laboral, en igualdad de condiciones que los españoles (art. 57.4 EBEP), pudiendo por tanto, desarrollar prestaciones de Servicios en el Sistema Nacional de Salud.

Los sistemas selectivos del personal laboral fijo serán los de oposición y concurso oposición, con las características establecidas en los sistemas de selección de los funcionarios de carrera (deberán incluir, en todo caso, una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación), o concurso de valoración de méritos (Art. 61.7 EBEP). La diferencia estriba en que para los funcionarios de carrera, sólo en virtud de ley podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso que consistirá únicamente en la valoración de méritos (art. 61.6 EBEP).

La provisión de puestos del personal laboral de las Administraciones Públicas debe realizarse de conformidad con lo que establezcan los convenios colectivos aplicables y, en su defecto, por el sistema de provisión de puestos y movilidad del personal funcionario de carrera (art. 83 EBEP).

El personal laboral tendrá derecho a la promoción profesional, que se hará efectiva a través de los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores o en los Convenios Colectivos (art. 19 EBEP).

Finalmente hay que referirse a la extinción de la relación laboral, debiendo acudir para ello al Estatuto de los Trabajadores directamente, al no regular esta materia el EBEP, para el personal laboral que presta servicios en las Administraciones Públicas. Las causas de extinción, mucho más numerosas que las contempladas en el ámbito funcional/estatutario, y reguladas en los arts. 49 y ss. Del ET, se pueden reordenar del siguiente modo⁴⁰⁰:

-Extinción del contrato por voluntad conjunta, inicial o sobrevenida, de las partes: Mutuo acuerdo y Cumplimiento del contrato. Esta segunda causa, comprende, la expiración del tiempo convenido, la conclusión del trabajo acordado y el cumplimiento de una condición resolutoria válidamente establecida.

- Extinción del contrato por decisión unilateral de las partes:

Voluntad del empresario⁴⁰¹: Despido disciplinario (arts. 54, 55, 56, 57 ET), despido colectivo por causas empresariales o fuerza mayor (art. 51 ET), Despido

⁴⁰⁰VIDA SORIA, J., MONEREO PEREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C.: “Manual de Derecho del Trabajo”, Editorial Comares, 2013.

⁴⁰¹SALA FRANCO, T., “Incidencia de la legislación laboral en el marco de la función pública”, Ed. INAP, Madrid, 1989; “Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas”, Vol. I .XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ed. Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, págs 2001 y ss. A juicio de este autor, el juego aplicativo de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, exige la supresión del despido improcedente y su sustitución en todos los casos de despido injustificado por el despido nulo con readmisión obligatoria del trabajador en todo caso.

por circunstancias objetivas independientes de la voluntad del trabajador (art. 52, 53 ET)

Voluntad unilateral del trabajador: Causal: Dimisión provocada (art. 50 ET) o despido “indirecto” y por decisión de la trabajadora víctima de la violencia de género (art. 49.1 m) ET), *ad nutum* (dimisión voluntaria preavisada) y Abandono.

- Extinción del contrato por la concurrencia de situaciones personales impeditivas: Muerte, jubilación o incapacidad del trabajador; muerte, jubilación o incapacidad del empresario persona física; extinción del empresario persona jurídica (empresario social)

En las causas de extinción del contrato de trabajo se encuentran importantes diferencias con el régimen jurídico funcional/estatutario,

5.3.3. Comparación entre los regímenes jurídicos del personal

En conclusión, la constitución de la relación funcional o estatutaria se produce necesariamente por el acto administrativo del nombramiento y la aceptación mediante la toma de posesión; es decir el acceso al empleo se estructura en torno al acto del nombramiento. De manera diferente, la relación laboral se constituye por la celebración de un contrato, escrito o verbal, expreso o tácito (artículos 1.1 y 8.1 del ET).

Los sistemas selectivos del personal laboral fijo serán los de oposición y concurso oposición, con las características establecidas en los sistemas de selección de los funcionarios de carrera (deberán incluir, en todo caso, una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación), o concurso de valoración de méritos (Art. 61.7 EBEP). La diferencia estriba en que para los funcionarios de carrera, sólo en virtud de ley podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso que consistirá únicamente en la valoración de méritos (art. 61.6 EBEP).

La garantía de la estabilidad en el puesto del modelo estatutario, también se manifiesta en la “salida”, por cuanto sólo puede ponerse fin a la relación estatutaria a través de la renuncia del propio personal, de la jubilación o de sanción disciplinaria, impuesta siguiendo un largo y riguroso procedimiento sancionador, que pretende excluir cualquier tipo de discrecionalidad. Es decir, a diferencia con el ámbito laboral, se trata de causas que están exclusivamente ligadas a la propia conducta del trabajador; mientras que en el régimen laboral la vinculación –indefinida o temporal- puede romperse por voluntad de cualquiera de las partes.

Los ámbitos estatutario y laboral, comparten, aunque con importantes matices, aspectos de la renuncia, la jubilación y la sanción como vías de extinción (“salida”) de la relación que une a las partes, pero la principal diferencia se halla en los despidos⁴⁰² regulados en la legislación laboral. En efecto, como se ha dicho, el ET regula despido colectivo por causas empresariales o fuerza mayor (art. 51) y el despido por circunstancias objetivas independientes de la voluntad del trabajador (art. 52, 53)

⁴⁰² FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Los expedientes de regulación de empleo en las Administraciones Públicas”, en AA.VV., “Crisis Económica y Función Pública”, Ed. Aranzadi, 2012, págs. 309-351. En la situación de crisis que afecta a las Administraciones Públicas, tiene especial relevancia el poder realizar despidos colectivos o por causas objetivas para los ajustes de plantillas de los centros sanitarios públicos, afectando lógicamente, sólo al personal laboral.

En efecto, en el ámbito del personal estatutario no cabe afectar la estabilidad de un sujeto en su puesto de trabajo, en base a una causa “económica” o de “producción”, pues la propia configuración de la Administración lo impide; las causas “tecnológicas” u “organizativas” de darse, sólo podrían tener como respuesta la movilidad del trabajador, pero no la extinción de su relación con la Administración. Por el contrario, los artículos del Estatuto de los Trabajadores 51 (despido colectivo) y 52 c) (extinción del contrato por causas objetivas), sí permiten fundamentar la extinción del contrato de trabajo en cualquiera de esas causas. Al igual ocurriría con el resto de causas que fundamentan el despido por causas objetivas.

Si bien un incumplimiento grave y culpable del trabajador puede tener como consecuencia un despido disciplinario –art. 54 ET- o la extinción del vínculo estatutario, en la normativa estatutaria, esa posibilidad está construida claramente desde la perspectiva de la “estabilidad” del funcionario y por ello se encuentra rodeada de numerosos trámites y garantías, que hacen casi imposible su efectividad en la práctica (se requiere la tramitación de un riguroso expediente disciplinario, como ya hemos dicho). En la práctica es más fácil despedir conforme al Estatuto de los Trabajadores –carácter voluntarista- que extinguir una relación funcional/estatutaria por razones disciplinarias. La actual regulación del régimen disciplinario del personal estatutario es una muestra de la imposibilidad real de gestionar eficazmente los recursos humanos de los centros sanitarios, pues las garantías que se ofrecen al expedientado frente a la acción disciplinaria son desproporcionadas, y en muchos casos no es posible imponer la sanción y cuando se hace, la dilación en el tiempo desde la comisión de la falta es tan grande que carece de sentido.

En cuanto al resto de las causas, señalar que, al que en el régimen estatutario, en el laboral se prevé la incapacidad permanente del empleado, cuestión no prevista, explícitamente, por el EBEP (este contempla la jubilación “total” del funcionario).

Tanto en el régimen funcional (art. 67) como en el estatutario (art. 26), la jubilación puede ser forzosa o voluntaria. La jubilación voluntaria siempre es a solicitud del interesado y siempre que el funcionario/estatutario reúna los requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social. Especifica en el EM, que la jubilación voluntaria, puede ser total o parcial. Sin embargo para los funcionarios no puede ser la jubilación parcial, al quedar derogado el apartado d) del art. 67 EBEP (disp. derog. única. 4 c) RD Ley núm. 20/2012).

La jubilación forzosa, se declara de oficio cumplir sesenta y cinco años. No obstante, tanto el EBEP como el EM, hacen matizaciones, al respecto.

El personal estatutario, podrá solicitar voluntariamente prolongar su permanencia en servicio activo hasta cumplir, como máximo, los 70 años de edad, siempre que quede acreditado que reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento. Esta prolongación deberá ser autorizada por el servicio de salud correspondiente, en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos (art. 26.2 EM).

También, procederá la prórroga en el servicio activo, a instancia del personal estatutario interesado, cuando, en el momento de cumplir la edad de jubilación forzosa, le resten seis años o menos de cotización para causar pensión de jubilación. Esta prórroga no podrá prolongarse más allá del día en el que el interesado complete el tiempo de cotización necesario para causar pensión de jubilación, sea cual sea el importe de la misma, y su concesión estará supeditada a que quede acreditado que reúne

la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes (art. 26.3 EM).

Los funcionarios, términos de las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto, podrán solicitar la prolongación de la permanencia en el servicio activo como máximo hasta que se cumpla setenta años de edad. La Administración Pública competente deberá de resolver de forma motivada la aceptación o denegación de la prolongación (art. 67.3 EBEP). Se observa la diferencia entre estatutarios y funcionarios para la prolongación, exigiéndose para los primeros que se tenga la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento.

En el ámbito laboral, la jubilación del trabajador es una causa de extinción del contrato de trabajo, según el art. 49.1 f) ET. En este supuesto la jubilación aparece como un derecho subjetivo del trabajador que puede ejercitar cuando cumpla los requisitos exigidos por la ley. De ahí las cautelas con que se debe contemplar cualquier regulación orientada a convertirla en la práctica en una obligación o un deber. Esa idea inspiró la reforma operada en el 2001 en el Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto-Ley 5/2001 y Ley 12/2001) que derogó su disposición adicional décima, la cual permitía a los convenios colectivos establecer cláusulas de jubilación obligatoria o forzosa, como instrumento, en el marco de una política de empleo.

Posteriormente se produjo un giro, adoptándose la legitimidad de estas cláusulas convencionales pero vinculándolas necesariamente al establecimiento de una específica política de empleo (redacción dada la disposición adicional décima ET por la Ley 14/2005 y posteriormente por la Ley 27/2011). Esa regulación se adaptaba a la doctrina constitucional (STC 280/2006, de 9 de octubre) y respetaba el ordenamiento comunitario (STJCE 16 de octubre 2007, C-411/05, caso Palacios de la Villa), en la medida que esta acepta excepciones al principio de no discriminación por razón de la edad, por “imperiosas” razones de empleo, siempre que sean proporcionadas.

Es extensa la posterior doctrina de la STJCE, de 5 de marzo 2009, condenando los condicionantes sobre jubilación forzosa para evitar su carácter discriminatorio. Estando así la situación, vuelve a producirse un cambio de rumbo en la legislación laboral, con la nueva modificación de la disposición adicional décima ET operada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, quedando redactada de la siguiente forma: “Se entenderá nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación, fijada en la normativa de Seguridad Social, cualquiera que sea la extensión y el alcance de las mismas”. Es decir se impide que la negociación colectiva introduzca en los convenios cláusulas de jubilación obligatoria o que posibiliten la misma.

La denominada “prejubilación” acordada en el marco de un expediente de regulación de empleo, no es constitutiva de esta causa extintiva, sino de la prevista para la extinción por despido colectivo en el art. 49.1.i) del ET (STS 21 enero de 1997).

5.4. Derechos y deberes del personal del Sistema Nacional de Salud

Los arts. 16, 17 y 18 EM recogen la relación de derechos y deberes del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud, constituyendo un pilar fundamental de la relación de servicios de este personal. Con posterioridad, el Estatuto Básico del Empleado Público, regulado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, también contiene un

catálogo de derechos y deberes del empleado público, que es aplicable al personal estatutario en cuanto que éste entra expresamente dentro de su ámbito de aplicación. Por consiguiente el catálogo del EM debe ser completado con el recogido en el Estatuto Básico del Empleado Público.

El catálogo de derechos y deberes del personal estatutario, regulado, como se ha dicho en el EM y en otras normas, no es una enumeración cerrada y exhaustiva, se trata de una regulación poco sistemática con deficiencias técnicas que participa del carácter mixto mantenido durante mucho tiempo respecto del personal estatutario, *tertium genus* entre el personal laboral y funcionarial.

En paralelo, el Estatuto de los Trabajadores, en sus arts. 4 y 5, recoge los derechos y deberes del personal laboral.

5.4.1. Derechos

5.4.1.1. Derechos individuales⁴⁰³

Los derechos individuales del personal estatutario, enumerados en el art. 17 EM, se pueden ordenar en tres grupos: derechos derivados de la Constitución, derechos laborales y derechos de protección social. Hay que completarlos con la regulación del art. 14 EBEP que regula los derechos individuales de los empleados públicos.

Entre los primeros, están los siguientes derechos: A que sea respetada su dignidad e intimidad personal en el trabajo y a ser tratado con corrección, consideración y respeto por sus jefes y superiores, sus compañeros y sus subordinados, a la no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, orientación sexual o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. El EBEP añade el respeto a la intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral; derecho a la libertad de expresión dentro de los límites del ordenamiento jurídico y el derecho a la libre asociación profesional.

En el bloque de los derechos laborales están los siguientes: A la estabilidad en el empleo (el EBEP recoge el derecho a la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera) y al ejercicio o desempeño efectivo de la profesión o funciones que correspondan a su nombramiento, a la percepción puntual de las retribuciones e indemnizaciones por razón del servicio en cada caso establecidas, al descanso necesario, mediante la limitación de la jornada, las vacaciones periódicas retribuidas y permisos en los términos que se establezcan, a la formación continuada adecuada a la función desempeñada y al reconocimiento de su cualificación profesional en relación a

⁴⁰³ MOLINA NAVARRETE, C., “Derechos de los empleados públicos”, en “El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008”, Ed. Comares, Granada, 2008, págs. 199-224. Aborda su análisis, distinguiendo entre Derechos individuales y Derechos individuales de ejercicio colectivo.

CASTILLO BLANCO, F.A., “Los Derechos individuales de los empleados públicos”, en “Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”, Dir. Miguel Sánchez Morón, Editorial Lex Nova, 2ª Edición, Valladolid, 2008, págs. 133-136.

LORENZO DE MENBIELA, J.B., “Derechos fundamentales de los funcionarios en la Administración: Nuevos en las organizaciones burocráticas”, Ed. Thompson Aranzadi, 2007.

ROMERO REY, C., “Los derechos individuales de los empleados públicos”, en “Estatuto Básico del Empleado Público”, La Ley-El Consultor, Madrid, 2007.

dichas funciones, a la movilidad voluntaria, promoción interna y desarrollo profesional, en la forma en que prevean las disposiciones en cada caso aplicables, a recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, así como sobre riesgos generales en el centro sanitario o derivados del trabajo habitual, y a la información y formación específica en esta materia conforme a lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, a recibir asistencia y protección de las Administraciones públicas y servicios de salud en el ejercicio de su profesión o en el desempeño de sus funciones que el EBEP concreta en la defensa jurídica y protección de la Administración Pública en los procedimientos que se sigan ante cualquier orden jurisdiccional como consecuencia del ejercicio legítimo de sus funciones o los cargos públicos, a ser informado de las funciones, tareas, cometidos, programación funcional y objetivos asignados a su unidad, centro o institución, y de los sistemas establecidos para la evaluación del cumplimiento de los mismos, así como participar en la consecución de dichos objetivos (art. 14 EBEP). Además, el EBEP ha añadido el derecho a la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

En tercer lugar, lo derechos de protección social se refieren al encuadramiento en el Régimen General de la Seguridad Social, con los derechos y obligaciones que de ello se derivan, a la jubilación, prestación incluida ya en el Régimen General y a la acción social en los términos y ámbitos subjetivos que se determinen en las normas, acuerdos o convenios aplicables.

Ese régimen de derechos individuales, será aplicable al personal temporal, en la medida en que la naturaleza del derecho lo permita.

5.4.1.2. Derechos colectivos

Avanzamos diciendo que se ha producido, prácticamente, una unificación los derechos sindicales del personal funcionario, estatutario y laboral⁴⁰⁴.

Es preciso recordar que las peculiaridades del ejercicio del derecho de sindicación de los funcionarios públicos, de acuerdo con lo que dispone la Constitución, en sus arts. 28 .1 y 103.3, deben ser reguladas por ley.

En ese marco, atendiendo a los convenios de la OIT, a los planteamientos de las organizaciones sindicales y a las demandas de los propios funcionarios públicos, la Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical (LOLS) dio un tratamiento unificado en su articulado al contenido esencial del derecho de libre sindicación reconocido en la norma suprema, incluyendo en su ámbito de aplicación a los funcionarios públicos. Teniendo en consideración las excepciones y limitaciones al ejercicio del derecho de sindicación para determinados colectivos que la propia Constitución impone, lo preceptuado en la LOLS en materia de libertad sindical, régimen jurídico sindical, representatividad sindical, acción sindical, tutela de la libertad sindical y represión de las conductas antisindicales, resulta de aplicación directa a las Administraciones públicas. En cuanto, al ámbito objetivo de la libertad sindical, es decir el derecho a la fundación o creación

⁴⁰⁴ SALA FRANCO, T., “Los derechos colectivos de los empleados públicos”, en “Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”, Dir. Miguel Sánchez Morón, Editorial Lex Nova, 2ª Edición, Valladolid, 2008, págs. 291-320.

de sindicatos, la LOLS extiende el derecho a los “empleados públicos”, sean funcionarios en sentido estricto, o bien, personal estatutario.

La LOLS es un claro ejemplo de un régimen sustancialmente unitario del derecho de libertad sindical para el personal laboral, funcionario y estatutario.

El personal estatutario ostenta, en los términos establecidos en la Constitución y en la legislación específicamente aplicable, los siguientes derechos colectivos (art. 18 EM): a la libre sindicación, a la actividad sindical, a la huelga, garantizándose en todo caso el mantenimiento de los servicios que resulten esenciales para la atención sanitaria a la población, a la negociación colectiva, representación y participación en la determinación de las condiciones de trabajo, a la reunión, a disponer de servicios de prevención y de órganos representativos en materia de seguridad laboral. Se observa que esos derechos se presentan en la Ley, con ciertas deficiencias y de forma incompleta.

Sin embargo, el art. 15 EBEP, que es aplicable a todos los empleados públicos, regula los “derechos individuales ejercidos colectivamente”, añadiendo a la relación del art. 18 EM, el derecho a plantear conflictos colectivos de trabajo y el derecho a la participación institucional, entendida por el EBEP, como el derecho de los empleados públicos a participar, a través de las organizaciones sindicales, en los órganos de control y seguimiento de las entidades y organismos que legalmente se determine (art. 31.4 EBEP), es decir es un derecho a la representación y participación en la organización y gestión.

Aunque las dos leyes referenciadas, EM y EBEP, reconocen expresamente, el derecho al ejercicio de la huelga, en el marco de la función pública existe una laguna legal, en relación con el ejercicio de este derecho fundamental, al no ser de aplicación el Real Decreto Ley 17/1977, de Relaciones de Trabajo, que circunscribe su radio de acción al ámbito de las relaciones laborales (art.1). Consecuentemente, en el marco de las Administraciones públicas, esta norma sería de aplicación tan sólo al personal laboral. No obstante lo anterior, la jurisprudencia lo ha venido aplicando como derecho supletorio a los funcionarios públicos y personal estatutario, en relación con el ejercicio del derecho de huelga, procedimiento y sus límites y a los conflictos colectivos (TS cont-adm 13-10-81, EDJ 7460 ; 30-5-94, EDJ 4980 ; 5-10-94 ; 30-11-94).

La ratificación por España de los OIT Convenios números 151 y 154 , sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración pública y sobre el fomento de la negociación colectiva, respectivamente, obligaban a regular, a semejanza de lo establecido para los trabajadores por cuenta ajena en el Estatuto de los Trabajadores, los órganos de representación de los funcionarios públicos, como un aspecto esencial de su régimen estatutario.

La Ley 9/1987 cumplió el mandato, regulando los órganos de representación y la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, así como aspectos conexos a los mismos como son los órganos de participación y derechos de reunión. Esa ley tenía el carácter de norma básica del régimen estatutario de los funcionarios de las Administraciones públicas.

La entrada en vigor del EBEP supuso la derogación expresa de la Ley 9/1987 (EBEP disp. derog. única c), con las siguientes excepciones: mantienen su vigencia el

art. 7 de la Ley 9/1987, que establece las unidades electorales en las que se debe constituirse una Junta de personal y los artículos correspondientes de la Ley 9/1987, con carácter de normativa básica, en tanto se determine el procedimiento electoral general previsto en el EBEP (disp. trans.5ª).

Derecho a la negociación colectiva, representación y participación en la determinación de las condiciones de trabajo

Nuestro Ordenamiento Jurídico, reconoce el derecho a la negociación colectiva para la determinación de las condiciones de trabajo tanto al personal funcionario como al estatutario⁴⁰⁵.

Al derecho a la negociación colectiva, representación y participación en la determinación de las condiciones de trabajo, el EM dedica su Capítulo XIV a la regulación de estos derechos colectivos para el personal estatutario, remitiendo para su regulación, a las normas generales de los empleados públicos (art. 78 EM).

Para el conjunto de los empleados públicos, el Derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional de los empleados públicos se contempla en el Capítulo IV⁴⁰⁶ del Título III EBEP, especificando su art. 32, que el derecho a la negociación colectiva, representación y participación de los empleados públicos con contrato laboral se regirá por la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos del EBEP que les sean de aplicación expresamente.

La regulación de los derechos individuales ejercidos colectivamente, que se reconocen de forma conjunta a los empleados públicos, funcionarios públicos y personal laboral (EBEP art.15), no significa, sin embargo, que todos los preceptos del Título III Cap. IV EBEP –derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional y derecho de reunión– mencionados se apliquen indistintamente a ambas clases de personal. En el mencionado Capítulo resulta necesario distinguir, por un lado, aquellos preceptos que se aplican exclusivamente a los funcionarios públicos, de aquellos otros que sólo se aplican al personal laboral, que son los menos, de aquellos que contienen una regulación común para ambas clases de personal.

Como criterio general, el EM en la regulación de estos derechos colectivos, mantiene la aplicación de la Ley 9/1987, derogada y sustituida por la regulación del EBEP, con las peculiaridades que se establecen en el propio EM.

El fundamento del derecho a la negociación colectiva del personal laboral se encuentra en el art. 37.1 CE y en el art. 82 y ss. ET, mientras que el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos tiene un fundamento distinto, tal y como ha venido declarando la jurisprudencia constitucional (STC 57/1982) que subraya su configuración legal, con base antes en la Ley 9/1987 y actualmente en el EBEP. Ahora bien, este derecho, una vez reconocido legalmente, pasa a integrar el contenido adicional del derecho de libertad sindical del funcionario público, admitiendo su tutela a

⁴⁰⁵ ROQUETA BUJ, R., “El derecho a la negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público”, Ed. La Ley, Madrid, 2007.

⁴⁰⁶OLARTE ENCABO, S., “Derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional. Derecho de reunión”, en “El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008”, Ed. Comares, Granada, 2008, págs. 385-446.

través del recurso de amparo (STC 80/2000). De la configuración legal del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos se deriva la imposibilidad de una negociación colectiva extramuros de la prevista expresamente en la ley, similar a la negociación extraestatutaria del sector privado (STS Sala de lo social 11-4-03). La negociación colectiva funcionarial y estatutaria, está sometida por la ley a límites precisos, siendo más extensos para el personal funcionario.

Desde el punto de vista instrumental para la Negociación Colectiva, se constituirán Mesas de Negociación.

La nueva regulación introduce algunas novedades en materia de negociación colectiva, como la creación de una Mesa General de las Administraciones Públicas, para negociar los proyectos de legislación básica y otras cuestiones de interés general, y permite negociar en una misma Mesa las condiciones de empleo comunes al personal funcionario y al personal laboral (Art. 36 EBEP).

La negociación colectiva de las condiciones de trabajo del personal estatutario de los servicios de salud se efectuará mediante la capacidad representativa reconocida a las organizaciones sindicales en la Constitución y en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical. En el ámbito de cada servicio de salud se constituirá una mesa sectorial de negociación, en la que estarán presentes los representantes de la correspondiente Administración pública o servicio de salud y las organizaciones sindicales más representativas en el nivel estatal y de la comunidad autónoma, así como las que hayan obtenido el 10 por ciento o más de los representantes en la elecciones para delegados y juntas de personal en el servicio de salud (art. 79 EM).

Para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, los instrumentos colectivos son los Pactos colectivos y los Acuerdos colectivos, al igual que en el personal estatutario.

En el seno de las mesas de negociación, los representantes de la Administración o servicio de salud y los representantes de las organizaciones sindicales podrán concertar pactos y acuerdos (art. 80 EM). Los pactos, que serán de aplicación directa al personal afectado, versarán sobre materias que correspondan al ámbito competencial del órgano que los suscriba. Los acuerdos se referirán a materias cuya competencia corresponda al órgano de gobierno de la correspondiente Administración pública y, para su eficacia, precisarán la previa, expresa y formal aprobación del citado órgano de gobierno. Los pactos y acuerdos también se regulan el art. 38 EBEP.

Los Pactos y Acuerdos, que contengan materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario y laboral, tendrán la consideración y efectos previstos en el art. 38 EBEP para los funcionarios y en el art. 83 ET para el personal laboral (art. 38. 8 EBEP).

Queda garantizado el cumplimiento de los convenios colectivos y acuerdos de aplicación al personal laboral, salvo en aquellos casos en que excepcionalmente y por causa grave de interés público consecuencia de una modificación sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones públicas modifiquen o suspendan el cumplimiento de los acuerdos o convenios colectivos ya firmados en la medida estrictamente necesaria para que el interés público quede salvaguardado. En estas circunstancias, las Administraciones públicas deben informar

de las causas de la modificación o suspensión a las organizaciones sindicales (EBEP art.32 -modif RDL 20/2012 art.7-).

El contenido de la Negociación Colectiva, tanto para el personal funcionario como estatutario, está formulado en términos muy amplios, tanto en el EBEP como en el EM.

Pueden ser objeto de negociación cuantas materias afecten a las condiciones de trabajo, protección social y al ámbito de relaciones de los funcionarios y personal estatutario y sus organizaciones sindicales, con la Administración pública o el Servicio de Salud.

El art. 80.2 del EM establece cuales serán las materias que habrán de ser objeto de negociación, en los términos previstos en el EBEP: La determinación y aplicación de las retribuciones del personal estatutario, los planes y fondos de formación, los planes de acción social, las materias relativas a la selección de personal estatutario y a la provisión de plazas, incluyendo la oferta global de empleo del servicio de salud, la regulación de la jornada laboral, tiempo de trabajo y régimen de descansos, el régimen de permisos y licencias, los planes de ordenación de recursos humanos, los sistemas de carrera profesional, las materias relativas a la prevención de riesgos laborales⁴⁰⁷, las propuestas sobre la aplicación de los derechos sindicales y de participación, y en general, cuantas materias afecten a las condiciones de trabajo y al ámbito de relaciones del personal estatutario y sus organizaciones sindicales con la Administración pública o el servicio de salud.

El art. 37 EBEP, al regular las materias objeto de negociación, se imponen dos límites: serán objeto de negociación las materias enumeradas en relación con las competencias de cada Administración Pública y con el alcance que legalmente proceda en cada caso.

Se debe añadir que a través de la negociación colectiva se deberán desarrollar los Planes de Igualdad (Disp. Adic. 8ª del EBEP, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad de mujeres y hombres).

Explicita el EM, que quedan excluidas de la obligatoriedad de negociación las decisiones de la Administración pública o del servicio de salud que afecten a sus potestades de organización. Cuando las decisiones de la Administración o servicio de salud que afecten a sus potestades de organización puedan tener repercusión sobre las condiciones de trabajo del personal estatutario, procederá la consulta a las organizaciones sindicales presentes en la correspondiente mesa sectorial de negociación (Art. 80.4 EM).

En la negociación colectiva en el sector público, las peculiaridades fundamentales estriban en la sindicalización total de los sujetos negociadores del lado funcional y estatutario, y en la imposición de límites especialmente acusados tanto en el contenido, como en el diseño más rígido de la estructura negociadora y asimismo en lo que se refiere a la aprobación administrativa posterior como condición de validez del pacto o acuerdo celebrado en la unidad administrativa correspondiente.

⁴⁰⁷ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., “Régimen jurídico de la prevención de riesgos laborales en las Administraciones públicas”, Monografía, Ed. Comares, Granada, 2009.

Entre el ámbito laboral y el estatutario encontramos unas diferencias básicas en materia de negociación colectiva, al imponerse importantes límites al ejercicio de la misma en este último ámbito: Tiene un carácter más centralizado que la desarrollada en el ámbito laboral, no posee eficacia normativa directa, está sometida a limitaciones presupuestarias y está más vinculada al principio de igualdad a la hora de establecer las condiciones de trabajo.

En las posibilidades de gestión interna de los recursos humanos, en los ámbitos laboral y estatutario, cabe tener en cuenta una doble perspectiva; por un lado, las fuentes de determinación de las condiciones de trabajo en cada uno de esos ámbitos, y por otro, el contenido y posibilidades modificativas de las condiciones de trabajo una vez establecidas, en especial, salario, tiempo de trabajo y movilidad de los trabajadores.

Las fuentes de determinación de las condiciones de trabajo tienen una especial influencia en la eficiencia de la gestión de los recursos humanos de una organización.

Concretamente, ha de darse la posibilidad de regulación con legitimación, de adaptación de lo más general a lo más concreto (diversificación) y de variabilidad (en entornos abiertos).

En materia de fuentes, el ámbito laboral, se ha caracterizado por un continuo retroceso de la norma estatal frente al convenio colectivo, fruto de la negociación colectiva, quedando aquella casi restringida a las cuestiones de orden público. La base de esta situación se encuentra en las ventajas atribuibles al convenio colectivo como forma de establecimiento y regulación de las condiciones de trabajo: se trata de una vía plenamente aceptada por los interlocutores sociales (legitimación); se caracteriza por su adaptabilidad a las circunstancias concretas de los ámbitos que regula (empresariales/sectoriales), así como por su variabilidad, por lo que no crea condiciones más beneficiosas (derechos adquiridos en la terminología funcional); y en su ámbito no rige el principio de igualdad, sino el de no discriminación. Junto a ello no cabe olvidar el importante papel atribuido en la determinación de las condiciones de trabajo a los pactos de empresa, así como a la propia autonomía individual.

Por el contrario, el ámbito estatutario/funcionarial se caracteriza por una mayor rigidez, al venir determinadas las condiciones de trabajo del personal por la propia norma legal, sin casi posibilidad de mejora o modificación por otra vía (pues la negociación colectiva es más limitada), aun cuando, en algunos casos, esa norma ha sido previamente consensuada entre la Administración y los representantes de personal. El mayor protagonismo de la norma estatal se debe a varios motivos, entre los que caben destacar los presupuestarios, de interés público y la voluntad de centralización.

Una valoración global de la negociación colectiva del personal estatutario, cuyo contenido es más limitado que en el ámbito laboral, nos lleva a la conclusión de la existencia de un grado importante de confusión como marco de ordenación profesional: Falta de publicación de algunos acuerdos y pactos o el retraso de esa publicación; la superposición de niveles de negociación (general, sectorial, por materias, por niveles y por categorías); la publicación de acuerdos no refrendados por la autoridad competente; la indeterminación de los ámbitos de aplicación de los pactos o acuerdos, especialmente su vigencia temporal, y el recurso sistemático a las fórmulas genéricas de derogación que hacen que la búsqueda de la cláusula aplicable y la depuración de lo que tiene realmente un contenido normativo válido sean tareas difíciles; además surgen conflictos entre unidades de negociación o entre regulaciones convencionales y estatales. Aunque estos problemas también se producen en la negociación colectiva laboral, se agudizan en el marco de regulación estatutaria.

En efecto, la regulación estatutaria es percibida por los gestores sanitarios, como algo ajeno e impuesto; apenas hay posibilidad para decidir sobre el contenido de las relaciones de trabajo. Por el contrario, la regulación laboral, aun cuando parte de una normativa general igualmente ajena e impuesta –Estatuto de los Trabajadores y resto de legislación laboral- admite una mayor participación de los gestores y trabajadores, en la definición de las relaciones de trabajo, a través de la negociación colectiva y, sobre todo, de la posibilidad de individualizar las condiciones de cada contrato de trabajo, potenciando la capacidad de los trabajadores. Pero hay que matizar estas afirmaciones, pues en el ámbito estatutario, cada vez se potencia más el margen de negociación descentralizada –la negociación por objetivos, los sistemas de control de costes como base de negociación, el régimen de jornada, turnos, descansos, etc-, y además, en las grandes empresas de servicios -banca, telefonía, etc.- la centralización, la estandarización y la sensación ajena en la gestión de recursos humanos es importante.

El EBEP, tras el reconocimiento general de los derechos colectivos que reafirma, cuando establece que los empleados públicos tienen derecho a la negociación colectiva, a la representación y a la participación institucional para la determinación de las condiciones de trabajo (art. 31.1 EBEP), se refiere a la participación en tres sentidos: participación individual en la consecución de los objetivos, participación como complemento o alternativa de la negociación colectiva y participación institucional.

En el apartado 2 del art. 31 EBEP se dice “por negociación colectiva, a los efectos de esta Ley, se entiende el derecho a negociar la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados de la Administración Pública”. Sin embargo, el art. 15 b EBEP contempla el derecho individual de ejercicio colectivo de los empleados públicos a la negociación colectiva y a la participación en la determinación de las condiciones de trabajo. Es ineludible esta previsión en atención al Convenio 151 de la OIT, art. 7, ratificado por España, que resulta aplicable a todos los empleados públicos, con las posibles excepciones que en el ámbito nacional puedan establecerse en relación con las Fuerzas Armadas y la Policía.

Conforme al citado Convenio, los diferentes Estados deben estimular el pleno desarrollo de procedimientos de negociación o de otros medios que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de sus condiciones de trabajo.

Ahora bien, tiene sentido diferenciar entre negociación y participación en la determinación de las condiciones de trabajo por dos razones:

- Aunque la negociación en el ámbito funcional está reservada, a las organizaciones sindicales, los representantes electivos, las Juntas y Delegados de personal, deben tener conocimiento y ser oídos en determinados temas relativos a las condiciones de trabajo -jornada, horario, régimen de vacaciones y permisos-, además de emitir informe en otros supuestos -traslados de instalaciones, implantación o revisión de sistemas de organización y métodos de trabajo-. Se ejerce así una labor de participación a través de estos órganos, inferior a la negociación, pero no por ello despreciable pues la complementa e implica obligaciones claras para la Administración como empleadora, que deberá respetar estos derechos de audiencia e informe.

- Existen colectivos a los que el EBEP no se aplica directamente y que, de hecho, cuentan con especialidades en materia de libertad sindical que conducen a la inexistencia del derecho a la negociación colectiva o a su sustitución por otros procedimientos de participación en la determinación de las condiciones de trabajo. Así, los miembros de las Fuerzas Armadas (art. 28 CE, art. 7.2 LO 9/2011), tienen vedada cualquier actuación sindical entendida como negociación colectiva, adopción de medidas de conflicto colectivo y ejercicio del derecho de huelga. No existen otros mecanismos de participación de de estos empleados públicos en la determinación de sus condiciones de trabajo. Esta exclusión esta autorizada por el Convenio 151 OIT.

Los empleados públicos que son miembros de la Guardia Civil (art. 11 y 41 LO 11/2007), no tienen reconocido el derecho a la participación en asociaciones sindicales ni a la negociación colectiva, pero sí pueden crear asociaciones no sindicales propias. Estas asociaciones profesionales a las que se reconoce un derecho a la participación en la determinación de las condiciones de trabajo de estos empleados, no sólo tienen reconocido el derecho a formular propuestas y a convocar reuniones sobre estas cuestiones (art. 38 y 47 LO 11/2007), sino que promueven las candidaturas de las personas que ven a integrar el Consejo de la Guardia Civil.

En ciertos casos, subsiste un derecho de participación en la determinación de las condiciones trabajo de los empleados, bien como complemento de la negociación colectiva, bien como alternativa a ésta, lo que no lleva a ignorar, no obstante, que hoy este tipo de participación se ejerce en general a través de los procesos de negociación colectiva que han cobrado ya plena carta de naturaleza en el conjunto del empleo público

El EBEP reconoce el derecho de los empleados públicos a la participación institucional, si bien vinculándola aparentemente con la determinación de las condiciones de trabajo, pero posteriormente la define en términos más genéricos, señalando que por participación institucional debía entenderse el derecho de los empleados públicos a participar, a través de las organizaciones sindicales, en los órganos de control y seguimiento de las entidades y organismos que legalmente se determine (EBEP art.31.1 y 4).

No existe ninguna otra referencia en la norma acerca de esta participación institucional que queda sujeta así a lo que pueda regularse posteriormente y, en general, debe remitirse a la regulación general. En definitiva, no es un derecho específico de los empleados públicos y de sus organizaciones sindicales, sino de todas las organizaciones sindicales más representativas a las que la Ley Orgánica de Libertad Sindical reconoce el derecho a ostentar representación institucional ante las Administraciones Públicas u otras entidades de carácter estatal o de Comunidad Autónoma que la tengan establecida. Se dispone específicamente como un supuesto diferenciado la participación en los sistemas no jurisdiccionales de solución de conflictos (LOLS art.6.3.a y d).

Esa participación institucional se concreta en la presencia de representantes de las organizaciones sindicales en numerosos órganos, comisiones y consejos de entidades públicas, en los que asumen el papel de representación institucional de los intereses sociales que les son propios (art. 7 CE).

La participación institucional, aunque se defina como se ha visto en el EBEP, no es, pues, un específico derecho de los empleados públicos, sino un derecho del que participan en cuanto trabajadores representados institucionalmente por las organizaciones sindicales del modo establecido en la Ley Orgánica de Libertad Sindical, consistente en la presencia de las mismas en numerosos órganos de las Administraciones Públicas (LOLS art.6 y 7).

Finalmente por representación, a efectos del EBEP, se entiende “a facultad de elegir representantes y constituir órganos unitarios a través de los cuales se instrumente la interlocución entre las Administraciones Públicas y sus empleados (art. 31.3 EBEP). Para los funcionarios públicos, los órganos específicos de representación, son los delegados de personal y las juntas de personal (art. 39 EBEP).

En el Ordenamiento español se ha producido una “extensión” de los derechos de representación legal (o unitaria) colectiva y sus instrumentos al “Sector público”. Ha habido una tendencia hacia la unificación de todos los trabajadores en orden a la representación y defensa de sus intereses colectivos.

Para el personal funcionario y para el estatutario, los órganos de representación legal o unitaria son los Delegados de Personal y las Juntas de Personal, mientras que para el personal laboral son los Delegados de Personal y los Comités de Empresa.

Las funciones y garantías de la representación unitaria o legal del personal funcionario y estatutario, se inspiran en los correspondientes artículos del ET (arts. 64, 65 y 68) para el personal laboral, con las especificaciones de la condición del “empleador público”.

La enumeración de materias incluidas y vedadas a la negociación colectiva funcional/estatutaria contenidas respectivamente en los artículos 32 y 34 de la Ley 9/1987 (LORAP), que ya comentamos, no sólo hacen sustancialmente más restrictiva su regulación que la resultante de los artículos 82 y 85 del ET para los trabajadores, sino que tiene, también el referente insoslayable de que los Acuerdos se referirán a materias cuya competencia corresponda al órgano de gobierno de la correspondiente Administración pública y, para su eficacia, precisarán la previa, expresa y formal aprobación del citado órgano de gobierno.

Aunque el art. 38 EBEP, a diferencia del art. 85 del ET, no hace mención expresa al necesario respeto de las leyes por los Pactos y Acuerdos, es evidente que éste constituye un límite de la autonomía colectiva (STS, 14.2.1992, RJ 988). La posición claramente subordinada que los instrumentos negociales ocupan en el ordenamiento jurídico, comporta respecto a la ley restricciones en la esfera de la actividad negocial.

Las reglas que van a determinar esa relación entre ley y los acuerdos negociales es una trasposición de las que rigen la relación ley reglamento. Esto significa, en primer lugar, que la negociación colectiva no podrá abordar aquellos aspectos que están predeterminados por la ley o sobre los que recae reserva de ley. Así, la inclusión de una materia en el ámbito de la negociación propiamente dicha no quiere decir que ésta pueda abordar todas y cada una de las cuestiones, sino tan sólo aquellas que entren dentro del ámbito de disponibilidad de la Administración correspondiente. En segundo lugar, y mientras en el ámbito laboral, el principio de jerarquía normativa viene matizado por el de norma mínima, aquí no admite matizaciones (entre otras sentencias destacamos: SSTS de 30.10, 7.11. y 4.12 de 1995, RJ 7907, 8173 y 1564, respectivamente; STS 18.11.1996, RJ 9749; STS 20.1.1998, RJ 1419).

Una valoración global de la negociación colectiva del personal estatutario, cuyo contenido es más limitado que en el ámbito laboral, nos lleva a la conclusión de la existencia de un grado importante de confusión como marco de ordenación profesional: Falta de publicación de algunos acuerdos y pactos o el retraso de esa publicación; la superposición de niveles de negociación (general, sectorial, por materias, por niveles y por categorías); la publicación de acuerdos no refrendados por la autoridad competente; la indeterminación de los ámbitos de aplicación de los pactos o acuerdos, especialmente su vigencia temporal, y el recurso sistemático a las fórmulas genéricas de derogación que hacen que la búsqueda de la cláusula aplicable y la depuración de lo que tiene

realmente un contenido normativo válido sean tareas difíciles; además surgen conflictos entre unidades de negociación o entre regulaciones convencionales y estatales. Aunque estos problemas también se producen en la negociación colectiva laboral, se agudizan en el marco de regulación estatutaria.

Sin embargo, las diferencias en este tema entre la negociación colectiva del personal laboral y funcional/estatutario no son tan grandes y ello por una triple razón: en primer lugar por que existe un acercamiento entre el Derecho funcional/estatutario y el laboral, en lo que respecta a la regulación de las “relaciones individuales”; en segundo lugar por que la Ley de Medidas Urgentes para la Reforma de la Función Pública, Ley 30/1984 y otras normas administrativas, como el EBEP, aún manteniendo la dualidad de regímenes normativos en el seno de la Administración –el laboral y el funcionario/estatutario- otorgan, no obstante, un tratamiento jurídico paralelo e, incluso, unitario en ciertos aspectos de las relaciones jurídicas de los empleados públicos; en tercer lugar, porque la negociación colectiva del personal laboral al servicio de la Administración Pública, al igual que la negociación del personal funcionario/estatutario, está sometida en materia salarial y de Seguridad social complementaria a los dictados de las normas presupuestarias. Como consecuencia de todo lo anterior, el bloque de derecho necesario que han de respetar los sistemas de negociación colectiva laboral y funcional en la regulación de estas materias viene a tener idénticos contornos⁴⁰⁸.

La autonomía individual juega un papel distinto en el ámbito estatutario que el que se le atribuye en el ámbito laboral, al no constituir, de hecho una fuente de determinación de las condiciones de trabajo en el ámbito estatutario. En efecto el régimen estatutario establecido con carácter general, no podrá ser modificado o alterado por la Administración en relación a un caso singular y en perjuicio o en ventaja de alguno o algunos de los funcionarios/personal estatutario, ni en vía contractual ni unilateral, a menos que el propio instrumento normativo así lo autorice. Los trabajadores, por el contrario, se rigen por el cuadro de fuentes jurídico-laborales que se establece en el artículo 3 del ET, por lo que, en principio, las Administraciones públicas podría pactar o conceder a alguno o algunos de ellos determinadas mejoras en sus condiciones de trabajo que éstos podrían hacer valer –como condición más beneficiosa de origen contractual “ex artículo 3.1.c) del ET”- frente a eventuales modificaciones normativas, con el límite de la compensación y absorción de condiciones. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la Administración Pública, aún como parte de un contrato de trabajo, no puede dejar de ser un poder público; por ello, a diferencia de los empresarios que sólo están vinculados por el principio de no discriminación, por alguno de los motivos específicos establecidos en el artículo 14 de la CE y “ampliados” por el artículo 17 ET, las Administraciones Públicas, como poderes públicos que son, están sujetas al principio de igualdad que constitucionalmente concede a las personas el derecho subjetivo de alcanzar de los mismos un trato idéntico para supuestos iguales.

Finalmente, las diferencias entre ambos marcos normativos aumentan si tenemos en cuenta el importante papel que juega, en determinados aspectos de la relación estatutaria, la voluntad unilateral del “empleador”/institución sanitaria, pudiendo incidir aquélla tanto en la instauración de determinadas condiciones de trabajo como en su modificación, requiriéndose, única u exclusivamente, la existencia de una “necesidad asistencial” y la no concurrencia de abuso de derecho o arbitrariedad. Por

⁴⁰⁸ROQUETA BUJ, R., “La negociación colectiva en la función pública”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

consiguiente, no hay duda de que en estos ámbitos concretos la flexibilidad de la normativa estatutaria es mayor que la norma laboral.

Derecho de reunión

En cuanto al derecho de reunión, la Constitución lo califica de fundamental (CE art.21). El EBEP remite a la regulación básica y común, unificando el régimen jurídico del derecho de reunión del personal laboral y funcionario, aplicando a todos los empleados públicos el régimen funcional y no el laboral, mejor diseñado para las Administraciones públicas que el del ET (art. 46 EBEP).

En nuestro Ordenamiento Jurídico, se establece un paralelo derecho de reunión y asamblea al regulado en el ámbito laboral (ET), para los funcionarios y para el personal estatutario.

La CE reconoce a los empresarios y trabajadores el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo (CE art.37.2). El EBEP en su art. 15 d, se limita a enunciar el derecho, sin mencionar sus posibles variantes. No obstante ello, debe repararse en la conexión del precepto con el art.45 de esa norma, de aplicación tanto para los conflictos jurídicos como de intereses que, además de incluir la mediación y el arbitraje, recoge la intervención de las comisiones paritarias de seguimiento; todos estos mecanismos deben ser utilizados de conformidad con los procedimientos que se determinen reglamentariamente, previo acuerdo con las organizaciones sindicales representativas. Esta posibilidad no niega, naturalmente, la vía judicial, de aplicación a los conflictos jurídicos que no hayan quedado solventados extrajudicialmente, quedando su conocimiento sometido a la jurisdicción contencioso-administrativa.

El EBEP, por tanto, introduce la posibilidad de acudir a los medios de solución extrajudicial de conflictos colectivos que puedan surgir en la interpretación de los pactos y acuerdos que traen causa de la negociación colectiva, a través de la mediación -obligatoria o a instancia de una de las partes- o el arbitraje voluntario (EBEP art.45).

Para el ejercicio de este derecho al planteamiento de conflictos colectivos de trabajo, el EBEP –art. 15 d- remite a la legislación aplicable en cada caso. De este modo, y tratándose del personal laboral, queda abierta también la posibilidad adicional de recurrir, siempre que sea factible y con los condicionantes existentes, a la mediación, arbitraje y conciliación o a los procedimientos autónomos fruto de la negociación colectiva. Así se confirma al subrayarse que la negociación colectiva, representación y participación de los empleados públicos con contrato laboral se rige por la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos del EBEP que expresamente les son de aplicación (EBEP art.32 -modif RDL 20/2012 art.7-).

5.4.1.3. La carrera profesional en el Sistema Nacional de Salud

El desarrollo profesional –arts. 38 y ss. Ley 16/2003, de ordenación de profesiones sanitarias- constituye un aspecto básico en la modernización del Sistema Nacional de Salud que debe responder a criterios comunes acordados en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en relación con los siguientes

ámbitos: formación continuada; carrera profesional y evaluación de competencias. Los criterios generales del sistema de desarrollo profesional, se acomodarán y adaptarán a las condiciones y características organizativas, sanitarias y asistenciales del servicio de salud o de cada uno de sus centros, sin detrimento de los derechos ya establecidos.

Para el personal estatutario del SNS, la carrera profesional supone, el derecho de los profesionales a progresar, de forma individualizada, como reconocimiento a su desarrollo profesional en cuanto a conocimientos, experiencia y cumplimiento de los objetivos de la organización a la cual prestan sus servicios. El art. 40 EM da los criterios generales de la carrera profesional de esos profesionales.

Es la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud la que establece, los principios y criterios generales de homologación de los sistemas de carrera profesional de los diferentes servicios de salud, a fin de garantizar el reconocimiento mutuo de los grados de la carrera, sus efectos profesionales y la libre circulación de dichos profesionales en el conjunto del Sistema Nacional de Salud.

En el marco establecido con carácter general en las normas aplicables al personal del resto de sus servicios públicos⁴⁰⁹, es decir en el EBEP, las Comunidades Autónomas, previa negociación en las mesas correspondientes, establecerán, para el personal estatutario de sus servicios de salud, mecanismos de carrera profesional que posibiliten el derecho a la promoción de este personal conjuntamente con la mejor gestión de las instituciones sanitarias.

Complementa la regulación del EM en esta materia, el Capítulo II del Título III EBEP, que regula el derecho a la carrera profesional, a la promoción interna y la evaluación del desempeño⁴¹⁰.

Se define la carrera profesional de los funcionarios de carrera, como el conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad. A tal objeto las Administraciones Públicas promoverán la actualización y perfeccionamiento de la cualificación profesional de sus funcionarios de carrera.

Las Leyes de Función Pública que desarrollen el EBEP, regularán la carrera profesional de los funcionarios de carrera aplicable en cada ámbito, que podrán consistir, entre otras, en la aplicación aislada o simultánea de alguna o algunas de las siguientes modalidades: Carrera horizontal, carrera vertical⁴¹¹, promoción interna vertical y promoción interna horizontal.

⁴⁰⁹ Es clásico, sobre este tema, el libro de ARROYO YANES, L.M., “La carrera administrativa de los funcionarios públicos”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994. También, PÉREZ FERNÁNDEZ, M., “La carrera administrativa: nuevas perspectivas”, Estudios de Relaciones Laborales, CEMICAL, Barcelona, 2006, págs. 89-90.

⁴¹⁰ VIDA FERNÁNDEZ, J., “Derecho a la carrera profesional y a la promoción interna. La evaluación del desempeño”, en “El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008”, Ed. Comares, Granada, 2008, págs. 236-260.

PALOMAR OLMEDA, A., “Derecho a la carrera y promoción interna”, en “Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”, Dir. Miguel Sánchez Morón, Editorial Lex Nova, 2ª Edición, Valladolid, 2008, págs. 202-227.

⁴¹¹ GALINDO MEÑO, C., “Estatuto Básico el Empleado Público”, dir. Ortega Álvarez, L., Madrid, 2007, pág. 234. Opina este autor, que “pocas novedades incorpora el EBEP en este modelo de carrera vertical para cuya efectividad conserva las dos modalidades actuales de provisión de puestos de

Con anterioridad al EM y al EBEP, la promoción a cargos intermedios, como por ejemplo a Jefaturas de Servicios o Jefaturas de Bloque de Enfermería, se traducía en asumir una mayor responsabilidad administrativa, lo que genera en ocasiones, malos gestores a costa de buenos profesionales sanitarios. Este efecto perverso, se puede evitar con la promoción horizontal, que permitiría la óptima labor sanitaria (vía retributiva) sin necesidad de cambios en la categoría profesional (de mayor componente burocrático).

La provisión de puestos de carácter directivo de los centros sanitarios del Sistema Nacional de Salud se realiza por el sistema de libre designación, previa convocatoria pública. Se pueden proveer, tanto por personal estatutario, como por personal funcionario, y también conforme al régimen laboral de Alta Dirección (Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto).

El art. 19 EBEP regula y garantiza la carrera profesional y promoción del personal laboral que presta servicios en las Administraciones Públicas. La carrera profesional y la promoción del personal laboral se harán efectivas a través de los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores o en los Convenios Colectivos. En este sentido, también son aplicables los nuevos instrumentos de promoción y carrera profesional, particularmente la evaluación del desempeño (Ley 7/2007 art.20) si bien su instrumentación debe realizarse mediante la negociación colectiva, contemplándose como uno de los objetivos posibles de dicha negociación (Ley 7/2007 37.1.c y d).

A diferencia de lo anterior, en el ámbito laboral, no existe carrera administrativa legalmente definida. Los criterios de promoción se fijan libremente por la empresa. El desempeño de un puesto de trabajo durante un determinado tiempo no supone más derecho para el trabajador que la percepción de las retribuciones correspondientes al tiempo trabajado.

La evaluación del desempeño es el procedimiento mediante el cual se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados. Para ello, las Administraciones Públicas establecerán sistemas que permitan la evaluación del desempeño de sus empleados (art. 20 EBEP).

5.4.2. Deberes

Además de las obligaciones establecidas en el ar. 19 EM para el personal estatutario, también es de aplicación al personal que presta servicios en el Sistema Nacional de Salud, el Capítulo VI del EBEP que regula los deberes de los empleados públicos y establece un Código de Conducta⁴¹².

Es muy ilustrativo lo que dice la Exposición de Motivos del EBEP al respecto: “por primera vez se establece en nuestra legislación una regulación general de los deberes básicos de los empleados públicos, fundada en principios éticos y reglas de comportamiento, que constituyen un auténtico código de conducta. Estas reglas se

trabajo...Quizás la mayor novedad del EBEP, es el énfasis puesto tanto en uno como en otro procedimiento de provisión, en que la valoración de méritos, capacidades y más aptitudes más allá de la concurrencia de méritos puramente formales”.

⁴¹² CASTILLO BLANCO. F. A. , “Los deberes de los funcionarios públicos”, en “Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”, Dir. Miguel Sánchez Morón, Editorial Lex Nova, 2ª Edición, Valladolid, 2008, págs. 362-394.

incluyen el Estatuto con finalidad pedagógica y orientadora, pero también como límite de las actividades lícitas, cuya infracción puede tener consecuencias disciplinarias”.

Los principios y reglas establecidos en el Capítulo VI EBEP informarán también, la interpretación y aplicación su régimen disciplinario (art. 52.2 EBEP).

La mayoría de la doctrina⁴¹³ venía destacando una triple clasificación de los deberes, atendiendo a tres aspectos: lugar de la prestación, tiempo de la prestación y forma de la prestación.

Los empleados públicos, tienen el deber de desempeñar con diligencia las tareas asignadas, y velar por los intereses generales con sujeción a lo establecido en el ordenamiento jurídico. Además de esto, el art. 52 EBEP establece el deber de actuar con arreglo a unos principios que inspiran su Código de Conducta. Los principios enumerados son: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental y respeto a la igualdad entre hombres y mujeres.

Los deberes de los empleados públicos son configurados por el EBEP como principios éticos (art. 53) y como principios de conducta (art. 54), los cuales constituyen el Código de Conducta de los Empleados Públicos.

Entre los principios éticos, se recogen la actuación dirigida a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos; los principios de lealtad y buena fe con la Administración; el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas; abstención en aquellos asuntos en los que tengan un interés personal y de toda actividad privada, obligaciones económicas, financieras o negocios jurídicos que puedan plantear un conflicto de intereses con su puesto público; no aceptar ningún trato de favor, privilegio o ventaja injustificada; no influir en la agilización o resolución de trámites o procedimientos sin justa causa; actuar con arreglo a los principios de eficacia, economía, eficiencia, y diligencia en las tareas que le correspondan y dedicación al servicio público; y guardar secreto de las materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida.

Los principios de conducta se aproximan bastante a los deberes establecidos en el EM para el personal estatutario

En concreto el art. 19 EM, relaciona lo siguientes deberes del personal estatutario de los servicios de salud: Respetar la Constitución, el Estatuto de Autonomía correspondiente y el resto del ordenamiento jurídico; ejercer la profesión o desarrollar el conjunto de las funciones que correspondan a su nombramiento, plaza o puesto de trabajo con lealtad, eficacia y con observancia de los principios técnicos, científicos, éticos y deontológicos que sean aplicables; mantener debidamente actualizados los conocimientos y aptitudes necesarios para el correcto ejercicio de la profesión o para el desarrollo de las funciones que correspondan a su nombramiento, a cuyo fin los centros sanitarios facilitarán el desarrollo de actividades de formación continuada; cumplir con

⁴¹³ OLMEDO GAYA, A., “Deberes e incompatibilidades de los Funcionarios Públicos”, en “Lecciones de Función Pública”, Ed. CEMCI, Granada, 2002, págs. 413 y ss.

diligencia las instrucciones recibidas de sus superiores jerárquicos en relación con las funciones propias de su nombramiento, y colaborar leal y activamente en el trabajo en equipo; participar y colaborar eficazmente, en el nivel que corresponda en función de su categoría profesional, en la fijación y consecución de los objetivos cuantitativos y cualitativos asignados a la institución, centro o unidad en la que preste servicios; prestar colaboración profesional cuando así sea requerido por las autoridades como consecuencia de la adopción de medidas especiales por razones de urgencia o necesidad; cumplir el régimen de horarios y jornada, atendiendo a la cobertura de las jornadas complementarias que se hayan establecido para garantizar de forma permanente el funcionamiento de las instituciones, centros y servicios; informar debidamente, de acuerdo con las normas y procedimientos aplicables en cada caso y dentro del ámbito de sus competencias, a los usuarios y pacientes sobre su proceso asistencial y sobre los servicios disponibles; respetar la dignidad e intimidad personal de los usuarios de los servicios de salud, su libre disposición en las decisiones que le conciernen y el resto de los derechos que les reconocen las disposiciones aplicables, así como a no realizar discriminación alguna por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social, incluyendo la condición en virtud de la cual los usuarios de los centros e instituciones sanitarias accedan a los mismos; mantener la debida reserva y confidencialidad de la información y documentación relativa a los centros sanitarios y a los usuarios obtenida, o a la que tenga acceso, en el ejercicio de sus funciones; utilizar los medios, instrumental e instalaciones de los servicios de salud en beneficio del paciente, con criterios de eficiencia, y evitar su uso ilegítimo en beneficio propio o de terceras personas; cumplimentar los registros, informes y demás documentación clínica o administrativa establecidos en la correspondiente institución, centro o servicio de salud; cumplir las normas relativas a la seguridad y salud en el trabajo, así como las disposiciones adoptadas en el centro sanitario en relación con esta materia; cumplir el régimen sobre incompatibilidades; y ser identificados por su nombre y categoría profesional por los usuarios del Sistema Nacional de Salud.

5.5. Condiciones de trabajo del personal del Sistema Nacional de Salud

En la gestión de los recursos humanos en el sector sanitario, tanto para el personal funcionario/estatutario como laboral, cabe tener en cuenta una doble perspectiva: las fuentes de determinación de las condiciones de trabajo en cada uno de esos ámbitos, y el contenido y posibilidades modificativas de las condiciones de trabajo una vez establecidas, en especial, salario, tiempo de trabajo y movilidad de los trabajadores.

5.5.1. Retribuciones

El EM regula en el Capítulo IX las retribuciones del personal estatutario, sin embargo, la posterior entrada en vigor del EBEP⁴¹⁴, hace que el marco general del régimen retributivo esté constituido por el Capítulo III del Título III de esta última Ley ya que es aplicable al personal estatutario salvo los arts. 22.3 y 24, referidos a las retribuciones complementarias.

No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta que la entrada en vigor del Capítulo III del Título III del EBEP, excepto el art. 25.2 (trienios de los funcionarios

⁴¹⁴ CASTILLO BLANCO, F.A., “Los derechos retributivos de los empleados públicos”, en “Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”, Dir. Miguel Sánchez Morón, Editorial Lex Nova, 2ª Edición, Valladolid, 2008, págs. 231-236.

interinos) sólo producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que desarrollen esa Ley.

Al ser el personal estatutario, funcionario especial, el pago de sus retribuciones, se realiza según el presupuesto público, estableciéndose además la limitación de la cuantía de las retribuciones conforme a las Leyes de Presupuestos Generales del Estado. El EBEP concreta que para cada ejercicio presupuestario, deberán reflejarse en las Leyes de Presupuestos tanto las cuantías de las retribuciones básicas como el incremento de las cuantías globales de las retribuciones complementarias y que no podrán acordarse incrementos retributivos que globalmente supongan, un incremento de la masa salarial superior a los límites fijados anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el personal.

El EM, con carácter básico, y adoptando un esquema típicamente funcionarial, establece la estructura del sistema retributivo del personal estatutario, en retribuciones básicas y retribuciones complementarias, que responde a los principios de cualificación técnica y profesional, y asegura el mantenimiento de un modelo común en relación con las retribuciones básicas.

Las retribuciones básicas son el sueldo, los trienios y dos pagas extraordinarias al año. Las retribuciones básicas, y las cuantías del sueldo y trienios, serán iguales en todos los servicios de salud y se determinarán, cada año, en las correspondientes Leyes de Presupuestos. Dichas cuantías de sueldo y trienios, coincidirán igualmente con las establecidas cada año en las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los funcionarios públicos (art. 42 EM).

El sueldo es asignado a cada categoría en función del título exigido para su desempeño. El EBEP toma como referencia para la determinación del sueldo, el Subgrupo de clasificación profesional, o el Grupo en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo, según los establecidos en su art. 76.

Los trienios consisten en una cantidad determinada para cada categoría (Subgrupo profesional o Grupo, en el caso de que aquel no exista, según el nuevo sistema de clasificación del EBEP) por cada tres años de servicios. Con ellos se tiene en cuenta el criterio de antigüedad como elemento retributivo básico del personal estatutario, y en general funcionarial.

Las retribuciones complementarias son fijas o variables, y van dirigidas a retribuir la función desempeñada, la categoría, la dedicación, la actividad, la productividad y cumplimiento de objetivos y la evaluación del rendimiento y de los resultados, determinándose sus conceptos, cuantías y los criterios para su atribución, en el ámbito de cada servicio de salud (Art. 43.1. EM).

En el art. 22.3 del EBEP, se define las retribuciones complementarias de una manera más amplia, como aquellas que retribuyen las características de los puestos de trabajo, la carrera profesional o el desempeño, rendimiento o resultados alcanzados por el funcionario y que se establecerán atendiendo a la progresión alcanzada por el mismo dentro del sistema de carrera profesional; la especial dificultad técnica, responsabilidad dedicación e incompatibilidad exigible para el desempeño de determinados puestos de trabajo; el grado de interés, iniciativa o esfuerzo en del desempeño del puesto de trabajo; y los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo (art. 24 EBEP).

Ambas regulaciones están dirigidas a conseguir un mayor nivel de calidad y eficiencia en la gestión de las Administraciones Públicas, y en concreto en la gestión de la asistencia sanitaria.

Para el personal estatutario, los complementos que integran las retribuciones complementarias, son los siguientes (art. 43.2 EM):

- Complemento de destino correspondiente al nivel del puesto que se desempeña. El importe anual del complemento de destino se abonará en 14 pagas.
- Complemento específico, destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad. En ningún caso podrá asignarse más de un complemento específico a cada puesto por una misma circunstancia.
- Complemento de productividad, destinado a retribuir el especial rendimiento, el interés o la iniciativa del titular del puesto, así como su participación en programas o actuaciones concretas y la contribución del personal a la consecución de los objetivos programados, previa evaluación de los resultados conseguidos.
- Complemento de atención continuada, destinado a remunerar al personal para atender a los usuarios de los servicios sanitarios de manera permanente y continuada.
- Complemento de carrera, destinado a retribuir el grado alcanzado en la carrera profesional cuando tal sistema de desarrollo profesional se haya implantado en la correspondiente categoría, de acuerdo con lo previsto en el art. 40 EM que regula la carrera profesional. Este complemento es novedoso pues no se regulaba en la normativa anterior al EM.

El personal estatutario temporal percibirá la totalidad de las retribuciones básicas y complementarias que, en el correspondiente servicio de salud, correspondan a su nombramiento, con excepción de los trienios (art. 44 EM); es decir se regulan en condiciones de igualdad con el personal estatutario fijo.

No obstante lo anterior, ante la pretensión de extender el reconocimiento del derecho a la percepción de trienios al ámbito del personal estatutario temporal de los Servicios de Salud se solicitó el criterio de la Dirección General de Función Pública. En el Boletín de Consultas del año 2008, dentro del índice de consultas resueltas en relación al EBEP, (referencia C/237/07), aparece resuelta la cuestión planteada en los siguientes términos: en el EBEP se dispone que cada vez que se haga mención al personal funcionario de carrera se entenderá comprendido el personal estatutario de los Servicios de Salud (EBEP art.2.4), sin que se contemple una previsión análoga en relación al personal estatutario temporal y al personal funcionario interino. Dicha equivalencia se concreta únicamente en relación con el personal funcionario de carrera, sin perjuicio de lo cual el criterio de este centro directivo es extender dicha equivalencia al personal funcionario interino, ante la similitud de los supuestos de hecho causantes que fundamentan el nombramiento del personal funcionario interino y del personal estatutario temporal. En consecuencia, y en virtud de dicha interpretación extensiva, cabe concluir que, a la luz de lo dispuesto en el EBEP art.25, no exceptuado de la aplicación al personal estatutario de los Servicios de Salud (EBEP art.2.3), se reconoce al personal estatutario temporal, el derecho a percibir la totalidad de las retribuciones básicas, incluidos los trienios, incluso los correspondientes a los servicios prestados con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto

En el ámbito de cada servicio de salud se fijarán las retribuciones de los aspirantes en prácticas que, como mínimo, corresponderán a las retribuciones básicas, excluidos trienios, del grupo al que aspiren ingresar.

El art. 29 del EBEP establece la posibilidad de que las Administraciones Públicas destinen cantidades, hasta el porcentaje de la masa salarial que se fije en las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales del Estado, a financiar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguros colectivos que incluyan la contingencia de jubilación para el personal incluido en sus ámbitos, de acuerdo con lo establecido en la norma reguladora de los Planes de Pensiones. Dichas cantidades tendrán a todos los efectos la consideración de retribución diferida.

Siguiendo la línea jurisprudencial, tanto el EM como el EBEP, consideran que la parte de jornada no realizada por causas imputables al interesado dará lugar a la deducción proporcional de haberes, sin que ello tenga carácter sancionador, no jugando por tanto el principio “*non bis in idem*” puesto que esta deducción de haberes, no tiene carácter sancionador.

También se prevé que la deducción de haberes en caso del ejercicio del derecho de huelga por el personal estatutario, no tiene carácter de sanción disciplinaria, al tratarse del ejercicio de un derecho fundamental. Tampoco afecta al régimen de sus prestaciones sociales.

Expresamente se prohíbe que el personal estatutario pueda percibir participación alguna en los ingresos normativamente atribuidos a los servicios de salud como contraprestación de cualquier servicio.

El número 4 del artículo 41 redactado por el número dos del artículo 10 del R.D.-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, en materia de retribuciones, ha introducido el siguiente mandato a los servicios de salud de las comunidades autónomas y entes gestores de asistencia sanitaria: establecerán los mecanismos necesarios, como la ordenación de puestos de trabajo, la ordenación de las retribuciones complementarias, la desvinculación de plazas docentes u otros, que garanticen el pago de la actividad realmente realizada. La misma norma, dando una nueva redacción al art. 41.3 EM, ha establecido que la cuantía de las retribuciones se adecuará a lo que dispongan las correspondientes leyes de presupuestos, siendo elemento fundamental en este apartado es, en cualquier caso, la evaluación del desempeño del personal estatutario que los servicios de salud deberán establecer a través de procedimientos fundados en los principios de igualdad, objetividad y transparencia. La evaluación periódica deberá tenerse en cuenta a efectos de determinación de una parte de estas retribuciones complementarias, vinculadas precisamente a la productividad, al rendimiento y, en definitiva, al contenido y alcance de la actividad que efectivamente se realiza.

En cuanto a la retribución del personal estatutario, la diferencia se debe a una opción clara del legislador por un modelo funcional como anticipo del futuro Estatuto Marco.

Frente a las características de flexibilidad y adaptabilidad, carácter consensuado (importante papel de la autonomía individual y colectiva) y variabilidad, presentes en la

normativa laboral, la estatutaria se caracteriza, por la determinación estricta del salario por parte de la normativa legal, no existiendo lugar para la negociación colectiva ni para la autonomía individual.

Por la uniformización de los conceptos retributivos a percibir por el personal, siguiendo claramente el modelo funcionarial, excluyéndose expresamente, tal y como a reiterado la jurisprudencia, la existencia de figuras laborales tales como las horas extraordinarias (SSTS de 7.2 y 11.3 de 1994 y STSJ de Cantabria de 21.12.1993), haciéndose, por otro lado, especial hincapié en conceptos retributivos actualmente en vías de desaparición en el ámbito laboral, como es el caso de compensación económica de la antigüedad en la empresa (trienios, en el ámbito estatutario). Junto a todo ello, la propia conformación de la relación estatutaria excluye la aplicación de novedosas figuras laborales, como las dobles escalas salariales o el descuelgue salarial (al poder afectar el principio de igualdad que rige la mencionada relación).

Actualmente se critica el sistema de retribuciones del ámbito estatutario, lineal por categorías que no recompensa más, al que mejor lo hace. Además el sistema de incentivos monetarios (productividad) es escaso y los incentivos no retributivos, o no existen o están desorganizados. El sistema laboral permite, con diferencia, mayor flexibilidad y asociación de las retribuciones al logro de objetivos. Pero no hay que olvidar que las retribuciones lineales, como las plantillas cerradas, pueden ser un instrumento importante de equidad territorial en la distribución de los recursos humanos (piénsese en la retribución –a cargo de los impuestos de los contribuyentes- que habría que ofrecer a un profesional escaso como por ejemplo, un médico anestesista, para que trabajara en un hospital rural aislado). Sin embargo, las retribuciones lineales son un obstáculo claro en el desarrollo de la gestión clínica; no sirve de nada un sistema de presupuestos prospectivos por servicios, o de libre elección de médico, o la creación de unidades de gestión clínica, si las retribuciones no están asociadas al cumplimiento de los objetivos pactados.

La regulación del salario resulta más flexible en el ámbito laboral que en el estatutario/funcionarial.

Para determinar la estructura de las retribuciones del personal laboral de las Administraciones Públicas (EBEP arts. 21 y 27) hay que remitirse a lo establecido en la legislación laboral, la negociación colectiva y los contratos de trabajo, ante la falta de previsión alguna en las normas hasta ahora vigentes en el empleo público, si bien con la limitación del crecimiento fijado anualmente para la masa salarial del personal laboral en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

La normativa en materia de Función Pública anterior a la entrada en vigor del EBEP estaba orientada claramente a la regulación de la relación funcionarial con muy escasas referencias a los aspectos específicos relacionados con la prestación de servicios en el ámbito del sector público al amparo de una relación de naturaleza laboral, limitándose a señalar los supuestos en que, con carácter excepcional, los puestos de trabajo pueden ser cubiertos mediante una relación de esta naturaleza. Así, al tratar de las relaciones de puestos de trabajo como instrumento técnico de ordenación del personal, se enuncia de manera taxativa las excepciones a la norma general de que los puestos de trabajo de la Administración General del Estado y de sus Organismos Autónomos, así como los de las Entidades Gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, hayan de ser desempeñados por personal funcionario, enumerando los supuestos en que los puestos pueden ser ocupados por personal laboral (art. 15.1.c) Ley

30/1984). Por otra parte, el personal de las entidades públicas empresariales se rige, con carácter general, por el Derecho laboral (LOFAGE art.55). Ambos artículos continúan vigentes tras la entrada en vigor del EBEP y no tienen carácter de normativa básica aplicable al resto de las Administraciones Públicas. Es significativo que la misma Ley 30/1984, al regular las bases del régimen de las retribuciones (art.23 y 24 Ley 30/1984, derogados por el EBEP), se refiere única y exclusivamente a las retribuciones de los funcionarios. Las únicas referencias relacionadas con las retribuciones del personal laboral desde el punto de vista del control del gasto han venido recogidas en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado donde se establecen los límites globales de crecimiento de la masa salarial de este personal.

Recientemente han sido objeto de regulación las retribuciones del personal sujeto a contrato de alta dirección en el sector público estatal (Ley 3/2012 disp.adic.8ª ; RD 451/2012).

El personal laboral que presta sus servicios en el ámbito de las Administraciones Públicas se puede encontrar clasificado en alguna de las siguientes tipologías en función de la fuente que determina sus condiciones de trabajo lo que incide, a su vez, en la determinación de sus retribuciones:

a. Personal cuyas condiciones de trabajo se determinan mediante negociación colectiva: en estos casos es el convenio colectivo la fuente reguladora de la estructura salarial, del régimen para su aplicación y de las cuantías de cada uno de los conceptos que formen parte de la estructura salarial.

En el ámbito de la Administración General del Estado destaca por su extensión y por el número de efectivos acogidos a su ámbito de aplicación el Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Administración General del Estado. El número de trabajadores acogidos a su ámbito de aplicación a fecha 1.1.2012 era de 44.525 efectivos.

b. Personal cuyas condiciones de trabajo se determinan mediante contrato de trabajo: el contrato de trabajo es la fuente que determina la estructura y la cuantía de las retribuciones que hayan de imperar en una relación laboral de manera subsidiaria al convenio colectivo en los siguientes casos: cuando no exista convenio colectivo, cuando éste no regule estas materias o cuando el propio convenio remita para el tratamiento de determinados complementos al contrato individual o excluya a determinados colectivos de su ámbito de aplicación.

A su vez, dentro de este colectivo, conviene diferenciar a aquéllos que se rigen por un contrato de trabajo de naturaleza ordinaria (regulado en el ET art.1.1), de aquellos otros que se rigen por una relación laboral de carácter especial para el personal de alta dirección. Uno y otro caso se diferencian fundamentalmente por la relación de confianza que caracteriza a los contratos de alta dirección lo que incide en aspectos tales como la ubicación del puesto dentro de la estructura de la organización, la autonomía y responsabilidad de las funciones a realizar y los mecanismos aplicables para la extinción del contrato de trabajo, lo que, a su vez, tendrá incidencia no sólo en la cuantía global de la retribución sino también en la estructura salarial dando mayor peso, en el caso de los contratos de alta dirección, a aquellos conceptos de naturaleza variable o ligados a objetivos o resultados de la empresa sobre aquellos otros de carácter fijo o estructural. En el ámbito del sector público estatal, se define una relación especial para aquellos puestos que ejerzan la máxima responsabilidad o las funciones directivas de las

entidades públicas a través de un contrato de naturaleza laboral, excluyendo aquellos supuestos en los que estas funciones se realizan mediante una relación o nombramiento de carácter administrativo

- Máximos responsables: serán el Presidente ejecutivo el consejero delegado de los Consejos de administración o de los órganos superiores de gobierno o administración de las entidades que componen el sector público empresarial o, en su defecto, el Director General o equivalente de dichos organismos o entidades.

- Directivos: serán quienes formando parte del Consejo de administración o de los órganos superiores de gobierno o administración o actuando bajo su dependencia o la del máximo responsable, ejercitan funciones separadas con autonomía y responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones emanadas del máximo responsable o de los citados órganos, tanto en las entidades del sector público empresarial como en el resto del sector público, excepto la Administración General del Estado.

En consecuencia, las retribuciones del personal laboral que presta servicios en las Administraciones Públicas se rigen por:

1. Por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado, fundamentalmente el Estatuto de los Trabajadores y su normativa de desarrollo. En esta materia, de acuerdo con la distribución competencial, la fijación de la normativa laboral corresponde al Estado sin que puedan incidir las legislaciones autonómicas (art. 149.1.7 CE).

2. Por los convenios colectivos.

3. Por la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo que no puede establecer condiciones inferiores a las reconocidas en las disposiciones legales o en los convenios colectivos.

5.5.2. Tiempo de trabajo⁴¹⁵ y régimen de descansos

La determinación del “quantum” de la prestación de servicios por cuenta ajena se realiza mediante la fijación de una jornada de trabajo y unos períodos de descanso. Esta cuestión, tradicionalmente, ha planteado una especial dificultad, no sólo en relación con los derechos de los trabajadores, sino también en relación a los derechos de los usuarios y a las necesidades del servicio, siendo una materia especialmente problemática, como ocurre en la sanidad. La escasa regulación anterior al EM, dio lugar a varios Acuerdos (de 1992 y 1993) y a una importante jurisprudencia del TJCE y del TS que, entre otras cuestiones, consideró aplicable a este ámbito la regulación comunitaria sobre tiempo de trabajo contenida sucesivamente en las Directivas 93/104/CE, 2000/34/CE -relativas a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores a través de la regulación de los tiempos de trabajo- y 2003/88/CE⁴¹⁶.

Por consiguiente, la regulación del tiempo de trabajo contenida en el EM recoge el contenido de esas Directivas comunitarias y la doctrina jurisprudencial al respecto del TJCE y del TS.

⁴¹⁵ QUESADA SEGURA, R., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIERNO, F., ROMERO PARDO, P., SALAS PORRAS, M., PERÁN QUESADA S., “La ordenación jurídica del tiempo de trabajo (1980-2005)”, en “Veinticinco años de Estatuto de los Trabajadores: balance y perspectivas para un nuevo Estatuto”, coord. RODRÍGUEZ- PIÑERO ROYO, M. C., PÉREZ GUERRERO, M.L., 2006, págs. 133-162.

⁴¹⁶ GARCIA NINET, J.I., “Trabajo nocturno y a turnos y protección de la salud”, Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral, nº 234, 2010, págs. 5-8.

El EM dedica el Capítulo X a la jornada trabajo, permisos y licencias del personal estatutario de los servicios de salud. La Disposición adicional segunda de esta Ley, referida a la Jornada y descansos de los centros del Sistema Nacional de Salud, especifica que el régimen de jornada -tiempo de trabajo- y de descansos establecido en la Sección 1.ª del capítulo X del EM, será de aplicación al personal sanitario (art. 6 EM), sea cual sea el vínculo jurídico de su relación de empleo, de los centros y servicios sanitarios gestionados directamente por los servicios de salud. Se está refiriendo al personal laboral y al funcionario. Asimismo, dicho régimen será de aplicación, bien con carácter supletorio en ausencia de regulación sobre jornada y descansos en los convenios colectivos en cada caso aplicables, bien directamente si la regulación de esta Ley resulta más beneficiosa que las previsiones de dichos convenios, al personal de los centros vinculados o concertados con el Sistema Nacional de Salud, cuando tales centros estén formalmente incorporados a una red sanitaria de utilización pública.

Quiere ello decir, que el régimen de jornadas parciales, fiestas y permisos - Sección 2 del Capítulo X EM- sólo es aplicable al personal estatutario al no ser de aplicación, la Disp. adic. segunda EM.

El EBEP, en el Capítulo V del Título III, regula el Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones⁴¹⁷. En concreto su art. 51 regula la jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral, estableciendo que el régimen aplicable es el previsto en ese Capítulo V y en la legislación laboral correspondiente.

El art. 46 EM especifica que las normas sobre tiempo de trabajo y descansos tienen por objeto el establecimiento de las disposiciones mínimas para la protección de la seguridad y salud del personal estatutario en materia de ordenación del tiempo de trabajo. Pero no hay que olvidar lo que se dice en la Exposición de motivos del EM: "Por ello, resulta conveniente regular mediante esta norma legal las condiciones generales que, garantizando el adecuado nivel de protección en lo relativo al tiempo de trabajo y los descansos del personal, garanticen asimismo que los centros y establecimientos puedan ofrecer, de forma permanente y continuada, sus servicios a los ciudadanos".

Para una correcta aplicación de la propia Ley, ésta define unos conceptos relativos al centro sanitario, personal, al tiempo de trabajo, periodo de localización, periodo de descanso, periodo nocturno, personal nocturno, trabajo por turnos, personal por turnos y programación funcional del centro. Estos conceptos se establecen a los efectos exclusivos de la aplicación de las normas en materia de tiempo de trabajo y régimen de descansos, sin que tengan influencia en materia de compensaciones económicas u horarias, para las que se estará a lo dispuesto específicamente en las normas, pactos o acuerdos que, en cada caso, resulten aplicables.

⁴¹⁷CASTILLO BLANCO. F.A., "Jornada, permisos y vacaciones", en "Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público", Dir. Miguel Sánchez Morón, Editorial Lex Nova, 2ª Edición, Valladolid, 2008, págs. 325-334.

GALLEGO CORCOLES. I., ROMERO REY, C., "Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones", en "Estatuto Básico del Empleado Público", La Ley-el Consultor, Madrid, 2007.

LORENZO DE MENBIELA, J.B., "Permisos y licencias de los Funcionarios públicos", Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.

Se considera tiempo de trabajo el período en el que el personal permanece en el centro sanitario, a disposición del mismo y en ejercicio efectivo de su actividad y funciones. Su cómputo se realizará de modo que tanto al comienzo como al final de cada jornada el personal se encuentre en su puesto de trabajo y en el ejercicio de su actividad y funciones. También será tiempo de trabajo, los servicios prestados fuera del centro sanitario, siempre que se produzcan como consecuencia del modelo de organización asistencial o deriven de la programación funcional del centro.

El EM entiende por programación funcional del centro, las instrucciones que, en uso de su capacidad de organización y de dirección del trabajo, se establezcan por la gerencia o la dirección del centro sanitario en orden a articular, coordinadamente y en todo momento, la actividad de los distintos servicios y del personal de cada uno de ellos para el adecuado cumplimiento de las funciones sanitario-asistenciales.

Dentro del tiempo de trabajo, el EM establece tres tipos de jornadas: ordinaria, complementaria y especial. El EBEP, para los funcionarios públicos establece la jornada general y las jornadas especiales, pudiendo ser la jornada, a tiempo completo y a tiempo parcial (art. 47 EBEP).

La jornada ordinaria de trabajo (art. 47 EM) en los centros sanitarios se determinará en las normas, pactos o acuerdos, según en cada caso resulte procedente. Se prevé que a través de la programación funcional del correspondiente centro se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año.

El tiempo de trabajo correspondiente a la jornada ordinaria no excederá de 12 horas ininterrumpidas. No obstante, mediante la programación funcional de los centros se podrán establecer jornadas de hasta 24 horas para determinados servicios o unidades sanitarias, con carácter excepcional y cuando así lo aconsejen razones organizativas o asistenciales. En estos casos, los periodos mínimos de descanso ininterrumpido deberán ser ampliables de acuerdo con los resultados de los correspondientes procesos de negociación sindical en los servicios de salud y con la debida progresividad para hacerlos compatibles con las posibilidades de los servicios y unidades afectados por las mismas. Salvo lo anterior, el personal tendrá derecho a un período mínimo de descanso ininterrumpido de 12 horas entre el fin de una jornada y el comienzo de la siguiente (art. 51 EM), sin que tenga la consideración de trabajo efectivo, ni pueda ser tomado en consideración para el cumplimiento de la jornada ordinaria de trabajo (art. 58 EM).

El descanso entre jornadas de trabajo de 12 horas se reducirá, en los términos que exija la propia causa que lo justifica, en los supuestos de trabajo a turnos, cuando el personal cambie de equipo y no pueda disfrutar del período de descanso diario entre el final de la jornada de un equipo y el comienzo de la jornada del siguiente, y cuando se sucedan, en un intervalo inferior a 12 horas, tiempos de trabajo correspondientes a jornada ordinaria, jornada complementaria o, en su caso, jornada especial. En estos casos será de aplicación el régimen de compensación por medio de descansos alternativos.

Siempre que la duración de una jornada exceda de seis horas continuadas, deberá establecerse un período de descanso durante la misma de duración no inferior a 15 minutos. El momento de disfrute de este período se supeditará al mantenimiento de la atención de los servicios (art. 50 EM).

Cuando se trate de la prestación de servicios de atención continuada y con el fin de garantizar la adecuada atención permanente al usuario de los centros sanitarios, el personal de determinadas categorías o unidades de los mismos desarrollará una jornada complementaria en la forma en que se establezca a través de la programación funcional del correspondiente centro (art. 48 EM).

La realización de la jornada complementaria sólo será de aplicación al personal de las categorías o unidades que con anterioridad a la entrada en vigor del EM venían realizando una cobertura de la atención continuada mediante la realización de guardias u otro sistema análogo, así como para el personal de aquellas otras categorías o unidades que se determinen previa negociación en las mesas correspondientes.

La duración máxima conjunta de los tiempos de trabajo correspondientes a la jornada complementaria y a la jornada ordinaria será de 48 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo semestral, salvo que mediante acuerdo, pacto o convenio colectivo se establezca otro cómputo. No serán tomados en consideración (como ya había señalado la jurisprudencia) para la indicada duración máxima, los períodos de localización, salvo que el interesado sea requerido para la prestación de un trabajo o servicio efectivo, caso en que se computará como jornada tanto la duración del trabajo desarrollado como los tiempos de desplazamiento (art. 48.2 EM).

La jornada complementaria no tendrá en ningún caso la condición ni el tratamiento establecido para las horas extraordinarias. En consecuencia, no estará afectada por las limitaciones que respecto a la realización de horas extraordinarias establecen o puedan establecer otras normas y disposiciones, y su compensación o retribución específica se determinará independientemente en las normas, pactos o acuerdos que, en cada caso, resulten de aplicación.

En el art. 49 EM se regula el régimen de jornada especial. Cuando con la jornada complementaria fuera insuficiente para garantizar la adecuada atención continuada y permanente, y siempre que existan razones organizativas o asistenciales que así lo justifiquen, previa oferta expresa del centro sanitario, podrá superarse la duración máxima conjunta de la jornada ordinaria y la jornada complementaria cuando el personal manifieste, por escrito, individualizada y libremente, su consentimiento en ello. En este supuesto, los excesos de jornada sobre dicha duración máxima tendrán el carácter de jornada complementaria y un límite máximo de 150 horas al año.

Los centros sanitarios podrán establecer previamente los requisitos para otorgar por parte del personal el consentimiento previsto en el apartado anterior, especialmente en lo relativo a la duración mínima del compromiso.

Como garantías de los derechos del personal, el centro sanitario deberá asegurar que:

- Nadie sufra perjuicio alguno por el hecho de no prestar el consentimiento para la realización de esta jornada especial.
- Existan registros actualizados del personal que desarrolle este régimen de jornada, que estarán a disposición de las autoridades administrativas o laborales competentes, que podrán prohibir o limitar, por razones de seguridad o salud del personal, los excesos sobre la duración máxima de la jornada prevista en el artículo 48.2.

- Se respeten los principios generales de protección de la seguridad y salud.

La regulación de la jornada resulta más flexible en el ámbito laboral que en el estatutario/funcionarial. Frente a las características de flexibilidad y adaptabilidad, carácter consensuado (importante papel de la autonomía individual y colectiva) y variabilidad, presentes en la normativa laboral, la estatutaria se caracteriza, entre otras, por la determinación estricta tanto de la jornada como del salario por parte de la normativa legal, no existiendo lugar para la negociación colectiva ni para la autonomía individual y por la preferencia de los intereses generales –servicio público- frente a los particulares del personal a la hora de modificar o incrementar la jornada a realizar, otorgándose un amplio margen de discrecionalidad a la dirección de la institución sanitaria. Las diferencias entre ambos marcos normativos se pueden deber, en el ámbito de la jornada, al hecho de que la función asistencial que cumple este tipo de personal puede requerir de un mayor sacrificio por su parte en cuanto a la conformación de su tiempo de trabajo –excluyéndose la presencia de derechos adquiridos, como señala la STS de 28.1.1981-; admitiéndose incluso, la existencia de guardias médicas con un carácter de obligatoriedad, sólo excluibles, como regla general, mediante exención expresa por parte de la dirección del centro sanitario, que deberá ajustarse al reglamento que regule dichas exenciones. En todo caso, y como regla general, la duración legal de la jornada suele ser inferior en el ámbito estatutario (37,5 horas a la semana).

Otros tipos de descansos regulados en el EM, son los períodos de descansos semanales y anuales y el régimen de descansos alternativos.

El personal tendrá derecho a un período mínimo de descanso semanal ininterrumpido con una duración media de 24 horas semanales, período que se incrementará con el mínimo de descanso diario de 12 horas. El período de referencia para el cálculo del período de descanso será de dos meses, sin que tampoco tenga el carácter y la consideración de trabajo efectivo ni puede ser tomado en consideración para el cumplimiento de la jornada ordinaria (art. 58). En el caso de que no se pueda disfrutar entrará en juego el régimen de descansos alternativos.

Anualmente, el personal tendrá derecho a una vacación retribuida cuya duración no será inferior a 30 días naturales, o al tiempo que proporcionalmente corresponda en función del tiempo de servicios (art. 53 EM). El EBEP, sin embargo reconoce el derecho a los funcionarios públicos a disfrutar como mínimo, durante cada año natural, de unas vacaciones retribuidas de 22 días hábiles, o de las que correspondan proporcionalmente si el tiempo de servicio durante el año fuese menor (art. 50).

El período de vacación anual sólo podrá ser sustituido por una compensación económica en el caso de finalización de la prestación de servicios. El período o períodos de disfrute de la vacación anual se fijará conforme a lo que prevea al respecto la programación funcional del correspondiente centro.

El régimen de descansos alternativos se regula en el art. 53 EM para cuando no se hubiera disfrutado de los períodos mínimos de descanso diario establecidos en el EM, lo cual es frecuente. En este supuesto se tendrá derecho a su compensación mediante descansos alternativos cuya duración total no podrá ser inferior a la reducción experimentada. No obstante, la compensación se entenderá producida cuando se haya disfrutado, en cómputo trimestral, un promedio semanal de 96 horas de descanso,

incluyendo los descansos semanales disfrutados, computando para ello todos los períodos de descanso de duración igual o superior a 12 horas consecutivas. El disfrute de los descansos compensatorios alternativos no tendrán el carácter ni la consideración de trabajo efectivo y no podrán ser sustituido por compensación económica, salvo en los casos de finalización de la relación de servicios o de las circunstancias que pudieran derivar del hecho insular.

El régimen de jornadas parciales, fiestas y permisos - Sección 2 del Capítulo X EM- sólo es aplicable al personal estatutario al no ser de aplicación, la Disp. adic. segunda EM.

Los nombramientos de personal estatutario, fijo o temporal, podrán expedirse para la prestación de servicios en jornada completa o para la prestación a tiempo parcial, en el porcentaje, días y horario que en cada caso y atendiendo a las circunstancias organizativas, funcionales y asistenciales se determine.

Las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, determinarán la limitación máxima de la jornada a tiempo parcial respecto a la jornada completa, con el límite máximo del 75% de la jornada ordinaria, en cómputo anual, o del que proporcionalmente corresponda si se trata de nombramiento temporal de menor duración.

Resultan aplicables al personal estatutario lo supuestos de reducciones de jornada establecidos para los funcionarios públicos en las normas aplicables en la correspondiente Comunidad Autónoma, para la vida familiar y laboral.

La regulación de los días festivos y los permisos que tiene derecho a disfrutar quienes ostenten la condición de personal estatutario se remite prácticamente en su totalidad al régimen que al respecto se establezca en el ámbito de cada una de las Comunidades Autónomas.

Expresamente el EM establece el derecho a disfrutar del régimen de permisos y licencias, incluida la licencia por riesgo durante el embarazo, establecido para los funcionarios públicos por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y por la ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Las comunidades autónomas, en el ámbito de sus competencias, podrán conceder permisos retribuidos o con retribución parcial, con motivo de la realización de estudios o para la asistencia a cursos de formación o especialización que tengan relación directa con las funciones de los servicios sanitarios e interés relevante para el servicio de salud. Podrá exigirse como requisito previo para su concesión, el compromiso del interesado de continuar prestando servicios en la misma institución, centro, área o servicio de salud, durante los plazos que se establezcan, a contar desde la finalización del permiso. El incumplimiento de dicho compromiso implicará la devolución por el interesado de la parte proporcional que resulte procedente de las retribuciones percibidas durante el permiso. También podrán conceder permisos no retribuidos o con retribución parcial, para la asistencia a cursos o seminarios de formación o para participar en programas acreditados de cooperación internacional o en actividades y

tareas docentes o de investigación sobre materias relacionadas con la actividad de los servicios de salud (art. 61 EM).

Resulta aplicable al personal estatutario el art. 48 del EBEP, redactado por el número uno del artículo 8 del R.D.-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, que regula los permisos de los funcionarios públicos. Según éste, las Administraciones Públicas determinarán los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos y sus requisitos, efectos y duración. En defecto de legislación aplicable los permisos y su duración serán, al menos, los siguientes: fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar, traslado de domicilio, realización de funciones sindicales, concurrencia a exámenes finales, exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, lactancia de un hijo menor de doce meses, nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados, por razones de guarda legal de un menor de doce años, de persona mayor que requiera especial dedicación, o de una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida, tendrá derecho a la reducción de su jornada de trabajo, con la disminución de sus retribuciones que corresponda, cuidado de un familiar de primer grado por tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal y por deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral, por asuntos particulares, seis días.

La regulación del art. 48 EBEP de los permisos de los funcionarios públicos es mucho más exhaustiva que la realizada en el EM, por lo que será necesario acudir a ella para solventar lagunas, al ser aplicable. La extensa regulación del art. 48 EBEP, es una clara equiparación a la normativa laboral.

Además, el art. 49 del EBEP, regula los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género.

En el ámbito de los descansos y vacaciones del personal estatutario, juega un importante papel la dirección del centro sanitario, debido a la escueta y obsoleta regulación existente en esta materia. Tanto la duración como las facilidades para su ejercicio son más limitadas que en el ámbito laboral (con carácter general, un día de descanso semanal, preferiblemente domingo, 30 días de vacaciones a disfrutar, preferentemente entre junio y septiembre, aprobación de turnos de vacaciones por parte de la dirección del centro y todo ello condicionado a las necesidades asistenciales del centro en el que se presta servicios).

En cuanto a la regulación de los permisos y licencias, ambos ámbitos normativos coinciden sustancialmente, aun cuando de nuevo, las necesidades organizativas de la institución sanitaria pueden suponer un límite infranqueable para el disfrute de los mismos. La principal diferencia se halla, no obstante, en la posibilidad reconocida al personal estatutario de solicitar permisos no retribuidos por asuntos propios (de hasta 3 meses) o para el disfrute de becas o la realización de cursos de formación, supuestos éstos no contemplados en la normativa laboral.

5.5.3. Movilidad del personal

La Exposición de motivos del EM dice que “el principio de libre circulación y la posibilidad de movilidad del personal en todo el Sistema Nacional de Salud, se consagra en el capítulo VII. Esta movilidad general, básica para dotar al Sistema Nacional de

Salud de cohesión y coordinación, es también un mecanismo para el desarrollo del personal, que se complementa con la regulación de la carrera que se contiene en el capítulo VIII y con el régimen retributivo que se fija en el capítulo IX”.

Por consiguiente, las reglas de movilidad del personal estatutario se configuran en la Ley como un derecho del personal, como un mecanismo de su desarrollo profesional, y como exigencia de planificación.

Se establece la movilidad por razón del servicio y la movilidad voluntaria.

La movilidad por razón del servicio supone que el personal estatutario, previa resolución motivada y con las garantías que en cada caso se dispongan, podrá ser destinado a centros o unidades ubicadas fuera del ámbito previsto en su nombramiento de conformidad con lo que establezcan las normas o los planes de ordenación de recursos humanos de su servicio de salud, negociadas en las mesas correspondientes.

En este sentido, el EBEP, art. 81.2, establece que las Administraciones Públicas, de manera motivada, podrán trasladar a sus funcionarios, por necesidades del servicio o funcionales, a unidades, departamentos u organismos públicos o entidades distintos a los de sus destino, respetando sus retribuciones, condiciones esenciales de trabajo, modificando, en su caso la adscripción de los puestos de trabajo de los que sean titulares. Cuando por motivos excepcionales los planes de ordenación de recursos impliquen cambio del lugar de residencia se dará prioridad a la voluntariedad de los traslados. Los funcionarios tendrán derecho a las indemnizaciones establecidas reglamentariamente para los traslados forzosos.

Un supuesto especial de movilidad por razones del servicio son las comisiones de servicio (art. 39 EM). Por necesidades del servicio, y cuando una plaza o puesto de trabajo se encuentre vacante o temporalmente desatendido, podrá ser cubierto en comisión de servicios, con carácter temporal, por personal estatutario de la correspondiente categoría y especialidad. En este supuesto, el interesado percibirá las retribuciones correspondientes a la plaza o puesto efectivamente desempeñado, salvo que sean inferiores a las que correspondan por la plaza de origen, en cuyo caso se percibirán éstas.

En los servicios de salud se ha abusado en la utilización de las comisiones de servicio, cuando deberían haberse realizado en su lugar, procedimientos de movilidad voluntaria.

El personal estatutario podrá ser destinado en comisión de servicios, con carácter temporal, al desempeño de funciones especiales no adscritas a una determinada plaza o puesto de trabajo. En este supuesto, el interesado percibirá las retribuciones de su plaza o puesto de origen.

Quien se encuentre en comisión de servicios tendrá derecho a la reserva de su plaza o puesto de trabajo de origen.

La movilidad voluntaria se configura como un mecanismo que garantiza la libre circulación. Con el fin de garantizar la movilidad en términos de igualdad efectiva del personal estatutario en el conjunto del Sistema Nacional de Salud, se exige con carácter

previo, la homologación de las distintas clases o categorías funcionales de personal estatutario, en cuanto resulte necesario para articular dicha movilidad entre los diferentes servicios de salud.

Los procedimientos de movilidad voluntaria, que se efectuarán con carácter periódico, preferentemente cada dos años, en cada servicio de salud, estarán abiertos a la participación del personal estatutario fijo de la misma categoría y especialidad, así como, en su caso, de la misma modalidad, del resto de los servicios de salud, que participarán en tales procedimientos con las mismas condiciones y requisitos que el personal estatutario del servicio de salud que realice la convocatoria. Se resolverán mediante el sistema de concurso, previa convocatoria pública y de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Cuando de un procedimiento de movilidad se derive cambio en el servicio de salud de destino, el plazo de toma de posesión será de un mes a contar desde el día del cese en el destino anterior, que deberá tener lugar en los tres días siguientes a la notificación o publicación del nuevo destino adjudicado.

Los destinos obtenidos mediante sistemas de movilidad voluntaria son irrenunciables, salvo que dicha renuncia esté motivada por la obtención de plaza en virtud de la resolución de un procedimiento de movilidad voluntaria convocado por otra Administración pública. Se entenderá que solicita la excedencia voluntaria por interés particular como personal estatutario, y será declarado en dicha situación por el servicio de salud en que prestaba servicios, quien no se incorpore al destino obtenido en un procedimiento de movilidad voluntaria dentro de los plazos establecidos o de las prórrogas de los mismos que legal o reglamentariamente procedan.

Las Disposiciones Adicionales 3ª y 6ª EM regulan la movilidad del personal estatutario fuera del ámbito del Sistema Nacional de Salud. Por una parte, el personal estatutario de los servicios de salud podrá acceder a puestos correspondientes a personal funcionario dentro de los servicios de las Administraciones públicas, en la forma y con los requisitos que se prevean en las normas sobre función pública aplicables. Por otra, en el ámbito de cada Administración pública, y a fin de conseguir una mejor utilización de los recursos humanos existentes, se podrán establecer los supuestos, efectos y condiciones en los que el personal estatutario de los servicios de salud pueda prestar indistintamente servicios en los ámbitos de aplicación de otros estatutos de personal del sector público. Esta movilidad entre Administraciones Públicas se prevé también en el EBEP, con la finalidad de lograr un mejor aprovechamiento de los recursos humanos (art. 84 EBEP).

También es aplicable al personal estatutario, la movilidad por razón de violencia de género, regulada en el art. 82 del EBEP. Este traslado tiene la consideración de traslado forzoso.

La movilidad del personal laboral de las Administraciones Públicas debe realizarse de conformidad con lo que establezcan los convenios colectivos aplicables y, en su defecto, por el sistema de movilidad del personal funcionario de carrera (at. 83 EBEP).

A falta de normativa que pueda mejorar las condiciones del EBEP, la Administración puede trasladar a los trabajadores de un centro de trabajo a otro sin cambio de residencia, ni de grupo (STS 9.2.10).

Respecto a la movilidad del personal y a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la regulación estatutaria es mucho más rígida y compleja que la laboral, dados los trámites formales requeridos para su efectividad. Pero en el caso del personal facultativo esa mayor complejidad tiene menor trascendencia, dada su mayor especialización, pero comporta importantes límites en el ámbito del personal no sanitario, al venir definida sus funciones de forma muy precisa.

Pero la mayor rigidez y complejidad se ve salvada por el reconocimiento a la dirección del centro sanitario de unas facultades organizativas bastante amplias, únicamente limitadas por la arbitrariedad y el abuso del derecho (STS 12.11. 1993). Facultades organizativas que pueden traducirse en la movilidad funcional del trabajador o en la modificación de algunas de las condiciones de trabajo –jornada/horario-, o en fin, en el ejercicio de la movilidad geográfica dentro del Área de Salud correspondiente. Y junto a todo ello en el campo estatutario resulta aplicable la teoría de los derechos adquiridos en materia retributiva y de tareas exigibles al personal (y que implica que tales cuestiones resultan inmodificables), mientras que en el marco laboral rige el principio de condición más beneficiosa, suprimible a través de la compensación y absorción o mediante la vía del artículo 41 del ET.

En el ámbito laboral, existen amplias posibilidades de movilidad funcional y geográfica y de modificación sustancial de las condiciones de trabajo (arts. 39, 40 y 41 del ET), potenciándose la figura del trabajador polivalente.

En consecuencia, es totalmente distinto el tratamiento que da cada uno de los ámbitos normativos que contraponemos, al supuesto concreto en que un trabajador desempeña funciones superiores a las que corresponden según su clasificación profesional. En el ámbito laboral, ello le permitiría, siguiendo lo dispuesto en el artículo 39 del ET, reclamar no sólo el salario correspondiente a la categoría sino incluso la atribución efectiva de tal categoría. Por el contrario, y tal como ha reiterado la jurisprudencia (SSTS de 26.7.1993; 19 y 29.10. 1993; 3.11.1993; 21.2.1994; 4 y 10.3.1994; 6.2.1995), esa posibilidad no existe en relación con el personal estatutario, constituyendo el concurso de traslado la única vía posible de acceso a funciones distintas o superiores de las que se venían desempeñando (los traslados han sido regulados en el artículo 11 de la Ley 30/1999) a lo que hay que añadir, desde la entrada en vigor de la Ley 30/1999, la regulación de la promoción interna y de la promoción interna temporal que ha se recogen en los artículos 8 y 9 de dicha Ley.

En el ámbito laboral se regulan de forma amplia las figuras del desplazamiento y el traslado de los trabajadores (movilidad geográfica, art. 40 ET); la movilidad geográfica del personal estatutario no regulada como tal en el EM, habría que reconducirla a la movilidad por razón del servicio; en tal supuesto, previa resolución motivada y con las garantías que en cada caso se dispongan, el personal estatutario, podrá ser destinado a centros o unidades ubicadas fuera del ámbito previsto en su nombramiento de conformidad con lo que establezcan las normas o los planes de ordenación de recursos humanos de su servicio de salud, negociadas en las mesas correspondientes. La decisión en este último caso, con el límite del abuso de derecho, se atribuye a la dirección de la institución sanitaria.

5.6. Situaciones del personal del Sistema Nacional de Salud⁴¹⁸

Es ésta cuestión, de las más complejas del personal al servicio del SNS. El EBEP en su Título VI⁴¹⁹, ha tratado de simplificarlas y reordenarlas, estableciendo un conjunto de reglas comunes para todos los funcionarios de carrera, aunque reconociendo, al mismo tiempo, la posibilidad de que por ley de las Comunidades Autónomas se puedan introducir supuestos distintos, conforme a sus necesidades, entre las que están las organizativas y de reestructuración interna.

Con anterioridad, el EM en su Capítulo XI, reguló las situaciones administrativas del personal estatutario, aunque de una manera menos precisa que la establecida en el EBEP⁴²⁰, pero encajan en el marco del mismo, señalando algunas especialidades en función del servicio sanitario.

El artículo 62 EM relaciona las situaciones administrativas, y establece en los artículos siguientes su régimen jurídico.

El régimen general de situaciones del personal estatutario fijo, comprende las siguientes:

- Servicio activo (art. 63 EM)

El personal estatutario se hallará en servicio activo cuando preste los servicios correspondientes a su nombramiento como tal, cualquiera que sea el servicio de salud, institución o centro en el que se encuentre destinado, así como cuando desempeñe un puesto de trabajo de las relaciones de puestos de las Administraciones públicas abierto al personal estatutario. En esta situación, el personal goza de todos los derechos y queda sometido a todos los deberes inherentes a su condición, y se registrará por el EM y las normas correspondientes al personal estatutario del servicio de salud en que preste servicios.

Se mantendrán en la situación de servicio activo, con los derechos que en cada caso correspondan, quienes estén en comisión de servicios, disfruten de vacaciones o permisos o se encuentren en situación de incapacidad temporal, así como quienes reciban el encargo temporal de desempeñar funciones correspondientes a otro nombramiento (promoción interna temporal) y quienes sean declarados en suspensión provisional de servicios, aun con las limitaciones correspondientes.

- Servicios especiales (art. 64EM)

El personal estatutario será declarado en situación de servicios especiales en los supuestos establecidos con carácter general para los funcionarios públicos (art. 87

⁴¹⁸ TOSCANI GIMÉNEZ, D., "Situaciones Administrativas", en en "El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008", Ed. Comares, Granada, 2008, págs. 851-909. Realiza el autor, un análisis descriptivo de las situaciones administrativas de los funcionarios públicos, del personal laboral y del personal estatutario.

⁴¹⁹ CASTILLO BLANCO. F.A., "Las situaciones administrativas de los empleados públicos", en "Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público", Dir. Miguel Sánchez Morón, Editorial Lex Nova, 2ª Edición, Valladolid, 2008, págs. 508-538.

⁴²⁰ MORILLO-VELARDE PEREZ, J.I., "Las situaciones administrativas", en "Estatuto Básico del Empleado Público", Ed. La Ley-El Consultor, Madrid, 2007.

EBEP, como por ejemplo, cuando accedan a la condición de Diputado o Senador de las Cortes Generales o miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas), así como cuando acceda a plaza de formación sanitaria especializada mediante residencia o a puesto directivo de las organizaciones internacionales, de las Administraciones públicas, de los servicios de salud o de instituciones o centros sanitarios del Sistema Nacional de Salud. En esta situación se tendrá derecho al cómputo de tiempo a efectos de antigüedad y carrera, en su caso, al percibo de trienios y a la reserva de la plaza de origen.

También será declarado en situación de servicios especiales el personal estatutario que sea autorizado por la Administración pública, por periodos superiores a seis meses, para prestar servicios o colaborar con organizaciones no gubernamentales que desarrollen programas de cooperación, o para cumplir misiones en programas de cooperación nacional o internacional. En este supuesto, se tendrá derecho al cómputo de tiempo a efectos de antigüedad y a la reserva de la plaza de origen, pero no al percibo de trienios, ni al cómputo de tiempo a efectos de carrera, a diferencia de los casos del párrafo anterior.

- Servicios bajo otro régimen jurídico (art. 65 EM)

Esta situación se contemplaba ya, en la normativa anterior sobre nuevas formas de gestión. El EM la prevé para quienes acepten la oferta de cambio de su relación de empleo que efectúen los servicios de salud al personal estatutario fijo, para prestar servicios en un centro cuya gestión sea asumida bien por una entidad creada o participada en un mínimo de la mitad de su capital por el propio servicio de salud o comunidad autónoma, bien por otras entidades surgidas al amparo de nuevas fórmulas de gestión promovidas por el servicio de salud o comunidad autónoma y creadas al amparo de la normativa que las regule. En esta situación se tendrá derecho al cómputo de tiempo a efectos de antigüedad. Se establece como garantía que durante los tres primeros años se ostentará derecho para la reincorporación al servicio activo en la misma categoría y área de salud de origen o, si ello no fuera posible, en áreas limítrofes con aquélla.

- Excedencia por servicios en el sector público (art. 66 EM)

Procederá esta situación, cuando se presten servicios en otra categoría de personal estatutario, como funcionario o como personal laboral, en cualquiera de las Administraciones públicas, salvo que hubiera obtenido la oportuna autorización de compatibilidad y cuando presten servicios en organismos públicos y no les corresponda quedar en otra situación. A estos efectos, el EM considera incluidas en el sector público aquellas entidades en las que la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas sea igual o superior al 50 por ciento o, en todo caso, cuando las mismas posean una situación de control efectivo.

El personal estatutario excedente por prestación de servicios en el sector público no devengará retribuciones, y el tiempo de permanencia en esta situación les será reconocido a efectos de trienios y carrera profesional, en su caso, cuando reingresen al servicio activo.

- Excedencia voluntaria (art. 67 EM)

El personal estatutario en situación de excedencia voluntaria, no devengará retribuciones, ni le será computable el tiempo que permanezca en tal situación a efectos de carrera profesional o trienios.

Esta situación, se concederá a solicitud del interesado, en los supuestos:

- Por interés particular. Para obtener el pase a esta situación será preciso haber prestado servicios efectivos en cualquiera de las Administraciones públicas durante los cinco años inmediatamente anteriores. Su concesión, quedará subordinada a las necesidades del servicio, debiendo motivarse, en su caso, su denegación. No podrá concederse la excedencia voluntaria por interés particular a quien esté sometido a un expediente disciplinario. El tiempo mínimo de permanencia en la situación de excedencia voluntaria será de dos años
- Por agrupación familiar al personal estatutario que así lo solicite y cuyo cónyuge resida en otra localidad fuera del ámbito del nombramiento del interesado, por haber obtenido y estar desempeñando plaza con carácter fijo como personal del Sistema Nacional de Salud, como funcionario de carrera o personal laboral de cualquier Administración pública.

La excedencia voluntaria se declarará de oficio:

- Cuando, finalizada la causa que determinó el pase a una situación distinta a la de activo, incumplan la obligación de solicitar el reingreso al servicio activo en el plazo que se determine en cada servicio de salud. El tiempo mínimo de permanencia en la situación de excedencia voluntaria será de dos años.
- El personal estatutario podrá ser declarado en la situación de excedencia temporal en los términos y con los efectos establecidos por la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación
- Excedencia para cuidado de familiares (art. 62.3 EM)

Esta excedencia, se rige por los términos establecidos para los funcionarios públicos por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras

- Suspensión firme de funciones por sentencia en causa criminal o sanción disciplinaria (art. 68 EM)

El personal declarado en la situación de suspensión firme quedará privado durante el tiempo de permanencia en la misma del ejercicio de sus funciones y de todos los derechos inherentes a su condición, además determinará la pérdida del puesto de trabajo cuando exceda de seis meses.

La suspensión por condena criminal se impondrá como pena, en los términos acordados en la sentencia y la suspensión firme por sanción disciplinaria no podrá exceder de seis años.

El personal declarado en la situación de suspensión firme de funciones no podrá prestar servicios en ninguna Administración pública, ni en los organismos públicos o en las entidades de derecho público dependientes o vinculadas a ellas, ni en las entidades

públicas sujetas a derecho privado o fundaciones sanitarias, durante el tiempo de cumplimiento de la pena o sanción.

Las Comunidades Autónomas podrán establecer los supuestos de concesión y el régimen relativo a las situaciones de expectativa de destino, excedencia forzosa y excedencia voluntaria incentivada, así como los de otras situaciones administrativas aplicables a su personal estatutario dirigidas a optimizar la planificación de sus recursos humanos.

El EBEP en el art. 85, establece que las situaciones administrativas de los funcionarios de carrera son: Servicio activo, servicios especiales, servicio en otras administraciones públicas, excedencia y suspensión de funciones. A su vez, la excedencia de los funcionarios de carrera podrá adoptar las siguientes modalidades (art. 89 EBEP: voluntaria por interés particular, voluntaria por agrupación familiar, por cuidado de familiares y por razón de violencia de género

Con carácter general, el reingreso al servicio activo (art. 58 EM) será posible en cualquier servicio de salud a través de los procedimientos de movilidad en el art. 37 EM. También podrá realizarse en el servicio de salud de procedencia del interesado, con ocasión de vacante y carácter provisional, en el ámbito territorial y en las condiciones que se determinen en cada servicio de salud. El reingreso en el servicio activo podrá llevar consigo, cuando las circunstancias que concurran lo aconsejen, un programa específico de formación complementaria o de actualización de los conocimientos, técnicas, habilidades y aptitudes para ejercer adecuadamente la profesión.

Las situaciones del personal laboral se regulan en el art. 92 EBEP. Esta tipología de personal que presta servicios en las Administraciones Públicas, se regirá por el Estatuto de los Trabajadores y por los convenios colectivos que les sean de aplicación; estos podrán determinar la aplicación de lo regulado en el EBEP para las situaciones administrativas, al personal incluido en su ámbito de aplicación, en lo que resulte compatible con el Estatuto de los Trabajadores.

Justificado por el carácter garantista o de estabilidad en el empleo de la relación estatutaria, en éste ámbito la figura de la excedencia tiene un mayor juego que en el ámbito laboral. Aunque hay similitudes entre los dos regímenes jurídicos en los tipos excedencia (voluntaria, por cuidado de hijos, por cuidado de familiares), también hay diferencias.

En el régimen jurídico laboral, la excedencia podrá ser voluntaria o forzosa (artículo 46 del ET). La forzosa, no regulada en el EBEP, ni en el EM, que dará derecho a la conservación del puesto y al cómputo de la antigüedad de su vigencia, se concederá por la designación o elección para un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo. Es muy similar a la situación de servicios especiales (art. 64 EM y art. 87 EBEP). También podrán solicitar su paso a la situación de excedencia en la empresa los trabajadores que ejerzan funciones sindicales de ámbito provincial o superior mientras dure el ejercicio de su cargo representativo (art. 46.4 ET), cuestión no regulada en el EM, ni en el EBEP.

Termina el art. 46 ET, con una cláusula abierta que permite que la situación de excedencia pueda extenderse a otros supuestos colectivamente acordados, con el régimen y los efectos que allí se prevean.

5.7. Régimen disciplinario e incompatibilidades del personal del Sistema Nacional de Salud

El EBEP regula el régimen disciplinario de los empleados públicos⁴²¹ en su Título VII, no abordando el espinoso tema de las incompatibilidades. Establece en su art. 93 un régimen disciplinario común para los empleados públicos, sean funcionarios o personal laboral. No obstante, el régimen disciplinario del personal laboral se registrará, en lo no previsto en el EBEP, por la legislación laboral.

Por el contrario, el EM diferencia entre el régimen disciplinario (Capítulo XII) y las incompatibilidades (Capítulo XIII), quizás para realzar la importancia que tiene su regulación en el sector sanitario.

5.7.1. Régimen disciplinario

Partiendo que, en cuanto a responsabilidad disciplinaria, los funcionarios públicos y el personal laboral quedan sujetos al régimen disciplinario establecido en el EBEP y en las normas que las Leyes de Función Pública que se dicten en su desarrollo, resaltaremos, los matices más relevantes a efectos de gestión.

La potestad disciplinaria se ejercerá de acuerdo con unos principios (art. 94.2 EBEP); el principio de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones, a través de la predeterminación normativa o, en el caso del personal laboral, de los convenios colectivos.

Tanto el EBEP –art. 95.1- como el EM –art. 72-, clasifican las faltas en muy graves, graves y leves.

En cuanto a las faltas, serán faltas muy graves las que queden tipificadas como tales en la Ley de las Cortes Generales o de la Asamblea Legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma o por los convenios colectivos en el caso del personal laboral. Al igual ocurre con las faltas graves (arts. 95.2 p y 95.3 EBEP).

Por razón de las faltas⁴²² cometidas, podrán imponerse las sanciones enumeradas en el art. 96 EBEP. En concreto se regulan el despido disciplinario del personal laboral, que sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves y que comportará la

⁴²¹ SANCHEZ MORON, M., “Régimen disciplinario”, en “Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”, Dir. Miguel Sánchez Morón, Editorial Lex Nova, 2ª Edición, Valladolid, 2008, págs. 541-553.

QUESADA LUMBRERAS, J.E., “Régimen disciplinario”, en “El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008”, Ed. Comares, Granada, 2008, págs. 911-959. Señala que el art. 93 EBEP ha establecido unos principios comunes en esta materia para el personal funcionario y laboral, pero al añadir el referido artículo que quedan también sometidos “a las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto”, aparece la deficiencia técnica de no hacer mención alguna a la legislación laboral aplicable.

⁴²²El art. 95.1 EBEP clasifica las faltas disciplinarias en muy graves, graves y leves, como hacia la legislación anterior -Ley de Funcionarios Civiles del Estado-; y como ocurría en la legislación básica que deroga -Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública-, sólo tipifica las muy graves; la tipificación de las faltas graves y leves se remite a las leyes de función pública en el caso de los funcionarios y a los convenios colectivos para el personal laboral. Para las faltas que ya existían pueden verse los criterios jurisprudenciales de interpretación en MARTINEZ FAGÚNDEZ, G., “Régimen disciplinario de los funcionarios. Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Ed. Thompson Aranzadi, Pamplona, 2006.

inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaban (art. 96.1 b EBEP) y la suspensión firme de funciones, o de empleo y sueldo en el caso del personal laboral, con una duración máxima de 6 años (art. 96.1 c EBEP).

Procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave (art. 96.2 EBEP). La Administración Pública en este supuesto, no tiene la opción que el Estatuto de los Trabajadores reserva al empresario (art. 56 ET).

5.7.2. Incompatibilidades

La Ley 53/1984, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas, viene a cumplimentar el mandato de la Constitución recogido en sus arts. 103 .3 y 149.1.18^a. Esta Ley tiene carácter de legislación básica postconstitucional (disp. final 1^a Ley 53/1984) y regula un aspecto nuclear del régimen jurídico del estatuto de los funcionarios, como es el sistema de incompatibilidades. También tiene interés la vigencia de la ley de incompatibilidades tras la entrada en vigor del EBEP, y la modificación que esta última norma opera en su ámbito de aplicación.

El carácter básico de la Ley ha sido, además, expresamente ratificado por el Tribunal Constitucional que entendió que cada uno de los preceptos de la Ley 53/1984, que configuran el aludido sistema de incompatibilidades, son realmente aspectos básicos del referido régimen jurídico de las Administraciones públicas que corresponden a un principio estructural organizativo del personal a su servicio que se proyecta sobre el sector público en su conjunto (STC 178/1989).

Posteriormente, el mismo Tribunal afirmó que las incompatibilidades de los funcionarios públicos tienden a garantizar su objetividad de actuación, en evitación de relaciones de dependencia perturbadoras, así como su eficacia, procurando la máxima dedicación a las funciones propias de su empleo o cargo, características aquélla y ésta predicables constitucionalmente de la actividad de las Administraciones públicas y, por tanto, exigible también de sus servidores, lo que hace a la norma merecedora del carácter de básica al prohibir simultanear actividades con la única excepción de la compatibilidad con el desempeño de cargo electivo pero siempre que no se reciban retribuciones periódicas por tal actividad (STC 172/1996).

La Ley 53/1984 se mantiene en vigor tras la entrada en vigor del EBEP y, en consecuencia, el régimen jurídico del sistema de incompatibilidades sigue siendo el establecido en dicha norma. No obstante lo anterior, el EBEP contiene una disposición que lleva expresamente por nombre modificación de la Ley 53/1984 de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas (disp. final 3^a EBEP), mediante la cual modifica el art.2.1. a) y g) de la Ley 53/1984, que es el precepto que identifica el ámbito de aplicación al que se extiende la ley.

El ámbito de aplicación de la Ley 53/1984, tras la modificación introducida por el EBEP, se extiende, entre otro personal, al:

- Personal al servicio de las Administraciones de las CCAA y de los organismos de ellas dependientes.
- Personal al servicio de la Seguridad Social, de sus Entidades Gestoras y de cualquier otra Entidad u Organismo de la misma.
- Personal al servicio de entidades, corporaciones de derecho público, fundaciones y consorcios cuyos presupuestos se doten ordinariamente en más de un 50% con subvenciones u otros ingresos procedentes de las Administraciones públicas. La modificación de este apartado por el EBEP se ha realizado para incluir, también, dentro del régimen de incompatibilidades de la Ley, al sector público fundacional, que se refiere a aquellas fundaciones constituidas con una aportación mayoritaria de fondos públicos provenientes de una Administración u organismo público, o cuyo patrimonio esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados por esas entidades públicas (Ley 50/2002, art.4).
- El personal que preste servicios en empresas en que la participación del capital, directa o indirectamente, de las Administraciones públicas sea superior al 50%.

En el ámbito de aplicación debe entenderse incluido, también, al personal laboral, pues la norma se refiere al personal sin distinguir entre clases. La extensión del ámbito de aplicación al personal laboral queda, además, expresamente ratificada al señalarse que en el ámbito delimitado por la Ley, se entiende incluido todo el personal, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo (art.2.2 Ley 53/1984).

La aplicación del régimen de incompatibilidades al personal no funcionario ha sido sancionada por el Tribunal Constitucional que declara que las incompatibilidades se fundan, más que en las garantías de imparcialidad, en las exigencias de profesionalidad de la burocracia, en orden a su eficacia, persiguiendo el ideal de la dedicación exclusiva como principio organizativo. Junto con las garantías de imparcialidad, existen otros aspectos y principios en el art. 103 CE, que justifican la existencia de las incompatibilidades, incluso en mayor medida que esas garantías. Y son precisamente las recogidas en el art.103.1 CE, entre las que destacan la exigencia de objetividad y eficacia, que conducen a la necesaria tarea de perseguir la profesionalidad de la burocracia, lo que postula la dedicación exclusiva de la misma - que asegura una dedicación de superior calidad al trabajo- como principio organizativo ideal para lograr la mayor dedicación y, por tanto, la mayor eficacia (STC 178/1989).

Respecto del ámbito subjetivo de aplicación, hay que señalar además, la ampliación que se ha operado de dicho ámbito al incluirse al personal eventual y al personal sujeto a la relación laboral especial de alta dirección, a quienes no puede autorizarse o reconocerse compatibilidad (art.16.1 Ley 53/1984 modif. EBEP disp.final 3ª.2).

En resumen, y como conclusiones de lo expuesto, ha de señalarse que:

- El régimen jurídico del sistema de incompatibilidades, regulado en la Ley 53/1984, mantiene su vigencia tras la entrada en vigor del EBEP.
- En el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 53/1984 se incluye a todo el personal cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo.
- Las modificaciones de la Ley 53/1984 modif. EBEP disp.final 3ª, afectan únicamente al ámbito de aplicación de la Ley 53/1984 que se ha ampliado subjetiva y objetivamente en la forma que se ha explicado.

Resulta de aplicación al personal estatutario el régimen de incompatibilidades establecido con carácter general para los funcionarios públicos, con las normas específicas que se determinan en el EM. En relación al régimen de compatibilidad entre las funciones sanitarias y docentes, se estará a lo que establezca la legislación vigente (art. 76 EM).

El personal estatutario, una vez incorporado, está sujeto a un régimen estricto de incompatibilidades, cuya finalidad es garantizar una dedicación plena a la función asistencial, fomentándose con ello el principio de eficacia de la asistencia sanitaria, aunque existe la posibilidad de ejercer el puesto, en régimen de dedicación exclusiva o compatibilizándolo con otra actividad privada.

Las normas específicas aplicables al personal estatutario (at. 77 EM), son las siguientes:

- Será compatible el disfrute de becas y ayudas de ampliación de estudios concedidas en régimen de concurrencia competitiva al amparo de programas oficiales de formación y perfeccionamiento del personal, siempre que para participar en tales acciones se requiera la previa propuesta favorable del servicio de salud en el que se esté destinado y que las bases de la convocatoria no establezcan lo contrario.

- En el ámbito de cada servicio de salud se establecerán las disposiciones oportunas para posibilitar la renuncia al complemento específico por parte del personal licenciado sanitario. Al poder renunciar al complemento específico de dedicación exclusiva. Se podría compatibilizar con otra actividad sanitaria privada.

-En cuanto a la pensión de jubilación: La percepción de pensión de jubilación por un régimen público de Seguridad Social será compatible con la situación del personal emérito a que se refiere la disposición adicional cuarta EM. La percepción de pensión de jubilación parcial será compatible con las retribuciones derivadas de una actividad a tiempo parcial.

5.8. Jurisdicción competente

Una diferencia básica, entre personal funcionario/estatutario y laboral, es la referente a la jurisdicción competente: Los actos de las Administraciones públicas que vulneren la normativa aplicable al personal funcionario serán recurribles ante los órganos jurisdiccionales del Orden Contencioso-administrativo; los que incumplan el cuadro normativo y/o contractual vigente respecto al personal laboral, serán recurribles ante los órganos jurisdiccionales del Orden Social.

Con anterioridad al Estatuto Marco, para el personal estatutario⁴²³, la jurisdicción Social era la competente, para la mayoría de las cuestiones conflictivas, mientras que en otras, era el Orden Contencioso-administrativo el competente.

A partir de la entrada en vigor del EM, y caracterizarse la relación estatutaria como funcionarial especial (art. 1 EM), los conflictos se excluyen del conocimiento del

⁴²³ TORTUERO PLAZA, J.L., “Personal estatutario de la Seguridad Social: La prescripción de acciones para la reclamación de derechos económicos”, en “Manuales de formación continuada”, nº 11, 2000, págs. 367-385.

Orden jurisdiccional Social, y se atribuyen al Contencioso-administrativo, tanto para derechos individuales, como colectivos (STS 30.4.07, Rec. 1279/06; 25.9.07, Rec. 4545/05; 8-6-09, Rec. 2430/08; STSJ Asturias 1.7.11, Rec. 1212/11, STSJ Madrid 21.5.10, Rec. 2015/10).

Así lo entendió la sala especial de conflictos de competencia del TS (TS Auto Sala de conflictos 20.6.05, conflicto 48/04; 10.7.06; 10.7.06) que atribuyó la competencia a la jurisdicción Contencioso-administrativa para resolver los conflictos correspondientes a:

1) La fase anterior a la relación estatutaria (concursos de selección o nuevo ingreso), que ya venían siendo conocidos por este Orden jurisdiccional al entender que prima el carácter administrativo de esta actividad.

2) Las reclamaciones relativas a cuestiones que afectan al contenido y desarrollo de la relación jurídica estatutaria ya establecida, es decir después de constituirse, cuyo conocimiento venía correspondiendo a la jurisdicción Social hasta la segunda mitad del año 2005, ya que el Alto Tribunal entiende que, tras la entrada en vigor del EM, también el contenido funcional del puesto de trabajo forma parte de los derechos y deberes que integran la relación funcional sujeta a Derecho Administrativo. La razón de esta *vis* atractiva de la jurisdicción contenciosa se debe a que legalmente se define la relación del personal estatutario como una relación funcional especial como se ha dicho. En todo caso, esta interpretación jurisprudencial ya contaba con referentes jurisprudenciales anteriores en que el Tribunal Supremo entendía que la competencia de la jurisdicción Contencioso-administrativa abarcaba antes de la aprobación del EM de dicho personal el conocimiento de los conflictos jurídicos entre la Administración Pública y los aspirantes a ocupar un puesto de trabajo, entre el personal estatutario.

En ese mismo sentido se pronunció la Sala de lo Social del TS que asumió su propia incompetencia desde la vigencia de la Ley 55/2003 (STS Sala Social General 16.12.05; 16.12.05; 21.12.05; 14.2.06; STS 20.6.06; STS 18.10.07; 10.10.06). En efecto, hoy en día, se equipara al personal estatutario fijo con los funcionarios de carrera, razón por la cual, dentro de término «funcionarios públicos» hay que entender incluidos a los funcionarios de carrera, a los funcionarios interinos, al personal eventual y al personal estatutario fijo (TS Auto cont.-adm. 22-5-08). El TS ha respaldado esta equiparación en numerosos pronunciamientos, en los que ha señalado que, tras la entrada en vigor del EBEP (modif. RDL 20/2012), las diferencias entre el funcionario de carrera y el personal estatutario fijo siguen existiendo, pero la vocación universal de aplicación y de norma de referencia del Estatuto Básico que precisamente destaca su exposición de motivos en relación con el personal estatutario, difuminan las diferencias reales entre este tipo de personal (TS Auto Cont.-Adm. 6-11-08, Rec. 1801/06).

En consecuencia, es competencia de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocer de cualquier recurso frente a actos administrativos que se refieran al personal estatutario de las Administraciones Públicas, tenga que ver o no con el nacimiento y extinción de su relación de servicio, no entrando en juego la excepción prevista en la LJCA art.8.2.a) porque se refiere al término estricto de funcionarios públicos de carrera.

Teniendo en cuenta que las competencias en materia sanitaria se han transferido a las comunidades autónomas, resulta evidente que los actos administrativos que, sobre este personal, son dictados y fiscalizados por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo proceden, de los órganos competentes de las comunidades autónomas.

Sin embargo, es competencia del Orden Social, garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales, tanto frente al empresario como frente a otros sujetos obligados legal o convencionalmente, así como para conocer de la impugnación de las actuaciones de las Administraciones públicas en dicha materia, incluida la reclamación de responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales que forma parte de la relación estatutaria (LRJS art.2.e).

Aunque es lo habitual, existen CCAA en que el personal integrado en sus servicios de salud no es personal estatutario, sino funcionarios de carrera, como por ejemplo en Navarra, lo que sí puede alterar la competencia objetiva para conocer de los recursos frente a los actos administrativos que sean dictados, ya que podría corresponder, ora a los Juzgados Contencioso-administrativos, ora a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

5.9. Ventajas, inconvenientes y conclusiones sobre los regímenes aplicables al personal del Sistema Nacional de Salud a efectos de la gestión sanitaria

El Sistema Nacional de Salud está basado en la integración de todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud y en sus instituciones sanitarias, coexisten junto al personal estatutario, funcionario y laboral.

Desde la entrada en vigor del Estatuto Marco, el régimen jurídico predominante para el personal que presta servicios en el Sistema Nacional de Salud es el estatutario. No obstante lo anterior, se opta por la fórmula del contrato de trabajo en las Sociedades mercantiles autonómicas y las Fundaciones públicas autonómicas, y por último, se deja libertad de elección a los convenios y estatutos correspondientes respecto del personal de los Consorcios.

El Estatuto Marco del personal estatutario, ha supuesto una reordenación del régimen jurídico de este personal, respecto a la regulación anterior, no obstante está pendiente de desarrollo en muchas Comunidades Autónomas. Existen por tanto, tres grandes bloques normativos aplicables a este personal (estatal, autonómico y negociación colectiva), lo que genera gran dificultad para encontrar la norma aplicable, teniendo que acudir con frecuencia a las reglas para resolver los conflictos de normas y a los principios de aplicación.

No obstante lo anterior, el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) es la norma clave para conocer el régimen jurídico aplicable al personal del SNS. Hay que significar el hecho de que los regímenes jurídicos aplicables a los empleados públicos, funcionarios, estatutarios y laborales están en permanente ósmosis, máxime con la entrada en vigor de esa Ley.

En cuanto a su ámbito, el EBEP se aplica (art. 2.1) al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de la Administración General del Estado, Administración de las Comunidades Autónomas y Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o

dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas. En el ámbito de las Comunidades Autónomas, que han asumido las competencias para la gestión de la asistencia sanitaria, se incluyen los Organismos autónomos autonómicos, las Entidades autonómicas de derecho público cuya actuación se rige por el derecho privado y por el derecho público, las Agencias y los consorcios autonómicos.

El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos del EBEP que así lo dispongan (art. 7 EBEP). Se aplican a este personal, los preceptos del EBEP, siendo la legislación laboral, de carácter supletorio, en las siguientes materias:

- Adquisición de la relación de servicio:

La selección de personal funcionario y laboral: mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad así como lo siguientes: Publicidad de las convocatorias y sus bases, transparencia, imparcialidad y profesionalidad de los órganos de selección, independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección, adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar, agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.

Los sistemas selectivos del personal laboral fijo serán los de oposición y concurso oposición, con las características establecidas en los sistemas de selección de los funcionarios de carrera (deberán incluir, en todo caso, una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación), o concurso de valoración de méritos (Art. 61.7 EBEP).

- Condiciones de trabajo:

Derechos retributivos: el incremento de la masa salarial del personal laboral, deberá reflejarse para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente Ley de Presupuestos. No podrán acordarse incrementos retributivos que globalmente supongan un incremento de la masa salarial superior a los límites fijados anualmente en la ley de Presupuestos Generales del Estado para el personal. Respetando lo anterior, las retribuciones del personal laboral se determinarán de acuerdo con la legislación laboral, el convenio colectivo que sea aplicable y el contrato de trabajo (art. 27 EBEP).

El régimen de la jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral, se regulará de acuerdo con el Capítulo V del Título III EBEP y en la legislación laboral correspondiente (art. 51 EBEP).

-Derechos colectivos:

Negociación colectiva, representación y participación del personal laboral (art. 32 EBEP): para los empleados públicos con contrato laboral, se regirá por la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos del Capítulo IV del Título III del EBEP que expresamente le son de aplicación (art. 32 EBEP), en concreto las materias objeto de negociación que afectan a todos los empleados públicos (art. 37 EBEP).

El derecho de reunión, se regula conjuntamente para el personal funcionario y laboral (art. 46 EBEP).

- Régimen disciplinario:

Los funcionarios públicos y el personal laboral quedan sujetos al régimen disciplinario establecido en el EBEP y en las normas que las leyes de función pública dicten en desarrollo del mismo.

El personal estatutario de los Servicios de Salud se regirá por la legislación específica dictada por el Estado y por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y por lo previsto por el EBEP, excepto el Capítulo II del Título III, salvo el artículo 20, y los artículos 22.3, 24 y 84 (art. 2.3 EBEP). Cada vez que el EBEP haga mención al personal funcionario de carrera se entenderá comprendido el personal estatutario de los Servicios de Salud (art. 2.4 EBEP)

El personal de las Sociedades mercantiles autonómicas y las Fundaciones públicas autonómicas se rige por el Derecho del Trabajo, pero se le aplican los siguientes principios del EBEP: Deberes de los empleados públicos y Código de conducta, así como, el acceso al empleo público y la adquisición de la elación de servicio.

Además de otras diferencias, las básicas, entre la relación jurídica funcional/estatutaria y la laboral, se centran en: a) La constitución de la relación, b) La negociación colectiva, c) A diferencia con la norma laboral, el régimen estatutario/funcional establecido con carácter general, no podrá ser modificado o alterado por la Administración en relación a un caso singular y en perjuicio o en ventaja de alguno o algunos de los funcionarios públicos/personal estatutario, ni en vía contractual ni unilateralmente, a menos que el propio instrumento normativo así lo autorice, d) La jurisdicción competente.

A partir de las diferencias de régimen jurídico aplicable a los funcionarios, personal estatutario y trabajadores⁴²⁴, se va a realizar una valoración, desde una perspectiva global y jurídico-organizacional, para determinar, en términos generales, las ventajas e inconvenientes que cada uno de esos universos normativos poseen a los efectos de la gestión de los recursos humanos en el ámbito de las centros sanitarios.

El cauce para llevar a cabo la valoración es la idea de la “flexibilidad”, entendida como la idoneidad de la norma jurídica para posibilitar que el factor humano se pueda adecuar a las necesidades de la empresa o institución, derivadas de su posición en el mercado (Del Rey Guanter y Galán Durán⁴²⁵).

⁴²⁴ROQUETA BUJ, R., “La Administración y el personal a su servicio. Notas que definen y diferencian la relación funcional, la estatutaria, la laboral, y la contratación administrativa”, en VVAA, La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. Convenio único para el personal laboral de las Administraciones Públicas, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

⁴²⁵DEL REY GUANTER, S.; GALÁN DURÁN, C., “Modelo estatutario versus modelo laboral en el ámbito de las instituciones sanitarias: una aproximación jurídica al debate”, Seminario: “Nuevas perspectivas en la gestión estratégica de los recursos humanos en organizaciones sanitarias”, Conferencias y Debates del Seminario celebrado en Granada, el 19 y 20 de noviembre de 1999, Edita: Escuela Andaluza de Salud Pública, 1999.

La flexibilidad se va a analizar desde dos perspectivas:

- Flexibilidad externa: Atiende a como se configura el inicio –flexibilidad inicial o de entrada- y el final –flexibilidad de salida o final- de la relación constituida entre el empleador y el sujeto que presta los servicios.
- Flexibilidad interna: Analiza las concretas fuentes de regulación de las condiciones de trabajo existentes, su contenido y las posibilidades modificativas de esas condiciones de trabajo una vez establecidas (en especial, salario, tiempo de trabajo y movilidad).

En cuanto a la flexibilidad externa, y basándonos en las diferencias analizadas, nos lleva a la conclusión de que la flexibilidad externa, es mayor, tanto a la entrada como a la salida en el ámbito laboral que en el ámbito estatuario/funcionarial.

El fundamento de esa rigidez del modelo estatuario/funcionarial en el ámbito de la “flexibilidad externa” podría pensarse que se halla en la voluntad de salvaguardar la imparcialidad, la independencia y la profesionalidad del personal estatuario, ésta última justificada en un intento de garantizar la mejor defensa posible del interés público en juego, incluso frente al propio principio de jerarquía orgánica presente en el ámbito administrativo.

Respecto a ello se pueden hacer las siguientes reflexiones:

- La estabilidad no tiene valor por sí misma, sino en cuanto se traduce, entre otros, en elementos como la inversión empresarial en formación profesional, la profesionalidad del personal, el compromiso del trabajador con la organización empresarial y con sus valores culturales, etc.
- La estabilidad corre el riesgo de convertirse, en una medida perjudicial para la motivación del propio personal en la prestación de sus servicios; y junto a ello cabe tener en cuenta que la profesionalidad sólo puede justificar adecuadamente la estabilidad del personal cuando va acompañada de otras medidas.
- No se requiere la “rigidez” como presupuesto necesario para tener un personal imparcial y profesional; ejemplo de ello es que aquélla no es un presupuesto de la normativa laboral y no existen dudas sobre la profesionalidad de los trabajadores, sanitarios y no sanitarios, sometidos a ella.
- Cabe plantearse si la independencia es un atributo del personal no sanitario, teniendo en cuenta las funciones atribuidas al mismo.

También de las diferencias analizadas, se deduce en el ámbito de la “flexibilidad interna”, que la normativa laboral, de nuevo resulta más flexible que la estatutaria, si bien con ciertas excepciones. En efecto, en algunos casos –tiempo de trabajo y movilidad- la flexibilidad puede ser mayor en el ámbito del personal estatuario, a través de una vía indirecta, centrada en el importante papel que en esas materias puede cumplir la discrecionalidad directiva. Se puede recordar a estos efectos, la movilidad por razón del servicio y las jornadas complementarias y especiales.

En efecto, la jornada, el horario, las vacaciones, las funciones o el lugar de trabajo del personal estatuario pueden depender de hecho, tanto en su instauración como en su eventual modificación, de la decisión última de la institución sanitaria en la que presta servicios, tomando como base las “necesidades asistenciales”. No hay duda, sin embargo, de que esa discrecionalidad debe entenderse limitada por la interdicción de la arbitrariedad y del abuso del derecho así como por el principio de igualdad y de

derechos adquiridos, y debería restringirse, expresamente a través de la negociación colectiva desarrollada en ese ámbito.

Es común al ámbito laboral y al estatutario, el desarrollo en cada uno de ellos, de fórmulas que pretenden solucionar la inadaptación de la normativa vigente a las necesidades derivadas de la gestión de los recursos humanos.

6. RECAPITULACIÓN

El art. 43 de la CE, establece el derecho a la protección de la salud y prejuzga la organización de un Servicio Público de Salud en sentido amplio, que nos sitúa ante una actividad administrativa de prestación, también denominada actividad de servicio público. Será la LGS, la que declare a la Sanidad como servicio público.

Dadas las semejanzas, aunque con matices, de las opciones organizativas utilizadas en el sector sanitario, tanto por el Estado como por las Comunidades Autónomas, la exposición del régimen jurídico básico de las personas jurídico-públicas y jurídico-privadas, en la legislación de la Administración General del Estado, incluyendo la sectorial sanitaria, sirve como marco teórico de referencia común a todas.

Las nuevas formas de gestión sanitaria, tanto directas como indirectas, están en principio tasadas. Esto es la Ley 15/1997, de forma genérica, admite la utilización para el ámbito sanitario, de cualquiera de las formas de gestión ya existentes en el Ordenamiento Jurídico, de tal forma que no hay más formas de gestión que las previstas en la leyes, que lógicamente, pueden crear nuevas figuras o modificar las ya existentes. Por tanto, la forma jurídica que adopten las entidades de gestión y administración sanitaria deben encontrar una categorización previa en el ordenamiento jurídico, público o privado.

La gestión directa del servicio público sanitario, se lleva a cabo desde la propia Administración, con sus propios recursos humanos y materiales, pudiendo utilizar para ello, las diversas fórmulas previstas en el Derecho de organización (artículo único – punto 1- Ley 15/1997). En estos supuestos, la Administración asume el riesgo económico de la actividad.

La opción organizativa más frecuente en el Sistema Nacional de Salud son los órganos especializados no personificados, como se manifiesta en la configuración de las Áreas de Salud, que en ningún caso han sido personificadas, ni en la legislación estatal, ni en la autonómica, o en los centros y establecimientos sanitarios, tanto de Atención primaria como especializada.

La utilización de personificaciones jurídico-públicas en el ámbito sanitario ha sido la opción que unánimemente se ha seguido para la configuración primero del INSALUD, y luego del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), así como de los correspondientes Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas. Menos común es acudir a estas formas de personificación de Derecho público para la configuración de centros o establecimientos que llevan a cabo la prestación o provisión de la asistencia sanitaria.

Nada impide en nuestro Ordenamiento jurídico que los servicios sanitarios se lleven a cabo a través de una forma de personificación- privada (sociedades y fundaciones en mano pública), aunque eso sí, con ciertas limitaciones y condicionantes, derivadas de considerar que, con independencia de la forma jurídica y del Derecho por el que se rijan, se está en presencia de una Administración pública, desde una perspectiva material. También existen límites o limitaciones que, derivados del Derecho público, se aplican a la actuación de la Administración bajo fórmulas jurídico-privadas.

La vinculación existente entre la Administración estatal y las Sociedades mercantiles creadas por ella misma, es de carácter patrimonial, al participar total o parcialmente en el capital de estas Sociedades. Aunque existan elementos de vinculación y dependencia entre la Administración Pública y Sociedades mercantiles, estas no pueden subsumirse en el concepto de Entidad de Derecho público (art. 2.2 LRJPAC); esos elementos servirán para justificar el principio del “levantamiento del velo”, pero no para considerar a estas sociedades Administración Pública.

Las Empresas públicas, y en concreto las sociedades mercantiles públicas, son personas jurídico-privadas, que pueden gestionar un servicio público como el sanitario, de forma directa o indirecta. La base legal la tenemos en el art. 8.2 - contrato de gestión de servicios públicos- del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP). La gestión directa se refiere a los casos en que el capital pertenece íntegramente a la entidad fundante. Por el contrario, hay gestión indirecta, cuando la participación no sea íntegra, con independencia de que ésta sea mayoritaria o minoritaria, y esto, aunque haya otros partícipes públicos. En este último caso, se deberá celebrar para ello, un contrato administrativo de gestión de servicios públicos – modalidad de sociedad de economía mixta-.

La gestión indirecta, por su parte, supone que la Administración sanitaria responsable, lleva a cabo la prestación de los servicios sanitarios con medios ajenos a ellas. Es decir, la prestación del servicio se encomienda a un tercero a través del correspondiente concierto, convenio singular o contrato administrativo.

A diferencia de las formas de gestión directa, en la gestión indirecta no existen formas especiales o específicas del ámbito sanitario, sino que, y a salvo de ciertas especialidades, se aplican al mismo, las formas de gestión indirecta previstas con carácter general.

La categoría de gestión indirecta, engloba una heterogeneidad de supuestos de ejercicio por sujetos privados de competencias asumidas como propias por la Administración Pública. Existe una sujeción de estas actividades públicas –funciones públicas- , en mayor o menor grado, a un régimen jurídico público, así como una vinculación de estos sujetos privados a la Administración por un conjunto de potestades de ordenación, de dirección y control.

Las nuevas corrientes de la colaboración público-privada, son, más bien, actualizaciones de la técnica de financiación privada mediante *la gestión indirecta o externalización*, la cual no está libre de polémica, cuyo principal motivo tiene un sustrato cultural.

En el ámbito internacional, la colaboración público-privada (CPP) carece de una

definición unívoca. En concreto en la UE, la CPP debe entenderse como el género que abarca fundamentalmente dos especies, las de tipo institucional –in house- (CPPI) y las de tipo concesional o contractual (CPPC).

Entre los elementos que suelen caracterizar las operaciones de CPP está el reparto de los riesgos entre el socio público y privado, al que se le transfieren riesgos que habitualmente soporta el sector público. En cualquier caso, las operaciones de CPP no implican necesariamente que el socio privado asuma todos los riesgos derivados de la operación, ni siquiera la mayor parte de ellos. El reparto de los riesgos debe realizarse caso por caso, en función de las capacidades respectivas de las partes en cuestión, para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos.

En rigor, cualquier contrato en el que sea parte contratante la Administración pública es, por definición, una forma de colaboración pública-privada: si la Administración decide contratar un bien, servicio u obra con un particular, está solicitando de éste su colaboración en la consecución, directa o indirecta, de una finalidad pública.

Las claves que viene explicando la introducción de esas fórmulas contractuales que se pueden englobar genéricamente en un concepto amplio de colaboración público y privada (CPP), las encontramos en la idea de ampliar los ámbitos a la acción privada, abriéndole espacios antes reservados a la acción pública, pero sin duda, el argumento que más claramente puede explicar la expansión del fenómeno en los últimos tiempos, ha sido la necesidad de buscar fórmulas que no computen como déficit público a los efectos del cumplimiento de las reglas de estabilidad presupuestaria impuestas para la consecución de la convergencia europea

En España se ha consolidado la utilización de las fórmulas de colaboración público-privada por las Administraciones Públicas, siendo el segundo país de la UE en financiación mixta de infraestructuras, siendo sólo superada por el Reino Unido, pionera en este campo. En el sector sanitario, las Comunidades Autónomas de Valencia, Madrid y Cataluña, son las que más han utilizado las fórmulas de colaboración público-privada para la realización de infraestructuras sanitarias y gestión de la asistencia sanitaria.

En relación con la contratación pública, y por su gran importancia, el Derecho Comunitario Europeo ha establecido una normativa común en diversas Directivas, con la finalidad de garantizar la efectiva concurrencia y libre acceso de los empresarios de los países comunitarios al mercado de los contratos públicos en todos los Estados miembros.

La legislación estatal, adaptando las Directivas de Derecho Comunitario Europeo se contiene en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

El actual TRLCSP recoge tres contratos que encajan en el género de la colaboración público-privada, dos de tipo concesional: el contrato de gestión de servicios públicos y el contrato de concesión de obras públicas, y uno, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, más próximo a los *Private Finance Initiative* (PFI) anglosajones. En cuanto a la colaboración público privada institucional (CPPI), la selección del socio privado se rige asimismo por el TRLCSP.

Con el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, se produce la más elevada delegación de funciones públicas a la que puede llegar la externalización, hasta ahora inasumible en las formas contractuales de gestión indirecta tradicionales.

Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, el de concesión de obras públicas y el contrato de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión con ejecución de obra puede existir un solapamiento. Los tres tipos de contratos son formas contractuales que la colaboración público-privada puede adoptar, es decir, actualmente en el TRLCSP, al igual que ocurría en LCSP, se regulan tres contratos, que encajan en el género de colaboración público privada, dos de tipo concesional –el de gestión de servicios públicos y el de concesión de obras públicas–, y uno, el contrato de colaboración entre el sector público y el privado, más próximo a los PFI anglosajones. La construcción de una infraestructura o equipamiento público y su posterior gestión, puede instrumentarse a través de las tres figuras contractuales típicas, cuyas fronteras no están claras.

En definitiva, el convenio singular de vinculación y el concierto sanitario son las formas de gestión indirecta más importantes, si bien, fuera de los supuestos previstos en la LGS, también existen ciertos supuestos de gestión de los servicios sanitarios públicos a través de otras figuras contempladas en el TRLCSP, que están en expansión.

Entre los sujetos privados que colaboran en la prestación de la asistencia sanitaria pública están: la cooperativa sanitaria, la sociedad laboral y la fundación creada por persona -física o jurídica-, privada.

Con la cooperativa sanitaria y la sociedad laboral se pretende dar un paso más, eliminando la relación de dependencia entre los profesionales y la organización sanitaria pública, buscando un sistema diferente de vinculación de aquellos y una mayor implicación de los profesionales en el proceso de gestión. La vinculación con el sistema Sanitario Público se realiza a través de de conciertos o convenios, previstos en la LGS, o bien contratos administrativos.

La fundación creada por persona física o jurídico-privada, puede – y en muchas ocasiones así sucede– ser prestadora de servicios sanitarios. Puede hacerlo a título privado o como provisor de servicios públicos mediante la vinculación a la Administración pública mediante concierto o convenio u otra modalidad de contrato administrativo.

Aparte de estas formas de gestión, directas e indirectas, estaría el consorcio, que no es una forma de gestión, sino un Organismo público personificado, que puede adoptar cualquiera de las formas jurídicas de gestión admitidas por el Derecho vigente. Es uno de los mecanismos idóneos para dar cumplimiento a las finalidades comunes de dos o más Administraciones Públicas. Precisamente, la nota más característica del consorcio es la función coordinadora de intereses coincidentes de personas orgánicamente disgregadas, intereses que son encuadrados en un sistema de ordenación administrativamente prefigurado.

La Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión en el Sistema Nacional de Salud, se refiere a los consorcios en su exposición de

motivos pero no en su artículo único, en el que desaparece toda referencia a modelos concretos de organización, por lo que la existencia de los consorcios cabe bajo la expresión “otras entidades de naturaleza o titularidad pública”, al tratarse de una entidad de naturaleza y titularidad pública.

CAPITULO CUARTO: ORDENACIÓN DE LOS SERVICIOS SANITARIOS Y GESTIÓN ADMINISTRATIVA DE LA ASISTENCIA SANITARIA POR LAS COMUNIDADES AUTONOMAS

1. ORDENACIÓN DE LOS SERVICIOS SANITARIOS POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La CE y los Estatutos de Autonomía⁴²⁶ han sido la base de una nueva organización del Estado en Comunidades Autónomas y el comienzo de un proceso consensuado de descentralización de importantes áreas de gestión pública entre las que está la Sanidad. Junto al proceso de descentralización territorial se han ido produciendo otros procesos de descentralización funcional. Es precisamente, en esas normas en las que encontramos la competencia autonómica para organizar el Servicio de Salud.

Recapitulando lo dicho en Capítulos anteriores en cuanto a distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, la CE atribuye a éstas, competencias exclusivas sobre “sanidad e higiene” (art. 148.21 CE), además de las que se derivan a *sensu contrario* del art. 149.1.16 CE (art. 149.3 CE).

El Estado⁴²⁷ tiene la competencia exclusiva sobre sanidad exterior, así como las bases y coordinación general de la sanidad y la legislación sobre productos farmacéuticos. Además, el art. 149.1.17 atribuye también a este una competencia exclusiva con repercusiones sobre la organización de servicios sanitarios; se trata de la competencia sobre legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas.

La CE también reconoce, de forma general, la capacidad de autoorganización que corresponde a las Comunidades Autónomas. Así, el art. 148.1.1ª CE establece que las Comunidades Autónomas pueden asumir la competencia de organización de sus instituciones de autogobierno. Los Estatutos de Autonomía recogen, de forma similar, esta competencia de establecimiento de la organización y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno.

Por su parte, el art. 149.18ª CE atribuye al Estado la competencia exclusiva para determinar las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas.

Esas reglas de atribución de competencias, pronto quedaron asentadas por las sentencias del Tribunal Constitucional.

⁴²⁶ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “Estado Autonómico y Constitución Social: Las políticas autonómicas de bienestar social”, en “Comentario a la Constitución Socio-Económica de España”, Dirs. MONEREO PÁREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C, MORENO VIDA, M.N, Ed. Comares, Granada, 2002, págs. 1957-1976.

⁴²⁷ RIVERO LAMAS, J., “Protección de la Salud y Estado Social de Derecho”, Zaragoza, 2000.

En concordancia con lo previsto en la CE, la Ley 12/1983, de 14 de octubre, de Proceso autonómico, establece en su art. 12, lo siguiente: “Será de aplicación a la Administración de las Comunidades Autónomas y a los Organismos que de ella dependan la legislación del Estado sobre el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de aquéllas. Tales especialidades deberán ser aprobadas por Ley de la respectiva Comunidad Autónoma, sin que en ningún caso puedan reducirse las garantías que establece la legislación estatal en favor del administrado. En los supuestos en que corresponda a las Comunidades Autónomas el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en las referidas materias, se estará a lo dispuesto en la Constitución y en los respectivos Estatutos”.

En materia sanitaria, los Estatutos de Autonomía⁴²⁸ confieren las competencias a las respectivas Comunidades Autónomas, en términos bastante similares. Una vez han adquirido competencias en gestión sanitaria, pasan a ostentar una autonomía casi ilimitada tanto en esto, como en la formulación y ejecución de políticas sanitarias. El Estado dispone de medios reducidos para controlar y evaluar la actividad de política sanitaria correspondiente a las Comunidades Autónomas.

En la concreción organizativa de las competencias sanitarias, en un primer momento, se tendió a la reproducción del modelo estatal, repitiéndose ciertas anomalías. A partir de los años noventa del pasado siglo, se cuestionó abiertamente el modelo heredado y se buscaron alternativas organizativas. Estas se orientaron hacia modelos híbridos, a medio camino, entre el puro mercado y la organización jerárquico-administrativa. En esta línea se encuentran el desarrollo de los contratos programas, la creación de fundaciones privadas, empresas públicas sanitarias y otras fórmulas jurídico-organizativas.

El Estado⁴²⁹ en ejercicio de sus competencias aprobó la LGS, que como Ley básica, es de aplicación en todo su territorio. Define el modelo español de descentralización sanitaria, quedando en manos de las Comunidades Autónomas un margen de actuación amplísimo, configurado por la atribución a las mismas del desarrollo legislativo y de la ejecución en materia de sanidad interior, en el ejercicio de competencias⁴³⁰, fruto de lo cual han sido las Leyes de Salud /Ordenación Sanitaria de las Comunidades Autónomas⁴³¹. Estas Leyes, configuran sus correspondientes Sistemas

⁴²⁸ GARRORENA, A., “El Estado social y democrático de Derecho”, Ed. Tecnos, Madrid, 1987.

CRUZ VILLALÓN, P., “Los Derechos sociales y el Estatuto de Autonomía” en CÁMARA VILLAR, G., CANO BUESO, J. (Eds.), “Estudios sobre el Estado social. El Estado social y la Comunidad Autónoma de Andalucía, Parlamento de Andalucía, Ed. Tecnos, Madrid, 1993.

⁴²⁹ COSSIO DÍAZ, J.R., “Estado Social y derechos de prestación”, CEC, Madrid, 1989.

⁴³⁰ Art. 41 LGS: Las Comunidades Autónomas ejercerán las competencias asumidas en sus Estatutos y las que el Estado les transfiera o, en su caso, les delegue. Las decisiones o actuaciones públicas previstas en esta Ley que no se hayan reservado expresamente al Estado se entenderán atribuidas a las Comunidades Autónomas (Art. 41 LGS).

⁴³¹ Leyes de Salud /Ordenación Sanitaria de las Comunidades Autónomas:

- Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía
- Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón y el Decreto Legislativo 2/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Servicio Aragonés de Salud
- Ley 1/1992, de 2 de julio, del Servicio de Salud del Principado de Asturias
- Ley 11/1994, de 26 de julio, de ordenación sanitaria de Canarias
- Ley de Cantabria 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria
- Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha

Sanitarios Públicos y sus Servicios de Salud, existiendo actualmente, tantos como Comunidades Autónomas.

Esta legislación de las Comunidades Autónomas, ha introducido novedades organizativas, y en concreto, en algunas de ellas han dado entrada a entidades instrumentales sujetas al Derecho privado. Sin embargo, la innovación en la gestión sanitaria, ha tenido un desigual desarrollo en las diferentes Comunidades Autónomas.

La LGS buscó superar las anteriores deficiencias organizativas, integrando todos los servicios sanitarios en una organización única, el Sistema Nacional de Salud (SNS), dedicando su Título III a regular la estructura del Sistema Sanitario Público. La LGS, al diseñar y conformar el SNS, constituye un fiel reflejo de la teoría de sistemas⁴³².

El SNS queda articulado en torno a un rasgo institucional clave: la integración de múltiples redes sanitarias públicas. Todos los recursos, servicios y medios se integran en un dispositivo único, el SNS.

El eje de ese modelo organizativo son las Comunidades Autónomas, de tal modo que el SNS se concibe como el conjunto de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas, convenientemente coordinados. De este modo los servicios sanitarios se concentran bajo la responsabilidad de las Comunidades Autónomas, y bajo los poderes de dirección en lo básico y la coordinación general del Estado.

Las Comunidades Autónomas deberán organizar sus Servicios de Salud de acuerdo con los principios básicos de la LGS (Art. 49 LGS). Estos Servicios estarán integrados por todos los centros, servicios y establecimientos de la propia Comunidad, Diputaciones, Ayuntamientos y cualesquiera otras Administraciones territoriales intracomunitarias, correspondiendo la gestión de todos ellos a las respectivas Comunidades Autónomas. Para ello las Comunidades Autónomas, pueden regular la organización, funciones, asignación de medios personales y materiales de cada uno de los Servicios de Salud (art. 55.1 LGS).

No obstante, la organización por parte de las Comunidades Autónomas de los diferentes Servicios de Salud está sujeta a toda la normativa administrativa general de carácter básico⁴³³. Así, más en concreto, está sometida a las disposiciones generales

-
- Ley 8/2010, de 30 de agosto, de Ordenación del Sistema de Salud de Castilla y León
 - Ley 15/1990, de 9 de julio, de ordenación sanitaria (Cataluña)
 - Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud de Extremadura
 - Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia
 - Ley 5/2003 de 4 de abril, de Salud de las Illes Balears
 - Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid
 - Ley 4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia
 - Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud (Navarra)
 - Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación sanitaria de Euskadi
 - Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud de La Rioja
 - Ley 3/2003, de 6 de febrero, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad Valencia

⁴³²PEREZ GALVEZ, J.F., "Creación y regulación de centros y establecimientos sanitarios", Ed. Bosch, Barcelona, 2003, págs. 44-46.

⁴³³El Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, de autorización de centros sanitarios, tiene por objeto regular las bases generales del procedimiento de autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios por las Comunidades Autónomas, establecer la clasificación, denominación y definición común

sobre el régimen jurídico de las Administraciones Públicas establecidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC). Igualmente les resulta de aplicación el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), así como, en lo que respecta a su patrimonio, los preceptos calificados como básicos en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP).

Uno de los principios generales del Sistema de Salud establecido por la LGS, es la orientación de las actuaciones de las Administraciones Públicas sanitarias⁴³⁴ a garantizar la asistencia sanitaria en todos los casos de pérdida de salud (art. 6.4 LGS). La garantía de la asistencia sanitaria pública a los ciudadanos, sobre la base de la universalidad y financiación pública, admite otras formas de regulación distintas a las recogidas en la LGS.

Fundamentándose en ese principio, las Administraciones Públicas desarrollarán, entre otras, actuaciones de Atención primaria integral de la salud (art. 18.2 LGS), de Asistencia sanitaria especializada⁴³⁵ (art. 18.3 LGS) y prestación de los productos terapéuticos precisos (art. 18.4 LGS). Esas actuaciones se realizarán a través de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas y de los órganos competentes en cada caso; y para ello la LGS, en el plano organizativo, hace una serie de previsiones, que ya se han avanzado pero recapitulamos a continuación.

En primer lugar, las Comunidades Autónomas deben crear sus servicios de salud dentro del marco de la LGS y de sus respectivos Estatutos de Autonomía (art. 4.2 LGS).

En segundo lugar, en virtud del principio de integración, el servicio de salud está integrado por todos los centros, servicios y establecimientos de la propia Comunidad, Diputaciones, Ayuntamientos y cualesquiera otras Administraciones territoriales intracomunitarias, y estará gestionado bajo la responsabilidad de la respectiva Comunidad Autónoma (art. 50.1 LGS).

para todos los centros, servicios y establecimientos sanitarios, públicos y privados, imprescindible para la creación de un Registro General y establecer el Catálogo y Registro general de centros, servicios y establecimientos sanitarios. Este Real Decreto es de carácter básico, teniendo las Comunidades Autónomas que adaptar su normativa a él. Hay que recordar, que la STC 80/1984, de 20 de julio, reconoce la titularidad de las Comunidades Autónomas para establecer y exigir requisitos técnicos y condiciones mínimas de los centros sanitarios, como complemento de los requisitos y condiciones consideradas como mínimas por la Administración sanitaria del Estado para todo el territorio nacional y dentro de las bases fijadas por la legislación estatal.

⁴³⁴ PEMÁN GAVÍN, J., "Derecho de la Salud y Administración Sanitaria", Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989.

⁴³⁵ Salud Mental (Art. 20 LGS). La LGS parte de la base de la plena integración de las actuaciones relativas a la salud mental, en el sistema sanitario general y de la total equiparación del enfermo mental a las demás personas que requieran servicios sanitarios y sociales. Los principios de actuación de las Administraciones sanitarias competentes son:

La atención a los problemas de salud mental de la población se realizará en el ámbito comunitario, potenciando los recursos asistenciales a nivel ambulatorio y los sistemas de hospitalización parcial y atención a domicilio, que reduzcan al máximo posible la necesidad de hospitalización.

La Hospitalización de los pacientes por procesos que así lo requieran se realizará en las unidades psiquiátricas de los hospitales generales.

Las Comunidades Autónomas, en ejercicio de las competencias asumidas en sus Estatutos, dispondrán acerca de los órganos de gestión y control de sus respectivos Servicios de Salud y ajustarán el ejercicio de sus competencias en materia sanitaria a criterios de participación democrática de todos los interesados, así como de los representantes sindicales y de las organizaciones empresariales (art. 53.1 LGS).

Con el fin de articular esa participación, se creará el Consejo de Salud de la Comunidad Autónoma y en cada Área de Salud, la Comunidad Autónoma deberá constituir, asimismo, órganos de participación en los servicios sanitarios. Además la Ley obliga, en ámbitos territoriales diferentes a los anteriores, a la Comunidad Autónoma a garantizar una participación efectiva (art. 53.2. LGS).

Una vez asumidas las competencias sanitarias por las Comunidades Autónomas, éstas organizan su respectivo Servicio de Salud para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud reconocido a los ciudadanos, pero es preciso distinguir entre fórmulas jurídicas para la configuración de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas y otras entidades gestoras de asistencia sanitaria, y fórmulas jurídicas para la configuración de los centros sanitarios proveedores de asistencia sanitaria.

Surge entonces el interrogante de saber, si la LGS ha establecido ciertos condicionantes o limitaciones a la capacidad de organización de las Comunidades Autónomas.

La única previsión contenida en la LGS, es el mandato a las Comunidades Autónomas para que delimiten y constituyan en su territorio demarcaciones denominadas Áreas de Salud, que son las estructuras fundamentales del Sistema Sanitario Público (art. 56.1 y 2 LGS). Igualmente, se afirma que las Áreas de Salud son responsables de la gestión unitaria de los centros y establecimientos sanitarios del Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma en su demarcación territorial y de las prestaciones sanitarias y programas sanitarios a desarrollar por ellos (art. 56.2), de acuerdo con la concepción integral del sistema sanitario que en la LGS se proclama (art. 4.2). Esos centros y establecimientos pueden ser públicos (de titularidad estatal, autonómica, local o de otras entidades públicas) o privados, vinculados a la red pública en virtud de convenio, concierto u otro tipo de contrato administrativo.

A las Áreas de Salud, se dedica el Capítulo Tercero el Título III de la LGS; de sus artículos, es precepto básico el 56 LGS⁴³⁶, mientras que los arts. 57 a 69 LGS, no

⁴³⁶El art. 56 LGS, de carácter básico, dice lo siguiente:

1. Las Comunidades Autónomas delimitarán y constituirán en su territorio demarcaciones denominadas Áreas de Salud, debiendo tener en cuenta a tal efecto los principios básicos que en esta Ley se establecen, para organizar un sistema sanitario coordinado e integral. 2. Las Áreas de Salud son las estructuras fundamentales del sistema sanitario, responsabilizadas de la gestión unitaria de los centros y establecimientos del Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma en su demarcación territorial y de las prestaciones sanitarias y programas sanitarios a desarrollar por ellos. En todo caso, las Áreas de Salud deberán desarrollar las siguientes actividades:

a) En el ámbito de la atención primaria de salud, mediante fórmulas de trabajo en equipo, se atenderá al individuo, la familia y la comunidad; desarrollándose, mediante programas, funciones de promoción de la

son básicos, sino derecho supletorio para aquellas Comunidades Autónomas que hayan dictado normas aplicables a la materia regulada en dichos preceptos. Responden a un criterio de desconcentración de las prestaciones del sistema sanitario, en demarcaciones territoriales delimitadas teniendo en cuenta factores de diversa índole (art. 56.4.LGS), pero sobre todo, intentan hacer realidad la idea de que los servicios estén próximos a los usuarios, según el preámbulo de la Ley.

Respecto de las funciones que tienen encomendadas, de acuerdo con la concepción integral de la Sanidad que inspira la LGS, las Áreas de Salud deberán asegurar tanto la Atención primaria como la Asistencia especializada. Hay autores⁴³⁷ muy críticos con la determinación de las funciones de las Áreas de Salud; por ejemplo, se critica que para poder llevar a cabo la función de “compra de servicios” (asignación presupuestaria) tendrían que tener un funcionamiento autónomo y con funciones mucho más precisas de lo que lo están, en la medida en que su función es actuar como intermediarios entre los financiadores y los proveedores de servicios sanitarios, contratando éstos.

Por consiguiente, la organización de las prestaciones sanitarias en cada Servicio de Salud depende de la Comunidad Autónoma, en virtud de su potestad de autoorganización de los servicios a su cargo. La LGS se limita a dar unas pautas (art. 49 y ss.), al ser una legislación básica, que no afectan a la opción organizativa que en cada caso se adopte, sino a los principios que deben informarla y, en concreto, a la configuración de las Áreas de Salud. La LGS permite la utilización de las formas de gestión admitidas en el Ordenamiento jurídico con carácter general, con arreglo a los principios y criterios en ella establecidos (universalización de las prestaciones, existencia de un Servicio de Salud en cada Comunidad Autónoma, organización por Áreas de Salud).

La LGS no prejuzga la forma de organización de las Áreas de Salud, y si bien contiene una regulación bastante detallada al respecto, la mayor parte de los preceptos son de aplicación supletoria, lo que significa que serán desplazados por la normativa

salud, prevención, curación y rehabilitación, a través tanto de sus medios básicos como de los equipos de apoyo a la atención primaria.

b) En el nivel de atención especializada, a realizar en los hospitales y centros de especialidades dependientes funcionalmente de aquéllos, se prestará la atención de mayor complejidad a los problemas de salud y se desarrollarán las demás funciones propias de los hospitales.

3. Las Áreas de Salud serán dirigidas por un órgano propio, donde deberán participar las Corporaciones Locales en ellas situadas con una representación no inferior al 40 por 100, dentro de las directrices y programas generales sanitarios establecidos por la Comunidad Autónoma. 4. Las Áreas de Salud se delimitarán teniendo en cuenta factores geográficos, socioeconómicos, demográficos, laborales, epidemiológicos, culturales, climatológicos y de dotación de vías y medios de comunicación, así como las instalaciones sanitarias del Área. Aunque puedan variar la extensión territorial y el contingente de población comprendida en las mismas, deberán quedar delimitadas de manera que puedan cumplirse desde ellas los objetivos que en esta Ley se señalan. 5. Como regla general, y sin perjuicio de las excepciones a que hubiera lugar, atendidos los factores expresados en el apartado anterior, el Área de Salud extenderá su acción a una población no inferior a 200.000 habitantes ni superior a 250.000. Se exceptúan de la regla anterior las Comunidades Autónomas de Baleares y Canarias y las ciudades de Ceuta y Melilla, que podrán acomodarse a sus específicas peculiaridades. En todo caso, cada provincia tendrá, como mínimo, un Área.

⁴³⁷ARIÑO ORTIZ, G., SALA ARQUER, J.M., “La gestión de los Servicios Sanitarios mediante formas personificadas: especial referencia a empresas públicas y sociedades”, Actas del III Congreso Derecho y Salud, organizado por la Asociación de Juristas de la Salud, Pamplona, 1994, págs. 55 y ss.

que dicten las Comunidades Autónomas en ejercicio de su competencia legislativa en la materia. Son pues éstas, las que deben decidir sobre la opción organizativa que consideren más adecuada, dentro de los límites que marca la propia LGS, que son los contenidos en el art. 56.3 LGS, el único de carácter básico en materia de organización:

- Las Áreas de Salud deben contar con un “órgano propio” que las dirigirá.
- En ese órgano deben participar las Corporaciones Locales de su ámbito con una representación no inferior al 40 por 100.

Aclarando el tema de los límites a la configuración de las Áreas de Salud que resultan de la regulación contenida en la LGS, pueden distinguirse⁴³⁸:

a) Límites orgánicos:

- Las Áreas de Salud son la estructura fundamental del sistema sanitario para la gestión unitaria de los centros y establecimientos sanitarios del Servicio de Salud.
- Cada Administración Territorial puede mantener, en principio, la titularidad de los centros, sin perjuicio de su adscripción al Servicio de Salud.
- Las Áreas de Salud deben ser dirigidas por un órgano propio. El término “órgano” debe entenderse en una acepción amplia, es decir con o sin personalidad jurídica. Es admisible que la organización de las Áreas de Salud esté personificada.
- Este órgano director debe contar con una representación de las Corporaciones Locales no inferior al 40 por 100 de sus miembros.
- Diferenciado del anterior, es obligatoria la existencia de un órgano de participación en los servicios sanitarios, aunque no tiene que denominarse necesariamente Consejo de Salud del Área.

b) Límites funcionales

- De acuerdo con el principio de gestión unitaria, las Áreas de Salud deben desarrollar las siguientes actividades de Atención primaria de salud, mediante el trabajo en equipo, y Atención especializada, a través de los hospitales y centros periféricos de especialidades.
- El ámbito de las Áreas de Salud debe delimitarse con arreglo a los criterios que la LGS enuncia, pero cuya concreción corresponde al legislador autonómico. El único límite inderogable es que debe haber, al menos, un Área por provincia.
- Hay que respetar los mínimos que establezca el Estado en ejercicio de su función coordinadora (art. 70 LGS), que pueden tener incidencia

Por lo demás, los preceptos de la LGS respecto de la organización y funciones de las Áreas de Salud tienen eficacia meramente supletoria. Así, por ejemplo, no es obligatoria la división de las Áreas de Salud en zonas básica de salud. Tampoco lo es la

⁴³⁸MENENDEZ REXACH, A., DOMINGUEZ MARTIN, M., “Estudio sobre las posibles opciones organizativas del Servicio de Salud del Principado de Asturias”, Madrid, 2002 (inédito).

planta de los Centros de Salud, que las Comunidades Autónomas pueden organizar libremente, respetando el principio de separación entre la Atención primaria y la especializada. Para la prestación de ésta última, ni siquiera es obligatoria la creación de una red hospitalaria pública ni el sometimiento de los hospitales privados que se integren en ella a los mismos controles de los públicos.

La concentración de servicios y su integración en el nivel político y administrativo de las Comunidades Autónomas, que sustituyen a las Corporaciones Locales en algunas de sus responsabilidades tradicionales, fenómeno que se denominó “neocentralismo regional frente a los municipios”, podría haber provocado una fuerte centralización de servicios a ese nivel, sin embargo la LGS neutraliza ese posible efecto, estableciendo las Áreas de salud y otorgando a las Corporaciones Locales un efectivo derecho a participar en el control y en la gestión de dichas áreas.

Las Leyes de Salud/Ordenación Sanitaria y su desarrollo reglamentario atribuyen las competencias sanitarias de las Administraciones Públicas, al Consejo de Gobierno, a la Consejería o Departamento competente en materia de sanidad⁴³⁹ y las entidades locales de cada Comunidad Autónoma.

⁴³⁹Decreto 140 /2013, de 1 de octubre, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales y del Servicio Andaluz de Salud

Decreto 337/2011, de 6 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba la estructura orgánica del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia

Decreto 76/2012, de 14 de junio, por el que se establece la estructura orgánica básica de la Consejería de Sanidad (Asturias)

Decreto 170/2011, de 12 de julio, por el que se determina la estructura central y periférica, así como las sedes de las Consejerías del Gobierno de Canarias. Decreto 2/2013, de 10 de enero, que modifica el

Decreto 170/2011, de 12 de julio, por el que se determina la estructura central y periférica, así como las sedes de las Consejerías del Gobierno de Canarias

Decreto 9/2011, de 28 de junio, de reorganización de las Consejerías de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Decreto 87/2011, de 7 de julio, por el que se modifica parcialmente la Estructura Básica de las Consejerías del Gobierno de Cantabria

Decreto 98/2012, de 19/07/2012, de estructura orgánica y competencias de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales (Castilla La Mancha)

Decreto 36/2011, de 7 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Sanidad (Castilla y León)

Decreto 56/2013, de 22 de enero, de reestructuración del Departamento de Salud (Cataluña)

Decreto 211/2011, de 5 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Salud y Política Social (Extremadura)

Decreto 310/2009 por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Sanidad (modificado por el Decreto 76/2012, de 9 de febrero) (Galicia)

Decreto 12/2011, de 18 de junio, del Presidente de las Islas Baleares, por el que se establecen las competencias y la estructura orgánica básica de las Consejerías de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares

Del análisis de la distribución de las competencias en materia sanitaria entre las instancias administrativas se puede deducir que en la legislación autonómica se aboga, expresa o implícitamente, por la separación de las funciones de autoridad, de las de compra, y las de provisión de los servicios sanitarios. Sin embargo, esta apuesta sobre el papel, no siempre se plasma en la realidad y ello se puede afirmar a partir del análisis del reparto concreto de las competencias. Sería en el nivel de la provisión de servicios sanitarios, donde se residenciaría la gestión sanitaria.

Según ese esquema, se puede afirmar que a las estructuras administrativas ordinarias, esto es, a la respectiva Consejería o Departamento competente en materia de sanidad, le corresponde llevar a cabo las funciones llamadas de «autoridad sanitaria».

En rigor, la autoridad sanitaria no es una función, sino un conjunto de atribuciones que deben corresponder necesariamente a la Administración y que no pueden encomendarse particulares. Bajo esta expresión, se pueden incluir funciones como la de regular, marcar la dirección de la política sanitaria, asignación de recursos a los diferentes programas y demarcaciones territoriales, además de las labores de dirección, control e inspección de los órganos, organismos o entidades encargados de las labores de prestación (proveedores sanitarios), todo ello dentro del marco de los criterios, directrices y prioridades de la política de la salud y de asistencia sanitaria, así como el ejercicio de la potestad reglamentaria y la planificación básica en esta materia, que se atribuye al órgano de gobierno (generalmente llamado Consejo de Gobierno) de las respectivas Comunidades Autónomas. En definitiva, todo lo asociado a las potestades superiores de organización y dirección de un servicio, o sea, lo propiamente público, así como la actividad relacionada con el acceso, administración y régimen de las prestaciones sanitarias individuales. Estas actividades son actividades de naturaleza jurídico-pública que deben estar en manos de una instancia administrativa del máximo nivel jerárquico.

Decreto 112/2012, de 11 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 22/2008, de 3 de abril, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Sanidad (Madrid)

Decreto n.º 146/2011, de 8 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen los Órganos Directivos de la Consejería de Sanidad y Política Social (Murcia)

Decreto Foral 134/2011, de 24 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica del Departamento de Salud (Navarra)

Decreto 579/2009, de 3 de noviembre, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Sanidad y Consumo (Decreto 43/2011, de 22 de marzo, de modificación del Decreto de estructura orgánica y funcional del Departamento de Sanidad y Consumo; Decreto 20/2012, de 15 de diciembre, del Lehendakari, de creación, supresión y modificación de los Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de determinación de funciones y áreas de actuación de los mismos.)

Decreto 50/2011, de 6 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Salud y Servicios Sociales y sus funciones en desarrollo de la Ley 3/2003, de 3 de marzo de Organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja

Decreto 111/2011, de 2 de septiembre, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico y Funcional de la Conselleria de Sanidad y se modifica el Decreto 25/2005, de 4 de febrero, del Consell, por el que se aprueban los estatutos reguladores de la Agencia Valenciana de Salud

Aparte de las competencias genéricas que corresponde a la Consejería, en cuanto a la prestación de servicios sanitarios a través de centros concertados, también se le atribuyen las siguientes competencias: Aprobación de precios y tarifas, en su caso, por la prestación y concertación de servicios, sin perjuicio de la autonomía de gestión de los centros sanitarios, aprobar los requisitos y condiciones mínimas, básicas y comunes aplicables a los conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos, así como de las condiciones económicas.

De forma más concreta, este esquema general que se dibuja, corresponde la atribución al Consejo de Gobierno respectivo, de la competencia para aprobar el Proyecto de Presupuesto del Servicio de Salud y el Plan de Salud correspondiente, así como la organización, composición y funciones del Consejo de Salud autonómico, a propuesta de la Consejería competente en materia sanitaria. También se le suele atribuir la competencia para la creación de las Áreas de Salud, así como la aprobación y modificación de sus límites territoriales. Igualmente, en cuanto a la determinación de cuáles han de ser las formas de gestión a través de las que llevar a cabo la prestación de los servicios sanitarios, se suele atribuir al Consejo de Gobierno autonómico la competencia para autorizar a la Consejería respectiva la formación de consorcios u otras fórmulas de gestión compartida con otras entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro, así como la constitución de Entidades de Derecho público. También se atribuye al Consejo de Gobierno el ejercicio de la potestad sancionadora y la competencia para aprobar la estructura del Servicio de Salud, así como el nombramiento y cese de su Director Gerente y de su Consejo de Dirección.

En cuanto a las Entidades locales, de acuerdo con la LBRL y la Ley General de Sanidad- art. 42- , tienen competencias sanitarias, tanto en materia de salud pública, como en materia de participación y gestión sanitaria – participación en los órganos de dirección de las Áreas de Salud- . En general, sólo suelen mantener competencias en el desarrollo de programas de promoción de la salud, o educación sanitaria, así como en lo relativo a la conservación y mantenimiento de los consultorios locales. Estas competencias se han de ejercer dentro del marco de las directrices, objetivos y programas del Plan de Salud establecido en la Comunidad Autónoma. En ocasiones se prevé que el Gobierno autonómico pueda delegar en las entidades locales el ejercicio de competencias en materia sanitaria.

La cuestión más confusa es, sin duda, la relativa a la integración de los establecimientos de las Corporaciones locales en la Red Hospitalaria Pública. Así, las leyes autonómicas prevén la integración de aquellos en el Servicio de Salud, siguiendo la pauta marcada en el art. 66.1 LGS, que tiene carácter supletorio. Sin embargo, difieren en cuanto a la forma de llevar a cabo dicha integración y, en concreto, en cuanto a si la misma implica o no la transferencia de la titularidad del centro o establecimiento. De entrada, los términos «integración» y «adscripción» se manejan con gran imprecisión, indistintamente. En rigor, se debería denominar integración a los supuestos de transferencia de la titularidad del establecimiento y adscripción a los de mantenimiento de dicha titularidad por la entidad local respectiva.

Un principio fundamental de ordenación de los servicios públicos sanitarios es la planificación de todos los medios y servicios a través de su distribución territorial según la población cubierta y, paralelamente, mediante la organización piramidal de estos servicios. Esto significa que se accede a ellos a través de la Atención primaria

(centros de salud y consultorios locales) y de ahí se pasa, sucesivamente, al nivel de la Atención especializada (hospitales y centros periféricos de especialidades) y después, a los centros regionales de referencia, y de éstos a los centros nacionales de referencia, siendo fundamental la continuidad entre niveles en los cuidados de salud. Es decir, es fundamental la ordenación territorial y funcional del Sistema Público de las Comunidades Autónomas en Áreas de Salud.

En el ámbito de la planificación, los Servicios de Salud que se creen en las Comunidades Autónomas se planificarán con criterios de racionalización de los recursos, de acuerdo con las necesidades sanitarias de cada territorio (art. 51.1 LGS) y aquellas regularán la organización, funciones, asignación de medios personales y materiales de cada uno de los Servicios de Salud, en el marco establecido en la LGS (art. 55 LGS).

Cada Comunidad Autónoma, elaborará un Plan de Salud que comprenderá todas las acciones sanitarias necesarias para cumplir los objetivos de sus respectivos Servicios de Salud (art. 54 párrafo 1º). Este mandato a las Comunidades Autónomas exige también que existan planes de las diferentes Áreas de Salud, al establecer que «el Plan de Salud de cada Comunidad Autónoma, que se ajustará a los criterios generales de coordinación aprobados por el Gobierno, deberá englobar el conjunto de planes de las diferentes Áreas de Salud» (art. 54 LGS).

En cumplimiento de este mandato, las Comunidades Autónomas han regulado la obligación de que se apruebe tanto un Plan de Salud de ámbito autonómico, así como un Plan de Salud para las diferentes Áreas de Salud. Se configura, el Plan de Salud, como el marco de referencia y el instrumento indicativo para todas las actuaciones en materia de salud en el ámbito autonómico, comprendiendo las líneas directivas y de planificación de actividades, programas y recursos necesarios para alcanzar la finalidad que constituye los objetivos del Sistema Sanitario respectivo. Así en ellos, en líneas generales, se contienen previsiones del tipo de las siguientes: análisis de la situación de salud de la Comunidad Autónoma, objetivos de salud, prioridades de intervención, definición de estrategias de actuación y políticas de intervención, recursos necesarios, compromisos principales de las entidades prestadoras y gestoras de servicios sanitarios, sistemas de evaluación y control del grado de cumplimiento de los compromisos, etc.

Por su parte, también se ha previsto en las leyes de salud/ordenación sanitaria, la existencia de Planes de Salud de las Áreas de Salud, de conformidad con los criterios y pautas que establezca el Plan de Salud autonómico y teniendo en cuenta las especificidades de cada territorio.

La regulación y la previsión de los Planes de Salud, ha sido similar en todas las Comunidades Autónomas, con leves diferencias. La competencia para aprobar los Planes de Salud de ámbito autonómico se atribuye al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente, a propuesta de la Consejería competente en materia de salud. En algunas Comunidades Autónomas, se exige la remisión a la correspondiente Asamblea Legislativa para su conocimiento y estudio (Región de Murcia, País Vasco), o bien que sea oído el Consejo de Salud autonómico o los órganos de participación previstos en la legislación autonómica (Islas Baleares; Castilla-La Mancha).

La elaboración de los Planes de Salud específicos de las Áreas de Salud se atribuye a los órganos correspondientes de cada una de ellas, aunque su aprobación es competencia de la Consejería competente en materia de sanidad.

Finalmente, respecto de las actividades sanitarias privadas, reguladas en el Título IV LGS, de carácter básico también, se reconoce el derecho al ejercicio libre de las profesiones sanitarias y la libertad de empresa en el sector sanitario, pudiendo establecer las Administraciones públicas sanitarias, en el ámbito de sus respectivas competencias, conciertos, convenios u otras fórmulas contractuales, para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a ellas.

La existencia de centros sanitarios privados, con independencia de que se vinculen o no a la red pública, es una manifestación, en el ámbito sanitario, de la libertad de empresa que la CE garantiza, así como en el art. 89 LGS. Los centros sanitarios privados tienen por tanto, una doble condición: por un lado reflejan el ejercicio de una actividad privada libre, y, por otra, en cuanto contribuyen a la efectividad de unas prestaciones que son responsabilidad de los poderes públicos, son gestores indirectos de un servicio público, cuando se vinculan a la Administración sanitaria mediante un convenio, o mediante concierto u otro contrato administrativo.

A las asociaciones⁴⁴⁰ de usuarios de la sanidad, entidades sin ánimo de lucro y cooperativas de tipo sanitario (art. 92 LGS), la Administración sanitaria facilitará su libre actividad, de acuerdo con la legislación aplicable, propiciando su actuación coordinada con el sistema sanitario público.

2. GESTIÓN ADMINISTRATIVA DE LA ASISTENCIA SANITARIA POR LAS COMUNIDADES AUTONOMAS.

El régimen jurídico de la organización administrativa en la legislación de las Comunidades Autónomas, es el marco normativo en el que, dentro de los límites derivados de la legislación estatal, se han de insertar las opciones organizativas de configuración de sus Servicios de Salud respectivos y además, sirve para encuadrar las formas jurídicas utilizadas en la configuración de otras entidades gestoras de asistencia sanitaria pública y de centros sanitarios proveedores de la misma.

Se puede afirmar, con carácter general, que la constitución de las Comunidades Autónomas y la progresiva transferencia de competencias y servicios desde el Estado se produce en un momento en el que ya eran evidentes los problemas organizativos de las formas clásicas de gestión de la Administración Pública, y los reproches que a ella se hacían de falta de eficacia y de adaptación a las crecientes demandas de una sociedad cambiante, abogándose ya por un cambio en su estructura organizativa y de gestión. Sin embargo, las Comunidades Autónomas, lejos de salir al paso de estas dificultades, lo que han hecho es asumirlas, hacerlas suyas, heredando los problemas organizativos ya existentes en el Estado, introduciéndose en un proceso de mimetismo que conduce a que estos males de la Administración sean un fenómeno global que afecta a todas las Administraciones Públicas y que la forma de reaccionar frente a esto

⁴⁴⁰ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, “Derecho de Asociación”, en en “Comentario a la Constitución Socio-Económica de España”, Dirs. MONEREO PÁREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C, MORENO VIDA, M.N, Ed. Comares, Granada, 2002, págs. 733-761.

también es común a todas ellas. Así, se ha generalizado el fenómeno de huida del Derecho público, tendiendo a gestionar conforme a esquemas de Derecho privado. Y, de igual forma que sucede con la legislación del Estado, según se ha podido ya ver, la regulación que habilita a la utilización de estas formas de gestión que se valen del Derecho privado, no discrimina y no indica aquellos supuestos en los que es posible acudir a estas fórmulas y en cuáles no.

Los esquemas de gestión administrativa de las Comunidades Autónomas, al igual que el estatal, se estructuran en torno a tres niveles de organización, con independencia de las denominaciones que se le quiera dar: en primer lugar, los propios de la estructura central de cada una de estas Administraciones; en segundo lugar, los fenómenos de personificación pública, ya ajuste su actuación principalmente al Derecho público o al Derecho privado; y, por último, los fenómenos societarios de personificación y Derecho privado y las fundaciones en mano pública.

Por otro lado, la maraña normativa sobre la gestión administrativa de las Comunidades Autónomas hace difícil su conocimiento, al estar diseminada en tres tipos de normas: las que, de forma general, regulan su gobierno y/o administración; las normas específicas dictadas sobre organización administrativa instrumental; y, por último, la regulación contenida en las normas financieras, presupuestarias y de patrimonio de las propias Comunidades Autónomas.

En términos generales, se puede decir que las Comunidades Autónomas sólo de forma muy tardía se han ocupado de la regulación de la Administración instrumental. Lo más frecuente ha sido que las Comunidades Autónomas hayan dictado la normativa reguladora del Gobierno autonómico y, simultáneamente, o más tarde, la correspondiente a la Administración de la respectiva Comunidad, dejando a un lado la Administración instrumental. Con el tiempo, más recientemente, las Comunidades Autónomas han ido reformando su normativa reguladora de la organización administrativa e introduciendo la regulación de la Administración instrumental.

Aún menos atención, como por otro lado también sucede en la legislación estatal, ha dedicado la legislación autonómica a la organización a través de las formas societarias y fundacionales. En todo caso, se puede observar, como característica común también con la legislación estatal, que no existe diferenciación funcional entre los diferentes fenómenos organizativos. En concreto, la definición de las sociedades (ya sean autonómicas o estatales) se apoya en criterios como el de la posición mayoritaria de capital, sin prestar atención, en general, a la existencia de una «posición estratégica dominante», que pudiera ser mucho más representativa de la presencia de lo público en ellas y que, por otra parte, resulta ser mucho más acorde con la concepción que se ha ido abriendo paso en el Derecho comunitario.

El número de Entidades dependientes o vinculadas a las Administraciones públicas territoriales es sin duda muy elevado, y la tendencia que se observa no es otra que la de su aumento.

En concreto, las Administraciones de las Comunidades Autónomas crean o instituyen nuevos Entes jurídicos, ya al amparo del Derecho público, ya adoptando formas del Derecho privado. En todos estos supuestos concurre una nota común: la constitución de una Entidad, una personificación, con carácter instrumental, cuya dependencia o vinculación con la Administración que la creó da lugar a regulaciones y resoluciones muy diversas.

En términos generales, esas entidades constituyen una prolongación funcional de las Administraciones públicas y una manifestación de las notas de extensión y fragmentación que las caracterizan en nuestros tiempos.

La denominación de personificaciones públicas instrumentales permite incluir dentro de la misma a toda esa serie de entes jurídicos antes aludidos. La categoría jurídico-administrativa Administración Institucional, es más reducida que la denominación anterior, circunscribiéndose a las Entidades de Derecho público, dependientes de las Administraciones territoriales.

El dato fundamental de las personificaciones públicas instrumentales lo constituye el aspecto funcional de las mismas, al ser dotadas de personalidad jurídica por las Administraciones para ejecutar sus políticas en los diversos sectores (administrativos, económicos, prestacionales u otros). De ahí que, para enfatizar el resultado de la decisión de crearlas, hablemos de personificaciones instrumentales.

La tipología de personificaciones instrumentales en las Administraciones Autonómicas, es la siguiente:

- Administración Institucional Autonómica: Organismos Públicos
 - Organismos autónomos autonómicos
 - Entidades autonómicas de Derecho público cuya actuación se rige por el derecho privado y por el derecho público.
 - Agencias de las Administraciones de las Comunidades Autónomas

- Otras personificaciones instrumentales autonómicas
 - Consorcios autonómicos
 - Sociedades mercantiles autonómicas
 - Fundaciones públicas autonómicas

Metodológicamente, se procederá al análisis de la legislación de las Comunidades Autónomas, para conocer los aspectos organizativos generales y sectoriales sanitarios y de gestión administrativa de la asistencia sanitaria, procediéndose a obtener conclusiones.

1. ANDALUCIA

1.1. Sistema Sanitario Público de Andalucía

Ley 2/1998, de 15 de junio, de salud de Andalucía, encuadra la gestión administrativa de la asistencia sanitaria pública de la Comunidad Autónoma.

1.1.1. Ordenación de los servicios sanitarios del Sistema Sanitario Público de Andalucía

El Sistema Sanitario Público de Andalucía se organiza en demarcaciones territoriales denominadas Áreas de salud, estas constituyen el marco de planificación y desarrollo de las actuaciones sanitarias, debiendo disponer de la financiación y dotaciones necesarias para prestar los servicios de atención primaria y especializada,

asegurando la continuidad de la atención en sus distintos niveles y la accesibilidad a los servicios del usuario.

Con la finalidad de alcanzar la mayor eficacia en la organización y funcionamiento del Sistema Sanitario Público de Andalucía, cada área de salud se divide territorialmente en zonas básicas de salud. Estas son el marco territorial elemental para la prestación de la atención primaria de salud. En cuanto a la ordenación funcional, la asistencia sanitaria se prestará de manera integrada a través de programas médico-preventivos, curativos, rehabilitadores, de higiene y educación sanitaria. La asistencia sanitaria se organizará en dos niveles, que actuarán bajo criterios de coordinación: Atención primaria y Atención especializada.

Para la planificación, gestión y apoyo a la prestación de los servicios de atención primaria de salud de Andalucía, existirá el distrito de atención primaria, cuyo ámbito de actuación será determinado por la Consejería de Salud.

Cada Área de salud dispondrá de, al menos, un dispositivo de atención especializada de titularidad pública, al que pueda acceder la población de la misma para recibir dicha atención.

La Consejería de Salud, en el marco de la Ley 2/1998, podrá establecer otras estructuras con criterios de gestión y/o funcionales para la prestación de los servicios de atención primaria y/o especializada, atendiendo a razones de eficacia, del nivel de especialización de los centros y de la innovación tecnológica.

1.1.2. Participación de los ciudadanos en el Sistema Sanitario Público de Andalucía

Se lleva a cabo en los siguientes niveles:

- A nivel del Sistema Sanitario Público de Andalucía, mediante el Consejo Andaluz de Salud, que es el órgano colegiado de participación ciudadana en la formulación de la política sanitaria y en el control de su ejecución, asesorando en esta materia a la Consejería de Salud en el ejercicio de las funciones de fomento y desarrollo de la participación ciudadana.
- A nivel de Área de Salud (participación territorial): En cada área de salud se establecerá un Consejo de Salud del Área, como órgano colegiado de participación ciudadana, con la finalidad de hacer el seguimiento en su ámbito de la ejecución de la política sanitaria y de asesorar a los órganos correspondientes a dicho nivel de la Consejería de Salud.
- Órganos de participación ciudadana a otros niveles de la organización territorial y funcional del Sistema Sanitario Público de Andalucía: Se podrán establecer por el Consejo de Gobierno, con la finalidad de hacer el seguimiento de la ejecución de las directrices de la política sanitaria, asesorar a los correspondientes órganos directivos e implicar a las organizaciones sociales y ciudadanas en el objetivo de alcanzar mayores niveles de salud y en la toma de decisiones de aspectos que afectan a su relación con los servicios sanitarios públicos. Así, se han regulado la Comisión Consultiva de Área de Gestión Sanitaria y la Comisión Consultiva de Agencia pública empresarial. Que se analizan más adelante.

La regulación por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía de los órganos de participación, se ajustará a los criterios de participación democrática de todos los interesados, y cuya composición se establecerá, en cada caso, en función de su naturaleza y su ámbito de actuación.

1.2. Régimen jurídico de los órganos, organismos y entidades públicas con competencias en gestión directa y prestación de servicios sanitarios

Se realiza a continuación, un estudio sistemático y a ser posible exhaustivo, de la estructura orgánica y funcional de los organismos y entidades públicas gestoras y proveedoras de asistencia sanitaria.

1.2.1. Servicio Andaluz de Salud

El Servicio Andaluz de Salud (SAS) se creó como un Organismo Autónomo de carácter administrativo de la Junta de Andalucía adscrito a la Consejería de Salud para la gestión y administración *de* los servicios públicos de atención sanitaria que dependen orgánica y funcionalmente del mismo y cuya titularidad corresponde a dicha Consejería.

A partir del Decreto 216/2011, de 28 de junio, de adecuación de diversos Organismos autónomos a las previsiones de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, tiene la condición de Agencia administrativa de las previstas en el art. 65 Ley 9/2007, continuando adscrito a la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales (art. 16 del Decreto 140 /2013, de 1 de octubre, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales y del Servicio Andaluz de Salud) .

Es precisamente el art. 2 del Decreto 216/2011, el que explicita su régimen jurídico, rigiéndose el SAS por la Ley 9/2007, por su normativa de creación, en lo que no se oponga a la citada Ley; por sus estatutos; por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; por el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo; por ese Decreto, y demás disposiciones de general aplicación a las Agencias administrativas de la Administración de la Junta de Andalucía.

En referencia a sus normas de creación, la organización y funciones del SAS se regulan en el Capítulo VI del Título VII de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, Capítulo que ha sido desarrollado por sucesivos decretos, estando vigente en la actualidad, el Decreto 140 /2013, de 1 de octubre, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales y del Servicio Andaluz de Salud. También son de aplicación al SAS, los artículos vigentes de la Ley 8/1986, de 6 de mayo, de creación del Servicio Andaluz de Salud.

El SAS se estructura en los siguientes órganos superiores de dirección y gestión:

-Consejo de Administración.

-Dirección Gerencia, de la que dependen los siguientes órganos directivos: Dirección General de Asistencia Sanitaria y Resultados en Salud; Dirección General de Profesionales y Dirección General de Gestión Económica y Servicios.

El Consejo de Administración es el máximo órgano de dirección y gestión del SAS y su composición se establece en la Ley 2/1998 y en el Decreto 128/2003, de 13 de mayo.

Como atribuciones, define los criterios de actuación del SAS, de acuerdo con las directrices de la Consejería de Salud y Bienestar Social, así como la adopción de las medidas necesarias para la mejor prestación de los servicios gestionados por el Organismo, eleva a la Consejería el anteproyecto del estado de gastos e ingresos anual del Organismo, aprueba la memoria anual de gestión del SAS, y realiza cuantas otras se deriven de la normativa vigente.

La Dirección Gerencia del SAS es el órgano que ostenta la representación legal del SAS, correspondiéndole las siguientes funciones (art. 69 Ley 2/1998):

La resolución de los procedimientos de revisión de oficio de actos nulos y anulables.

- La declaración de lesividad de los actos dictados por el Organismo.
- La resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial.
- Otras funciones atribuidas reglamentariamente (art. 15 del Decreto 152/2012), entre las que destacamos a efectos de gestión, la definición de modelos organizativos y dirección de la estructura orgánica, funcional y de gestión del Servicio Andaluz de Salud, así como la autorización de las Unidades de Gestión Clínica y sus diferentes niveles de autonomía organizativa.

El Director Gerente del SAS será nombrado y separado libremente de su cargo por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, a propuesta del Consejero de Salud y Bienestar Social.

Funciones

Bajo la dirección, supervisión y control de la Consejería de Salud, desarrollará las siguientes funciones, reguladas en el art. 65 de la Ley 2/1998:

- Gestión y administración de los centros y servicios sanitarios adscritos al mismo, y que operen bajo su dependencia orgánica y funcional.
- Prestación de asistencia sanitaria en sus centros y servicios sanitarios.
- Gestión de los recursos humanos, materiales y financieros que le estén asignados para el desarrollo de las funciones que le están encomendadas.
- Aquellas que se le atribuyan reglamentariamente, desarrolladas en el apartado 3 del art. 16 del Decreto 140/2013.

Otras formas de gestión de centros y servicios por el Servicio Andaluz de Salud son las siguientes:

a) Las Áreas de Gestión Sanitaria

Con el objetivo de impulsar la coordinación entre unidades asistenciales y mejorar la continuidad en la atención sanitaria, se han constituido Áreas de Gestión Sanitaria dependientes del SAS, para la gestión unitaria de los centros y establecimientos del Servicio Andaluz de Salud, en una demarcación territorial

específica, y de las prestaciones sanitarias y programas sanitarios a desarrollar por ellos. Realizan la gestión unitaria de los recursos de una o varias Áreas Hospitalarias y de uno o varios Distritos de Atención primaria, así como de aquellos otros centros del Sistema Sanitario Público de Andalucía que se le adscriban. No tienen personalidad jurídica.

El personal y los recursos de las Áreas Hospitalarias y de los Distritos de Atención primaria, pasan a estar adscritos a las Áreas de Gestión Sanitaria.

En cuanto a las normas reguladoras, dos Áreas de Gestión Sanitaria han sido creadas por Decreto, al amparo de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 9/1993, de 30 de diciembre de Presupuestos para la Comunidad Autónoma de Andalucía para 1994, y el resto, en base al art. 57 de la Ley 2/1998, creadas por Orden, existiendo actualmente, nueve en total⁴⁴¹.

La regulación de las Áreas de Gestión Sanitaria es casi idéntica, por lo que se analizarán conjuntamente.

En cuanto a su estructura orgánica, los órganos de Dirección y Gestión del Área de Gestión Sanitaria son los siguientes:

- El Consejo de Dirección, órgano superior de dirección y gestión.
- El Gerente del Área de Gestión Sanitaria, que tiene a su cargo la gestión directa de las actividades de la misma, de acuerdo con las directrices marcadas por el Consejo de Dirección, y en dependencia, jerárquica y funcional del mismo. Será nombrado y cesado por el Director Gerente del SAS.
- Los órganos y unidades administrativas que se establezcan
- El órgano de participación social es la Comisión Consultiva del Área de Gestión Sanitaria, regulada por el Decreto 529/2004, de 16 de noviembre.

De acuerdo con los criterios y directrices generales establecidos por la Consejería de Salud y Bienestar Social y el SAS, cada Área de Gestión Sanitaria desarrollará las funciones de dirección, gestión y evaluación de todas las actividades de las instituciones y centros sanitarios integrados en la misma, y en particular las siguientes:

⁴⁴¹ Actualmente existen nueve áreas de gestión sanitaria:

- Área de Gestión Sanitaria de Osuna.
Decreto 96/1994, de 3 de mayo y Decreto 69/1996, de 13 de febrero
- Área Sanitaria Norte de Córdoba.
Decreto 68/1996, de 13 de febrero
- Área de Gestión Sanitaria Campo de Gibraltar.
Orden 2 de diciembre 2002
- Área de Gestión Sanitaria Norte de Almería.
Orden 5 de octubre de 2006
- Área de Gestión Sanitaria Serranía de Málaga.
Orden 5 de octubre de 2006
- Área de Gestión Sanitaria Norte de Málaga.
Orden 5 de octubre de 2006
- Área de Gestión Sanitaria Sur de Granada.
Orden 5 de octubre de 2006
- Área de Gestión Sanitaria Este de Málaga-Axarquía
Orden de 20 de noviembre de 2009
- Área de Gestión Sanitaria Norte de Huelva.
Orden de 20 de noviembre de 2009

- La Administración y gestión de los Centros y Servicios Sanitarios que se le adscriban.
- La organización, gestión y evaluación de las actividades y programas de atención sanitaria a la población de su ámbito en lo relativo a la promoción y protección de la salud, prevención de la enfermedad, asistencia sanitaria y rehabilitación.
- Gestión de las prestaciones sanitarias y farmacéuticas a las que tengan derecho los ciudadanos de su ámbito territorial.
- Gestión de los acuerdos, convenios y conciertos en su ámbito territorial y competencial.
- Elaboración y presentación al SAS de las previsiones presupuestarias del Área.
- La gestión y administración de los recursos presupuestarios correspondientes, sin perjuicio de las competencias que correspondan a otros órganos.
- La dirección y gestión del personal adscrito al conjunto de las instituciones y centros integrados e el Área de Gestión Sanitaria.
- Organización y desarrollo de las funciones del SAS en materia de formación, docencia e investigación.

b) Otras formas de gestión

El art. 66 Ley 2/1998 prevé que para la gestión de los centros y servicios adscritos, el SAS podrá elevar a la Consejería de Salud para su aprobación, propuestas para:

- La constitución de consorcios de naturaleza pública u otras fórmulas de gestión integrada o compartida con entidades de naturaleza o titularidad pública o privada sin ánimo de lucro, con intereses comunes o concurrentes, que podrán dotarse de organismos instrumentales.
- La creación o participación en cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en derecho, cuando así convenga a la gestión y ejecución de los centros y servicios adscritos al mismo.

Adscrito funcionalmente a la Administración Sanitaria de la Junta de Andalucía, forma parte del Sistema Sanitario Público de Andalucía, el Consorcio Sanitario Público del Aljarafe, que es una entidad de derecho público integrada por el Servicio Andaluz de Salud y la provincia Bética Nuestra Señora de la Paz de la Orden Hospitalaria de San Juan de Dios, y constituida mediante Convenio de 1 de Diciembre de 2003 previo acuerdo de Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía. Tiene como objetivo la prestación de asistencia sanitaria a municipios de la zona del Aljarafe en el Hospital San Juan de Dios del Aljarafe, cuya plena capacidad asistencial aporta al Consorcio la provincia Bética de la Orden Hospitalaria de San Juan de Dios, propietaria del mismo.

1.2.2. Agencias Públicas Empresariales

En la década de los noventa, se crearon en Andalucía empresas públicas⁴⁴² para la gestión de servicios sanitarios competencia de la Comunidad Autónoma. Esas empresas públicas se han transformado en Agencias Públicas Empresariales.

⁴⁴²Referente a las antecesoras empresas públicas hay que considerar el art. 6º de la derogada Ley 5/1983, de 19 de julio, de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que decía textualmente: “Son empresas de la Junta de Andalucía, a efectos de esta Ley: a) Las sociedades mercantiles, en cuyo capital sea mayoritaria la participación de la Junta o de sus organismos autónomos; b) Las entidades de derecho público con personalidad jurídica, que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado. Las empresas de la Junta se regirán por su legislación específica y por la normas de

Sin perjuicio de su dependencia orgánica de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales, al Servicio Andaluz de Salud se le adscriben funcionalmente (art. 2.3 Decreto 140/2013, que establece la estructura orgánica de la Consejería):

- Agencia Pública Empresarial: Empresa Pública de Emergencias Sanitarias⁴⁴³

- Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol a la que están adscritas la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital de Poniente de Almería, la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital Alto Guadalquivir y la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Bajo Guadalquivir (art. 2 Decreto 152/2012).

El contenido de las normas reguladoras de estas agencias públicas empresariales es casi idéntico, por lo que se analizarán globalmente, resaltando las diferencias.

En cuanto a su *objeto*, la Agencia Pública Empresarial de Emergencias Sanitarias, lleva a cabo la gestión de los servicios de emergencias sanitarias que se le encomienden, cuya competencia corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía. El art. 1 de sus Estatutos precisa el objeto: “llevar a cabo la prestación de la asistencia sanitaria a las personas con urgencias médicas, cuyo diagnóstico o tratamiento requieran una asistencia inmediata y de alta complejidad, a la vez que comporten un riesgo grave para la vida o puedan producir secuelas graves y permanentes al individuo”. Además, en virtud del art. 2.2 de los Estatutos, “la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias desarrollará la gestión y organización de los Centros de Coordinación de Urgencias y Emergencias y de los dispositivos sanitarios de atención a las emergencias que se le encomienden por la Consejería de Salud”.

En cuanto a la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol, en virtud de los arts. 9 y 10 del Decreto-ley 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público, la Empresa Pública Hospital de la Costa del Sol ha adoptado la configuración de Agencia pública empresarial. Se adscriben a la misma, la Empresa Pública Hospital de Poniente de Almería, la Empresa Pública Hospital Alto Guadalquivir y la Empresa Pública Sanitaria Bajo

Derecho Mercantil, Civil o Laboral, salvo en las materias en las que les sea de aplicación la presente Ley”.

⁴⁴³En virtud del art. 1 d) del Decreto 217/2011, de 28 de junio, de adecuación de diversas entidades de Derecho Público a las previsiones de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía: Las entidades de Derecho Público creadas al amparo del artículo 6.1.b) de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que se relacionan a continuación, tendrán la condición de agencias públicas empresariales de las previstas en el artículo 68.1.b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, y estarán adscritas a las Consejerías que se indican: Empresa Pública de Emergencias Sanitarias, adscrita a la Consejería de Salud. Hay que tener en cuenta la Ley 2/1994 de 24 de Marzo, de creación de la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias de Andalucía y Decreto 88/1994, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias.

Guadalquivir⁴⁴⁴, entidades que también han adoptado la configuración de Agencia pública empresarial.

El régimen jurídico de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol, se registró por el Decreto-ley 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público, por la Ley 9/2007, de 22 de octubre, por las disposiciones de su Ley de creación (Disposición adicional decimoctava de la Ley 4/1992 de 30 de diciembre de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 1993), y por sus Estatutos (Decreto 98/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol, y se modifican los de otras Agencias Públicas Empresariales Sanitarias), en lo que no se opongan a aquélla, por la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y por la restante normativa de aplicación.

El objeto de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol es:

- La coordinación de la gestión de los servicios sanitarios de las Agencias públicas empresariales que se le adscriban.
- La gestión del Hospital Costa del Sol de Marbella (Málaga).
- La gestión de los Centros Hospitalarios de Alta Resolución que se establezcan en la provincia de Málaga, coordinando sus servicios y recursos con los de los restantes centros sanitarios pertenecientes al Sistema Sanitario Público de Andalucía.

La regulación de la Organización de las Agencias Públicas Empresariales Sanitarias que se rige por sus respectivos Estatutos, es casi idéntica, por lo que se realizará un análisis de conjunto, señalando las diferencias. La estructura, además de la administrativa necesaria para su funcionamiento, es la siguiente:

- Órganos rectores: Consejo de Administración y el Director Gerente
- Órgano Asesor de participación: Comisión Consultiva

El Consejo de Administración es el órgano superior de la Agencia Pública Empresarial, que dirige la actuación de la misma conforme a las directrices marcadas por la Consejería de Salud. Para realizar una gestión más eficaz, el Consejo de Administración podrá delegar, con carácter permanente o temporal, algunas de sus funciones, en uno o varios miembros del Consejo. También, para la mejor realización de

⁴⁴⁴Agencia Pública Empresarial Hospital de Poniente de Almería: Disposición adicional segunda de la Ley 9/1996 de 26 de diciembre, por la que se aprueban Medidas Fiscales en materia de Hacienda Pública, Contratación Administrativa, Patrimonio, Función Pública y Asistencia Jurídica a entidades de Derecho Público, Decreto 131/1997, de 13 de mayo, por el que se constituye la Empresa Pública Hospital de Poniente de Almería y se aprueban sus Estatutos.

Agencia Pública Empresarial Hospital Alto Guadalquivir en Andújar (Jaén): Ley 11/1999, de 30 de noviembre, de creación de la empresa pública Hospital Alto Guadalquivir en Andújar (Jaén), Decreto 48/2000, de 7 de febrero, por el que se constituye la empresa Pública Hospital Alto Guadalquivir en Andújar (Jaén), y se aprueban sus Estatutos.

Agencia Pública Empresarial Hospital Bajo Guadalquivir: Ley 3/2006, de 19 de junio, de creación de la Empresa Pública Sanitaria Bajo Guadalquivir, Estatutos de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Bajo Guadalquivir, aprobados por el Decreto 190/2006, de 31 de octubre, por el que se constituye la Empresa Pública Sanitaria Bajo Guadalquivir, se aprueban sus Estatutos, y se modifican los de otras empresas públicas sanitarias.

sus funciones, el Consejo de Administración podrá conferir apoderamientos generales y especiales, sin limitación de personas.

El Director Gerente tiene a su cargo la gestión directa de las actividades de la Entidad, de acuerdo con las directrices emanadas del Consejo de Administración, con funciones de representación y dirección. Las facultades del Director Gerente se podrán consignar en la correspondiente escritura de poder y podrán delegarse⁴⁴⁵ en el personal de la Empresa, previa autorización del Consejo de Administración.

La Comisión Consultiva es constituida por el Consejo de Administración, como órgano asesor.

1.3. Otras entidades públicas dependientes de la Junta de Andalucía y adscritas a Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales

Existen otras entidades cuya finalidad no es la prestación directa de servicios sanitarios, sino que están especializadas en otros ámbitos funcionales que son competencia completa o compartida por la Consejería:

- Bajo la forma jurídica de fundación existen las siguientes:

- Fundación Progreso y Salud.
- Fundación Andaluza para la Integración Social del Enfermo Mental.
- Fundación Agencia de Calidad Sanitaria de Andalucía.
- IAVANTE.
- Fundación Campus de la Salud de Granada

- Bajo la forma sociedad mercantil del sector público andaluz: Escuela Andaluza de Salud Pública, S.A. (anteriormente era una Empresa Pública creada al amparo del art. 6.1. a. de la derogada Ley de Hacienda Pública de Andalucía). El Decreto 140/2013, de 1 de octubre, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales y del Servicio Andaluz de Salud, lo considera una entidad instrumental de la Consejería.

- Por Decreto 318/1996, de 2 de julio, se creó la Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias de Andalucía con la finalidad de fomentar la evaluación de tecnologías y procedimientos sanitarios en el Sistema Sanitario Andaluz. Es un Servicio Administrativo sin personalidad jurídica propia, adscrita a la Dirección General de Calidad, Investigación y Desarrollo e Innovación de la Consejería (art. 2.4 Decreto 140/2013).

1.4. Colaboración de la iniciativa privada

La Ley 2/1998 dedica a la colaboración de la Administración Sanitaria con la iniciativa privada el Capítulo VII del Título VII, instrumentándose a través de los convenios singulares de vinculación y de los conciertos sanitarios.

⁴⁴⁵ No podrán delegarse: “Cualesquiera otras funciones que le sean delegadas por el Presidente del Consejo de Administración, así como aquellas otras otorgadas por el Reglamento de Régimen Interior”. Esta excepción no se explicita en los Estatutos de la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias.

Los *convenios singulares* son los suscritos entre la Administración Sanitaria y entidades privadas titulares de centros hospitalarios, para la vinculación de los mismos al Sistema Sanitario Público de Andalucía. Se regirán por sus propias normas preferentemente, por la LGS, siéndoles de aplicación la normativa vigente de contratación administrativa.

Los conciertos sanitarios son los suscritos entre la Administración Sanitaria y entidades privadas titulares de centros y/o servicios sanitarios. Se regulan por la LGS, siéndoles de aplicación la normativa vigente de contratación administrativa. El régimen de concierto será incompatible con la percepción de subvenciones destinadas a la financiación de las actividades o servicios que hayan sido objeto del concierto.

La suscripción de convenios y conciertos con entidades, empresas o profesionales para la prestación de servicios sanitarios se realizará teniendo en cuenta los principios de complementariedad, optimización de los recursos sanitarios propios, necesidades de atención en cada momento, así como la adecuada coordinación en la utilización de los recursos públicos y privados.

En igualdad de condiciones de eficacia, eficiencia y calidad, las entidades sin ánimo de lucro, tendrán consideración preferente para la suscripción de convenios y conciertos.

Los requisitos mínimos que deberán cumplir las entidades, centros y servicios para la suscripción de convenios o conciertos con el Sistema Sanitario Público de Andalucía, son la homologación previa, la acreditación previa, el cumplimiento de la normativa vigente fiscal, laboral y de Seguridad Social y la adecuación a cuantas disposiciones y normas afecten a las actividades objeto del concierto o convenio.

Los efectos de la suscripción de convenios y conciertos son:

- El desarrollo de las funciones propias de los centros sanitarios de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine.
- El cumplimiento de las directrices y criterios de actuación establecidos por los órganos de la Administración de la Junta de Andalucía, y específicamente, la satisfacción de los principios informadores y objetivos establecidos en la Ley 2/1998.
- La satisfacción de las necesidades de información sanitaria y estadística que reglamentariamente se determinen, así como el sometimiento a las inspecciones y controles que procedan para verificar los aspectos de carácter sanitario asistencial, estructurales y económicos que se establezcan.
- El cumplimiento de la normas de homologación y acreditación, incluyendo aquellas referidas a gestión económica y contable que se determine.

Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley de Contratos del Sector Público, serán causas específicas de denuncia o resolución del convenio o concierto, por parte de la Administración Sanitaria, las siguientes: Prestar atención sanitaria objeto del convenio o concierto contraviniendo los principios y criterios establecidos en la presente Ley Salud de Andalucía y demás normativa que le resulte de aplicación, establecer sin autorización servicios complementarios no sanitarios o percibir por ellos cantidades no autorizadas, infringir con carácter grave la legislación laboral, de la Seguridad Social o fiscal, vulnerar los derechos reconocidos a los ciudadanos en las leyes y demás normativa, incumplir gravemente o de modo que repercuta sensiblemente en la adecuada prestación de los servicios las obligaciones, requisitos o condiciones establecidos o acordados para

la suscripción de los convenios o conciertos y para el desarrollo de los servicios concertados o conveniados.

Respecto a las cooperativas, el art. 81 de la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas, las clasifica en:

-Sociedades cooperativas de primer grado, que a su vez se subdividen en: Cooperativas de trabajo, Cooperativas de consumo, Cooperativas de servicios, Cooperativas especiales.

- Sociedades cooperativas de segundo o ulterior grado, que a su vez se clasifican en Homogéneas. Heterogéneas.

2. ARAGÓN

2.1. Sistema de Salud de Aragón

Se establece en Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón.

2.1.1. Ordenación del Sistema de Salud de Aragón

El Sistema de Salud de Aragón se organiza en demarcaciones territoriales denominadas Áreas de salud. Constituyen el marco de planificación y desarrollo de las actuaciones sanitarias, debiendo disponer de la financiación y dotaciones necesarias para prestar los servicios de atención primaria y especializada, asegurando la continuidad del proceso asistencial y la accesibilidad a los servicios del usuario. Podrán existir sectores sanitarios dentro de las Áreas.

Reglamentariamente se determinará la estructura y funcionamiento de las Áreas y sectores, así como de sus órganos de gestión y participación que en cada caso correspondan.

Las áreas de salud, sin perjuicio de la posible existencia de otras demarcaciones territoriales, se dividirán en zonas de salud, marco territorial elemental para la prestación de la atención primaria de salud.

Los servicios sanitarios se ordenarán, según el contenido funcional más importante que lleven a cabo, en las estructuras operativas siguientes: Salud pública, Atención primaria, Atención especializada, Atención a la salud mental, Atención sanitaria urgente, Atención a la dependencia.

Los servicios sanitarios en Aragón se prestarán en el conjunto de centros, servicios y establecimientos que constituyen la red sanitaria pública de Aragón, sin perjuicio de los convenios o conciertos que se puedan establecer.

2.1.2. Participación ciudadana

La Ley 6/2002, establece la participación en dos niveles:

- Sistema de Salud de Aragón: Mediante el Consejo de Salud de Aragón, órgano colegiado de participación ciudadana en la formulación de la política sanitaria y en el control de su ejecución, asesorando e informando al Departamento responsable de Salud. Su regulación se ajustará a criterios de participación democrática de todos los interesados.
- Órganos de participación en los centros hospitalarios: Los centros hospitalarios del Sistema de Salud de Aragón tendrán como órganos de participación: Las comisiones de participación hospitalaria, las comisiones de bienestar social.

2.2. Régimen jurídico de los órganos, organismos y entidades públicas con competencias en gestión directa y prestación de servicios sanitarios

Las dos normas que regulan esta materia son Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón y el Decreto Legislativo 2/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Servicio Aragonés de Salud.

2.2.1. Servicio Aragonés de Salud

El Servicio Aragonés de Salud, Organismo autónomo de naturaleza administrativa, adscrito al Departamento responsable de Salud, tiene como función principal la provisión (gestión y administración) de la asistencia sanitaria en la Comunidad Autónoma (Art. 27.1 Ley 6/2002).

El Servicio Aragonés de Salud está dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, patrimonio propio y recursos humanos, financieros y materiales, al objeto de hacer efectivo el derecho a la protección de la salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón, de acuerdo con lo establecido en los artículos 43 y concordantes CE.

En cuanto a su régimen jurídico, el Servicio Aragonés de Salud se rige por el Decreto Legislativo 2/2004, por lo previsto en el Título VI del Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, así como por la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón, y por las normas básicas y de coordinación general de la sanidad a que se refiere el artículo 149.1.16 de la Constitución.

La estructura orgánica del Servicio Aragonés de Salud se compone de órganos superiores del Servicio Aragonés de Salud: El Consejo de Dirección y el Director Gerente.

Por otra parte, los Directores de Área del Servicio Aragonés de Salud son los responsables inmediatos, bajo la supervisión del Director-Gerente, de la ejecución de aquellos proyectos, objetivos o actividades que les sean asignados, así como de la gestión ordinaria de los asuntos de la competencia del Área. Serán nombrados y cesados libremente por el Gobierno de Aragón, a propuesta del Consejero del Departamento responsable en materia de Salud.

El Servicio Aragonés de Salud desarrollará las siguientes funciones: Gestión y coordinación integral de los recursos sanitarios y asistenciales propios existentes en su territorio, atención primaria integral, asistencia sanitaria especializada, la prestación de los recursos para la promoción y protección de la salud individual y colectiva, y los programas de atención a los grupos de mayor riesgo.

Respecto a la gestión, el Servicio Aragonés de Salud, para el ejercicio de sus funciones, podrá desarrollarlas directamente mediante los centros, servicios y establecimientos sanitarios propios, promover acuerdos, convenios, conciertos o fórmulas de gestión integrada o compartida con entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro, con carácter complementario a la utilización de los recursos del Servicio Aragonés de Salud, o bien promover la creación o constitución de entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en derecho o la participación del Servicio Aragonés de Salud en las mismas, cuando así convenga a la gestión y ejecución de los servicios o actuaciones.

El Servicio Aragonés de Salud estará integrado por los siguientes centros, servicios y establecimientos sanitarios: Los propios de la Comunidad Autónoma en el momento de promulgación de la Ley de creación del Servicio Aragonés de Salud, los transferidos por las Diputaciones Provinciales así como los que se le transfieran o adscriban por convenio o por disposición legal por las corporaciones locales de Aragón, los transferidos por la Seguridad Social y otros que pueda crear o recibir por cualquier título la Comunidad Autónoma.

Los centros y establecimientos públicos deberán contar con un sistema integral de gestión que permita implantar una dirección por objetivos y un control de resultados, delimitar claramente las responsabilidades de dirección y gestión, y establecer una adecuada evaluación de la calidad asistencial con criterios de accesibilidad, equidad y eficiencia.

Para la gestión de los centros sanitarios públicos se desarrollarán medidas que promuevan la aplicación de los principios de autonomía y control democrático de su gestión, implantando una dirección participativa por objetivos.

Los establecimientos hospitalarios, a medida que se vayan constituyendo en centros de gestión desconcentrada, podrán asumir competencia para la contratación de personal con objeto de cubrir las bajas temporales, sustituciones o vacantes, de conformidad con la plantilla adscrita al centro y en los términos previstos en la legislación vigente. Asimismo, asumirán la organización interna de los servicios y prestaciones hospitalarios y la contratación de las obras de simple reparación y de los suministros precisos para el normal funcionamiento del establecimiento, dentro de los límites presupuestarios y de acuerdo con la normativa vigente.

Sin perjuicio de la existencia de otras demarcaciones territoriales, el Servicio Aragonés de Salud se estructura territorialmente en Áreas de salud, concebidas como unidades fundamentales del sistema sanitario, responsabilizadas de la gestión unitaria de los centros y establecimientos del organismo y de los programas y prestaciones sanitarias a desarrollar por los mismos.

En todo caso, las áreas de salud deberán desarrollar las actividades en el ámbito de la Atención primaria de salud y en de la Atención especializada.

Para conseguir la máxima eficacia en el funcionamiento de los servicios a nivel primario, las Áreas de salud, sin perjuicio de la posible existencia de otras demarcaciones territoriales, se dividirán en zonas básicas de salud.

Como órgano de participación, se establece el Consejo de Salud de Zona

Los hospitales y centros de especialidades adscritos al Servicio Aragonés de Salud constituirán la red hospitalaria pública integrada de Aragón, sin perjuicio de la utilización que, en su caso, pueda realizarse mediante los correspondientes conciertos con centros no integrados en la misma.

Todas las instituciones sanitarias de la red pública existentes en el área de salud se adscribirán, a efectos de asistencia sanitaria especializada, al hospital correspondiente.

A fin de posibilitar una adecuada ordenación del dispositivo hospitalario público de atención al enfermo sociosanitario, se impulsará la creación de una red de cuidados paliativos domiciliarios, hospitales de media y larga estancia y servicios sociosanitarios.

El régimen jurídico de los actos emanados del Servicio Aragonés de Salud será el establecido en esta Ley 6/2002, así como el señalado en la normativa específica de la Comunidad Autónoma de Aragón, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre el procedimiento común a todas las Administraciones públicas.

Contra los actos administrativos dictados por los órganos jerárquicamente inferiores del Servicio Aragonés de Salud, podrán interponer los interesados los recursos administrativos procedentes ante el Director Gerente del Servicio Aragonés de Salud, cuyas resoluciones al respecto pondrán fin a la vía administrativa.

Los actos administrativos dictados por el Director Gerente que no agoten la vía administrativa podrán impugnarse mediante los recursos administrativos procedentes, ante el Consejero del Departamento responsable en materia de Salud, en la forma y plazos previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el Texto Refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por el Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio. Las resoluciones del Consejero en el ejercicio de sus competencias agotan la vía administrativa (art. 48 Ley 6/2002).

2.2.2. Consorcio Aragonés Sanitario de Alta Resolución

El Consorcio Aragonés Sanitario de Alta Resolución es una entidad jurídica pública integrada en el Departamento de Salud, Bienestar Social y Familia de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Con fecha 4 de octubre de 2006, el Gobierno de Aragón suscribió un convenio de colaboración con los Ayuntamientos de Ejea de los Caballeros, Jaca, Fraga y Tarazona y con "MAZ", Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social número 11, para la constitución del Consorcio Aragonés Sanitario de

Alta Resolución (publicado por Orden de 5 de octubre de 2006, del Departamento de Salud y Consumo).

Este Consorcio se encargada de dirigir y coordinar la gestión de la red de centros de Alta Resolución de Aragón:

- Hospital de Alta Resolución del Pirineo (Jaca).
- Centro Sanitario de Alta Resolución Cinco Villas (Ejea de los Caballeros)
- Centro Sanitario de Alta Resolución Moncayo (Tarazona).
- Centro Sanitario de Alta Resolución Bajo Cinca - Baix Cinca (Fraga).

Las entidades que integran el Consorcio son: Departamento de Salud y Consumo del Gobierno de Aragón, Mutua de Accidentes de Zaragoza, Ayuntamiento de Ejea de los Caballeros, Ayuntamiento de Fraga, Ayuntamiento de Jaca, Ayuntamiento de Tarazona

En el desarrollo de las acciones sobre protección de la salud, la actuación del Consorcio se inspira en los principios rectores contemplados en el artículo 2 de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón.

La consecución de su objeto, así como el desarrollo de las funciones de gestión y administración de centros, servicios y establecimientos, actuaciones, programas institucionales y demás prestaciones del Sistema de Salud de Aragón, que se le encomienden, podrá llevarse a cabo por el Consorcio, además de manera directa, por sus propios medios, de manera indirecta, en los términos previstos en la Ley de Salud de Aragón.

En cuanto a la estructura del Consorcio Aragonés Sanitario de Alta Resolución, se compone de un Consejo Rector, un Presidente, un Vicepresidente, además de los vocales designados por las entidades que integran el Consorcio.

La estructura de gestión se compone de un Gerente, un Director Asistencial y un Director de Gestión, cuatro responsables por áreas geográficas y un responsable de sistemas.

2.2.3. Consorcio Hospitalario de Jaca

2.2.4. Entidad Pública Aragonesa del Banco de Sangre y Tejidos

La Ley 3/2005, de 12 de mayo, de creación de la Entidad Pública Aragonesa del Banco de Sangre y Tejidos, constituye el Banco de Sangre y Tejidos, quedando adscrito al Departamento responsable de salud de la Comunidad de Aragón.

La Entidad pública aragonesa del Banco de Sangre y Tejidos tiene la naturaleza de Entidad de Derecho público, de acuerdo con lo previsto en el Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, gozando de personalidad jurídica, patrimonio propio y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines.

Se regirá por la propia Ley 3/2005, por lo previsto en el título VI del Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, por sus estatutos, propuestos por el Consejo de Dirección y aprobados por el Gobierno de Aragón, y por las demás leyes y disposiciones que le sean aplicables.

En sus relaciones externas, contratación y tráfico patrimonial y mercantil, la entidad ajustará su actividad al Derecho privado que le sea aplicable, sin perjuicio de las excepciones que puedan derivarse de lo establecido en la Ley 3/2005.

En las relaciones internas de la entidad con la Administración autonómica a la que está adscrita, será aplicado el Derecho Administrativo.

En cuanto a sus funciones específicas, será de aplicación la normativa básica del Estado y la dictada por la Comunidad Autónoma de Aragón en desarrollo de la misma. Así, la Entidad Pública Aragonesa del Banco de Sangre y Tejidos es el organismo encargado de llevar a cabo las actuaciones que correspondan al Sistema de Salud de Aragón en lo relativo a hemodonación, procesamiento, preservación, almacenamiento, conservación y distribución de los componentes sanguíneos y tejidos humanos, así como a la coordinación de la Red Transfusional de Aragón. Tendrá las condiciones de Centro Comunitario de Transfusión y de Banco de Tejidos Humanos de la Comunidad Autónoma de Aragón.

La Red Transfusional de Aragón estará integrada por el conjunto de Centros de Transfusión Sanguínea y Servicios de Transfusión Sanguínea, públicos y privados, ubicados en la Comunidad Autónoma de Aragón.

En el art. 6 de la Ley 3/2005, se especifican las funciones que para el desarrollo y cumplimiento de sus fines ya expuestos, tiene asignadas el Banco de Sangre y Tejidos de Aragón.

La estructura del Banco de Sangre y Tejidos, es la siguiente:

- Órganos rectores: El Consejo de Dirección, el Presidente del Consejo de Dirección, el Director Gerente.
- Consejo Asesor con funciones de carácter consultivo y de asesoramiento
- Dirección técnica a cuyo frente estarán un médico especialista en hematología y hemoterapia, con probada experiencia en transfusión sanguínea, y un profesional cualificado con experiencia y conocimientos suficientes sobre tratamiento, control y conservación de tejidos.

2.3. Instituto Aragonés de Ciencias de la Salud

Mediante el art. 64 de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón se crea el Instituto Aragonés de Ciencias de la Salud como Entidad de Derecho Público adscrita al Departamento responsable de Salud y dotada de personalidad jurídica y patrimonio

propio, y plena capacidad para el cumplimiento de los fines de colaboración en el desarrollo de los servicios del Sistema de Salud de Aragón, mediante la formación de los recursos humanos, el fomento de la investigación, la asesoría y cooperación y el aumento del conocimiento sobre la salud de la población y sus determinantes.

Se rige por lo dispuesto en la Ley de Salud de Aragón, por la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y demás disposiciones aplicables. En las relaciones externas, contratación y tráfico patrimonial y mercantil ajustará su actividad al ordenamiento jurídico privado, con las excepciones legalmente previstas.

2.4. Colaboración con la iniciativa privada

El Sistema de Salud de Aragón podrá establecer conciertos o convenios de vinculación para la prestación de servicios sanitarios a través de medios ajenos al mismo, teniendo siempre en cuenta el principio de subsidiariedad. Para ello, las organizaciones sanitarias privadas deberán realizar, en todo caso, las siguientes actuaciones: Armonización de los sistemas de información, colaboración con las actividades de salud pública, colaboración con las iniciativas de calidad total, colaboración con los programas de formación e investigación (Art. 57 Ley 6/2002).

Cuando las necesidades asistenciales lo justifiquen y las disponibilidades presupuestarias lo permitan, los hospitales generales del sector privado que lo soliciten podrán ser vinculados al Servicio Aragonés de Salud, de acuerdo con un protocolo definido, tras ser debidamente acreditados y siempre que por sus características técnicas sean homologables. El sector privado vinculado mantendrá la titularidad de los centros y establecimientos dependientes del mismo, así como la de las relaciones laborales del personal que en ellos presten sus servicios.

La vinculación a la red pública de los hospitales del sector privado se realizará mediante convenios singulares, en los que se concretarán los derechos y obligaciones de las partes, las condiciones de prestación del servicio y régimen de contraprestaciones, de acuerdo con lo que establezcan las normas que se dicten para el desarrollo de esta Ley.

El hospital vinculado prestará la atención sanitaria a los beneficiarios del sistema sanitario en condiciones de igualdad, sin que esta atención pueda suponer coste alguno para dichos usuarios.

El cobro de cualquier cantidad a los enfermos, en concepto de atenciones no sanitarias, sólo podrá ser establecido si, previamente, es autorizado por la Administración sanitaria correspondiente.

El incumplimiento de las obligaciones contraídas podrá suponer la denuncia del convenio, que se realizará según lo estipulado en el mismo y en la normativa de desarrollo de la presente Ley.

Los hospitales vinculados estarán sometidos a las mismas inspecciones y controles sanitarios, administrativos y económicos que los hospitales públicos, aplicando criterios homogéneos y previamente reglados.

El Servicio Aragonés de Salud, en el ámbito de sus competencias, podrá establecer conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos al mismo, teniendo en cuenta, con carácter previo, la utilización óptima de sus recursos sanitarios propios. En igualdad de condiciones de calidad, eficiencia y eficacia, se dará prioridad para el establecimiento de conciertos a los centros, servicios y establecimientos sanitarios de los que sean titulares entidades que tengan carácter no lucrativo.

La Administración sanitaria de la Comunidad Autónoma fijará los requisitos y las condiciones mínimas, básicas y comunes, aplicables a estos conciertos, así como sus condiciones económicas, atendiendo a módulos de costes efectivos, revisables periódicamente.

Únicamente podrán celebrar estos conciertos los centros, servicios y establecimientos sanitarios homologados previamente por la Administración sanitaria de la Comunidad Autónoma, debiendo asegurarse que la atención sanitaria que se preste a los usuarios afectados por el concierto se realice en un plano de igualdad.

Los conciertos deberán establecerse con una duración temporal no superior a cuatro años. Al terminar dicho período, el Servicio Aragonés de Salud podrá establecer un nuevo concierto.

El régimen de conciertos será incompatible con la concesión de subvenciones económicas para la financiación de las actividades o servicios que hayan sido objeto de concierto, salvo que se trate de la realización de actividades sanitarias calificadas de alto interés social.

Ley 9/1998, de 22 de diciembre, de Cooperativas de Aragón, en su Título II, regula las clases de Cooperativas en ésta Comunidad Autónoma, entre las que están las cooperativas de servicios (art. 78) y las cooperativas de seguros.

Las cooperativas de seguros, son las que tienen por objeto el ejercicio de la actividad aseguradora en cualquiera de las ramas admitidas en derecho. Se regularán por lo dispuesto en su legislación específica y, supletoriamente, por lo establecido en esta Ley 9/1998. Incluyen las cooperativas sanitarias que son aquellas cooperativas de seguros cuyo objeto es asegurar los riesgos relativos a la salud de sus socios o asegurados y de los beneficiarios de éstos (art. 88).

3. ASTURIAS

3.1. Sistema Sanitario del Principado de Asturias

Ley 1/1992, de 2 de julio, del Servicio de Salud del Principado de Asturias, establece el Sistema Sanitario del Principado de Asturias

3.1.1. Ordenación de los servicios sanitarios

El Sistema Sanitario de la Comunidad Autónoma se ordena en demarcaciones territoriales denominadas Áreas de Salud que constituyen, a su vez, las unidades

funcionales y de gestión fundamentales del Servicio de Salud del Principado de Asturias. Se establecen en el Principado, ocho Áreas.

Las Áreas de Salud contarán con una dotación de recursos sanitarios de Atención primaria, de Atención especializada y de salud pública suficientes y adecuados para atender las necesidades de la población comprendida dentro de su respectivo territorio, sin perjuicio de la existencia de Centros, servicios y establecimientos sanitarios públicos o de utilización pública que, en razón a su alto nivel de especialización, tenga asignado un ámbito de influencia en dos o mas áreas.

Las Áreas de Salud se estructuran en órganos descentralizados para la gestión del sistema sanitario público, responsabilizándose de la organización y dirección de los Centros y establecimientos del Servicio de Salud en su ámbito territorial, así como de la administración de las prestaciones y programas sanitarios a desarrollar por ellos.

En cuanto a la organización, las áreas de salud se estructurarán en los siguientes órganos: De dirección (el Consejo de Dirección del Área de salud); de gestión (el Gerente del Área de salud), de participación (El Consejo de Salud del Área)

Las zonas básicas de salud constituyen las demarcaciones territoriales dentro de las cuales desarrollará su actividad el equipo de atención primaria, garantizando la accesibilidad de la totalidad de la población a los servicios sanitario.

Para la mejor prestación y mayor rendimiento de los servicios asistenciales, reglamentariamente podrán agruparse dos o más zonas de salud en el ámbito territorial de su misma Área sanitaria. Tales agrupaciones tendrán únicamente carácter funcional.

Los Centros de Salud son los espacios físicos que albergan dispositivos asistenciales correspondientes a la zona de salud y desde los cuales desarrollan sus actividades de carácter integral los equipos de atención primaria, sirviendo, asimismo, como lugar de encuentro entre la Comunidad y los profesionales sanitarios.

3.1.2. Participación ciudadana

Se establece en los siguientes niveles:

- Administración Sanitaria de la Comunidad Autónoma: Como órgano de participación comunitaria existirá el Consejo de Salud del Principado de Asturias.
- Área de salud: El Consejo de Salud del Área constituye el órgano de participación comunitaria en ese ámbito.
- Zona básica de salud: Se establece El Consejo de Salud de zona, como órgano de participación comunitaria.

3.2. Régimen jurídico de los órganos, organismos y entidades públicas con competencias en gestión directa y prestación de servicios sanitarios

Es la Ley 1/1992, de 2 de julio, del Servicio de Salud del Principado de Asturias, la clave para este análisis.

3.2.1. Servicio de Salud del Principado de Asturias

El Servicio de Salud del Principado de Asturias es el único organismo gestor de la asistencia sanitaria de esta Comunidad Autónoma. Se crea por Ley 1/1992, de 2 de julio, del Servicio de Salud del Principado de Asturias y tiene por objeto la realización de las actividades sanitarias y la gestión de los servicios sanitarios propios de la Administración del Principado de Asturias y los que le puedan ser adscritos y transferidos, con la finalidad de proteger y mejorar el nivel de salud de la población, en todo caso, según los principios informadores de las actuaciones sanitarias del Principado de Asturias. No se define por tanto, en esta Comunidad Autónoma el Sistema Sanitario Público. El Servicio de Salud del Principado de Asturias es un Ente de Derecho público dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, adscrito a la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales, que se rige por los preceptos de la Ley 1/1992 y sus disposiciones complementarias de desarrollo. Las relaciones jurídicas externas del Servicio de Salud del Principado de Asturias estarán sujetas, con carácter general, al Derecho privado.

El Servicio de Salud del Principado de Asturias estará configurado por los siguientes centros, servicios y establecimientos de atención sanitaria: los propios de la Administración del Principado de Asturias y los que le puedan ser adscritos en el futuro y por los transferidos de la Seguridad Social al Principado de Asturias.

La gestión y administración de los Centros, servicios y establecimientos referidos e anteriormente, podrá ser realizada directamente por el Servicio de Salud del Principado de Asturias o mediante el establecimiento de acuerdos, convenios, conciertos o fórmulas de gestión integrada o compartida con Entidades públicas; mediante la formación de consorcios de naturaleza pública con Entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro, que podrán dotarse de organismos instrumentales, si procede, y mediante la creación o participación en cualesquiera otras Entidades admitidas en Derecho, cuando así convenga a la gestión y ejecución de los servicios o las actuaciones. Únicamente en casos excepcionales plenamente justificados y previa comunicación a la Comisión de Acción Social y Asistencial de la Junta General del Principado, la gestión y administración de los Centros y servicios a que se referidos podrá ser realizada mediante el establecimiento de acuerdos, convenios, conciertos o fórmulas de gestión integrada o compartida con Entidades privadas (Art. 4, apartados 3 y 4 Ley 1/1992).

En el ejercicio de sus funciones de gestión, el Servicio de Salud del Principado de Asturias y los organismos dotados de personalidad jurídica que de él dependan gozarán de la reserva de nombres y de los beneficios, exenciones y franquicias de cualquier naturaleza que la legislación atribuye a la Administración del Principado de Asturias y a las Entidades gestoras de la Seguridad Social.

Estructura y órganos centrales

El Decreto 172/2011, de 19 de agosto, que desarrolla la Ley 1/1992, establece la estructura orgánica del Servicio de Salud del Principado de Asturias. Se estructura en los siguientes órganos centrales:

- De dirección y gestión: El Consejo de Administración y el Director Gerente
- De participación: El Consejo de Salud del Principado de Asturias.

El Consejo de Salud del Principado de Asturias es el órgano de participación comunitaria en la administración sanitaria de la Comunidad Autónoma de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Principado de Asturias 1/1992, de 2 de julio, del Servicio de Salud del Principado de Asturias, y normativa de desarrollo. En cuanto a su estructura, se compone de un Presidente, el Consejero de Sanidad y Servicios Sociales, un Vicepresidente, el Director Regional de Salud Pública, Secretario y los vocales.

Son funciones del Consejo de Salud del Principado de Asturias, entre otras, asesorar y formular propuestas al Consejo de Administración del Servicio de Salud del Principado de Asturias en todos los asuntos relacionados con la atención sanitaria y la protección de la salud y velar por que las actuaciones de todos los servicios, centros y establecimientos sanitarios que satisfagan necesidades del sistema sanitario público se acomoden a la normativa sanitaria y se desarrollen de acuerdo con las necesidades sociales y las posibilidades económicas del sector público.

En otros ámbitos territoriales, como se verá más adelante, existirán los Consejos de Salud de Área y los Consejos de Salud de Zona, como órganos de participación.

Estará sometida al Derecho público la actuación de los órganos centrales de dirección y gestión del Servicio de Salud. Los actos administrativos de los órganos del Servicio de Salud del Principado de Asturias podrán ser recurridos en alzada ante el Consejero de Sanidad y Servicios Sociales, cuyas resoluciones agotarán la vía administrativa.

Las reclamaciones previas a la vía jurisdiccional civil serán resueltas por el Consejo de Administración del Servicio de Salud. Los actos del Servicio de Salud relativos a los servicios y prestaciones sanitarios de la Seguridad Social serán impugnables en los mismos supuestos y con los mismos requisitos que la legislación general establece en relación a las Entidades gestoras de la Seguridad Social

Funciones

Para la consecución de sus objetivos, el Servicio de Salud del Principado de Asturias realizará las siguientes funciones: Promoción y educación para la salud, Atención primaria integral de la salud, Atención especializada en sus distintas modalidades, Rehabilitación y reinserción, desarrollo de los programas de atención a los grupos de población de mayor riesgo y programas específicos de protección frente a factores de riesgo, así como los dirigidos a la prevención de las deficiencias congénitas y adquiridas así como actividades de salud pública.

Ordenación territorial y funcional sanitaria

Aunque no se define el sistema sanitario de la Comunidad Autónoma, el art. 19 de la Ley 1/1992 especifica, que este se ordena en demarcaciones territoriales denominadas Áreas de salud que constituyen, a su vez, las unidades funcionales y de gestión fundamentales del Servicio de Salud del Principado de Asturias. Se establecen ocho áreas de salud.

Las áreas de salud contarán con una dotación de recursos sanitarios de atención primaria, de atención especializada y de salud pública suficientes y adecuados para atender las necesidades de la población comprendida dentro de su respectivo territorio, sin perjuicio de la existencia de centros, servicios y establecimientos sanitarios públicos o de utilización pública que, en razón a su alto nivel de especialización, tengan asignado un ámbito de influencia en dos o más áreas.

3.3. Sociedad de Gestión de Infraestructuras Sanitarias del Principado de Asturias S.A.

Es una sociedad mercantil autonómica.

3.4. Colaboración con la iniciativa privada

Los Centros hospitalarios y no hospitalarios del sector privado podrán vincularse a la red de utilización pública, mediante concierto, convenio u otras fórmulas de gestión integrada o compartida con el Servicio de Salud del Principado de Asturias (arts. 31 a 34 Ley 1/1992).

La incorporación o adscripción a la red de utilización pública conlleva el desarrollo, además de tareas estrictamente asistenciales, de funciones de promoción de la salud y educación sanitaria de la población, medicina preventiva, investigación clínica y epidemiológica, y docencia, de acuerdo con los programas del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

Los Centros hospitalarios privados que pertenezcan a instituciones o fundaciones sin ánimo de lucro podrán ser, además, vinculados a la red hospitalaria pública mediante la formalización de un convenio singular.

Las instituciones o fundaciones titulares de Centros vinculados al Servicio de Salud del Principado de Asturias mantendrán la plena titularidad de los Centros y establecimientos dependientes de las mismas, así como la de las relaciones laborales de su personal, sin perjuicio de que pueda colaborar, en la forma que reglamentariamente se determine, en tales instituciones personal sanitario dependiente del Servicio de Salud.

Para la celebración de conciertos con el Servicio de Salud del Principado de Asturias, las Entidades e Instituciones deberán reunir necesariamente los siguientes requisitos: Haber obtenido el certificado de acreditación del Centro o servicio objeto de concertación, adecuar sus contabilidades a las normas de planificación contable específicas vigentes en cada momento, cumplir la normativa vigente en materia fiscal, laboral y de Seguridad Social y adecuarse a cuantas disposiciones y ordenanzas afecten a las actividades objeto de concierto.

Los conciertos deberán recoger necesariamente los siguientes aspectos: Los servicios, recursos y prestaciones objeto del concierto, señalándose los objetivos cuantificados que se pretenden alcanzar, la duración, causas de finalización y sistema de renovación del concierto, la periodicidad del abono de las aportaciones económicas, el régimen de acceso de los usuarios con derecho a la asistencia sanitaria pública, quedando asegurada la asistencia en condiciones de gratuidad, el régimen de inspección de los Centros y servicios objeto de concierto, quedando obligados la Entidad, Centro y servicios concertados a los controles a inspecciones periódicas y esporádicas que convengan para verificar el cumplimiento de las normas de carácter sanitario, administrativo, económico-contable y de estructura, que sean de aplicación, el sistema de evaluación técnica y administrativa, los plazos de presentación de una Memoria anual de actividades y de una Memoria justificativa de la ejecución del presupuesto por el Centro o servicio concertado y de la adecuación de los costes de los servicios prestados, las formalidades a adoptar por las partes suscribientes del concierto antes de su denuncia o rescisión, la previsión del coste de los servicios a concertar, realizados en colaboración con el Servicio de Salud del Principado de Asturias.

Por otra parte, la Ley del Principado de Asturias 4/2010, de 29 de junio, de Cooperativas, en su art. 177 establece que son cooperativas sanitarias las que desarrollan su actividad en el área de la salud, pudiendo estar constituidas por los prestadores de la asistencia sanitaria, por los destinatarios de la misma o por unos y otros. Podrán realizar también actividades complementarias y conexas incluso de tipo preventivo, general o para grupos o colectivos determinados.

A las cooperativas sanitarias les serán de aplicación las normas establecidas en Ley 4/2010 para las de trabajo asociado o para las de servicios, según proceda, cuando los socios sean profesionales de la medicina; cuando los socios sean los destinatarios de la asistencia sanitaria se aplicarán a la sociedad las normas sobre cooperativas de consumidores y usuarios; cuando se den las condiciones previstas en el art. 185 de la Ley 4/2010 se aplicará la normativa sobre cooperativas integrales.

Cuando una cooperativa de segundo grado integre al menos una cooperativa sanitaria, aquélla podrá incluir en su denominación el término *Sanitaria*.

4. CANARIAS

4.1. Sistema Canario de Salud

Se establece en la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

4.1.1. Órganos de dirección y participación

El Órgano de Dirección del Sistema Canario de la Salud es la Consejería competente en materia de sanidad. El Consejero competente en materia de sanidad es el miembro del Gobierno a quien corresponde la dirección de la política de salud y el control de su ejecución. Ejerce, bajo la superior dirección del Gobierno de Canarias, las competencias que le atribuyen la presente Ley 11/1994 y las disposiciones dictadas en su desarrollo.

La Participación comunitaria se estructura en los siguientes niveles:

- Órgano superior de participación comunitaria: Consejo Canario de la Salud
- Consejo de Salud de Área es el órgano colegiado de participación comunitaria para la consulta y el seguimiento de la gestión de la prestación sanitaria y de los servicios, centros y establecimientos del Servicio en el Área de Salud.
- Consejo de Salud de Zona Básica es el órgano de asesoramiento, consulta y participación comunitaria en la gestión de la Zona Básica de Salud.
- Comisión de Participación Hospitalaria.

4.2. Régimen jurídico de los órganos, organismos y entidades públicas con competencias en gestión directa y prestación de servicios sanitarios

Es la Ley 11/1994, de 26 de julio, de ordenación sanitaria de Canarias, la que establece el marco en el que se desarrolla la gestión de la asistencia sanitaria.

4.2.1. Servicio Canario de Salud

El Título III de la Ley 11/1994 crea y regula el Servicio Canario de la Salud, para la ejecución de la política sanitaria de la Comunidad Autónoma de Canarias y de la gestión de las prestaciones y centros, servicios y establecimientos de la Comunidad Autónoma encargados de las actividades de salud pública y asistencia sanitaria.

En cuanto a su naturaleza jurídica, el Servicio Canario de Salud es un Organismo autónomo de carácter administrativo, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines. Queda adscrito a la Consejería competente en materia de Sanidad que ejercerá sobre el mismo las facultades de alta dirección, control y tutela.

En cuanto a la estructura, los órganos centrales de dirección y administración del Servicio Canario de la Salud son los siguientes:

- Órganos colegiados: El Consejo de Dirección.
- Órganos unipersonales: El Director y los Directores generales.

Los centros integrantes y adscritos funcionalmente al Servicio Canario de la Salud son los centros, servicios y establecimientos de promoción y protección de la salud, de prevención de la enfermedad y de atención sanitaria de las siguientes entidades públicas y privadas:

- Los de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, entre los que se incluyen, una vez verificada la transferencia correspondiente, los centros, servicios y establecimientos de promoción y protección de la salud y de atención sanitaria de la Seguridad Social y de la Administración Institucional de la Sanidad Nacional.
- Los de los Cabildos insulares y los Ayuntamientos, que se integren o adscriban funcionalmente.

- Los de las fundaciones benéfico-asistenciales vinculadas a las Administraciones públicas canarias y los de las entidades preferentemente sin ánimo de lucro, no incluidos en los epígrafes anteriores, adscritos funcionalmente al Servicio Canario de la Salud por virtud de un convenio, siempre que sea imprescindible para satisfacer las necesidades del Sistema Sanitario Público.

El Servicio Canario de la Salud, en el marco del Plan de Salud de Canarias, desarrolla funciones de ejecución de actuaciones y programas en materia de promoción y protección de la salud, prevención de la enfermedad, asistencia sanitaria y sociosanitaria y rehabilitación, así como de autoridad sanitaria, como la supervisión, control, inspección y evaluación de los servicios, centros y establecimientos sanitarios integrados, adscritos o concertados al Servicio y el registro y concesión de autorizaciones sanitarias. Es decir, además de ser un organismo gestor, ejerce funciones de autoridad sanitaria.

Además desarrolla las funciones de gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos, de promoción y protección de la salud, de prevención y atención sanitaria y sociosanitaria integrados y adscritos en el Servicio Canario de la Salud, regulando y potenciando su autonomía de gestión, así como la asistencia sanitaria de atención primaria, especializada y de urgencia.

Para la gestión y administración de centros, servicios y establecimientos sanitarios, el Servicio Canario de la Salud puede (Art. 51.2 Ley 11/1994):

- Proponer la creación de sociedades para su gestión directa.
- Establecer acuerdos, convenios, conciertos o fórmulas de gestión integrada o compartida con entidades públicas o privadas.
- Formar consorcios de naturaleza pública con entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro, con intereses comunes o concurrentes, que podrán dotarse de organismos instrumentales, si procede.
- Crear o participar en cualesquiera otras entidades admitidas en Derecho, cuando así convenga a la gestión y ejecución de los servicios o actuaciones.

La constitución de sociedades bajo su dependencia, la formación de consorcios y la creación por parte del Servicio Canario de la Salud de cualesquiera otras entidades admitidas en Derecho o su participación en las mismas deben ser autorizadas por el Gobierno de Canarias.

Organización territorial del Servicio Canario de Salud

El Servicio Canario de la Salud se organiza territorialmente en demarcaciones denominadas Áreas de Salud. Estas son órganos desconcentrados del Servicio Canario de Salud encargados, a través de sus órganos de gobierno, de asumir la responsabilidad de la financiación de las actuaciones sanitarias en su ámbito territorial.

Estructura de las Áreas de Salud.

Los órganos de gobierno de las Áreas de Salud son los siguientes: Órgano colegiado (Consejo de Dirección del Área) y Órgano unipersonal (Director del Área).

Como órgano colegiado de participación comunitaria está, el Consejo de Salud de Área.

Programas de gestión convenida

El Director del Área de Salud convendrá con los órganos de prestación de servicios sanitarios del Servicio Canario de la Salud radicados en el Área, el programa de gestión de los respectivos servicios.

Órganos de prestación de servicios sanitarios del Servicio Canario de Salud

La zona Básica de Salud es el órgano del Servicio Canario de la Salud integrado por todos los profesionales del equipo de atención primaria que prestan la atención primaria de acceso directo de la población en una demarcación territorial y poblacional elemental del Área de Salud.

Los órganos de gobierno y participación de la Zona Básica de Salud son los siguientes: Órgano de gobierno y administración (el Director de la Zona Básica de Salud); Órgano de participación (Consejo de la Salud).

Los establecimientos hospitalarios del Servicio Canario de la Salud son órganos del Servicio que prestan, al igual que los vinculados e incluidos en la Red Hospitalaria de Utilización Pública, la atención sanitaria especializada requerida por los problemas de salud de mayor complejidad de la población de su ámbito territorial, en régimen de internamiento, ambulatorio o domiciliario.

Los centros y establecimientos hospitalarios integrados y adscritos funcionalmente al Servicio Canario de la Salud constituyen la Red Hospitalaria de Utilización Pública. Esta es el instrumento funcional del Servicio Canario de la Salud creado para alcanzar una ordenación hospitalaria óptima, que permita la adecuada coordinación y complementariedad de los servicios, el acceso y disfrute por los ciudadanos de los servicios más adecuados para el diagnóstico y tratamiento de su proceso, la homogeneización de las prestaciones, así como la eficiente y eficaz distribución y utilización de los recursos económicos, humanos y materiales.

A fin de posibilitar una adecuada ordenación del dispositivo hospitalario público de atención al enfermo crónico, el Gobierno de Canarias podrá crear una Red de Hospitales para Crónicos

En virtud de concierto podrán incluirse en la Red los centros y establecimientos hospitalarios de entidades privadas.

Centros integrantes y adscritos funcionalmente al Servicio

Configuran el Servicio Canario de la Salud los centros, servicios y establecimientos de promoción y protección de la salud, de prevención de la enfermedad y de atención sanitaria de las siguientes entidades públicas y privadas: Los de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, entre los que se incluyen, una vez verificada la transferencia correspondiente, los centros, servicios y establecimientos de promoción y protección de la salud y de atención sanitaria de la

Seguridad Social y de la Administración Institucional de la Sanidad Nacional; los de los Cabildos insulares y los Ayuntamientos que se integren o adscriban funcionalmente, los de las fundaciones benéfico-asistenciales vinculadas a las Administraciones públicas canarias y los de las entidades preferentemente sin ánimo de lucro no incluidos anteriormente, adscritos funcionalmente al Servicio Canario de la Salud por virtud de un convenio, siempre que sea imprescindible para satisfacer las necesidades del Sistema Sanitario Público.

4.2.2. Gestión de Servicios para la Salud y Seguridad en Canarias

Es una Empresa pública (sociedad anónima unipersonal) del Gobierno de Canarias, adscrita a la Consejería de Economía, Hacienda y Seguridad y de la Consejería de Sanidad. El accionariado es, en su totalidad, del Gobierno de Canarias.

Tiene encomendada en su objeto social una amplia gama de actividades, como son las urgencias y el transporte sanitario, la coordinación de las emergencias, la formación para la salud y la seguridad pública o la gestión económica y la recaudación sanitaria.

4.2.3. Instituto Canario de Hemodonación y Hemoterapia

La Ley 11/1986, de 28 de mayo, crea el Instituto Canario de Hemodonación y Hemoterapia (ICHH), como Organismo autónomo de los previstos en la Ley de Hacienda de Canarias.

Posteriormente, la Orden Interdepartamental 2/1993, de 28 de mayo, de la Comisión Interdepartamental para la Reforma Administrativa, crea el Centro Canario de Transfusión y su correspondiente Red Transfusional, adscrito al Instituto Canario de Hemodonación y Hemoterapia, y aprueba el Reglamento Orgánico del mismo.

El ICHH se regirá, en cuanto a su organización y régimen jurídico, por lo dispuesto en la Ley 11/1986, de 11 de diciembre, por el Reglamento, y por las demás disposiciones generales que le sean de aplicación. En cuanto a sus fines específicos le será de aplicación la normativa básica del Estado en materia de sanidad y la dictada por la Comunidad Autónoma de Canarias en desarrollo de la misma. En el ejercicio de su actividad propia, que no tendrá ánimo de lucro, rigiéndose, en su actuación comercial, por las normas propias del derecho privado.

El ICHH goza de personalidad jurídica propia y distinta de la atribuida a la administración de la Comunidad Autónoma y queda adscrito a la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de Canarias.

El ICHH tendrá por objeto el ejercicio de las actividades atribuidas por el vigente Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión (Derogó al RD 1945/1986), es decir el establecimiento de las normas de calidad y de seguridad de la sangre humana y de los componentes sanguíneos, para garantizar un alto nivel de protección de la salud humana, así como la determinación al efecto de los requisitos y condiciones mínimas de la obtención,

preparación, conservación, distribución, suministro y utilización terapéutica de la sangre y sus componentes, y, asimismo, respecto a los locales, material, instrumental y personal de los centros y servicios de transfusión sanguínea.

En referencia a la estructura del ICHH, estará regido por el Consejo y por el Presidente del Instituto y además tiene la Comisión Técnica de Hemoterapia.

El Consejo es el órgano de participación, coordinación, supervisión y consulta del Instituto. El Presidente es el órgano representativo y ejecutivo del mismo que tiene a su cargo su dirección y gestión.

La Comisión Técnica de Hemoterapia es un órgano consultivo de carácter técnico, que presta asistencia y asesoramiento al Consejo, al Presidente y al Director Técnico del Centro Canario de Transfusión, en el ámbito de sus respectivas competencias. Sus informes tendrán la consideración de facultativos y no vinculantes.

El patrimonio del ICHH está constituido por los bienes y derechos que le pertenezcan,

Los presupuestos del ICHH serán aprobados por el Parlamento de Canarias, integrándose en los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma conforme a lo dispuesto en la ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma.

Los actos, contratos y negocios jurídicos que celebre el ICHH se regirán por las normas del derecho privado. Sin embargo, el ICHH podrá establecer convenio de colaboración con las administraciones públicas para el mejor cumplimiento de sus fines comunes.

El personal al servicio del ICHH se regirá por la legislación laboral. Además del personal laboral propio, podrá prestar servicios en el Instituto o en los bancos de sangre de su titularidad, el personal dependiente de la administración de la comunidad autónoma o de otras entidades, públicas o privadas, que sea adscrito al mismo con arreglo a su propia legislación.

El Centro Canario de Transfusión está adscrito al Instituto Canario de Hemodonación y Hemoterapia. Las funciones del Centro Canario de Transfusión quedan integradas en el Instituto Canario de Hemodonación y Hemoterapia y serán ejercidas por los órganos del mismo, en la forma que se establece en su reglamento orgánico.

El Centro Canario de Transfusión se configura como una unidad administrativa de la Presidencia del Instituto Canario de Hemodonación y Hemoterapia. Su categoría, estructura y funciones se determinarán en el reglamento de estructuración y regulación de las unidades administrativas del Instituto Canario de Hemodonación y Hemoterapia.

La Red Transfusional de Canarias, adscrita al Instituto Canario de Hemodonación y Hemoterapia, e integrada por todos los Bancos y Depósitos Hospitalarios de Sangre, públicos o privados, debidamente autorizados, radicados en Canarias. Se atribuyen al Instituto Canario de Hemodonación y Hemoterapia las funciones de coordinación de la Red Transfusional de Canarias, que ejercerá conforme a

los principios de solidaridad, colaboración, cooperación y complementariedad en la actuación de los Centros que la integran, y de acuerdo con los planes y programas que para ello se establezcan.

4.3. Gestión de Servicios para la Salud y Seguridad en Canarias, S.A.

Es una sociedad mercantil autonómica

4.4. Entidades en materia de investigación y docencia

4.4.1. Escuela de Servicios Socio Sanitarios de Canarias

Se crea mediante la Ley 1/1993, de 26 de marzo, como Entidad de Derecho Público de las previstas en el artículo 5.1.b) de la Ley Territorial 7/1984, de 11 de diciembre, de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, con personalidad jurídica propia y plena capacidad, autonomía orgánica y funcional para el cumplimiento de sus fines, y sujeta, en su actuación, al ordenamiento jurídico privado.

Su objeto es formar al personal para la gestión y administración de los servicios sanitarios y sociales, así como la promoción de la salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Añade el art. 112 de la Ley 11/1994, de ordenación sanitaria de Canarias dice que la Escuela de Servicios Socio Sanitarios de Canarias, será el instrumento del Servicio Canario de la Salud para la formación del personal sanitario y el desarrollo de programas de investigación sanitaria.

4.4.2. Fundación Canaria de Investigación y Salud

4.4.3. Fundación Canaria del Instituto Canario de Investigación del Cáncer

Es una institución creada al amparo de la Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones Canarias, que no persigue fin lucrativo alguno, de duración indefinida, constituida por un patrimonio que, por voluntad de sus fundadores, se encuentra destinado permanentemente al cumplimiento de los fines de interés general previstos en sus Estatutos y cuyos beneficiarios son las personas físicas y jurídicas a las que en ellos se hace referencia.

4.5. Colaboración con la iniciativa privada

En virtud de concierto, podrán incluirse en la Red Hospitalaria de Utilización Pública los centros y establecimientos hospitalarios de entidades privadas.

También, la inclusión en la Red se realizará mediante convenios singulares. El Consejero competente en materia de sanidad deberá resolver sobre la acreditación de los hospitales privados como paso previo para la celebración, en su caso, de los convenios singulares, y además, los centros y establecimientos hospitalarios de entidades privadas podrán incluirse en la Red siempre que por sus características técnicas sean homologables, cuando las necesidades asistenciales lo justifiquen y si las disponibilidades económicas del sector público lo permiten.

La inclusión en la Red Hospitalaria de Utilización Pública conlleva, sin perjuicio del mantenimiento de la titularidad y gestión por las entidades y organismos que la tienen, así como de la titularidad de las relaciones laborales del personal que en ellos preste sus servicios, el sometimiento a las normas de gestión, acreditación y clasificación de los centros y establecimientos hospitalarios, así como a los planes,

programas, directrices y criterios de actuación y a la supervisión, inspección y control que proceda para verificar el cumplimiento de las normas que le sean aplicables y los planes, programas, directrices y criterios de actuación que le sean vinculantes.

El Servicio Canario de la Salud, sólo con carácter excepcional y por un tiempo limitado, podrá establecer convenios con los servicios y centros hospitalarios que no pertenezcan a la red para la atención de enfermos agudos de cobertura pública, en aquellos supuestos en que los hospitales de la Red no sean suficientes. En todo caso, los hospitales deberán estar previamente homologados de acuerdo con las bases aprobadas por el Gobierno de Canarias.

Se establece, una prohibición en relación con la Ley de incompatibilidades. No podrán ser ni adscritos al Servicio Canario de la Salud ni concertados los hospitales y establecimientos del sector privado cuando en algunos de sus propietarios o en alguno de sus trabajadores concurren las circunstancias que sobre incompatibilidad del sector público y el privado establece la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas (art. 100 Ley 11/1994 de Canarias).

5. CANTABRIA

5.1. Sistema Sanitario Público de Cantabria

Se establece en la Ley de Cantabria 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria.

5.1.1. Organización del Sistema Sanitario Público de Cantabria

El Sistema Sanitario Público de Cantabria se organiza en demarcaciones territoriales denominadas Áreas de Salud, que constituyen el marco de planificación y desarrollo de las actuaciones sanitarias, y tienen como misión fundamental asegurar la accesibilidad y la continuidad de la atención en los distintos niveles de atención sanitaria.

Para la realización de programas y proyectos asistenciales, de investigación, docentes y de gestión que mejoren la calidad de los servicios ofertados a los ciudadanos y el desarrollo curricular de los profesionales, las Áreas de Salud no tendrán carácter limitativo de la prestación de servicios ni de la movilidad de los usuarios en el conjunto del Sistema Sanitario Público, todo ello sin menoscabo de los derechos que legalmente asistan a los profesionales del Sistema Sanitario Público de Cantabria.

Cada Área de Salud contará con un Consejo de Salud como órgano de participación y reglamentariamente se determinarán los órganos de dirección y gestión.

Cada Área se divide territorialmente en Zonas Básicas de Salud; éstas son el marco territorial elemental para la prestación de la atención primaria de salud y de acceso directo de la población a la asistencia sanitaria de manera continuada, integral y permanente.

La asistencia sanitaria se prestará de manera integrada a través de programas orientados a la prevención de las enfermedades, a su detección temprana y a su curación, a la rehabilitación, a la educación sanitaria y a la promoción de estilos de vida saludables. Para la realización de este cometido, la asistencia se organizará, con carácter

general, en los siguientes niveles de atención que, en todo caso, actuarán de manera coordinada: Atención primaria y Atención especializada.

El hospital, junto a sus correspondientes centros de especialidades, constituye la estructura sanitaria responsable de la atención especializada, programada o urgente, de la población de su ámbito territorial, en régimen de ingreso, ambulatorio y domiciliario.

La Consejería competente en materia de sanidad, en el marco de la Ley 7/2002, podrá autorizar o acordar el establecimiento de otras estructuras de acuerdo con criterios de gestión o funcionales, para la prestación de servicios de atención primaria o especializada, atendiendo a razones de eficacia, nivel de especialización de los centros e innovación tecnológica.

5.1.2. Participación de los ciudadanos en el Sistema Sanitario de Salud

De acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del art. 9 y en el apartado 1 del art. 129 de la Constitución Española y en los artículos 5 y 53 de la Ley General de Sanidad, los ciudadanos de la Comunidad Autónoma de Cantabria tendrán derecho a participar en la política sanitaria y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar en general.

La participación ciudadana se establece en dos niveles:

- El Consejo Asesor de Salud, regulado en la presente Ley y en el Estatuto del Servicio Cántabro de Salud, aprobado por la disposición adicional primera de la Ley de Cantabria 10/2001, de 28 de diciembre, de creación del Servicio Cántabro de Salud, es el órgano superior de carácter consultivo y de participación dentro del Sistema Sanitario Público de Cantabria.
- Los Consejos de Salud de Área

5.2. Régimen jurídico de los órganos, organismos y entidades públicas con competencias en gestión directa y prestación de servicios sanitarios

Las leyes de la Comunidad Autónoma de Cantabria, que regulan esta materia son la Ley 10/2001, de 28 de diciembre, de Creación del Servicio Cántabro de Salud y Ley de Cantabria 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria.

5.2.1. Servicio Cántabro de Salud

Este Organismo gestor de la asistencia sanitaria, se crea por la Ley 10/2001, de 28 de diciembre, de Creación del Servicio Cántabro de Salud.

El Servicio Cántabro de Salud es un Organismo público con el carácter de Organismo autónomo, con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, dotado de tesorería y patrimonio propios, así como de autonomía de gestión, cuya función es ejercer las competencias de la Comunidad Autónoma de Cantabria en materia de gestión de la asistencia sanitaria.

Tiene como fines generales, la provisión de servicios de asistencia sanitaria y la gestión de centros, servicios y establecimientos sanitarios de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Para el cumplimiento de sus fines y funciones corresponderán al Servicio Cántabro de Salud las potestades administrativas previstas en su Estatuto.

El Servicio Cántabro de Salud se adscribe a la Consejería de Sanidad del Gobierno de Cantabria, a la cual corresponderá su dirección estratégica, la evaluación y el control de los resultados de su actividad.

En cuanto al régimen jurídico, la dispos. adic. sexta de la Ley 6/2002, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria dispone que al Servicio Cántabro de Salud le serán aplicables las previsiones de esa Ley, salvo lo referente al régimen de personal, económico-financiero, patrimonial, presupuestario y contable, así como el relativo a la impugnación y revisión de sus actos y resoluciones, que será el establecido por la legislación específica (Ley 10/2001, de 28 de diciembre, de Creación del Servicio Cántabro de Salud y Ley de Cantabria 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria), por las leyes anuales de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria en las materias que sean de aplicación, y supletoriamente por esa Ley. El Servicio Cántabro de Salud se regirá, además, por su propio estatuto (Anexo a la Ley 10/2001).

Respecto de su área competencial, el Servicio Cántabro de Salud ajustará su actividad a lo dispuesto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en la restante normativa básica estatal, y en la normativa sanitaria autonómica, extendiendo su actuación a todo el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria, con sometimiento a las directrices de la Consejería de Sanidad, Consumo y Servicios Sociales.

La organización del Servicio Cántabro de Salud contará con órganos de dirección, de gestión y de participación.

Son órganos de dirección el Consejo de Dirección, el Director Gerente y los Subdirectores. Son órganos de gestión las restantes unidades que dependerán orgánica y funcionalmente de alguno de los anteriores. Es órgano de participación, el Consejo Asesor de Salud.

Son Órganos periféricos del Servicio Cántabro de Salud: La Gerencia de Atención Primaria, la Gerencia de Atención Especializada del Área I: Hospital Universitario “Marqués de Valdecilla”, la Gerencia de Atención Especializada del Área II: Hospital Comarcal de Laredo y la Gerencia de Atención Especializada Áreas III y IV: Hospital Comarcal Sierrallana (Art. 1 Decreto 3/2012).

Esta entidad gestora, para el desarrollo y cumplimiento de sus fines generales, tiene asignadas las siguientes funciones específicas:

- El desarrollo de todas las áreas que configuran el concepto integral de salud, gestionando la sanidad en todas ellas: información y educación sanitaria, promoción de la salud, prevención de la enfermedad, asistencia sanitaria, rehabilitación y reinserción social.

- La gestión y administración de los centros y de los servicios sanitarios adscritos al mismo, y que operen bajo su dependencia orgánica y funcional.
- La prestación de asistencia sanitaria en centros y servicios sanitarios, en el ámbito primario y especializado.
- La ejecución y desarrollo de los programas de docencia e investigación que le sean encomendados por la Consejería de Sanidad, Consumo y Servicios Sociales, dentro de su competencia, o que sean necesarios para sus fines.
- La gestión de las prestaciones farmacéuticas y complementarias.
- La gestión de los recursos humanos, materiales y financieros que le estén asignados para el desarrollo de las funciones encomendadas.

Para mejor cumplimiento de las funciones previstas en su Estatuto, el Servicio Cántabro de Salud podrá celebrar convenios de colaboración con Administraciones y entidades públicas o privadas.

En relación al régimen de personal, hay que considerar la Ley de Cantabria 9/2010, de 23 de diciembre, de personal estatutario de Instituciones Sanitarias de la Comunidad Autónoma de Cantabria, que tiene por objeto regular la relación funcional especial del personal estatutario de instituciones sanitarias en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria, en el marco de la legislación básica estatal. Esa Ley, es aplicable al personal estatutario que desempeña sus funciones en los centros e instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud. En lo no previsto en ella o en las normas, pactos y acuerdos que la desarrollen o complementen, serán aplicables al personal estatutario las disposiciones y principios generales sobre función pública de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria. También será aplicable al personal con relación laboral o funcional que preste servicios en centros e instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud, en todo aquello que no se oponga a su normativa específica de aplicación.

Corresponde al Consejero competente en materia de sanidad la aprobación, modificación y supresión de las plantillas orgánicas de las instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud (Disp. Adic. Undécima Ley 7/2002).

Los contratos celebrados por el Servicio Cántabro de Salud se regirán por lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por las demás normas básicas del Estado vigentes en cada momento, y, en lo que no se oponga a la Ley 10/2001 o su Estatuto, por las disposiciones en materia de contratación de la Ley de Cantabria 6/2002.

5.2.2. Otras entidades de gestión

Ley de Cantabria 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria, en su dispos. adic. cuarta, se refiere a las nuevas formas de gestión del Sistema Sanitario Público de Cantabria. De conformidad con lo previsto en la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre Habilitación de Nuevas Formas de Gestión del Sistema Nacional de Salud, en el ámbito del Sistema Sanitario Público de Cantabria, y preservando en todo caso su condición de servicio público, la gestión y administración

de los centros, servicios y establecimientos de naturaleza sanitaria podrá llevarse a cabo directa o indirectamente a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho. A tal efecto, el Gobierno de Cantabria podrá crear tales entidades, en el ámbito de sus competencias, y en el marco establecido por la normativa estatal. Las entidades que se creen para la gestión del Sistema Sanitario Público de Cantabria serán presididas por el Consejero competente en materia de sanidad. Los vocales y el secretario de sus órganos de gobierno serán designados por el Consejo de Gobierno a propuesta del Consejero competente en materia de sanidad.

5.2.2.1. Fundación Marqués de Valdecilla

La Fundación Marqués de Valdecilla es una institución histórica de la Comunidad Autónoma de Cantabria, nacida en 1928 y que tiene su regulación legal en sus propios estatutos, aprobados por Decreto 9/1998, de la Diputación Regional de Cantabria y en el Título IX de la Ley 7/2002, de Ordenación Sanitaria de Cantabria. Los Estatutos se han adaptado a ésta Ley.

El Gobierno de Cantabria, a través de la Consejería competente en materia de sanidad, tendrá, respecto a la Fundación, las facultades de tutela previstas en sus estatutos.

La Fundación Marqués de Valdecilla es una entidad de derecho privado perteneciente al sector público fundacional con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, cuyo objeto es la realización de actividades de promoción y prestación de servicios sanitarios y sociosanitarios, la gestión directa e indirecta de recursos y centros sanitarios, sociales y sociosanitarios y la promoción de la salud individual y colectiva de la comunidad cántabra en cualesquiera de sus vertientes, así como la realización de otras actividades que puedan coadyuvar a la consecución del objeto fundacional, sin perjuicio de las competencias de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria y del respeto de los fines históricos para los que fue creada.

La Fundación perseguirá además, los fines siguientes: el fomento y desarrollo de actividades culturales de carácter biomédico y social, la elaboración y difusión, en colaboración con la Consejería competente en materia de sanidad, de programas y estudios de contenido y alcance sanitario, social y sociosanitario y la colaboración en materia de protección de menores y la tutela de personas incapacitadas.

Se responsabiliza también de la gestión del órgano de apoyo científico técnico a las actuaciones en materia de investigación y docencia en el Sistema Sanitario Público de Cantabria y del órgano de apoyo técnico a las actuaciones en materia de hemodonación y de procesamiento, preservación, almacenamiento, conservación, distribución y transporte de los tejidos humanos en el Sistema Sanitario Público de Cantabria.

La Fundación se estructura en los siguientes órganos (Art. 98 Ley 7/2002):

- De gobierno: el Patronato, designado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma
- De dirección: el Gerente.

- De gestión: las restantes unidades que dependerán orgánica y funcionalmente de alguno de los anteriores.

La Fundación contará con un presupuesto de explotación y capital que se integrará en los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Sus cuentas anuales se regirán por el Plan General de Contabilidad de las entidades sin fines lucrativos.

Como toda Fundación, tiene patrimonio propio, tanto histórico (bienes muebles) como fondos generados en su propia gestión. No obstante el patrimonio inmobiliario histórico de la FMV está incluido desde 1969 en el Patrimonio general de la Comunidad Autónoma adscrito a los fines asistenciales para los que fue cedido. Ahora bien, los rendimientos económicos de ese patrimonio histórico que no estén ligados a la actividad asistencial revierten directamente en la propia Fundación siendo una de sus fuentes de financiación. Esta peculiar situación del patrimonio fundacional hace que sea una de las pocas Fundaciones que se mantienen con amparo legal pero sin estar incluida en el Registro de Fundaciones y sin Protectorado. De ahí que su tutela sea ejercida directamente por la Consejería de Sanidad por mandato del artículo 96 de la 7/2002.

La Fundación tiene la condición de medio propio y servicio técnico de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria a los efectos previstos en el Ley de Contratos del Sector Público, pudiéndosele conferir encomiendas para la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicio relacionadas con su objeto y fines, mediante Orden del titular de la Consejería competente en materia de sanidad, cuando las actividades encomendadas resulten de la competencia de la Consejería de Sanidad o del Servicio Cántabro de Salud, o mediante la celebración del oportuno convenio en demás casos.

La selección del personal de la Fundación, a excepción del personal directivo, se realizará mediante convocatoria pública basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de concurso, oposición o concurso-oposición.

El personal de la Fundación estará sujeto al régimen de incompatibilidades previsto en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas y en las respectivas normas que le resulten de aplicación.

Como órgano dependiente de la Fundación Marqués de Valdecilla, el Banco de Sangre y Tejidos de Cantabria es el órgano de apoyo técnico a las actuaciones en materia de hemodonación y de procesamiento, preservación, almacenamiento, conservación, distribución y transporte de los tejidos humanos en el Sistema Sanitario Público de Cantabria.

Para el mejor cumplimiento de las funciones del Banco de Sangre y Tejidos, la Fundación podrá celebrar un convenio de colaboración con la Hermandad de Donantes de Sangre de Cantabria en el que se fijarán las actividades que habrán de concertarse y los correspondientes procedimientos de actuación a seguir. Igualmente, podrá celebrar convenios de colaboración con las entidades públicas y privadas relacionadas con su actividad. Asimismo, fomentará las actividades de las asociaciones altruistas que

promuevan la donación de sangre y de tejidos, y colaborará, en su caso, en la financiación económica de las mismas.

El Instituto de Formación e Investigación Marqués de Valdecilla (IFIMAV) es un órgano incardinado en la Fundación Marqués de Valdecilla que se presenta como unidad de gestión por mandato de los artículos 101, 102 y 103 del Capítulo III, Título IX, de la Ley 7/2002, de 10 de Diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria con su propia dirección y como unidad asume por mandato legal la encomienda de gestión en materia de investigación del Sistema Público Sanitario de Cantabria de acuerdo a lo previsto en el artículo 46.6 de la Ley 6/2002 de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

El IFIMAV se califica legalmente como el órgano de apoyo científico-técnico a las actuaciones en materia de investigación y docencia en el Sistema Público Sanitario de Cantabria, de acuerdo a las competencias del Estatuto de Autonomía (art. 24.19) de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Su fin primordial, de acuerdo al artículo 103 de la Ley de Cantabria 7/2002, es desarrollar la formación y la I+D+i en el ámbito de las ciencias biomédicas y agrupar equipos de investigación en biomedicina, tanto del ámbito sanitario como universitario, que desarrollen su trabajo en Cantabria. El IFIMAV por tanto, impulsa la investigación biosanitaria en la Comunidad de Cantabria para situarla a un nivel de excelencia nacional e internacional y tiene como centro de referencia el Hospital Universitario Marqués de Valdecilla por mención expresa del artículo 103 de la Ley de Cantabria 7/2002 con el objetivo de potenciar la investigación traslacional y acercar la investigación clínica de calidad y la investigación básica de alto nivel

El IFIMAV, se articula siguiendo el modelo de institutos de investigación sanitaria y en línea con lo expresado en el RD Real Decreto 339/2004, de 27 de febrero sobre acreditación de estos institutos que tienen como fin desarrollar e integrar armónicamente la investigación básica, clínica y de salud pública, potenciando la investigación traslacional con una mejor transferencia de los avances científicos obtenidos en la prevención y tratamiento de los problemas de salud más prevalentes en nuestro país. Todo ello lo desarrolla mediante la asociación con la Universidad de Cantabria, y con vocación de vincularse a organismos públicos de investigación y otros centros públicos o privados de investigación.

Consecuentemente el marco relacional con el Servicio Cántabro de Salud y la Universidad de Cantabria, así como en su caso con cualquier otro agente de la Sanidad Pública de Cantabria, se articulará mediante la firma de sendos convenios de colaboración específicos. Los Convenios de Colaboración se convierten así en ejes básicos del funcionamiento del IFIMAV.

Por su parte la participación y presencia del Gobierno de Cantabria se instrumenta por el lado económico mediante asignaciones presupuestarias anuales de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales y la Consejería de Industria y por el lado de organización mediante la íntegra designación de los miembros vocales del Patronato.

El Instituto de Formación e Investigación Marqués de Valdecilla debe regularse internamente por un Reglamento según ordena el artículo 101.2 de la Ley 7/2002.

5.2.2.2. Ciento doce (112) Cantabria S.A.

5.3. Entidades en materia de promoción de la salud e infraestructuras sanitarias

5.3.1. Fundación cántabra para la salud y el bienestar social

Esta entidad es una fundación del sector público autonómico, constituida en fecha 18 de junio de 1999, siendo su forma jurídica regulada por sus Estatutos y por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones y la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo. De acuerdo con sus Estatutos, tiene por objeto final el desarrollo de actuaciones tendentes a la promoción de la salud y del bienestar social de la población cántabra.

5.3.2. Gestión de Infraestructuras Sanitarias de Cantabria S.L.

5.4. Colaboración con la iniciativa privada

Se regula en el título VII de la Ley 7/2002. La formalización de los conciertos y demás fórmulas de colaboración con entidades, empresas o profesionales ajenos al Sistema Sanitario Público de Cantabria para la prestación de servicios sanitarios se realizará teniendo en cuenta los principios de complementariedad, optimización y adecuada coordinación en la utilización de recursos públicos y privados.

También podrán establecerse conciertos u otras fórmulas de colaboración para la prestación de servicios con medios ajenos al Sistema Sanitario Público de Cantabria, en los casos de insuficiencia de la misma.

Para la suscripción de conciertos u otras fórmulas de colaboración con el Sistema Sanitario Público de Cantabria, las entidades, centros y servicios deberán reunir los siguientes requisitos mínimos: Homologación previa del centro o servicio, acreditación previa del centro o servicio, cumplimiento de la normativa vigente en materia fiscal, laboral y de Seguridad Social y de incompatibilidades y adecuación a cuantas disposiciones y normas afecten a los servicios sanitarios a prestar.

Los conciertos u otras fórmulas de colaboración con entidades privadas recogerán necesariamente los siguientes aspectos:

- Los servicios, recursos y prestaciones, señalándose los objetivos cuantificados que se pretenden alcanzar en lo relativo al volumen y calidad de las prestaciones y los límites del gasto.
- La duración, causas de extinción y sistema de renovación y revisión.
- La periodicidad del abono de las aportaciones económicas.
- El régimen de acceso de los usuarios con derecho a la asistencia sanitaria pública a los servicios y prestaciones.
- El régimen de inspección de los centros y servicios, quedando asegurada la sujeción de la entidad, centros y servicios a los controles e inspecciones que convengan para verificar el cumplimiento de las normas de carácter sanitario, administrativo, económico-contable y de estructura, que sean de aplicación.
- Las formalidades a adoptar en caso de renuncia o de su rescisión.
- Cuantos otros se determinen reglamentariamente.

Tendrán carácter de entidades colaboradoras de la gestión sanitaria, con las obligaciones y cometidos que la legislación general les encomiende:

- Las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.
- Las empresas y asociaciones empresariales autorizadas para la colaboración en la asistencia sanitaria.
- Las entidades aseguradoras de los regímenes de seguro escolar o deportivo.
- Las entidades aseguradoras de los seguros libres de accidentes de tráfico.
- Las entidades aseguradoras de los regímenes de asistencia sanitaria de los funcionarios públicos.
- Cualesquiera otras previstas en la normativa vigente.

Esas entidades colaboradoras podrán establecer conciertos u otras fórmulas de colaboración admitidas en Derecho con el Servicio Cántabro de Salud.

6. CASTILLA LA MANCHA

6.1. Sistema Sanitario de Castilla-La Mancha

Se establece en la Ley 8/2000, de 30-11-2000, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha

6.1.1. Ordenación del Sistema Sanitario de Castilla-La Mancha

El Sistema Sanitario de Castilla-La Mancha queda configurado territorialmente por las demarcaciones geográficas denominadas Áreas de Salud.

El Área de Salud constituye el marco fundamental para el desarrollo de los programas de promoción de la salud y prevención de la enfermedad y en tal condición asegurará la organización y ejecución de las distintas disposiciones y medidas que adopta la Administración Sanitaria de la Comunidad Autónoma.

Cada Área de Salud estará integrada por Zonas Básicas de Salud. Con independencia de esto, en el ámbito de cada Área de Salud, se podrá establecer la ordenación territorial que resulte necesaria en función de cada circunstancia geográfica y, en su caso, para cada tipología de prestaciones y servicios sanitarios.

El Consejo de Salud es el órgano de participación institucional y comunitaria en el ámbito del Área. Para dar cumplimiento de sus funciones, los Consejos de Salud de Área podrán crear órganos de participación de carácter sectorial.

Los servicios sanitarios garantizarán necesariamente una prestación integral y coordinada, y se ordenarán según el contenido funcional más importante que lleven a cabo en las estructuras operativas siguientes: Salud Pública, Atención Primaria, Atención Especializada, Atención Sanitaria Urgente y Atención Sociosanitaria.

Los servicios sanitarios en Castilla-La Mancha se prestarán en el conjunto de centros, servicios y establecimientos que constituyen la red sanitaria pública de Castilla-La Mancha, sin perjuicio de los convenios o conciertos que se puedan establecer.

Las Zonas Básicas de Salud constituyen la demarcación geográfica y poblacional que sirve de marco territorial a la Atención Primaria de salud, pudiéndose constituir, Zonas Especiales de Salud.

La Atención Especializada, se prestará en los hospitales, así como en otros Centros Especializados de Diagnóstico y Tratamiento, constituyendo el segundo nivel de asistencia.

Los centros hospitalarios y los Centros Especializados de Diagnóstico y Tratamiento integrados en el Sistema Sanitario, constituirán la red hospitalaria pública integrada de Castilla-La Mancha.

Los centros de atención especializada no integrados en la Red podrán vincularse a ella mediante la suscripción de convenios singulares, y habrán de tenerse siempre en cuenta los principios de su complementariedad con la red pública y la optimización y adecuada coordinación de los recursos.

6.1. 2. Participación comunitaria

Se establece a dos niveles:

- Consejo de Salud de Castilla La Mancha: Se crea con el fin de articular la participación ciudadana en materia de salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma. Es el máximo órgano de participación comunitaria en el Sistema Sanitario de Castilla-La Mancha.
- El Consejo de Salud de Área: Es el órgano de participación institucional y comunitaria en el ámbito del Área. Para dar cumplimiento de sus funciones, los Consejos de Salud de Área podrán crear órganos de participación de carácter sectorial.

6.2. Régimen jurídico de los órganos, organismos y entidades públicas con competencias en gestión directa y prestación de servicios sanitarios

6.2.1. Servicio de Salud de Castilla-La Mancha

Se regula en el Título IX de la Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha, siendo desarrollada su estructura básica y funciones en el Decreto 89/2012, de 14/06/2012, de estructura orgánica y funciones del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha.

Se crea el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha con el fin de proveer los servicios y gestionar los centros y establecimientos destinados a la atención sanitaria que le sean asignados, así como desarrollar los programas de salud que se le encomienden con el objetivo final de proteger y mejorar el nivel de salud de la población.

El Servicio de Salud de Castilla-La Mancha es un organismo autónomo dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, que está adscrito a la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales.

Entre las funciones del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha están las siguientes:

- La ejecución y gestión de las prestaciones sanitarias y de las prestaciones farmacéuticas y complementarias que le correspondan en el ámbito de sus competencias.
- La adecuada gestión, conservación y mantenimiento de los centros, servicios y establecimientos sanitarios que le sean asignados, teniendo en cuenta las características socioeconómicas, geográficas, sanitarias y poblacionales de Castilla-La Mancha.
- La gestión de los recursos humanos, materiales y financieros que le sean asignadas para el desarrollo de las funciones que le están encomendadas.
- La coordinación y correcta utilización de los recursos disponibles en el dispositivo sanitario asistencial adscrito al Servicio.

El Servicio de Salud de Castilla-La Mancha se estructura en los siguientes órganos:

Centrales: El Consejo de Administración, la Presidencia del Consejo de Administración, la Dirección-Gerencia, y los órganos directivos que reglamentariamente se determinen.

Periféricos: Las Gerencias de centros, servicios o estructuras que reglamentariamente se determinen. En concreto el Decreto 89/2012, regula las siguientes: Gerencias de Atención Integrada, Gerencias de Atención Primaria, Gerencias de Atención Especializada, Gerencias de Ámbito Regional y los Servicios Provinciales de Coordinación e Inspección.

La Orden de 18 de diciembre de 2012, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, regula las Gerencias de Atención Integrada del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha. Estas gestionarán en su ámbito funcional, de modo unitario, los recursos sanitarios que se le adscriben. Al frente de cada Gerencia de Atención Integrada habrá un Gerente.

Las Gerencias son los órganos periféricos territoriales del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha a quienes corresponde optimizar la gestión de los servicios y dirigir los recursos y centros que se le asignen, bajo la dependencia de la Dirección-Gerencia del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha.

Las Gerencias actuarán bajo los principios de autonomía y desconcentración de la gestión. Cada Gerencia convendrá con la Dirección-Gerencia el contrato de gestión de los servicios, centros y establecimientos a su cargo, el cual fijará los objetivos sanitarios, la dotación de recursos necesarios, el plazo para su cumplimiento y su evaluación.

En el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha se han establecido las siguientes unidades de gestión clínica:

- Instituto de Estudios de Mastocitosis de Castilla-La Mancha

La Resolución de 12/05/2009, de la Dirección Gerencia, constituye el Instituto de Estudios de Mastocitosis de Castilla-La Mancha, como unidad de gestión clínica adscrita al Hospital Virgen de la Salud de Toledo. Es una unidad orgánica sin personalidad jurídica propia y dotada de autonomía funcional con dependencia jerárquica de la Dirección General de Atención Sanitaria y Calidad.

El Instituto de Estudios de Mastocitosis de Castilla-La Mancha, como fórmula organizativa diseñada para facilitar la gestión clínica, se constituye con la finalidad de garantizar la prestación de una atención médica integral, eficiente y de calidad en el tratamiento, estudio e investigación de la mastocitosis y otras patologías relacionadas.

- Centro de Diagnóstico Molecular de Castilla-La Mancha

Mediante la Resolución de 08/06/2010 de la Dirección Gerencia, se constituye el Centro de Diagnóstico Molecular de Castilla-La Mancha, como unidad de gestión clínica adscrita al Complejo Hospitalario de Toledo. Es una unidad orgánica sin personalidad jurídica propia y dotada de autonomía funcional con dependencia jerárquica de la Dirección General de Atención Sanitaria y Calidad,

Como fórmula organizativa diseñada para facilitar la gestión clínica, se constituye con la finalidad de servir de apoyo como centro de excelencia, que garantice la prestación de una atención médica integral, eficiente y de calidad en el tratamiento, estudio e investigación de las enfermedades y otras patologías relacionadas, susceptibles de diagnóstico molecular.

- Unidad Clínica de Diagnóstico por Imagen del Hospital Universitario de Guadalajara

La Resolución de 18/02/2011, de la Dirección Gerencia, constituye la Unidad Clínica de Diagnóstico por Imagen del Hospital Universitario de Guadalajara, como unidad de gestión clínica, sin personalidad jurídica propia, dotada de autonomía funcional que depende jerárquicamente de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Guadalajara y funcionalmente de la Dirección General de Atención Sanitaria y Calidad.

- Unidad Clínica de Diagnóstico por Imagen del Complejo Hospitalario de Toledo

La Resolución de 18/02/2011, de la Dirección Gerencia, constituye la Unidad Clínica de Diagnóstico por Imagen del Complejo Hospitalario de Toledo, como unidad de gestión clínica, sin personalidad jurídica propia, dotada de autonomía funcional que depende jerárquicamente de la Dirección Gerencia del Complejo Hospitalario de Toledo y funcionalmente de la Dirección General de Atención Sanitaria y Calidad

- Instituto de Enfermedades Neurológicas de Castilla-La Mancha

Se crea por Orden de 07/04/2010, de la Consejería de Salud y Bienestar Social. El Instituto de Enfermedades Neurológicas de Castilla-La Mancha pertenece a la red

hospitalaria pública integrada de la Comunidad Autónoma y se halla interrelacionado y coordinado con el resto de estructuras sanitarias.

Tiene como finalidad garantizar la prestación de una atención médica integral, eficiente y de calidad, en el tratamiento de patologías neurológicas. Esa actividad sanitaria de atención especializada se gestionará, bajo los principios de autonomía y desconcentración de la gestión, por la Gerencia de Atención Especializada del Instituto de Enfermedades Neurológicas de Castilla-La Mancha, según los objetivos institucionales y directrices generales establecidos en el Sistema Sanitario de Castilla-La Mancha.

La persona titular de la Gerencia de Atención Especializada del Instituto de Enfermedades Neurológicas de Castilla-La Mancha será nombrada y cesada por la persona titular de la Dirección-Gerencia del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha.

El Instituto de Enfermedades Neurológicas de Castilla-La Mancha suscribirá anualmente con la Dirección-Gerencia del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha un contrato de gestión.

6.3. Empresa pública Gestión de Infraestructuras de Castilla-La Mancha

Ley 13/2010, de 9 de diciembre, de Reordenación del Sector Público de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha ha modificado del artículo 3 de la Ley 11/1997, de 17 de diciembre, de creación de la empresa pública Gestión de Infraestructuras de Castilla-La Mancha, estableciendo que “la sociedad tendrá por objeto proyectar, construir, conservar, explotar, promocionar, gestionar y dirigir infraestructuras y equipamientos sociales, culturales, deportivos, de vivienda, sanitarios y cualesquiera otros que sean competencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, que la misma promueva o participe, según los términos de sus encargos y mandatos de actuación, así como los servicios que se puedan instalar o desarrollar en dichas infraestructuras y equipamientos”.

La Disp. Adic. Cuarta de la misma Ley 13 /2010 establece que la Consejería competente en materia de patrimonio impulsará y velará por el cumplimiento de la fusión por absorción de las empresas públicas Auxiliar de Servicios, Infraestructuras y Asistencia, S.A. y Servicios Hospitalarios Generales, S.L.” por la empresa pública Gestión de Infraestructuras de Castilla-La Mancha, S.A.

6.4. Colaboración con la iniciativa privada

Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha, en su art. 54, establece que el Sistema Sanitario de Castilla-La Mancha podrá establecer conciertos o convenios singulares de vinculación para la prestación de servicios sanitarios a través de medios ajenos al mismo, teniendo siempre en cuenta el principio de complementariedad. Esta competencia podrá ser delegada total o parcialmente en el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha.

Los centros de atención especializada no integrados en la red podrán vincularse a ella mediante la suscripción de convenios singulares, y habrán detenerse siempre en cuenta los principios de su complementariedad con la red pública y la optimización y adecuada coordinación de los recursos. En todo caso, la incorporación o adscripción a la red hospitalaria integrada pública conlleva el desarrollo, además de las tareas

estrictamente asistenciales, de funciones de promoción de la salud, educación para la salud, medicina preventiva, investigación clínica y epidemiológica y docencia de acuerdo con los programas del Sistema Sanitario.

Es la Orden de 22/06/2010, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, por la que se establece el procedimiento para la vinculación de centros privados de atención sanitaria especializada a la red hospitalaria pública de Castilla La Mancha.

Para la celebración de los convenios y conciertos, las entidades e instituciones deberán reunir al menos los siguientes requisitos: Cumplir la normativa sobre apertura y modificación de centros, servicios y establecimientos sanitarios, haber obtenido el certificado de acreditación del centro o servicio objeto de concertación, adecuar sus planes contables y presupuestarios al plan general contable y demás normativas que señale la Administración competente, cumplir la normativa vigente en materia fiscal, laboral y de Seguridad Social, adecuarse a cuantas disposiciones y ordenanzas afecten a las actividades objeto de concierto y cumplir los criterios de calidad que el Sistema Sanitario de Castilla-La Mancha establezca.

En igualdad de condiciones, de eficacia, eficiencia y calidad, las entidades sin ánimo de lucro tendrán consideración preferente para la suscripción de convenios y conciertos.

El contenido de los conciertos y convenios deberá recoger necesariamente los siguientes aspectos:

- Los servicios, recursos y prestaciones objeto del concierto, además de señalar los objetivos cuantificados que se pretenden alcanzar.
- Su duración, causas de finalización, sistema de renovación y revisión.
- La periodicidad de abono de las aportaciones económicas.
- El régimen de acceso de las personas con derecho a la asistencia sanitaria pública a los servicios y prestaciones, y asegurará que la asistencia sanitaria prestada lo sea en régimen de gratuidad.
- El régimen de inspección de los centros y servicios objeto del concierto, que quedarán sujetos a los controles e inspecciones periódicas y esporádicas que convengan para verificar el cumplimiento de las normas de carácter sanitario, administrativo, económico, contable y de estructura que sean de aplicación.
- El sistema de evaluación técnica y administrativa.
- Los plazos de presentación de la memoria anual de actividades y de una memoria justificativa de los gastos con el detalle requerido.
- Las formalidades a adoptar por las partes suscriptoras del concierto antes de la denuncia o rescisión.
- El precio de los servicios a concertar.

El art. 57 de la Ley 8/2000 establece que el régimen de convenios y conciertos será incompatible simultanearlo con el de subvenciones para la financiación de idénticas actividades o servicios que hayan sido objeto del concierto con la entidad o institución concertada.

Los conciertos y convenios se extinguen automáticamente por la conclusión o cumplimiento del plazo y por el mutuo acuerdo entre la Administración Sanitaria y la entidad o institución objeto de convenio o concierto. Son también causas de extinción de los convenios o de resolución de los conciertos: Prestar la atención sanitaria objeto del convenio o concierto contraviniendo el principio de gratuidad, establecer, sin autorización, servicios complementarios no sanitarios y percibir por ellos cantidades no autorizadas, infringir la legislación fiscal, laboral o de Seguridad Social con carácter grave, conculcar cualquiera de los derechos reconocidos a los usuarios de los servicios sanitarios por la presente Ley y en la legislación básica del Estado, incumplir las normas de acreditación vigentes en cada momento, para los conciertos, además, las causas de resolución previstas en el TRLCSP, aquellas que se establezcan expresamente en sus cláusulas.

La Consejería competente en materia de sanidad aprobará las normas de acreditación específicas de los diferentes centros y servicios sanitarios. Los centros y servicios sanitarios, públicos o privados, podrán solicitar a la Administración Sanitaria la acreditación que les corresponda, según su especificidad, nivel de complejidad y demás criterios establecidos. Dicha acreditación será condición necesaria a efectos de poder realizar acuerdos o conciertos con la Administración Pública, de los que se deriven obligaciones económicas.

Cualquier institución u organismo vinculado mediante convenio o concierto al Sistema Sanitario de Castilla-La Mancha mantendrá la plena titularidad de sus centros o servicios, así como de las relaciones laborales de su personal, sin perjuicio de que puedan colaborar en tales centros, en la forma que reglamentariamente se determine, el personal sanitario dependiente del Sistema Sanitario.

Finalmente, la Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha, regula en su art. 146 las cooperativas sanitarias, estableciendo el siguiente concepto: “la actividad sanitaria podrá ser objeto de una cooperativa de trabajo asociado, de consumo directo de la asistencia sanitaria, o bien de una cooperativa de seguros. En todo caso las cooperativas sanitarias deberán someterse al régimen propio de su actividad y a la peculiar regulación de su clase de cooperativa”.

Marcando tendencia, en Castilla La Mancha, se ha anunciado recientemente, la privatización de la gestión de cuatro hospitales públicos y la construcción de otros cuatro nuevos hospitales mediante el modelo PFI.

7. CASTILLA y LEÓN

7.1. El Sistema Público de Salud de Castilla y León

Ley 8/2010, de 30 de agosto, de Ordenación del Sistema de Salud de Castilla y León.

7.1.1. Ordenación del Sistema Público de Salud de Castilla y León

El Sistema Público de Salud de Castilla y León comprende el conjunto de actuaciones y recursos públicos de la Administración sanitaria de la Comunidad Autónoma y de las Corporaciones Locales, cuya finalidad es la promoción y protección de la salud en todos sus ámbitos, la prevención de la enfermedad, la asistencia sanitaria y la rehabilitación, todo ello bajo una perspectiva de asistencia sanitaria integral.

Conforman la Red Asistencial Sanitaria de Utilización Pública de Castilla y León los centros, los servicios y establecimientos sanitarios públicos y privados que están financiados públicamente y que satisfacen regularmente las necesidades sanitarias de los usuarios del Sistema Público de Salud de Castilla y León.

El Sistema Público de Salud de Castilla y León se organiza territorialmente en Áreas de Salud, Zonas Básicas de Salud y Demarcaciones Sanitarias. El conjunto de estas organizaciones territoriales se denomina mapa sanitario de Castilla y León que es el instrumento esencial para la ordenación, planificación y gestión del Sistema Público de Salud de la Comunidad.

La organización territorial deberá asegurar la continuidad de la atención en sus distintos niveles y promover la efectiva aproximación de los servicios al usuario así como la eficiencia y coordinación de todos los recursos.

Las Áreas de Salud son las estructuras fundamentales del Sistema Público de Salud de Castilla y León y dispondrán de las dotaciones necesarias para la gestión de las prestaciones sanitarias en su ámbito territorial.

Para conseguir la máxima operatividad y eficacia en el funcionamiento de la atención primaria, las Áreas de Salud se dividen en Zonas Básicas de Salud que es el marco territorial y poblacional donde se desarrollan las actividades sanitarias de la Atención Primaria. La Consejería competente en materia de sanidad podrá determinar la existencia de Zonas Básicas de Salud Especiales, atendiendo a factores excepcionales.

Las Demarcaciones Sanitarias son las estructuras de ordenación territorial en las que se desarrollarán, fundamentalmente, las funciones de inspección y control oficial incluidas en la prestación de salud pública, por los profesionales de los Equipos de Salud Pública.

Cuando existan razones geográficas o de racionalización y eficiencia de los servicios que lo justifiquen, se podrán crear otras divisiones territoriales a fin de mejorar la organización y accesibilidad a las prestaciones sanitarias o la propia ordenación funcional.

En cuanto a la ordenación funcional, las prestaciones sanitarias se ordenan funcionalmente de forma integral y coordinada en: Atención Primaria, Atención Especializada, Salud Pública, Atención de urgencia y Atención sociosanitaria correspondiente al Sistema Público de Salud.

7.1.2. Participación y asesoramiento en el Sistema de Salud de Castilla y León

La participación se estructura del modo siguiente:

- El Consejo Castellano y Leonés de Salud: Es el máximo órgano colegiado de carácter consultivo, de asesoramiento y de participación en el Sistema de Salud de Castilla y León, en el ámbito de la Comunidad de Castilla y León, adscrito a la Consejería competente en materia de sanidad.
- El Consejo de Salud de Área: Es el órgano colegiado de participación en el ámbito del Área de Salud, con carácter consultivo y en el que deberán estar representados, en todo caso, la Administración sanitaria de la Comunidad Autónoma, las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, las asociaciones de consumidores y usuarios y las asociaciones de vecinos
- El Consejo de Salud de Zona: Es el órgano colegiado de participación en el ámbito de la Zona Básica de Salud, con carácter. Podrán constituirse Consejos de Salud que agrupen dos Zonas Básicas de Salud colindantes de un mismo Área de Salud, cuando factores de carácter demográfico, sanitario y viario lo aconsejen.
- Voluntariado en el ámbito de la salud: En el ámbito sanitario los ciudadanos podrán participar de forma directa y activa en la realización de actividades sanitarias de interés general de forma solidaria y altruista, a través de las entidades de voluntariado públicas o privadas para la mejora de la calidad de vida de las personas con problemas de salud. La colaboración de las entidades de voluntariado con la Consejería competente en materia de sanidad podrá establecerse mediante convenios o cualquiera de las fórmulas previstas en la legislación vigente.
- Participación activa y directa en foros virtuales: Los foros virtuales servirán de cauce de participación directa e individual en el Sistema de Salud de la Comunidad de Castilla y León para la realización de sugerencias respecto de la ejecución de políticas de salud y de gestión sanitaria, sin perjuicio de los demás medios que la Administración de la Comunidad de Castilla y León ponga a disposición del ciudadano.

El Consejo Asesor Científico-Técnico de Sanidad es un órgano colegiado con funciones de asesoramiento al Sistema de Salud de Castilla y León en temas científicos y técnicos sanitarios. Está adscrito a la Consejería competente en materia de sanidad. Podrán constituirse las comisiones técnicas y grupos de trabajo que sean precisos para el asesoramiento en aspectos específicos.

7.2. Régimen jurídico de los órganos, organismos y entidades públicas con competencias en gestión directa y prestación de servicios sanitarios

7.2.1. Servicio de Salud de Castilla y León (Gerencia Regional de Salud)

El Servicio de Salud de Castilla y León, denominado Gerencia Regional de Salud, regulado en el Título IV de la Ley 8/2010, de 30 de agosto, de Ordenación del Sistema de Salud de Castilla y León, es un organismo autónomo adscrito a la Consejería competente en materia de sanidad, dotado de personalidad jurídica, patrimonio y tesorería propios, y con plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines.

La Gerencia Regional de Salud tiene por finalidad ejercer las competencias de administración y gestión de servicios, prestaciones y programas públicos sanitarios de carácter asistencial y de atención a la salud de la Comunidad de Castilla y León y aquellos otros que le encomiende la Administración de la Comunidad Autónoma conforme a los objetivos y principios de la Ley 8/2010.

Para el cumplimiento de sus fines, la Gerencia Regional de Salud podrá emplear cuantas fórmulas contractuales se prevean en la legislación estatal u operar a través de las entidades instrumentales que al efecto sean constituidas, de cara a la optimización de recursos propios y ajenos (art. 26.3 Ley 8/2010).

La Gerencia Regional de Salud, como institución sanitaria, dispondrá e integrará los siguientes centros y servicios sanitarios y administrativos: Los que sean de la titularidad de la Administración de la Comunidad de Castilla y León que se le adscriban, los de titularidad de la Seguridad Social transferidos a la Comunidad de Castilla y León que se le adscriban, los procedentes de las Corporaciones Locales adscritos a la Comunidad de Castilla y León, cualesquiera otros que pueda crear o recibir por cualquier título la Comunidad Autónoma y se integren en ella.

Estructura

En cuanto a la organización, la Gerencia Regional de Salud se estructura en los órganos de dirección, gestión y participación, centrales y periféricos.

Son órganos de la Gerencia Regional de Salud:

- De dirección y gestión: El Presidente, el Director Gerente, las Direcciones Generales y demás órganos, servicios y unidades centrales y periféricas que se establezcan.
- De participación: La Comisión Permanente del Consejo Castellano y Leonés de Salud.

El Presidente de la Gerencia Regional de Salud, que será el titular de la Consejería de Sanidad, es el órgano superior de dirección de la Gerencia Regional de Salud y ostenta la representación del organismo autónomo.

El Director Gerente es el máximo órgano unipersonal de gestión de la Gerencia Regional de Salud y le corresponden las funciones ejecutivas del organismo autónomo bajo la superior dirección del Presidente.

El Decreto 40/2011, de 7 de julio, por el que se modifica el Decreto 287/2001, de 13 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León se definen los órganos directivos de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León.

La Comisión Permanente del Consejo Castellano y Leonés de Salud, prevista en el art. 44 de la Ley 8/2010, será el órgano de participación propio en la gestión de la Gerencia Regional de Salud, sin perjuicio de las demás funciones que le sean delegadas por el Pleno del Consejo Castellano y Leonés de Salud como órgano de participación general del Sistema de Salud.

Funciones

La Gerencia Regional de Salud, para el cumplimiento de sus fines, desarrollará las siguientes funciones gestoras:

- Prestación de la atención sanitaria y gestión de la prestación farmacéutica y de las complementarias
- Planificación, organización, dirección, coordinación, gestión, supervisión y control de los centros y servicios sanitarios y administrativos que tiene adscritos y que operen bajo su dependencia orgánica y/o funcional.
- Organización, dirección y gestión de los recursos humanos, materiales y financieros que le estén asignados para el cumplimiento de los fines y funciones que tenga encomendadas.
- La gestión y asignación de la cartera de servicios que se presta en cada uno de los centros y servicios sanitarios propios o adscritos, de acuerdo con la cartera de servicios aprobada en los términos previstos en esta Ley.
- La autorización de uso en sus centros y servicios sanitarios de nuevas técnicas y procedimientos diagnósticos y terapéuticos, previa evaluación de estos en términos de eficacia, seguridad, coste e impacto desde el punto de vista bioético.
- La ejecución y gestión de las infraestructuras y la dotación del equipamiento que requiera para el cumplimiento de sus fines.
- La definición, planificación y compra de los servicios que requiera para el cumplimiento de sus fines.
- La celebración de contratos o suscripción de convenios para la consecución de los objetivos fijados.

El personal de la Gerencia Regional de Salud estará integrado por: El personal de la Administración de la Comunidad Autónoma que preste sus servicios en el citado organismo, El personal procedente de otras Administraciones públicas y demás entidades que se le adscriba o transfiera, El personal que se incorpore al mismo, de acuerdo con la normativa vigente.

El personal de la Gerencia Regional de Salud será fundamentalmente estatutario, funcionario y laboral, sin perjuicio de otras posibles modalidades de personal conforme a la normativa vigente (art. 34 Ley 8/2010). La Ley 2/2007, de 7 de marzo, regula el Estatuto Jurídico del Personal Estatutario del Servicio de Salud de Castilla y León.

7.2.2. Fundación de Hemoterapia y Hemodonación

El 27 de Marzo de 2003 se acordó la constitución de la Fundación de Hemoterapia y Hemodonación, así como sus estatutos al amparo de la Ley 13/2002 de 15 de Julio de Fundaciones de Castilla y León.

Ese año se reorganizó la red transfusional, quedando los Bancos de Sangre Hospitalarios como Servicios de Transfusión sin responsabilidad sobre la donación de sangre y el procesamiento, y se crea el Centro de Hemoterapia y Hemodonación de Castilla y León como Centro de Transfusión, con todas las funciones propias de este tipo de instalaciones.

7.3. Otras entidades no gestoras de asistencia sanitaria relacionadas con la salud

7.3.1. Fundación del Instituto de Estudios de Ciencias de la Salud de Castilla y León

Es una organización sin ánimo de lucro que tiene la finalidad de fomentar la formación, investigación y difusión en materias de Salud Pública, Asistencia, Gestión y Ordenación Sanitaria y Sociosanitaria, Derecho Sanitario y Salud Laboral. Asimismo, se entenderá como objeto de la Fundación la realización de todas aquellas actividades que, en un concepto amplio de salud, coadyuven a la consecución de la finalidad fundacional.

7.3.2. Fundación Centro Regional de Calidad y Acreditación Sanitaria

7.4. Colaboración con la iniciativa privada

Se regula en el Título VIII de la Ley 8/2010. Esta iniciativa complementará las prestaciones ofrecidas por el Sistema Público de Salud cuando resulte necesario, respetándose, en todo caso, los principios de publicidad, transparencia, objetividad, eficiencia y buena administración. Se ponderarán tanto la calidad del servicio prestado como el ahorro económico en las relaciones con la iniciativa privada.

Con carácter general, las prestaciones ofrecidas por el Sistema Público serán realizadas por el Sistema Público de Salud, pudiendo recurrir a la iniciativa privada, teniendo en cuenta, con carácter previo, la utilización óptima de los recursos sanitarios propios.

El Sistema Público de Salud de Castilla y León dará preferencia en sus relaciones con la iniciativa privada a las entidades que no tengan carácter lucrativo, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto de la prestación.

En cuanto a las formas de participación de las entidades privadas en la realización de las prestaciones del Sistema Público de Salud, podrá formalizarse a través de cualquiera de los medios admitidos en derecho, en particular, constitución de personas jurídicas, convenios de colaboración, así como la celebración de conciertos sanitarios en los términos establecidos en el art. 90 de la Ley General de Sanidad; todo ello sin perjuicio de las fórmulas contractuales previstas en el Real Decreto Legislativo 3/2011 por el que se aprueba Ley de contratos del sector público.

Los convenios de colaboración servirán para articular la colaboración en la realización de prestaciones del Sistema Público de Salud, las actividades de formación, investigación, acreditación o cuantas contribuyan a mejorar su funcionamiento.

Finalmente, la Ley 4/2002, de 11 de abril, de Cooperativas de la Comunidad de Castilla y León, no regula las cooperativas sanitarias, no obstante, el apartado 2 de su art. 1 establece que “Cualquier actividad económica y social lícita podrá ser organizada y desarrollada mediante una sociedad constituida al amparo de la presente Ley”.

En la construcción y puesta en marcha del Hospital de Burgos, siguiendo el modelo madrileño, que es el que mejor refleja la filosofía subyacente en el concepto PFI, se contrata con el socio privado que construya y gestione la infraestructura o equipamiento, transfiriéndole el riesgo sobre costes y otros riesgos, permitiendo a la Administración Pública centrarse en la esencia de su actividad, que es la prestación del servicio público.

8. CATALUÑA

8.1. Organización y ordenación del Sistema Sanitario de Cataluña: El Servicio Catalán de la Salud

La Ley 15/1990, de 9 de julio, de ordenación sanitaria tiene por objeto la ordenación del sistema sanitario de Cataluña, así como la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud previsto en el art. 43 CE, en el territorio de la Generalidad, dentro del marco de las competencias que le atribuye el Estatuto de Autonomía. El art. 1.2 del Decreto 56/2013, de 22 de enero, de reestructuración del Departamento de Salud, establece que quedan adscritas al Departamento de Salud las entidades siguientes: el Servicio Catalán de la Salud (SCS), el Instituto Catalán de la Salud (ICS), la Agencia de Calidad y Evaluación Sanitarias de Cataluña, el Instituto Catalán de Evaluaciones Médicas y Sanitarias y la Agencia de Salud Pública de Cataluña. Para llevar a cabo una adecuada organización y ordenación del sistema sanitario de Cataluña se crea el Servicio Catalán de la Salud, que tiene como objetivo último el mantenimiento y mejora del nivel de salud de la población, mediante el desarrollo de las funciones que le son encomendadas. Se regula en los Título II y IV de la Ley 15/1990. El Servicio Catalán de la Salud actúa como el garante de la atención sanitaria pública mediante los contratos de compra de servicios (Decreto 9/2013, de Servicio Catalán de la Salud). En cuanto a su naturaleza jurídica, el Servicio Catalán de la Salud es un ente público de naturaleza institucional, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus finalidades, que queda adscrito al Departamento de Salud y se rige por los preceptos de la Ley 15/1990 y sus disposiciones complementarias de desarrollo. En lo que se refiere a las relaciones jurídicas externas, se sujeta, en términos generales, al Derecho privado.

No obstante el Servicio Catalán de la Salud se somete al Derecho público en las siguientes materias:

- Las relaciones del Servicio Catalán de la Salud con el Departamento de Salud y con el resto de Administraciones Públicas.

- El régimen patrimonial del Servicio, que se ajusta a las previsiones del 51 de la Ley 15/1990.
- El régimen financiero, presupuestario y contable del Servicio Catalán de la Salud, que se rige por lo que establece el capítulo VII del Título VII de la Ley 15/1990. Son aplicables, en particular, a la intervención del Servicio las disposiciones de la Ley de Finanzas Públicas de Cataluña y las correlativas de la Ley 16/1984, de 20 de marzo, del Estatuto de la Función Interventora.
- El régimen de impugnación de los actos y de responsabilidad del Servicio, que se rige por los arts. 59 y 60 de la Ley 15/1990.
- Las relaciones de las personas que gozan del derecho a la asistencia sanitaria pública con el Servicio Catalán de la Salud.

La contratación del Servicio Catalán de la Salud debe ajustarse a las previsiones de la legislación sobre contratos de las Administraciones Públicas. Sin embargo, los contratos de gestión de servicios sanitarios y sociosanitarios en régimen de concierto se rigen por sus normas específicas.

El régimen de personal del Servicio Catalán de la Salud se sujeta a las disposiciones contenidas en la Ley 15/1990 y restantes normas de aplicación específica.

En el ejercicio de sus funciones, el Servicio Catalán de la Salud y la totalidad de los organismos dotados de personalidad que dependen del mismo, en su caso, gozan de la reserva de nombres y de los beneficios, exenciones y franquicias de cualquier naturaleza que la legislación atribuye a la Administración de la Generalidad y a las entidades públicas encargadas de la gestión de la Seguridad Social.

El Servicio Catalán de la Salud está configurado por todos los recursos sanitarios públicos y de cobertura pública de Cataluña, en concreto:

- Los centros, servicios y establecimientos de protección de la salud y de atención sanitaria y sociosanitaria de la Generalidad, incluidos los transferidos de la seguridad social y de la administración institucional de la sanidad nacional, que se integran en él a todos los efectos.
- Los centros, servicios y establecimientos de protección de la salud y de atención sanitaria y sociosanitaria de las diputaciones catalanas, los ayuntamientos y las demás entidades locales de Cataluña, que se integran o adscriben a él funcionalmente, en los términos que prevean las normas de transferencia o los respectivos convenios suscritos a dichos efectos, según corresponda.
- Los centros, servicios y establecimientos de protección de la salud y de atención sanitaria y sociosanitaria de las fundaciones benéfico-asistenciales vinculadas a las administraciones públicas, y aquellos no incluidos en los epígrafes anteriores, con preferencia sin ánimo de lucro, mediante los cuales sea imprescindible satisfacer necesidades del sistema sanitario público al amparo de los pertinentes convenios, que se adscriben a él funcionalmente.

Estructura

El Servicio Catalán de la Salud se estructura en los siguientes órganos centrales:

- De dirección y gestión: El consejo de dirección, el director y los órganos u organismos y los servicios y unidades que se establezcan reglamentariamente.
- De participación: El Consejo Catalán de la Salud.

Funciones

Para la consecución de sus finalidades, el Servicio Catalán de la Salud, en el marco de las directrices y prioridades de la política de protección de la salud y de asistencia sanitaria y sociosanitaria y los criterios generales de la planificación sanitaria, desarrolla las funciones siguientes (art. 7 Ley 15/1990):

De autoridad sanitaria:

- La ordenación, planificación, programación, evaluación e inspección sanitarias, sociosanitarias y de salud pública.
- La distribución de los recursos económicos afectos a la financiación de los servicios y prestaciones que configuran el sistema sanitario público y de cobertura pública.
- El establecimiento de directrices generales y criterios de actuación vinculantes en cuanto a los centros, servicios y establecimientos adscritos funcionalmente al Servicio Catalán de la Salud, en lo referente a su coordinación con el dispositivo sanitario público.

De gestión:

- La gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos de protección de la salud y de atención sanitaria y sociosanitaria integrados en el Servicio Catalán de la Salud, y de los servicios administrativos que conforman su estructura, potenciando la autonomía de gestión de los centros sanitarios.
- La gestión y ejecución de las actuaciones y programas institucionales en materia de promoción y protección de la salud, prevención de la enfermedad, asistencia sanitaria y sociosanitaria y rehabilitación.
- La gestión de los servicios y prestaciones del sistema sanitario público de Cataluña. Para el ejercicio de estas funciones de gestión, el Servicio Catalán de la Salud podrá desarrollarlas directamente, mediante los órganos u organismos que sean competentes o puedan crearse a dicho efecto, si procede, o establecer acuerdos, convenios, conciertos o fórmulas de gestión integrada o compartida con entidades públicas o privadas. También podrá formar consorcios de naturaleza pública con entidades públicas o privadas sin afán de lucro, con intereses comunes o concurrentes, que podrán dotarse de organismos instrumentales, si procede. Finalmente podrá crear o participar en cualesquiera otras entidades admitidas en derecho, cuando así convenga a la gestión y ejecución de los

servicios o actuaciones, en particular, puede crear cualesquiera empresas públicas de las previstas en la Ley 4/1985, de 29 de marzo, del Estatuto de la Empresa Pública Catalana.

- El establecimiento, gestión y actualización de acuerdos, convenios y conciertos con entidades no administradas por la Generalidad de Cataluña.

Ordenación del Servicio Catalán de la Salud

El Servicio Catalán de la Salud se ordena en demarcaciones territoriales denominadas regiones sanitarias, que equivalen a las Áreas de salud previstas en la LGS. Las regiones sanitarias deberán contar con una dotación de recursos sanitarios de atención primaria integral de la salud y de atención especializada y hospitalaria suficiente y adecuada para atender las necesidades de la población comprendida dentro de su respectivo territorio, sin perjuicio de la existencia de centros, servicios y establecimientos sanitarios públicos o de cobertura pública que, debido a su alto nivel de especialización, tengan asignado un ámbito de influencia suprarregional.

Las regiones sanitarias constituirán órganos desconcentrados de gestión del sistema sanitario público de Cataluña y les corresponderá el desarrollo de las funciones atribuidas como propias o las que les sean delegadas por los órganos centrales del Servicio Catalán de la Salud.

Las regiones sanitarias deberán desarrollar, dentro de su específico ámbito territorial de actuación, las siguientes funciones de gestión propias:

- La distribución de los recursos económicos afectos a la financiación de los servicios y prestaciones que configuran el sistema sanitario público y de cobertura pública.
- La gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios y sociosanitarios integrados en el Servicio Catalán de la Salud, y de los servicios administrativos que conforman su estructura.
- La gestión y ejecución de las actuaciones y programas institucionales en materia de promoción y protección de la salud, prevención de la enfermedad, asistencia sanitaria y sociosanitaria, y rehabilitación, de acuerdo con el plan de salud de la región.
- La gestión de los servicios y prestaciones del sistema sanitario público de Cataluña.
- La gestión de los acuerdos, convenios y conciertos suscritos para la prestación de los servicios.

La región sanitaria se estructurará en los siguientes órganos:

- De dirección y gestión: El consejo de dirección, el gerente, los órganos u organismos y los servicios y unidades que se establezcan reglamentariamente.
- De participación: El consejo de salud.

La Región Sanitaria se ordenará en subunidades territoriales integradas, que serán conformadas por un conjunto de áreas básicas de salud, y que contarán con una estructura desconcentrada de dirección, gestión y participación comunitaria, denominadas sectores sanitarios.

La Región Sanitaria, por medio de la estructura de dirección y gestión del Sector Sanitario, gestionará directamente los Equipos de Atención Primaria de las Áreas Básicas de Salud correspondientes, y los servicios jerarquizados de especialidades médicas de apoyo y referencia de aquéllos, y coordina las actividades de prevención de la enfermedad, promoción de la salud y salud pública, así como los recursos sanitarios, hospitalarios y extrahospitalarios y sociosanitarios públicos y de cobertura pública situados en el ámbito territorial específico del Sector.

El Área básica de salud será la unidad territorial elemental donde se prestará la atención primaria de salud de acceso directo de la población, y que constituirá el eje vertebrador del sistema sanitario en el ámbito de la cual desarrollará sus actividades el equipo de atención primaria.

Las Áreas Básicas de Salud integradas en un mismo Sector Sanitario deberán coordinarse entre sí con la finalidad de conseguir los objetivos funcionales y asistenciales adecuados y, asimismo, con los servicios jerarquizados de especialidades del Sector y los hospitales que éste tenga asignados.

Los centros y establecimientos hospitalarios integrados en el Servicio Catalán de la Salud, así como aquellos otros que satisfacen regularmente necesidades del sistema sanitario público de Cataluña mediante los convenios pertinentes, constituyen la red hospitalaria de utilización pública como instrumento dirigido a la prestación de la asistencia sanitaria pública a aquellos pacientes que requieran atención hospitalaria aguda.

El Servicio Catalán de la Salud, solo con carácter excepcional y por un tiempo limitado, podrá establecer convenios con los centros hospitalarios que no pertenezcan a la red para la atención de enfermos agudos de cobertura pública, en aquellos supuestos en que los hospitales de la red no sean suficientes.

A fin de posibilitar una adecuada ordenación del dispositivo hospitalario público de atención al enfermo crónico, el Consejo Ejecutivo de la Generalidad podrá crear una red de hospitales para crónicos, que deberá ajustarse a las previsiones contenidas en el presente capítulo.

Participación comunitaria

Se estructura en tres niveles:

- El Consejo Catalán de la Salud: Es el órgano central de participación comunitaria en el sistema sanitario público de Cataluña.
- El Consejo de Salud de la Región Sanitaria: es el órgano de participación comunitaria en las demarcaciones territoriales del Servicio Catalán de la Salud.

- El Consejo de Salud del sector sanitario es el órgano de participación ciudadana para el asesoramiento, la consulta y el seguimiento de la actividad del sector.

8.2. Régimen jurídico de los órganos, organismos y entidades públicas con competencias en gestión directa y prestación de servicios sanitarios

8.2.1. Instituto Catalán de la Salud

Ley 8/2007, de 30 de julio, del Instituto Catalán de la Salud, crea este Instituto como entidad de derecho público de la Generalidad, que actúa sujeto al derecho privado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus funciones, de conformidad con el art. 21 del Decreto Legislativo 2/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley 4/1985, de 29 de marzo, del Estatuto de la Empresa pública catalana.

El Instituto Catalán de la Salud se regula por su Ley de creación, por las normas de desarrollo que debe aprobar el Gobierno, a quien corresponde aprobar sus estatutos, y por los acuerdos que adopte su consejo de administración dentro de este marco. Queda sometido a la normativa reguladora del sector público de la Generalidad, a la normativa sobre finanzas públicas y del patrimonio de la Generalidad y, en general, a las demás normas de derecho público en las materias establecidas por la Ley de creación.

Esta Entidad goza de autonomía funcional y de gestión y queda adscrito al Departamento de salud, el cual, en ejercicio de su autoridad, debe garantizar que la política asistencial y económica de la nueva entidad sea coherente con los objetivos y prioridades de este Departamento y con los principios del sistema sanitario público.

El Instituto Catalán de la Salud se ajusta a los principios de desconcentración y de descentralización territorial y de gestión, de acuerdo con el modelo sanitario de Cataluña y con el marco organizativo territorial aprobado por el Gobierno.

El Instituto Catalán de la Salud tiene, entre sus funciones, el desarrollo de una organización asistencial de la Generalidad que sea un referente y un modelo de provisión de servicios de salud en Cataluña. Garantiza la prestación sostenible de unos servicios asistenciales de calidad, que se ajusten a los requerimientos específicos de los ciudadanos, respetando el principio de autonomía de gestión de centros y servicios, la participación y corresponsabilización profesional en la gestión de los servicios, la transparencia en su actuación y en la colaboración con otras instituciones con finalidades similares.

Para la organización del Instituto Catalán de la Salud, se establecen Órganos de dirección, participación comunitaria y gestión.

Los órganos de dirección del Instituto Catalán de la Salud son el Consejo de Administración y el director o directora gerente.

Los órganos de participación comunitaria del Instituto Catalán de la Salud son el Consejo General de Participación, los consejos de participación de los centros, servicios y establecimientos del Instituto, y los demás órganos de participación que puedan

crearse. Estos órganos se configuran como colegiados con fines de asesoramiento, consulta, seguimiento y supervisión de la actividad sanitaria del Instituto Catalán de la Salud y deben ser integrados, entre otros, por representantes de los entes locales, la sociedad civil y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en Cataluña y de las profesiones sanitarias. Estos órganos deben disponer de los instrumentos y medios necesarios para garantizar una participación efectiva y útil.

El Consejo de Participación de los Profesionales del Instituto Catalán de la Salud, es el órgano de participación que asesora al Consejo de Administración sobre asuntos relacionados con las condiciones y el ejercicio profesional del personal médico y de enfermería del Instituto.

Los órganos de gestión del Instituto Catalán de la Salud son los servicios corporativos, que son a su vez estructura directiva de apoyo del director o directora gerente y de los centros, servicios y establecimientos del Instituto, las gerencias territoriales y las unidades de gestión de los centros, servicios y establecimientos del Instituto. Ejecutan las estrategias y políticas comunes del Instituto, de acuerdo con el principio de desconcentración, descentralización y autonomía de gestión con respecto a los centros, servicios y establecimientos del Instituto.

Los servicios corporativos del Instituto Catalán de la Salud organizan su actividad como centros de servicios compartidos y comunes al Instituto, aprovechando las sinergias y economías de escala de la organización; proponen objetivos en cuanto a la actividad, calidad y eficiencia económica de todos los centros, servicios y establecimientos del Instituto, y evalúan sus resultados, que son públicos.

Los centros, servicios y establecimientos mediante los que actúa el Instituto Catalán de la Salud se organizan bajo el principio de autonomía económica y financiera y de gestión, en el marco de los programas anuales aprobados por el Consejo de Administración del Instituto.

Los estatutos del Instituto Catalán de la Salud deben establecer los criterios generales de creación o modificación de los órganos de gestión de los centros y servicios del Instituto y, sin perjuicio de las facultades otorgadas por la presente Ley al Consejo de Administración y al director o directora gerente en la materia, deben concretar sus normas de organización y funcionamiento.

La creación por parte del Instituto Catalán de la Salud de consorcios y de entidades en cualquier forma admitida en derecho, salvo entes de derecho público y de organismos autónomos, así como la participación en consorcios y entidades ya existentes, requieren el acuerdo de una mayoría absoluta de los miembros del Consejo de Administración previo a la autorización del Gobierno, si procede.

El Consejo de Administración puede delegar competencias en los órganos de dirección de los centros, servicios y establecimientos del Instituto Catalán de la Salud.

Los centros, servicios y establecimientos del Instituto Catalán de la Salud pueden organizarse mediante: Gerencias territoriales que gestionan conjuntamente la atención primaria, la atención hospitalaria y otros servicios sociosanitarios, Unidades de gestión

de atención primaria, Unidades de gestión hospitalaria, otras unidades de gestión con las que se dote al Instituto.

La prestación de servicios del Instituto Catalán de la Salud por cuenta del Servicio Catalán de la Salud se articula a través de un contrato-programa suscrito por ambas entidades, previa aprobación del Gobierno, a propuesta conjunta de los departamentos competentes en materia de salud y de economía y finanzas, y de acuerdo con la normativa de aplicación del sector público de la Generalidad.

El departamento competente en materia de salud, como garante superior del uso eficiente y equitativo de los recursos públicos, debe garantizar que el modelo de contratación con el Instituto Catalán de la Salud responda a las políticas generales que tiene establecidas.

El contrato-programa entre el Servicio Catalán de la Salud y el Instituto Catalán de la Salud debe establecer un programa anual para cada centro, servicio y establecimiento del Instituto, que debe asegurar su suficiencia presupuestaria en caso de aumento inesperado de la demanda o por la complejidad de las prestaciones.

8.2.2. Otros proveedores de asistencia sanitaria del Servicio Catalán de la Salud⁴⁴⁶

8.2.2.1. Otros proveedores de Atención primaria

El principal proveedor de Atención primaria es el Instituto Catalán de la Salud que gestiona más del 80% de los Equipos de Atención Primaria; el resto está gestionado por las siguientes entidades, públicas y privadas (gestión indirecta):

Albera Salut, SL, Althaia Xarxa Assitencial de Manresa, Fundació Privada; Atenció Primària Alt Camp, SLL, Badalona Serveis Assistencials, SA, Centre Sanitari del Solsonès, Fundació Pública Comarcal, CHC Vitae, SA, Consorci Assistencial del Baix Empordà (CABE), Consorci Castelldefels, Agents de Salut (CASAP), Consorci de Serveis a les Persones de Vilanova i la Geltrú, Consorci d'Atenció Primària de Salut Eixample (CAPSE), Consorci Sanitari de l'Anoia, Consorci Sanitari de Terrassa, Consorci Sanitari del Maresme, Consorci Sanitari Integral, Corporació de Salut del Maresme i La Selva, Corporació Sanitària Parc Taulí de Sabadell (CSPT), EAP Dreta de l'Eixample, SLP, EAP Osona Sud-Alt Congost, SLP, EAP Poble Sec, SL, EAP Barcelona Sardenya, SL, EAP Sarría SLP, EAP Vallplasa Atenció Primària, SLP, EAP Vic, SLP, Fundació Centres Assistencials i d'Urgències (CAU), Fundació Hospital de Campdevàrol, Fundació Privada Sagessa-Salut, Fundació Privada Hospital Sant Jaume d'Olot, Fundació Privada Hospital de Puigcerdà, Fundació Salut Empordà, Fundació Privada, Gesclínic, SA, Gestió de Serveis Sanitaris (GSS), Gestió i Prestació de Serveis de Salut (GPSS), Institut Municipal de Prestacions d'Assistència Mèdica al Personal Municipal (PAMEM), Mútua de Terrassa, Mutualitat de Previsió Social a Prima Fixa, Projectes Sanitaris i Socials, SA, Sagessa Assistència Sanitària Social.

⁴⁴⁶http://www10.gencat.cat/catsalut/cat/prov_relacio.htm

8.2.2.2. Empresas públicas

Las empresas públicas posibilitan una gestión autónoma y más flexible de los servicios sanitarios. Su titularidad pertenece a la Generalidad de Cataluña.

Las empresas públicas, con forma de Entidades de Derecho público sometidas a Derecho privado, que colaboran con el Servicio Catalán de la Salud son:

Institut de Diagnòstic per la Imatge, Gestió de Serveis Sanitaris, Institut d'Assistència Sanitària, Gestió i Prestació de Serveis de Salut, Agència d'Informació, Avaluació i Qualitat en Salut, Institut Català d'Oncologia, Banc de Sang i Teixits, Parc Sanitari Pere Virgili

Las empresas públicas, con forma de sociedades mercantiles autonómicas, que colaboran con el Servicio Catalán de la Salud son:

- Energètica d'Instal·lacions Sanitàries, SA
- Sistema d'Emergències Mèdiques, SA

8.2.2.3. Fundaciones

Fundación Hospital de la Santa Cruz y San Pablo

8.2.2. 4. Consorcios

Su creación permite dar una respuesta a unas necesidades concretas de ordenación y de optimización de recursos mediante la compra de servicios por parte de la Generalidad de Cataluña y la aportación de los recursos humanos y la experiencia de gestión de las entidades consorciadas. La lista es la siguiente:

Consorci Hospitalari de Vic, Corporació Sanitària Parc Taulí de Sabadell, Consorci Sanitari de Terrassa, Consorci Sanitari de Barcelona. Regió Sanitària Barcelona Ciutat, Consorci Sanitari Integral, Consorci Sanitari de la Selva, Consorci Sanitari de l'Alt Penedès, Consorci Sanitari del Maresme, Consorci Sanitari de l'Anoia, Consorci del Laboratori Intercomarcal de l'Alt Penedès, l'Anoia i el Garraf, Corporació de Salut del Maresme i la Selva, Consorci Sanitari de Mollet del Vallès, Consorci Mar Parc de Salut de Barcelona.

Para la gestión hospitales en Cataluña existen varios consorcios, con participación de la Generalitat y Ayuntamientos: Consorcio Hospitalario de Cataluña (con participación de Diputaciones, Ayuntamientos, Fundaciones benéfico-privadas), Consorcio de Hospitales de Barcelona (con participación del Instituto Municipal de Asistencia Sanitaria, la Fundación de Gestión Sanitaria del Hospital de la Santa Cruz y San Pablo y el Instituto de Prestación de Asistencia al Personal Municipal), Consorcios Hospitalarios de Vic y Parc Taulí de Sabadell (con participación de la Generalitat, el Ayuntamiento de Sabadell, la Fundación Hospital y Casa de Beneficencia de Sabadell, la Mutua Aseguradora de Sabadell, la Universidad Autónoma de Barcelona y la Caja de Ahorros de Sabadell).

Como consorcios sin participación de la Generalitat están, el Consorcio Sanitario de Mataró (con participación del Ayuntamiento de Mataró y dos entidades sin

ánimo de lucro) y el Consorcio Asistencial del Baix Empordá.

Hay casos de cesión de la gestión de centros de la Generalitat a consorcios: Consorcio Sanitario de Selva y Consorcio Sanitario del Alto Penedés. Los dos pertenecen al Servicio Catalán de la Salud.

Otros consorcios del Servicio Catalán de la Salud son los siguientes: Consorcio Sanitario de Terrasa, Unidad de Diagnóstico por la Imagen de Alta Tecnología, Consorcio del Laboratorio de L'Anoia, Consorcio para la Gestión del Hospital de la Creu Roja, de L'Hospitalet de Llobregat.

8.3. Agencia de Calidad y Desarrollo Profesional en Salud

Decreto-ley 4/2010, de 3 de agosto, de medidas de racionalización y simplificación de la estructura del sector público de la Generalidad de Cataluña, mediante su art. 2, crea la Agencia de Calidad y Desarrollo Profesional en Salud.

Su objetivo, no es de gestión de asistencia sanitaria, sino generar conocimiento relevante para contribuir a la mejora de la calidad, seguridad y sostenibilidad del sistema de salud de Cataluña que faciliten la toma de decisiones a la ciudadanía, a los profesionales y a los gestores del ámbito de la salud, y a los órganos responsables de la planificación en salud, así como facilitar la integración de los profesionales sanitarios en el sistema y su corresponsabilidad en la consecución de las finalidades comunes y la calidad de la atención.

La Agencia se adscribe al Departamento de Salud y es una Entidad de derecho público de la Generalidad, con personalidad jurídica propia, autonomía administrativa y financiera y plena capacidad de obrar. La Agencia somete su actividad en las relaciones externas, con carácter general, a las normas del derecho civil, mercantil y laboral que le sean aplicables, si bien también se someten en determinados aspectos al derecho público.

La Agencia de Calidad y Desarrollo Profesional en Salud se estructura en los siguientes órganos: De gobierno y gestión (Consejo de Administración y Director), de participación (Consejo de Participación) y Consultivo y de asesoramiento (Consejo Asesor).

8.4. Portal Salut i Qualitat de Vida, S.A.

Es una sociedad mercantil autonómica.

8.5. Colaboración con la iniciativa privada

Anteriormente se dijo que, para el ejercicio de las funciones de gestión, el Servicio Catalán de la Salud puede establecer acuerdos, convenios, conciertos o fórmulas de gestión integrada o compartida con entidades públicas o privadas.

Además de los proveedores privados de Atención primaria del Servicio Catalán de la Salud, a los efectos de alcanzar una óptima ordenación hospitalaria que permita la adecuada homogeneización de las prestaciones y la correcta utilización de los recursos

humanos y materiales en lo relativo a este nivel de asistencia, los centros y establecimientos hospitalarios integrados en el Servicio Catalán de la Salud, así como aquellos otros que satisfacen regularmente necesidades del sistema sanitario público de Cataluña mediante los convenios pertinentes, constituyen la red hospitalaria de utilización pública como instrumento dirigido a la prestación de la asistencia sanitaria pública a aquellos pacientes que requieran atención hospitalaria aguda.

El Servicio Catalán de la Salud, solo con carácter excepcional y por un tiempo limitado, podrá establecer convenios con los centros hospitalarios que no pertenezcan a la red para la atención de enfermos agudos de cobertura pública, en aquellos supuestos en que los hospitales de la red no sean suficientes (art. 43 Ley 15/1990)

Sobre cooperativas es Ley 18/2002, de 5 de julio, de Cooperativas de la Comunidad Autónoma de Cataluña, la que las regula. Su art. 112 se refiere a las sanitarias.

Son cooperativas sanitarias las cooperativas de seguros cuya actividad empresarial consiste en cubrir riesgos relativos a la salud de los socios o asegurados y de sus beneficiarios.

Su régimen jurídico se rige por la Ley 18/2002, por la legislación vigente sobre seguros privados, en lo referente a las cooperativas de seguros a prima fija, y la normativa en materia de entidades de seguro libre de asistencia médica y farmacéutica.

Son también cooperativas sanitarias, a efectos de la Ley 18/2002, las constituidas por personas físicas y jurídicas con el objeto de promover, equipar, administrar, sostener y gestionar hospitales, clínicas, centros de atención primaria y establecimientos análogos destinados a prestar asistencia sanitaria a sus beneficiarios y familiares y, si procede, a su personal trabajador. Se aplican a estas cooperativas, además de la legislación sanitaria, los preceptos de Ley 18/2002, relativos a las cooperativas mixtas de consumidores y usuarios y de trabajo asociado, y, si procede, a las cooperativas mixtas, con las especificaciones que puedan fijarse por reglamento, atendiendo a la especialidad del servicio que prestan.

La cooperativa de segundo grado que integre al menos a una cooperativa sanitaria puede incluir el término «sanitaria» en la denominación. Las cooperativas sanitarias de segundo grado pueden estar integradas por entidades de naturaleza no cooperativa sin ánimo de lucro, si la estructura, los fines y la organización de estas entidades están relacionados con un propósito sanitario viable que justifique la cooperativización de actividades en el respectivo ámbito de actuación. El número de entidades no cooperativas socias no puede exceder de la mitad del total de los miembros de la cooperativa en la que se integran.

Cataluña ha sido pionera en la utilización de fórmulas de CPP. Su origen está en la necesidad de inversión en infraestructuras y financiación, alternativa al endeudamiento tradicional presupuestario.

Hasta 2003, se utilizó la creación de sociedades y entidades mercantiles dependientes de la Administración que actuaban en su nombre y cuenta, como fórmula que permitiera el cómputo de las operaciones fuera del balance de la Administración.

También se utilizaron otras dos modalidades que permitían, al menos, diferir el pago de las infraestructuras: el modelo alemán⁴⁴⁷ y el censo enfitéutico⁴⁴⁸.

A partir de la Decisión de Eurostat ya comentada, desde el 2005, se utilizan tres fórmulas de CPP en Cataluña: la concesión, el derecho de superficie y el arrendamiento operativo. En general, en esta Comunidad Autónoma, se ha utilizado el modelo concesional para las infraestructuras, y las otras dos figuras para equipamientos (comisarías, juzgados, instituciones penitenciarias,...). Pero son los contratos de derechos de superficie⁴⁴⁹, los que caracterizan el modelo de contratación catalán.

El arrendamiento operativo⁴⁵⁰ ha sido un modelo de colaboración público-privada, muy utilizado, que se ha aplicado sobre todo en aquellos casos en los cuales, por la naturaleza de la operación, no se ha podido recurrir a la concesión de obra pública por la imposibilidad de que hubiera una explotación económica de la obra. Se ha ido extendiendo para infraestructuras que prestan un servicio a la ciudadanía, como por ejemplo, los hospitales.

El arrendamiento operativo es un contrato mixto, pues tiene dos elementos necesarios. Por un lado, el encargo de construcción o reparación de una infraestructura y, por el otro, su arrendamiento a la Administración encomendada. Un tercer elemento, no imprescindible, es el otorgamiento de un derecho de superficie en el terreno en el que va a construir, algo que en algunas ocasiones se sustituye por el censo enfitéutico.

En esta modalidad de contratación se mezclan aspectos del derecho de bienes públicos, otros que afectan a la prestación de servicios y, finalmente la regulación relativa al arrendamiento de bienes. Por tanto, tiene un régimen jurídico acotado en cada una de sus partes. Su régimen no está expresamente contemplado en la norma, pero

⁴⁴⁷Con el modelo alemán, la obra se financia por el empresario privado durante su ejecución, y se emite una certificación única que incluye el coste total de la obra y los costes financieros, en el momento de puesta a disposición de la Administración. La ley sólo permitía su utilización más que para grandes infraestructuras viales, ferroviarias e hidráulicas y el pago no se podía alargar más de 10 años.

⁴⁴⁸Esta figura proviene del Derecho civil, articulándose un contrato que consiste en la prestación periódica dineraria de carácter anual vinculada a la propiedad de un inmueble o finca, que garantiza el pago. La Administración constituye un censo sobre un terreno o inmueble de su propiedad o en construcción, a favor de un tercero, normalmente una entidad financiera, que le aporta los recursos necesarios a cambio del pago de una renta durante el período acordado. En este caso, el reconocimiento del gasto en los presupuestos se corresponde con el pago anual de la renta.

⁴⁴⁹El contrato de derecho de superficie, proviene del Derecho civil, que lo caracteriza como derecho real sobre un terreno ajeno, que atribuye la propiedad separada de las construcciones que estén incluidas en el mismo por un periodo máximo de 99 años. Implica la construcción del inmueble por la empresa adjudicataria, arrendamiento a la Administración por un canon según pliego de condiciones, y transferencia de la propiedad una vez transcurrido el plazo previsto en el contrato. Este tipo de contrato puede llevar aparejada la gestión del centro y/o de servicios complementarios; en el ámbito catalán, la gestión del servicio principal se conserva en manos de la Administración. Al operador privado le corresponde la financiación de la actuación, asumiendo el riesgo inherente de la construcción y el riesgo de inflación. La Administración se reserva la potestad de auditar anualmente el nivel de disponibilidad y calidad del servicio de mantenimiento ofrecido por la adjudicataria. Los contratos no se consolidan en los presupuestos públicos, pues el adjudicatario, asume el riesgo de construcción y el de disponibilidad en los términos establecidos por Eurostat y SEC-95, pero que generarán importantes gastos a la Administración durante un importante número de años desde el punto de vista de seguimiento y control.

⁴⁵⁰GONZALEZ GARCÍA, J.V., "Contrato de colaboración público-privada", Revista de Administración Pública, nº 170, Madrid, mayo agosto, 2006, págs. 7-39.

es reconocible.

El arrendamiento operativo, responde a razones estrictamente presupuestarias, como mecanismo para eludir el aumento del déficit público. Ha de tenerse en cuenta que no está considerado un gasto de inversión, sin como un pago por la prestación de un servicio, con la consideración de gasto en consumo final de la Administración Pública.

Se produce una transferencia de riesgos al contratista con la retención de las potestades básicas de dirección del proyecto, que suele querer retener la Administración.

Los elementos básicos del arrendamiento operativo son los siguientes:

El primer elemento lo constituye el hecho de que la Administración encomienda la construcción de la infraestructura a un tercero con la finalidad de que se lo alquile con posterioridad al ente público o, en su defecto, que el arrendamiento sea con posterioridad a que se haya procedido a la renovación de un edificio ya construido. En este elemento radica una dificultad para la desconsolidación contable: el edificio se ha de construir para satisfacer las necesidades de la Administración, lo que hace que deba examinar las soluciones propuestas por el contratista; y además como el diseño y la dirección del proyecto han de recaer en el particular, la Administración lo va a aceptar con reservas con frecuencia y va a intentar retener la dirección técnica de la obra. En todo caso, las decisiones esenciales tienen que ser asumidas por el particular. Un control total por parte de la Administración conduce a la figura del arrendamiento financiero, que tiene el efecto inverso al arrendamiento operativo, en la medida que sí se consolida a efectos del déficit público.

Las Administraciones Públicas, retienen el poder de comprobación de la adecuación del proyecto que se va a ejecutar a las necesidades administrativas, y también se reserva facultades de inspección y verificación durante la ejecución que finaliza con la aprobación del resultado final del proyecto, a lo que proporciona la forma de condición resolutoria del contrato.

El arrendador adoptará las decisiones para satisfacer el encargo administrativo, y además asumirá todos los riesgos en relación con la financiación, sobre la cual no cabrá ni siquiera el aval de la Administración que ha realizado el encargo.

El segundo elemento consiste en que la entidad constructora debe arrendarlo a la Administración pública en perfectas condiciones de uso para la finalidad que se pretende, incluido el equipamiento interior, en las condiciones previstas en el contrato. Estamos así, ante un contrato de arrendamiento de bienes, pero que tiene añadidos elementos complementarios del contrato de servicios, en los que el arrendador se obliga a dos prestaciones: a la cesión del uso del inmueble y a mantener el edificio en perfectas condiciones de utilización, proveyendo incluso el equipamiento para el mismo. Y la prestación de servicios complementarios, como son los de limpieza, catering, lavandería o cafetería, según contrato.

En el arrendamiento operativo para conseguir el efecto de la desconsolidación, suelen existir dos tipos de remuneraciones al contratista: una fija y otra variable, que depende del nivel de calidad con el que se está prestando el servicio, lo que obliga, paralelamente, a una concreción de los niveles de calidad y a una fijación de cómo

incide cada uno de ellos en las retribuciones del contratista. Y, además, la prestación del servicio se efectúa a riesgo y ventura del contratista.

Un tercer elemento del arrendamiento operativo, es que durante la vida del contrato, el bien permanece en manos de la entidad arrendadora. Para la Administración tiene la consecuencia de que se pueda producir la desconsolidación del coste de la construcción y mantenimiento. Para el arrendador tiene la utilidad de que las condiciones económicas de construcción sean las mejores, fruto de unas mayores garantías, a lo que coadyuva, evidentemente, el hecho de estar arrendando a un ente público por un período prolongado.

Este último elemento nos lleva a uno de los problemas más relevantes, desde el punto de vista de la estabilidad presupuestaria: el destino del bien, una vez finalizado el contrato.

Cabrían tres opciones para el arrendador y arrendatario:

- El abandono del bien por parte de la Administración, y que el arrendador le proporcione un nuevo destino.
- Que se efectúe una prórroga o la renegociación del contrato de arrendamiento operativo entre el arrendador y la Administración.
- Finalmente, la Administración puede adquirir el bien por un precio de mercado - por un precio simbólico, ocurre en el arrendamiento financiero- , ya que con los pagos que ha efectuado no ha abonado nada del valor del inmueble, sino que ha sido la contraprestación por el derecho a utilizarlo.

El único supuesto en el que sí está determinado el destino del bien es cuando el contrato de arrendamiento operativo, está vinculado al otorgamiento de un derecho de superficie por la Administración para que en la finca cedida se proceda a la edificación. En este caso, de acuerdo con el régimen del derecho de superficie, el bien pasa a propiedad de la Administración, en aplicación del art. 40 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba Texto Refundido de la Ley de Suelo.

Una peculiaridad de la legislación catalana establece la posibilidad de constituir Entidades de base asociativa⁴⁵¹, que son entidades con personalidad jurídica propia que pueden contratar, mediante concurso público, con Servicio Catalán de la Salud la provisión de Atención sanitaria, que las acredita previamente, y que están constituidas total o mayoritariamente por profesionales sanitarios (dando prioridad a aquellos que están adscritos al Servicio Catalán de Salud, en donde quedarán en excedencia voluntaria).

El proveedor mayoritario de Atención primaria es público, en concreto, el Institut Català de la Salut (ICS), existiendo además otros tipos de proveedores como los consorcios y las sociedades privadas. En este último grupo se incluyen las Entidades de base asociativa, como proveedoras de Atención primaria, o sanitaria en general.

El contrato entre el SCS y la Entidad de provisión es la herramienta que articula la relación. Este vínculo está basado en el plan de salud del SCS con el objetivo de que

⁴⁵¹LEDESMA, A., “Entidades de base asociativa: un modelo de provisión asistencial participado por los profesionales sanitarios. Valoración actual y retos del futuro”, Revista de Administración Sanitaria, 2005; 3(1), págs. 73-81.

la provisión siga la política sanitaria definida y se adecue a las demandas y necesidades de salud de la población ubicada en la ZBS.

La disp. adicional 10 de la Ley 15/1990, de 9 de julio, establece que el Servicio Catalán de la Salud y, si procede, las regiones sanitarias, de acuerdo con lo que disponen los artículos 7.2 y 22.2 y 3 de esa Ley, pueden establecer contratos para la gestión de centros, servicios y establecimientos de protección de la salud y de atención sanitaria y sociosanitaria con Entidades de base asociativa legalmente constituidas, con personalidad jurídica propia, total o mayoritariamente por profesionales sanitarios con prioridad los que se encuentran comprendidos en cualquiera de los colectivos de personal a que se refiere el artículo 49.1 de dicha Ley (Servicio Catalán de la Salud).

Las Entidades de base asociativa deben contar con la correspondiente acreditación, que se otorgará previa comprobación del cumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto 309/1997, de 9 de diciembre por el que se establecen los requisitos de acreditación de las Entidades de base asociativa para la gestión de centros, servicios y establecimientos de protección de la salud y de atención sanitaria y socio sanitaria.

En cuanto a su naturaleza jurídica, las Entidades deben revestir cualquiera de las siguientes fórmulas: Sociedad anónima, Sociedad de responsabilidad limitada, Sociedad laboral y Cooperativa.

Al menos el 51% del capital social de la entidad debe pertenecer a los profesionales sanitarios comprendidos en el Servicio Catalán de la Salud. Esos profesionales deben tener una relación laboral o de prestación de servicios con la Entidad, formalizada adecuadamente, como mínimo, por un tiempo no inferior al de la vigencia del contrato para la gestión de servicios sanitarios o sociosanitarios que se suscriba con el Servicio Catalán de la Salud. Ninguno de los profesionales sanitarios puede tener una participación superior al 25%.

Las personas físicas que no sean profesionales sanitarios que presten sus servicios en la Entidad o las personas jurídicas únicamente podrán participar, como máximo, con un 49% del capital social de la entidad. En el caso de participación de personas jurídicas, estas deberán tener como objeto social la gestión o la prestación de servicios sanitarios o sociosanitarios. Cada una de esas personas físicas o jurídicas, no pueden tener, individualmente, una participación superior al 25% del capital social de la entidad.

A la constitución de la Entidad le sigue el diseño de un proyecto de gestión de servicios, el concurso público para la adjudicación del servicio y el desarrollo del proyecto y de los servicios contratados. El Servicio Catalán de la Salud establece los mecanismos de control y auditoría. Las entidades deben disponer de un reglamento de régimen interno.

Un 4% de la población de Cataluña, recibe la prestación de Atención primaria bajo estas Entidades.

9. EXTREMADURA

9.1. Sistema Sanitario Público de Extremadura

Se establece y regula en Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud de Extremadura.

9.1.1. Ordenación del Sistema Sanitario Público de Extremadura

El Sistema Sanitario Público de Extremadura se ordena en demarcaciones territoriales denominadas Áreas de Salud, dentro de las cuales se dispondrá de las dotaciones necesarias para prestar atención primaria, atención especializada y atención sociosanitaria. Su organización deberá asegurar la continuidad de la atención en sus distintos niveles y promoverá la efectiva aproximación de los servicios al usuario y la coordinación de todos los recursos sanitarios y sociosanitarios, públicos y privados.

El Área de salud, como estructura básica del Sistema Sanitario Público de Extremadura, constituye el ámbito de referencia para la financiación de las actuaciones sanitarias que en ellas se desarrollan. Asimismo, sus órganos de gobierno potenciarán la coordinación de los recursos sanitarios con los dispositivos de acción social.

La Junta de Extremadura puede establecer otras demarcaciones de carácter funcional como ámbitos de actuación de otros centros, servicios o establecimientos, públicos o de cobertura pública, que, debido a su mayor o menor nivel de especialización o de innovación tecnológica, deban tener asignado un territorio de actuación distinto al del área.

Para conseguir la máxima operatividad y eficacia en el funcionamiento de los servicios de atención primaria, las áreas de salud se dividen en zonas de salud.

La gestión y administración de los recursos y ejecución de los programas del área de salud, se realizará de forma descentralizada, con las debidas garantías de coordinación, solidaridad, evaluación, seguimiento y participación; así como de consecución de los objetivos generales del Sistema.

La Organización de las Áreas de Salud cuenta con los siguientes órganos de gobierno y participación: El Consejo de Dirección de Área, órgano de dirección; la Gerencia de Área, órgano de gestión y coordinación de los recursos del área de salud, existiendo al frente de la misma un Gerente de Área; el Consejo de Salud de Área,

Para la dirección y coordinación de las acciones y dispositivos de Salud Pública de la Administración Sanitaria, en el ámbito del Área de Salud, se nombrará, por el titular de la Consejería competente en materia sanitaria, un Director de Salud de Área.

La zona de salud es el marco territorial y poblacional de la atención primaria, que constituye una demarcación sanitaria única que engloba los diferentes núcleos poblacionales asignados a cada equipo de atención primaria. Asimismo, contará con un Consejo de Salud de Zona, como órgano colegiado de participación y coordinación entre las corporaciones locales y el equipo de atención primaria. En cuanto a la ordenación funcional, el Sistema Sanitario Público de Extremadura, a través de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus respectivas competencias, desarrolla las

siguientes actuaciones: salud pública, asistencia sanitaria, docencia e investigación, formación, salud laboral, evaluación y mejora continua de la calidad de los servicios sanitarios, rehabilitación funcional y reincorporación social.

Los niveles de atención de servicios sanitarios del Sistema Sanitario Público de Extremadura, se ordenarán en Atención primaria y Atención especializada, que servicios sanitarios y sociosanitarios de responsabilidad pública con el fin de alcanzar una homogeneidad de objetivos y un máximo aprovechamiento de recursos.

Los componentes del Sistema son los centros servicios y establecimientos y los recursos humanos.

El Sistema Sanitario Público de Extremadura está compuesto por los centros, servicios y establecimientos sanitarios públicos integrados en el Servicio Extremeño de Salud o adscritos al mismo; los centros, servicios y establecimientos sanitarios de organismos, empresas públicas o cualesquiera otras entidades públicas admitidas en derecho, adscritos a la Administración Sanitaria de la Junta de Extremadura; los de las corporaciones locales, y cualesquiera otras Administraciones territoriales intracomunitarias.

Asimismo, podrán formar parte del Sistema Sanitario Público de Extremadura: Los centros, servicios y establecimientos sanitarios de otras Administraciones Públicas, en los términos que prevean los respectivos acuerdos o convenios suscritos al efecto; los que se adscriban al mismo en virtud de un concierto o convenio singular de vinculación; cualesquiera otros que pueda crear o recibir por cualquier título la Comunidad Autónoma.

El personal al servicio del Sistema Sanitario Público de Extremadura estará formado por el personal de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura que preste sus servicios en el Sistema Sanitario Público de Extremadura, el personal de otras Administraciones Públicas que se adscriba para prestar servicios en el Sistema Sanitario Público de Extremadura y el personal que se incorpore al mismo de acuerdo con la normativa vigente.

9.1.2. Participación en el Sistema Sanitario Público de Extremadura

Los órganos de participación son los siguientes:

- Consejo Extremeño de Salud: Al objeto de promover la participación democrática de la sociedad en el Sistema Sanitario Público de Extremadura, se constituye el Consejo Extremeño de Salud, adscrito a la Consejería competente en materia de sanidad, como órgano colegiado superior de carácter consultivo, de participación ciudadana y de formulación y control de la política sanitaria en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

- Consejo Regional de Pacientes de Extremadura: Con la finalidad de promover la participación formal de los pacientes en el Sistema Sanitario Público de Extremadura, se crea el Consejo Regional de Pacientes de Extremadura, adscrito a la Consejería competente en materia de sanidad, como órgano colegiado de carácter consultivo, de participación comunitaria y de coordinación en relación con las actividades que

desarrollan las asociaciones de pacientes en la Comunidad Autónoma de Extremadura. El Consejo Regional de Pacientes de Extremadura tendrá como objetivo general promover la coordinación, articulación, planificación estratégica, gestión y evaluación de las actividades relacionadas con la participación de las instituciones de pacientes y familiares de afectados con ámbito de actuación en la Comunidad Autónoma de Extremadura en el Sistema Sanitario Público de Extremadura.

- Consejos de Salud de Área y Zona: En cada Área de salud se establecerá un Consejo de Salud de Área, como órgano colegiado de consulta y participación, con la finalidad de contribuir, dentro de su ámbito, en la mejora de la actuación sanitaria. En cada zona de salud se establecerá un Consejo de Salud de Zona, como órgano colegiado de participación ciudadana.

- Otros órganos de participación: Por la Junta de Extremadura se podrán establecer órganos de participación a otros niveles de la organización funcional del Sistema Sanitario Público de Extremadura, con la finalidad de asesorar a los correspondientes órganos directivos e implicar a las organizaciones sociales y ciudadanas en el objetivo de alcanzar mayores niveles de salud. Estos órganos de participación podrán incluir, entre otros, a colegios profesionales, sociedades científicas y asociaciones, así como a personas de reconocido prestigio en el ámbito de las Ciencias de la Salud.

9.2. Régimen jurídico de los órganos, organismos y entidades públicas con competencias en gestión directa y prestación de servicios sanitarios

9.2.1. Servicio Extremeño de Salud

Este Organismo se crea por la Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud de Extremadura (art. 57).

El Servicio Extremeño de Salud, es Organismo autónomo de carácter administrativo, cuyo fin es ejercer las competencias de administración y gestión de servicios, prestaciones y programas sanitarios que le encomiende la Administración de la Comunidad Autónoma.

Está dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, de tesorería propia y facultades de gestión del patrimonio afecto, para el cumplimiento de sus fines y adscrito a la Consejería competente en materia sanitaria.

El Servicio Extremeño de Salud se regirá por el Título V de la Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud de Extremadura y demás disposiciones que la desarrollan, por la Ley 5/2007, de 19 de abril, General de Hacienda Pública de Extremadura y por las demás disposiciones que resulten de aplicación.

Estructura

Son órganos del Servicio Extremeño de Salud, los siguientes (Art. 60 Ley 10/2001):

- De dirección y gestión: El Director Gerente.
- De control y participación en la gestión: El Consejo General.
- De coordinación: El Consejo de Dirección.
- Los órganos, organismos, servicios y unidades que se determinen estatutariamente.

Funciones

El Servicio Extremeño de Salud, bajo la supervisión y control de la Consejería competente en materia de sanidad, desarrollará las siguientes funciones (Art. 59.1 Ley 10/2001): Planificación, organización, dirección y gestión de los centros y de los servicios sanitarios adscritos al mismo, y que operen bajo su dependencia orgánica y/o

funcional y de los recursos humanos, materiales y financieros que le estén asignados para el desarrollo de las funciones que tenga encomendadas.

El Servicio Extremeño de Salud, oído el Consejo Extremeño de Salud, podrá elevar a la Consejería competente en materia de sanidad, para su aprobación por los órganos competentes, propuestas para la constitución de consorcios de naturaleza pública u otras fórmulas de gestión integrada o compartida con entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro, con intereses comunes o concurrentes, que podrán dotarse de organismos instrumentales, así como la propuesta de creación o participación en cualquiera otras entidades públicas admitidas en derecho, cuando así convenga a la gestión (Art. 59.2 Ley 10/2001).

El personal del Servicio Extremeño de Salud estará integrado por el personal de la Administración de la Comunidad Autónoma que preste sus servicios en el citado organismo, el personal procedente de otras Administraciones Públicas y demás entidades que se le adscriba o transfiera, el personal que se incorpore al mismo, de acuerdo con la normativa vigente.

La clasificación y el régimen jurídico del personal del Servicio Extremeño de Salud deberán regirse por las disposiciones que respectivamente le sean aplicables, atendiendo a su procedencia y a la naturaleza de su relación de empleo, teniendo en cuenta la legislación básica del Estatuto Marco y del Estatuto Básico del Empleado Público.

Corresponde al Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura establecer la política global del personal del Servicio Extremeño de Salud, así como ejercer la superior dirección y coordinación del mismo.

El Servicio Extremeño de Salud ejercerá, en relación con el personal adscrito al mismo, todas las competencias que, en materia de personal, la legislación sobre Función Pública de Extremadura atribuye a los órganos superiores de la función pública extremeña, con excepción de la oferta de empleo público y cualquier otra que pudiera derivarse de lo dispuesto en el párrafo precedente, o se estableciera anualmente en la Ley de Acompañamiento de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

El Decreto 12/2007, de 23 de enero, regula el sistema de selección de personal estatutario y de provisión de plazas básicas y singularizadas del Servicio Extremeño de Salud y el Decreto 152/2006, de 31 de julio, regula la provisión de puestos de trabajo de Jefes de Servicio y de Sección de carácter asistencial de Atención Especializada del Servicio Extremeño de Salud.

9.3. Fundación para la Formación y la Investigación de Profesionales de las Ciencias de la Salud de Extremadura (FUNDESALUD)

Está adscrita a la Consejería de Salud y Política Social, siendo sus fines fomento de la Investigación, Desarrollo e Innovación y desarrollar programas de actividades docentes para los profesionales de la salud.

Se rige por dispuesto en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones; la Ley 1/2008, de 22 de Mayo, de Creación de Entidades Públicas de la Junta de Extremadura y de la Ley 5/2007, de 19 de abril, General de Hacienda Pública de la

Comunidad Autónoma de Extremadura y sus Estatutos. Es una Fundación del sector público sin ánimo de lucro.

Por su naturaleza y, según establece el ordenamiento jurídico bajo el que se inscribe, está sujeta a derecho civil, a tenor de lo dispuesto en la Disposición Final Primera de la Ley 50/2002.

Será de aplicación en la Constitución, actividad y extinción de la Fundación el ordenamiento civil, jurídico-administrativo y tributario vigente en cada momento, la voluntad del fundador manifiesta en los estatutos y las normas de carácter interno que en interpretación y desarrollo de los mismos establezca el Patronato en el ejercicio de sus atribuciones.

Para las actuaciones de carácter internacional serán de aplicación cuantas leyes, normas y acuerdos internacionales existan en la materia de competencia de la Fundación y por ende en las actuaciones que lleve a cabo fuera del territorio nacional, atribuido a este tipo de entidades.

En su estructura hay que distinguir, el Patronato, el Director Gerente, la Unidad de Administración, Recursos humanos y Calidad, y la Unidad de I + D + I e Investigación.

9.4. Colaboración con la iniciativa privada

Se regula también en la Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud de Extremadura, arts. 74 a 78.

La colaboración con el servicio extremeño de salud se instrumentará a través de conciertos para la prestación de servicios sanitarios.

Los conciertos para la prestación de servicios sanitarios son los suscritos entre la Administración Sanitaria y las entidades públicas y privadas titulares de centros, servicios y establecimientos sanitarios. Se regirán por lo dispuesto Ley 10/2001, por la Ley General de Sanidad y supletoriamente por lo establecido en la normativa vigente sobre contratación administrativa.

La suscripción de conciertos con entidades, empresas o profesionales ajenos al servicio extremeño de salud para la prestación de servicios sanitarios y sociosanitarios se realizará en igualdad de condiciones de eficacia, eficiencia y calidad, teniendo en cuenta los principios de subsidiaridad, complementariedad, optimización y adecuada coordinación en la utilización de recursos públicos y privados, y teniendo en cuenta las necesidades de atención sanitaria en cada momento.

Las entidades y organizaciones sin ánimo de lucro tendrán consideración preferente para la suscripción de conciertos, en los términos expresados en el apartado anterior. Sobre cooperativas, es la Ley 2/1998, de 26 de marzo, de Sociedades de Cooperativas de Extremadura, es la vigente. Su art. 143 regula las sociedades cooperativas sanitarias.

La actividad sanitaria podrá ser objeto de una sociedad cooperativa bien de trabajo asociado, bien de consumo directo de la asistencia sanitaria, bien de seguros.

En todo caso, las sociedades cooperativas sanitarias deberán someterse al régimen propio de su actividad y a la peculiar regulación de su clase de sociedad cooperativa.

10. GALICIA

10.1. Sistema Público de Salud de Galicia

Se establece y regula en la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia.

10.1.1. Ordenación del Sistema Público de Salud de Galicia

El Sistema Público de Salud de Galicia se estructura territorialmente en Áreas y zonas sanitarias articuladas en el Mapa sanitario de Galicia.

Las Áreas Sanitarias constituyen la demarcación territorial equivalente a las áreas de salud contempladas en el art. 56 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad.

Corresponde a las Áreas sanitarias la gestión integrada de los recursos sanitarios asistenciales públicos de su ámbito territorial, así como de las prestaciones y programas sanitarios que éstas desarrollen.

Las zonas sanitarias son divisiones funcionales de las Áreas y constituyen las unidades elementales de prestación de los servicios sanitarios. Estas zonas facilitan la gestión en las áreas de salud y representan los territorios básicos de actuación de las diferentes unidades que prestan servicios sanitarios.

En las provincias, otros dispositivos territoriales sanitarios previstos, son las actividades y servicios sanitarios no asistenciales que darán cobertura a las diferentes áreas sanitarias.

El Sistema Público de Salud de Galicia, funcionalmente, se organiza en dos niveles: Atención Primaria y Atención Especializada.

10.1.2. Participación social

Con arreglo a lo establecido en los arts. 9.2 y 129.1 de la CE y en los arts. 5 y 53 de la LGS, así como en el art. 13 de la Ley 8/2008, la ciudadanía de la Comunidad Autónoma gallega tiene el derecho a participar, a través de los órganos de participación comunitaria, en la gestión del Sistema Público de Salud de Galicia, en las cuestiones que afecten directamente a la calidad de vida o al bienestar general y, en concreto, en la formulación de la política sanitaria y el control de su ejecución.

En cuanto a los órganos y fórmulas de participación social la Ley 8/2008, contempla el Consejo Gallego de Salud y, en el ámbito de cada Área Sanitaria, los Consejos de Salud de Área. Son órganos que desarrollan funciones consultivas y de asesoramiento en el planteamiento de planes y objetivos generales en el ámbito territorial respectivo, así como en el seguimiento y evaluación de los resultados de ejecución.

Además, la Ley contempla otras fórmulas de participación social e individual tales como las comisiones de participación ciudadana y el voluntariado.

Las comisiones de participación ciudadana son órganos que asesoran a los correspondientes órganos directivos e implican a las organizaciones sociales y ciudadanas en el objetivo de conseguir mayores niveles de salud.

Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 3/2000, de 22 de diciembre, de voluntariado social de Galicia, y en la Ley 3/2003, de 19 de junio, de cooperación para el desarrollo, o en otras normas sectoriales, en el ámbito estrictamente sanitario podrá reconocerse la colaboración desinteresada, individual o colectiva, dentro del Sistema Sanitario Público de Salud de Galicia, entendida como la expresión de un compromiso libre y altruista con la sociedad, que se desarrolla individualmente o dentro del marco de aquellas organizaciones sociales cuyo objetivo sea la mejora de la calidad de vida, que no tengan afán de lucro y que estén integradas principalmente por voluntarios y voluntarias o cooperantes.

La colaboración de las organizaciones de voluntarios y voluntarias o cooperantes con las organizaciones sanitarias adscritas o vinculadas a la Consellería de Sanidad podrá instrumentarse, en su caso, a través de convenios, conciertos, programas de subvenciones, etc., de conformidad con la naturaleza de la colaboración que pretenda establecerse. Ninguna colaboración, individual o colectiva, implicará relación laboral con la Administración sanitaria.

El Foro de Participación Institucional de Sanidad se configura como el marco de la participación institucional de las organizaciones sindicales y empresariales intersectoriales gallegas más representativas. A efectos de la Ley 8/2008, se entiende por participación institucional el ejercicio de tareas y actividades de promoción y defensa en el seno de la Administración autonómica, sus organismos y empresas públicas de los intereses generales, comunes, sectoriales e intersectoriales que corresponden a todos los trabajadores y trabajadoras y a los empresarios y empresarias.

El Foro de Participación Institucional de Sanidad estará conformado, bajo el criterio de proporcionalidad en relación a su representatividad, por las organizaciones sindicales y empresariales intersectoriales más representativas en el ámbito de Galicia, junto con representantes de la Administración sanitaria gallega. Será, por tanto, tripartito y paritario.

10.2. Instrumentos de gestión de la Consellería de Sanidad y de los organismos dependientes de la misma y contratos de gestión

Con respecto al modelo organizativo, la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia mantiene el criterio de separar la planificación, la financiación y la evaluación de la gestión del Sistema Público de Salud de Galicia. Las tres primeras, corresponden a la Consellería de Sanidad, y la ejecución de las prestaciones que le competen al Servicio Gallego de Salud y otros proveedores de servicios sanitarios.

Según esa Ley - Art. 97 Ley 8/2008- , la modernización del Sistema Público de Salud de Galicia requiere la introducción de modelos de gestión que dinamicen el servicio público y garanticen un marco de innovación tecnológica adecuado, a fin de obtener la mayor rentabilidad social. Para ello, se prevé la introducción de fórmulas organizativas con una visión horizontal e integradora de los procesos asistenciales y, además, se adoptan las medidas que fomenten la coordinación, colaboración y cooperación.

Estas fórmulas organizativas tienden a superar la compartimentación existente, especialmente en los hospitales, y en la relación Atención primaria-especializada, fruto de la progresiva especialización y de la fragmentación del trabajo, haciendo compatible éste con una atención horizontal de las necesidades asistenciales de los pacientes, es decir mejorando la continuidad asistencial, y facilitando una mayor autonomía de gestión de los centros y establecimientos sanitarios.

Todo instrumento de organización y gestión se articula bajo el principio básico de garantía de la participación real y efectiva de los profesionales en la gestión del centro y/o área sanitaria.

Ley 8/2008 contempla los instrumentos de gestión de la Consellería de Sanidad y de los organismos dependientes de la misma (Art. 77 Ley 8/2008).

Para el ejercicio de sus competencias, la Consellería de Sanidad y los organismos dependientes de la misma podrán:

- Desarrollarlas directamente o a través de organismos autónomos, entes públicos de carácter institucional o agencias públicas vinculadas orgánicamente al Servicio Gallego de Salud o a la Consellería de Sanidad, y con el objetivo posible de crear estructuras específicas vinculadas a criterios técnicos o territoriales para gestiones especializadas (emergencias, transfusión, aprovisionamientos, evaluación de tecnologías, desarrollo de tecnologías de la información, docencia, investigación o para evaluación de sistemas de promoción profesional).

La relación entre dichas entidades, como medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración, con la Consellería de Sanidad o el Servicio Gallego de Salud se regulará, tanto para la prestación de servicios sanitarios como de otros incluidos en su objeto social o finalidad, a través del contrato de servicios sanitarios, los cuales permitirán vincular el funcionamiento de aquéllas y su financiación con los criterios de planificación de la Consellería o del Servicio Gallego de Salud y con las necesidades de los usuarios.

- Podrán delegar funciones en el Servicio Gallego de Salud u otros organismos o entidades adscritos a la Consellería de Sanidad.

- Establecer encomiendas de gestión, acuerdos, convenios o contratos -cualquiera que sea su tipología y modalidad- con entidades públicas o privadas.

- Participar en cualquier otra entidad pública o privada, cuando así convenga a la gestión y ejecución de las competencias asignadas.

Corresponde al Foro de Participación Institucional de Sanidad y al Consejo Gallego de Salud conocer y emitir informe sobre los expedientes de autorización de la constitución o participación de la Comunidad Autónoma en los organismos y entidades de nueva creación o ya existentes.

El Consejo de la Xunta podrá autorizar la constitución o participación de la comunidad autónoma en los organismos y entidades de nueva creación o ya existentes, de acuerdo con lo establecido en la legislación financiera y presupuestaria así como patrimonial de la comunidad autónoma.

Las organizaciones, entidades o centros públicos proveedores de servicios sanitarios tienen las funciones siguientes:

- La planificación, disposición, distribución y gestión de los recursos técnicos, humanos y económicos precisos para cumplir con la prestación de las actividades acordadas con la Consellería.

- La articulación, en su caso, de las áreas de gestión clínica y la garantía en la aplicación de las guías de práctica clínica, vías clínicas, y planes y programas en su área de responsabilidad.

- La celebración de contratos de servicios sanitarios con terceros.

El contrato de servicios sanitarios (Art. 74 Ley 8/2008) es el instrumento mediante el cual se ordenan las relaciones entre la Consellería de Sanidad y los diferentes proveedores de servicios sanitarios, financiados públicamente, para la consecución de los objetivos del Sistema Público de Salud de Galicia.

Del mismo modo, es el instrumento mediante el cual se ordenan las relaciones entre el Servicio Gallego de Salud y las organizaciones, centros, servicios y establecimientos, públicos y privados, para la consecución de los objetivos asistenciales fijados.

El contrato de servicios sanitarios revestirá la forma de protocolos internos de actividad-financiación, contratos, contratos-programa, conciertos, convenios, acuerdos u otros instrumentos de colaboración.

10.3. Régimen jurídico de los órganos, organismos y entidades públicas con competencias en gestión directa y prestación de servicios sanitarios

10.3.1. Servicio Gallego de Salud

Para el adecuado desarrollo de las competencias que en el ámbito sanitario corresponden a la Comunidad Autónoma de Galicia se configura el Servicio Gallego de Salud, creado por la derogada Ley 1/1989, como un organismo autónomo de naturaleza administrativa, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines.

El objetivo del Servicio Gallego de Salud es la provisión de los servicios y prestaciones de atención sanitaria individual de cobertura pública en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia, dentro del marco básico de financiación del Sistema Público de Salud de Galicia, garantizando los derechos sanitarios reconocidos en la presente Ley.

El Servicio Gallego de Salud está adscrito a la Consellería de Sanidad, que ejercerá sobre él las facultades de dirección, vigilancia y tutela y, en particular, el ejercicio de las potestades reglamentarias y de organización que le atribuyen la Ley y las restantes disposiciones que sean de aplicación. Se regirá por lo establecido en el Título VI de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, y, en lo no previsto en ella, por la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia.

En materia de contratación, el servicio se rige por lo recogido en la legislación sobre contratos de las administraciones públicas, y en concreto, la contratación de servicios sanitarios se regirá por sus normas específicas.

El Servicio Gallego de Salud y la totalidad de entidades adscritas al mismo disfrutan de la reserva de nombres y de los beneficios, exenciones y franquicias de cualquier clase y naturaleza que las leyes atribuyen a la Xunta de Galicia y a las entidades públicas encargadas de la gestión de la Seguridad Social.

Integran el Servicio Gallego de Salud los centros, servicios y establecimientos sanitarios y administrativos creados por la Administración de la Xunta de Galicia o procedentes de transferencias, así como las entidades sanitarias de naturaleza pública que se le adscriban.

La previsión del art. 93.2 Ley 8/2008, de que se integrarán, de la manera que reglamentariamente se determine y tras su liquidación, en el Servicio Gallego de Salud o adscritas a la Consellería de Sanidad, según el artículo 77.1 de la Ley 8/2008, las fundaciones públicas sanitarias y las sociedades públicas sanitarias, ambas de carácter asistencial, se ha cumplido, respecto a las fundaciones públicas hospitalarias, con el Decreto 183/2008, de 31 de julio, sobre extinción de éstas.

Estructura

En cuanto a la organización, los Órganos de administración del Servicio Gallego de Salud son (art. 94 Ley 8/2008):

- El presidente del Servicio Gallego de Salud que será la persona titular de la Consellería de Sanidad.
- El consejo de dirección que será presidido por la persona titular de la Consellería de Sanidad o un alto cargo designado por ésta como director-gerente.
- Además tendrá los órganos directivos que reglamentariamente se determine y una estructura periférica.

Funciones

Para la consecución de su objetivo, el Servicio Gallego de Salud desarrolla, bajo la supervisión y control de la Consellería de Sanidad, las funciones gestoras siguientes (art. 94 Ley 8/2008):

- La prestación directa de asistencia sanitaria en sus propios centros, servicios y establecimientos o en los adscritos al servicio y el desarrollo de los programas de actuación sanitaria, así como, la gestión de las prestaciones farmacéuticas y complementarias que corresponda en el ámbito de sus competencias.
- La gestión de la cartera de servicios a que se refiere el apartado anterior.
- El gobierno, dirección y gestión de los centros, servicios y establecimientos sanitarios propios o adscritos al Servicio Gallego de Salud.
- La planificación, coordinación y gestión de los recursos humanos, materiales y financieros asignados al servicio para el cumplimiento de sus fines.
- El desarrollo de programas de calidad y mejora de la práctica clínica y de mejora de gestión. La definición, comunicación y establecimiento de objetivos y garantías de los criterios de gestión de los servicios sanitarios que preste el Servicio Gallego de Salud.
- La celebración de contratos de servicios sanitarios con organizaciones, centros, servicios y establecimientos, públicos y privados, para la consecución de los objetivos asistenciales fijados. La definición, planificación y compra de actividades sanitarias que desarrolle el Servicio Gallego de Salud en cumplimiento de sus fines.
- El establecimiento, gestión y actualización de los acuerdos, convenios y contratos, cualquiera que sea su tipología y modalidad, con terceras entidades titulares de centros, servicios y establecimientos sanitarios.

Ya se ha anticipado, que como instrumentos de prestación de servicios sanitarios, el Servicio Gallego de Salud, podrá utilizar el “contrato de servicios sanitarios” (art. 74 Ley 8/2008). El Decreto 168/2010, de 7 de octubre, por el que se regula la estructura organizativa de gestión integrada del Servicio Gallego de Salud, desarrolla las previsiones contenidas en el artículo 97 de la Ley de salud de Galicia, en lo relativo a la modernización de los instrumentos de organización y gestión. Como dice su preámbulo: “La implantación de este modelo de gestión lleva implícita la creación de estructuras organizativas que con la autonomía necesaria incorporen tanto la gestión clínica como la gestión por procesos mediante la superación de los diferentes niveles asistenciales existentes y la racionalización de los recursos. El desarrollo y la organización de los procesos asistenciales implica la definición del papel que cada profesional tiene frente a la atención al paciente, así como el desarrollo de nuevos procedimientos operativos y de estándares sanitarios que permitan el avance continuo”. El modelo de gestión que se implanta da cumplimiento a los principios rectores y de actuación del sistema público de salud de Galicia y, en consecuencia, sus objetivos son:

El Decreto 168/2010, regula las estructuras de gestión integrada, como instrumento de organización, sin personalidad jurídica, en el ámbito periférico del Servicio Gallego de Salud. Estas estructuras asumirán, con autonomía funcional, de forma integrada la gestión de los recursos, prestaciones y programas de la atención sanitaria, tanto del nivel de Atención primaria como Especializada, así como sociosanitaria y de promoción y protección de la salud.

El ámbito de actuación de las estructuras organizativas de gestión integrada se establecerá en el decreto por el que se cree cada gerencia.

La estructura de gestión integrada estará formada por órganos unipersonales y órganos colegiados (art. 3 Decreto 168/2010):

Los Órganos unipersonales son los siguientes: Gerencia de Gestión Integrada, Dirección de Procesos Asistenciales, Dirección de Recursos Económicos, Dirección de Recursos Humanos y Gerente ejecutivo.

El órgano colegiado de la estructura de gestión integrada será la comisión de dirección y, además, podrán constituirse las comisiones necesarias para asesorar sobre la gestión clínica, gestión por procesos, docencia e investigación, calidad, seguridad y atención a la ciudadanía, y cualquier otro campo que se considere de interés.

La Gerencia de Gestión Integrada, estará bajo la dependencia de la Gerencia del Servicio Gallego de Salud.

10.3.2. Otras entidades de gestión

El apartado 1 de la Disp. Adic. Sexta Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia, establece que el régimen jurídico de las entidades instrumentales adscritas a la Consellería de Sanidad y al Servicio Gallego de Salud se regirán por esa Ley, excepto en lo relativo al personal y a los elementos de su organización, que se regirán por lo dispuesto en la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, y por su normativa específica. La Xunta de Galicia ejerce, respecto de estos organismos, las facultades que su propia normativa le asigne, en su caso, con estricto respecto a sus respectivos ámbitos de autonomía

10.3.2.1. Fundaciones

Se han creado las siguientes fundaciones en el sector sanitario de Galicia:

- Fundación Pública Instituto Galego de Oftalmoloxía
- Centro de Transfusión de Galicia (Fundación Pública dependiente de la Consellería de Salud)
- Fundación Pública Urgencias Sanitarias de Galicia 061
- Fundación Galega de Medicina Xenómica: Se crea al amparo del Decreto 451/2003, de 26 de diciembre. Sus actividades están sujetas a la coordinación y directrices de carácter funcional emanadas de los órganos competentes de la Consellería de Salud y del Servicio Gallego de Salud, organismo autónomo al que se vincula la fundación. Desarrolla un importante papel en la realización de actividades de promoción y protección de la salud de los ciudadanos, garantizando el acceso a pruebas genómicas

definidas en la cartera de servicios. Sirve además como instrumento de apoyo a la atención sanitaria pública a través del uso de soportes tecnológicos cada vez más demandados por la práctica totalidad de especialidades médicas, dada la creciente importancia de la medicina genómica en el diagnóstico y tratamiento de múltiples enfermedades, especialmente en las relacionadas con la herencia genética y el cáncer. Son beneficiarios las instituciones, organismos y dispositivos que integran la red gallega de atención sanitaria de utilización pública, tanto en el nivel de atención primaria como en el de atención especializada.

En otro orden de cosas, nos referiremos a las Fundaciones Públicas sanitarias-Organismos públicos- que gestionaban centros hospitalarios (Fundación Pública Hospital Virxe da Xunqueira, Fundación Pública Hospital da Barbanza, Fundación Pública Hospital de Verín, y Fundación Pública Hospital do Salnés), las cuales se han extinguido (Decreto 183/2008, de 31 de julio, sobre extinción de fundaciones públicas hospitalarias), de acuerdo con lo previsto en el art. 93.2 de la Ley 8/2008, de salud de Galicia, quedando esos centros hospitalarios, integrados en el Servicio Gallego de Salud.

10.4. Otras Entidades del sector sanitario que gestionan aspectos conexos de la asistencia sanitaria

10.4.1. Sociedades mercantiles autonómicas

- Sociedad pública autonómica Galaria Empresa Pública de Servizos Sanitarios SA

Es una sociedad pública autonómica, con forma de sociedad anónima, adscrita al Servicio Gallego de Salud, cuyo objeto social son los servicios de consultoría y de alta tecnología sanitaria.

Hay que recordar que se integrarán, de la manera que reglamentariamente se determine y tras su liquidación, en el Servicio Gallego de Salud o adscritas a la Consellería de Sanidad, según el artículo 77.1 de la Ley 8/2008, las fundaciones públicas sanitarias y las sociedades públicas sanitarias, ambas de carácter asistencial (Art. 93.2 Ley 8/2008).

- Instituto Gallego de Medicina Técnica, S.A.

10.4.2. Fundaciones

- Fundación Pública Escuela Gallega de Administración Sanitaria
- Fundación Foro Permanente Gallego-Iberoamericano de la Salud

10.5. Colaboración con la iniciativa privada

Las relaciones del Sistema Público de Salud de Galicia y el sector privado de atención sanitaria se regulan en el Título V de la Ley 8/2008.

Los servicios y actividades sanitarias o asistenciales que el Sistema Público de Salud de Galicia contrate con el sector privado de asistencia sanitaria habrán de ajustarse a los mismos parámetros, estándares, derechos o criterios de actuación exigibles para los del propio Sistema Público de Salud de Galicia (art. 74.6 Ley 8/2008).

Para la consecución de los objetivos y principios rectores del Sistema Público de Salud de Galicia se reconoce la importancia del sector privado de atención sanitaria como complementario y subsidiario a toda su actividad.

Para la cooperación del sector privado de atención sanitaria con el Sistema Público de Salud de Galicia, y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en la presente Ley de Salud, el Plan de salud de Galicia determinará además las acciones que durante su vigencia sean susceptibles de una acción conjunta.

La colaboración del sector privado de atención sanitaria con el Sistema Público de Salud de Galicia se instrumentará a través de las diferentes fórmulas de contratos de servicios anteriormente referidos.

El contrato de servicios sanitarios es el instrumento mediante el cual se ordenan las relaciones entre la Consellería de Sanidad y los diferentes proveedores de servicios sanitarios, financiados públicamente, para la consecución de los objetivos del Sistema Público de Salud de Galicia.

Del mismo modo, es el instrumento mediante el cual se ordenan las relaciones entre el Servicio Gallego de Salud y las organizaciones, centros, servicios y establecimientos, públicos y privados, para la consecución de los objetivos asistenciales fijados.

El contrato de servicios sanitarios revestirá la forma de protocolos internos de actividad-financiación, contratos, contratos-programa, conciertos, convenios, acuerdos u otros instrumentos de colaboración.

Reglamentariamente se establecerán los supuestos en que la suscripción de un contrato de servicios sanitarios requiera la acreditación sanitaria previa. Motivadamente, y por razones de interés público, urgencia vital o por necesidades urgentes de asistencia sanitaria, la Consellería de Sanidad podrá establecer, mediante resolución, excepciones al requisito de previa acreditación sanitaria. Con el mismo carácter de excepcionalidad podrá autorizarse el uso de servicios sanitarios no concertados.

Los contratos de servicios se realizarán en igualdad de condiciones de eficacia, eficiencia y calidad, teniendo en cuenta los principios de subsidiariedad, complementariedad y optimización, la adecuada coordinación en la utilización de recursos públicos y privados y las necesidades de atención sanitaria.

Las entidades y organizaciones sin ánimo de lucro tendrán consideración preferente para la celebración de contratos de servicios.

Para la realización de contratos de servicios con la Consellería de Sanidad u organismos dependientes de la misma y con el Servicio Gallego de Salud, las entidades e instituciones deberán reunir los requisitos establecidos en los reglamentos vigentes.

Se establecen dos prohibiciones: No podrán realizarse contratos de servicios con aquellas entidades e instituciones en que presten su actividad profesionales con funciones directivas en el Sistema Público de Salud de Galicia, ni podrán contratarse servicios a entidades e instituciones privadas cuando éstos sean realizados por personal vinculado laboralmente al Sistema Público de Salud de Galicia, aunque se encuentre en situación legal de compatibilidad.

La ley 8/2008, establece garantías de los derechos en el sector sanitario privado.

Los centros y establecimientos sanitarios privados, para poder prestar servicios sanitarios a sus usuarios y usuarias, deberán cumplir todas las exigencias normativas en materia de protección de salud que sean de aplicación.

Respetando el peculiar régimen económico de cada centro sanitario, los derechos sanitarios contemplados en la Ley 8/2008, serán garantizados por los centros y establecimientos sanitarios privados. Igualmente cumplirán con aquellos otros derechos recogidos en la normativa vigente y cuyo alcance incluya a los centros y establecimientos sanitarios privados.

Para la actividad que presten en régimen de concierto con el Sistema Público de Salud de Galicia, se estará a lo dispuesto en los artículos de la Ley 8/2008, en relación con los derechos relacionados con la prestación de servicios sanitarios por parte del Sistema Público de Salud de Galicia y a la los derechos de participación de la ciudadanía de la Comunidad Autónoma de Galicia tendrá derecho a participar, en la gestión del Sistema Público de Salud de Galicia, a través de los órganos de participación comunitaria.

El art. 129 de la Ley 5/ 1998, de 18 de diciembre, de cooperativas de Galicia, regula las cooperativas sanitarias y sus tipos. Son cooperativas sanitarias las que tengan por objeto desarrollar actividades sanitarias en sus distintas modalidades de seguros a prima fija, de trabajo asociado o de consumidores y usuarios, pudiendo realizar con carácter complementario actividades conexas o que faciliten su objeto principal.

Se considerarán como cooperativas sanitarias de seguros aquellas cuya actividad empresarial consista en cubrir, a prima fija, riesgos relativos a la salud de los asegurados y de los beneficiarios de éstos, resultándoles de aplicación la normativa establecida para las cooperativas de seguros.

Las cooperativas sanitarias de trabajo asociado son las formadas por profesionales de la salud y personal no sanitario, siéndoles de aplicación las normas establecidas para las cooperativas de trabajo asociado.

Las cooperativas sanitarias de consumidores y usuarios están integradas por personas físicas y jurídicas a fin de prestar asistencia sanitaria a sus socios, familiares y, en su caso, trabajadores, a través de establecimientos sanitarios, resultándoles de aplicación, además de la legislación sanitaria, la normativa establecida para las cooperativas de consumidores y usuarios.

El modelo PFI se ha utilizado en Galicia para la construcción de los Hospitales de Vigo y de Pontevedra. El Nuevo Hospital de Vigo (NHV) ha sido adjudicado a una Unión Temporal de Empresas de la que forman parte la constructora OCA, el grupo Acciona y Concessia Cartera. El Servicio Galego de Saúde (SERGAS) pagará a esta UTE un canon de 71,67 millones de euros/año durante 20 años, lo que imposibilitará el funcionamiento del Hospital, ya que dicho canon representa el 60% de su gasto corriente (120 millones de euros en el año 2011). Por otra parte, la crisis financiera actual dibuja un nuevo escenario. En el caso del Nuevo Hospital de Vigo, la mayoría de las Cajas de Ahorros seleccionadas para su financiación, incluidas en Concessia Cartera, han solicitado ayudas públicas al FROB (fondo público de reestructuración bancaria) para poder cumplir los requisitos de solvencia exigidos, así se da la situación paradójica

de que el Estado presta dinero público a entidades privadas para que financien los hospitales públicos, cuyo coste revertirá muy incrementado de nuevo sobre el Estado.

11. ISLAS BALEARES

11.1. Sistema Sanitario Público de las Illes Balears

Se define y regula en la Ley 5/2003 de 4 de abril, de salud de las Illes Balears.

Órganos de participación

Se establecen órganos en distintos niveles de la organización:

- El Consejo de Salud es el órgano superior de participación comunitaria y consulta del sistema sanitario público de las Illes Balears, adscrito a la consejería competente en materia de sanidad. La composición y el régimen de funcionamiento de este órgano se determina por reglamento, el cual asegura la participación de los entes territoriales de las Illes Balears, de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, de los colegios profesionales de ámbito sanitario y de los representantes de entidades ciudadanas relacionadas con la salud, así como de las asociaciones de consumidores y usuarios.

- Consejos de Salud de Área y de Zona

- Otros órganos de participación: Reglamentariamente se podrán prever otros órganos de participación y consulta para ámbitos concretos de la acción sanitaria, determinando su vinculación orgánica y sus funciones administrativas.

11.2. Régimen jurídico de los órganos, organismos y entidades públicas con competencias en gestión directa y prestación de servicios sanitarios

Es en el anexo del Decreto 12/2011, de 18 de junio, del Presidente de las Islas Baleares, en el que se establecen las competencias y la estructura orgánica básica de las Consejerías de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares donde se relacionan los proveedores de asistencia sanitaria.

En gestión sanitaria e investigación, las entidades adscritas o vinculadas a la Consejería de Salud, Familia y Bienestar Social, en razón de dependencia o de participación, como consecuencia de su norma de creación o naturaleza jurídica, o de la participación no mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración de la Comunidad Autónoma en el capital o en los órganos de gobierno de la entidad, sin tener carácter exhaustivo, como especifica la propia norma son:

- Servei de Salut de les Illes Balears (IBSALUT)

- Fundació Banc de Sang i Teixits de les Illes Balears

- Fundació Mateu Orfila d'Investigació en Salut de les Illes Balears

- Fundació d'Investigació Sanitària de les Illes Balears Ramon Llull

- Consorci Recursos Sociosanitaris i Assistencials de les Illes Balears
- Consorci de Gestió Sociosanitària d'Eivissa

11.2.1. Servicio de Salud de las Illes Balears

Naturaleza y régimen jurídico

El eje principal de la organización sanitaria pública de los servicios sanitarios de la Comunidad Autónoma balear, se estructura en el Título V de la Ley 5/2003 de 4 de abril, de Salud de las Illes Balears, donde se regula el Servicio de Salud de las Illes Balears.

De acuerdo con la Disp. Final tercera de la Ley 7/2010, que modifica el texto refundido de la Ley de finanzas de la comunidad autónoma de las Illes Balears, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2005, de 24 de junio, el Servicio de Salud de las Illes Balears, integra el sector público de la Comunidad Autónoma, sujetándose al régimen aplicable a los Organismos autónomos, sin perjuicio de las especialidades contenidas en la Ley de Finanzas y en el resto de las normas aplicables a esta entidad.

El Servicio de Salud de las Illes Balears es por tanto, un organismo público – organismo autónomo-, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, y con plena capacidad para actuar en el cumplimiento de sus fines, al que se confía la gestión de los servicios públicos sanitarios de carácter asistencial de las Illes Balears.

Esta entidad se adscribe a la consejería competente en materia de sanidad – Consejería de salud, Familia y Bienestar Social-, que orienta y coordina la actuación del Servicio de Salud.

El Servicio de Salud de las Illes Balears se rige por lo Ley 5/2003, por los Estatutos del ente y, en lo que no se oponga, por la legislación reguladora del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

Los Estatutos son aprobados por decreto del Consejo de Gobierno, a propuesta de la persona titular de la consejería competente en materia de salud.

Por lo que respecta a los actos que ponen fin a la vía administrativa y al régimen de recursos se establece lo siguiente: Los actos del Consejo de Dirección y del director general agotan en todo caso la vía administrativa, contra los actos del secretario general podrá interponerse un recurso de alzada ante el director general, contra los actos del resto de órganos del Servicio, que no agotan la vía administrativa, se podrá interponer un recurso de alzada ante el director general o el secretario general según la adscripción directa del órgano.

La organización y el funcionamiento del Servicio de Salud han de adecuarse a los principios informadores de desconcentración, descentralización, coordinación y responsabilidad en la gestión, de acuerdo con la concepción integral e integrada del sistema sanitario. Asimismo, la actuación de la entidad ha de basarse en el reconocimiento de la eficiencia como un requisito para la equidad en la distribución

social de los recursos públicos, que se han de administrar garantizando los derechos de información y participación de los ciudadanos.

Objetivos en materia de gestión

Entre los objetivos fundamentales del Servicio de Salud, en materia de gestión, están los siguientes:

- Participar en la definición de las prioridades de la atención sanitaria a partir de las necesidades de salud de la población y dar efectividad al catálogo de prestaciones y servicios que se pondrá al servicio de la población con la finalidad de proteger la salud.
- Distribuir, de manera óptima, los medios económicos asignados a la financiación de los servicios y de las prestaciones sanitarias.
- Garantizar que las prestaciones se gestionen de manera eficiente.
- Garantizar, evaluar y mejorar la calidad del servicio al ciudadano, tanto en la asistencia como en el trato.
- Promover la participación de los profesionales en la gestión del sistema sanitario balear y fomentar la motivación profesional.
- Para el desarrollo más eficaz de su gestión, el Servicio puede ejercer sus funciones directamente mediante los organismos existentes o que puedan crearse a tal efecto, de acuerdo con la legislación reguladora del sector público, o bien formalizar acuerdos, convenios u otras fórmulas de gestión integrada o compartida con otras entidades públicas o privadas, encaminados a una óptima coordinación y al mejor aprovechamiento de los recursos sanitarios disponibles.

Organización

El Servicio de Salud de las Illes Balears se estructura, de acuerdo con la Ley 5/2003 y sus Estatutos, en órganos de dirección y órganos de gestión. El Decreto 63/2012, de 20 de julio, establece la estructura orgánica básica.

Son órganos de dirección del Servicio de Salud de las Illes Balears, el Consejo de Dirección del Servicio de Salud, la Dirección General, la Secretaría General, la Dirección de Asistencia Sanitaria, la Dirección de Gestión y Presupuestos, la Dirección de Recursos Humanos y Relaciones Laborales y las gerencias territoriales.

La composición del Consejo de Dirección del Servicio de Salud de las Illes Balears incluirá la presencia de la persona titular de la consejería competente en materia de salud, que ejercerá la Presidencia del Consejo, así como de las personas titulares de la Dirección General, de la Secretaría General y de las gerencias territoriales del Servicio de Salud, y otros cinco vocales designados por el Consejo de Gobierno a propuesta de la persona titular de la consejería competente en materia de salud.

La Dirección General del Servicio de Salud será el órgano superior de dirección y gestión del ente.

La Secretaría General será, en todo caso, un órgano directivo y de apoyo administrativo y técnico del resto de órganos directivos y de gestión del Servicio de Salud.

Dentro de la estructura periférica del Servicio de Salud de las Illes Balears, serán órganos unipersonales de dirección las gerencias territoriales.

Serán órganos de gestión, el resto de órganos del Servicio de Salud que dependen de los órganos de dirección y se estructuran bajo su dependencia orgánica y funcional, de conformidad con lo establecido en los Estatutos.

Régimen financiero y presupuestario, gestión económica y control

El Servicio de Salud de las Illes Balears cuenta con su propio presupuesto, que se incluye en los presupuestos generales de la comunidad autónoma. La propuesta de anteproyecto de presupuesto del Servicio se elabora por la propia entidad de acuerdo con las directrices y los criterios de planificación establecidos por la consejería competente en materia de sanidad, en coordinación con el Plan de Salud.

La gestión económica del Servicio de Salud de las Illes Balears se basa en los principios de racionalización, simplificación, eficacia y eficiencia de la organización sanitaria. Los órganos competentes han de adoptar las medidas adecuadas para hacer efectivos estos principios en los centros y servicios dependientes que tienen que contar con un sistema integrado de gestión que permita implantar una dirección para objetivos y un control para resultados, delimitar claramente las responsabilidades de dirección y gestión, y establecer un control adecuado de calidad asistencial y de costes; establecer los sistemas para formar personal especialista en dirección, gestión y administración sanitaria; e implementar los mecanismos para que los centros y servicios mencionados comuniquen periódicamente la información que se establezca reglamentariamente con la finalidad de ejercer las funciones de control y evaluación.

El ejercicio del control financiero se realizará de forma permanente por la Intervención General de la comunidad autónoma. A pesar de esto, el Consejo de Gobierno podrá acordar que el control financiero permanente se pueda sustituir por la fiscalización previa en cualquiera de las modalidades de ésta, en los programas y centros donde así se determine.

Ordenación territorial del Servicio de Salud

El Servicio de Salud se organiza territorialmente en áreas de salud, sectores sanitarios y zonas básicas de salud.

El Área de Salud es la división territorial fundamental del Servicio de Salud y constituye el marco de referencia para el desarrollo de programas de la salud y prevención de las enfermedades, la gestión de los centros y servicios sanitarios, y la aplicación de las prestaciones del sistema. Además, se configura como el ámbito de referencia para la financiación de las actuaciones sanitarias que se desarrollan.

Las Áreas de Salud podrán estructurarse como órganos desconcentrados del Servicio de Salud y organizarse de acuerdo con los estatutos, que deberán prever, como mínimo, los órganos de participación, de dirección y de gestión de las áreas.

Las Áreas de Salud se pueden organizar territorialmente en sectores sanitarios, que constituirán estructuras funcionales para la coordinación de los recursos sanitarios de las zonas básicas de salud.

La zona básica de salud es el marco territorial y poblacional fundamental para la ordenación de los servicios de atención primaria.

Los centros de salud son la estructura física y funcional donde se desarrollan las actividades propias de la atención primaria en los ámbitos de promoción, prevención, atención curativa, rehabilitación y reinserción social, así como el de la participación comunitaria.

Ordenación funcional de los servicios asistenciales del Servicio de Salud de las Illes Balears

La atención sanitaria se ha de prestar de manera integrada y coordinada a través de programas médicos preventivos, curativos, rehabilitadores, de higiene y educación sanitaria, en los centros y servicios sanitarios, de forma que se garantice la actuación de los recursos apropiados según las necesidades de salud de los ciudadanos y de acuerdo con la planificación sanitaria. Se presta a nivel de Atención primaria y Atención especializada.

11.2.2. Otras entidades de gestión sanitaria

11.2.2.1. Fundaciones públicas sanitarias

La Disp. Adic. Tercera de la Ley 7/2010, referida a los entes de gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios, prescribe lo siguiente, en su apartado 2: “Las fundaciones públicas sanitarias a las que se refiere el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que se constituyan en el ámbito de la comunidad autónoma de las Illes Balears, han de regirse por su normativa específica, y se les han de aplicar, con carácter supletorio, los preceptos de esta Ley correspondientes a las entidades públicas empresariales”. Pese a estas previsiones, posteriormente, se ha producido un giro importante en su regulación.

Mediante la Ley 1/2011, de 24 de febrero, de transformación de fundaciones del sector público sanitario de las Illes Balears y de determinación del régimen jurídico de las fundaciones públicas sanitarias, se reguló que las fundaciones del sector público Hospital Son Llàtzer y Hospital de Manacor, constituidas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, se transformaran automáticamente, en fundaciones públicas sanitarias con personalidad jurídica propia que tienen por objeto la gestión y la administración de los centros sanitarios Hospital Son Llàtzer y Hospital de Manacor. Además se regulaba en esa Ley, el régimen jurídico de las fundaciones públicas sanitarias.

Además, la Fundación Hospital Comarcal d’Inca es un organismo público – concretado en Fundación Pública Sanitaria –, con personalidad jurídica propia, adscrito al Servei de Salut de les Illes Balears, que tiene como objetivos la gestión y la administración del centro sanitario Hospital Comarcal d’Inca.

Pese a esa regulación, por medio del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 28 de octubre de 2011, se autorizó el inicio del procedimiento de extinción de las fundaciones públicas sanitarias de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y su integración en el Servicio de Salud de las Illes Balears. Aprobándose la extinción, por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 21 de diciembre de 2012.

Así, en el año 2013 se realizará el proceso de extinción y de integración en el Servicio de Salud de las tres fundaciones públicas sanitarias (Hospital de Manacor, Hospital Son Llàtzer y Hospital Comarcal de Inca).

11.2.2.2. Fundaciones del sector público

- Fundación Banco de Sangre y Tejidos de Las Islas Baleares
- Fundación Mateu Orfila de Investigación en Salud de Las Islas Baleares
- Fundación de Investigación Sanitaria de Las Islas Baleares Ramón Llull

11.2.2.3. Entidad pública empresarial Gestión Sanitaria de Mallorca

Por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 21 de diciembre de 2012, se aprueba la extinción de la entidad pública empresarial Gestión Sanitaria de Mallorca y su integración en el Servicio de Salud de las Illes Balears.

11.2.2.4. Consorcios

Para la gestión de prestaciones sociosanitarias, se han constituido los consorcios:

- Consorcio de Recursos Sociosanitaris i Assistencials de les Illes Balears
- Consorcio de Gestión Sociosanitaria de Ibiza

Con el proceso de extinción y de integración en el Servicio de Salud de las tres fundaciones públicas sanitarias (Hospital de Manacor, Hospital Son Llàtzer y Hospital Comarcal de Inca) y de la entidad pública empresarial Gestión Sanitaria de Mallorca (GESMA), De este modo se integran en el Servicio de Salud todos los entes que componen la red sanitaria pública, con la excepción la Fundación Banco de Sangre y Tejidos de Las Islas Baleares. El objetivo de estas últimas reformas es la centralización de la toma de decisiones en todos los ámbitos (presupuestario, contratos públicos, régimen de personal, etc.) y el ahorro de los costes, la racionalización de los procedimientos y la agilización de la movilidad de los profesionales sanitarios, ya que todos tendrán el mismo marco jurídico.

11.3. Colaboración con la iniciativa privada

La regulación de las relaciones con la iniciativa privada se incluye en el Título V de la Ley 5/2003, de Salud de las Illes Balears. La administración sanitaria de las Islas Baleares se relaciona con los dispositivos asistenciales privados mediante el ejercicio de funciones de ordenación, de evaluación y de instrumentos de colaboración.

La colaboración de las entidades sanitarias privadas con el Servicio de Salud de las Illes Balears se instrumenta preferentemente a través de conciertos para la prestación de servicios sanitarios. Estos se rigen, en el marco de la legislación básica del Estado, por lo que dispone la Ley 5/2003 y, supletoriamente, por lo que establece la legislación de contratación administrativa.

Las entidades y organizaciones sin ánimo de lucro tienen preferencia en la suscripción de conciertos, y se han de formalizar de acuerdo con los principios de subsidiariedad respecto de los servicios públicos y optimización de los recursos, en igualdad de condiciones de calidad, eficacia y eficiencia en la atención sanitaria.

Para la formalización de los conciertos, las instituciones y entidades que colaboren con el Servicio de Salud han de reunir los requisitos mínimos siguientes: Acreditación del centro o establecimiento donde se prestarán los servicios, y cumplimiento de las normas de contabilidad, fiscales, laborales y de seguridad social, así como también de las disposiciones que afecten a la actividad objeto de concierto.

Los conciertos deberán tener el contenido mínimo siguiente: La descripción de los servicios, de los recursos y de las prestaciones que se concertan y de los objetivos a conseguir, el régimen de acceso de los usuarios con cobertura pública que será gratuito, el coste de los servicios a concertar y la forma de pago, la duración del concierto y las causas de renovación o extinción de éste, el procedimiento de evaluación e inspección, y las consecuencias del incumplimiento.

Los conciertos tendrán una duración máxima de cuatro años, prorrogables con los límites establecidos en las normas de contratación. Se podrá establecer en el concierto la posibilidad de revisión, al acabar cada ejercicio económico, con el fin de adecuar las condiciones económicas y las prestaciones a las necesidades de la coyuntura.

Los conciertos se extinguen por las siguientes causas: El cumplimiento del plazo, el mutuo acuerdo, el incumplimiento de las normas de acreditación vigentes, el establecimiento de servicios sanitarios y complementarios sin autorización, la violación de los derechos de los usuarios de los servicios sanitarios, el incumplimiento grave de los requisitos, las condiciones y las obligaciones conseguidas en el concierto, y cualquier otra prevista en el concierto.

En Baleares, se ha construido mediante el modelo PFI, el Hospital de Mallorca.

Por otra parte, la Ley 1/2003 de 20 de marzo, de cooperativas de las Illes Balears, regula las cooperativas sanitarias.

Son cooperativas sanitarias las que desarrollan su actividad en el área de la salud y pueden estar constituidas por los prestadores de la asistencia sanitaria, por sus

destinatarios o por unos y por otros. Podrán realizar también actividades complementarias y conexas incluso de tipo preventivo, general o para grupos o colectivos determinados.

A las cooperativas sanitarias les serán de aplicación las normas establecidas en Ley 1/2003 para las de trabajo asociado o para las de servicios, según sea procedente, cuando los socios sean profesionales de la medicina. Cuando los socios sean los destinatarios de la asistencia sanitaria se aplicarán a la sociedad las normas sobre cooperativas de consumidores y usuarios. Cuando se den las condiciones previstas en el art. 140 de la Ley 1/2003, se aplicará la normativa sobre cooperativas integrales. Si fueran organizadas como empresas aseguradoras, se ajustarán, además, a la normativa mencionada en el art. 131 Ley 1/2003.

Cuando por imperativo legal no puedan desarrollar la actividad aseguradora, ésta deberá ser realizada por sociedades mercantiles que sean propiedad, al menos mayoritaria, de las cooperativas sanitarias. A los resultados derivados de la participación de las cooperativas sanitarias en estas sociedades mercantiles les será de aplicación lo que dispone el art. 79.3 de Ley 1/2003.

Cuando una cooperativa de segundo grado integre al menos una cooperativa sanitaria, aquélla podrá incluir en su denominación el término sanitaria.

12. COMUNIDAD DE MADRID

12.1. Sistema Sanitario de la Comunidad de Madrid

El Sistema Sanitario de la Comunidad de Madrid (Título II de la Ley 12/2001 de Ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid) se organiza en un Área Sanitaria Única integrada por el conjunto del territorio de la Comunidad de Madrid. En esta Comunidad, se crea la Red Sanitaria Única de Utilización Pública de carácter funcional y que estará integrada por todos los proveedores sanitarios públicos dependientes de la Comunidad de Madrid y por aquellos privados o públicos que previa acreditación y concertación puedan prestar servicios al Sistema Público.

Entre los principios de organización y funcionamiento del Sistema Sanitario de la Comunidad de Madrid (art. 6 Ley 12/2001) están el respeto a la autonomía organizativa y de gestión, a las peculiaridades de los centros y a su identidad profesional, el incremento de los niveles de cooperación y competencia regulada entre los centros, con observancia de los principios de gestión eficiente y calidad y la evaluación continua de los componentes de la Red Sanitaria Única de Utilización Pública y su difusión, aplicando criterios objetivos, homogéneos y promoviendo su extensión al conjunto de los centros provisos de la Comunidad de Madrid.

Otro principio establecido por la Ley 12/2001, es la separación de las funciones Administrativo-burocráticas de las funciones prestadoras del servicio asistencial. Para ello, diferencia la separación de las funciones de autoridad sanitaria, aseguramiento, de compra y de provisión de servicios sanitarios, lo que según su exposición de motivos, “favorece cierta competencia regulada en cuanto a la calidad y eficiencia, además de introducir mecanismos de cooperación entre centros, y el desarrollo e implantación de métodos de mejora continua”.

La función de aseguramiento corresponde a la Autoridad Sanitaria, de la que depende la Red de Agencias Sanitarias de la Comunidad de Madrid. La función de compra de servicios sanitarios o, lo que es lo mismo, la distribución del presupuesto sanitario, en función de actividad y objetivos de salud, se atribuye al Servicio Madrileño de Salud, aunque también como se verá, es proveedor de servicios, y la función de provisión de servicios sanitarios, corresponde a la Red Sanitaria Única de Utilización Pública, la cual está constituida por todos los servicios asistenciales financiados públicamente.

El desarrollo de la función de aseguramiento se realiza a través de la *Agencia Sanitaria*, que es la garante de los derechos de los ciudadanos en relación con las prestaciones sanitarias. Su objetivo es aproximar y facilitar al ciudadano la gestión de los trámites administrativo-sanitarios referidos a la Red Sanitaria Única de Utilización Pública de la Comunidad de Madrid.

La Agencia Sanitaria es un servicio administrativo dependiente de la Consejería de Sanidad.

El Título V de la Ley 12/2001 regula la participación social, institucional y civil. En línea con lo regulado en la CE, arts. 9.2 y 129.1 y en la LGS, arts. 5 y 53, la esta Ley, reconoce el derecho de los ciudadanos y de la sociedad en general a participar en la política sanitaria y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecta directamente a la calidad de la vida o bienestar general.

Para hacer efectivo ese derecho de participación, la Ley crea unos instrumentos: los órganos de participación ciudadana.

Además de establecer los órganos que posibiliten la participación ciudadana dentro del Sistema Sanitario de la Comunidad de Madrid, la Ley 12/2001 regula las Comisiones de participación de profesionales sanitarios. Los reglamentos de desarrollo de la estructura de dirección de los entes públicos definidos en esa Ley, deberán contemplar la existencia de comisiones de participación de los diferentes grupos de profesionales sanitarios (disp. adicional undécima).

La disp. adicional décima de la Ley 12/2001 establece que los distintos Entes de derecho público proveedores de servicios asistenciales, dispondrá mecanismos que fomenten la participación de los profesionales en la organización y gestión de los centros sanitarios públicos.

Han sido derogados los arts. De la Ley 12/2001 que regulan el Consejo de Salud de la Comunidad de Madrid y los Consejos de Salud de las Áreas Sanitarias.

12.2. Régimen jurídico de los órganos, organismos y entidades públicas con competencias en gestión directa y prestación de servicios sanitarios

12.2.1. Servicio Madrileño de Salud:

Se crea y regula en el Título VII de la Ley 12/2001, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid.

En su regulación, además, hay que considerar el Decreto 23/2008, de 3 de abril, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica del Servicio Madrileño de Salud, y el Decreto 24/2008, de 3 de abril, del Consejo de Gobierno, por

el que se establece el régimen jurídico y de funcionamiento del Servicio Madrileño de Salud⁴⁵².

Se crea el Servicio Madrileño de Salud para llevar a cabo, en el ámbito de la Comunidad de Madrid, una adecuada configuración y asignación del presupuesto para la asistencia sanitaria de la población con derecho a cobertura asistencial en función de las necesidades estimadas y que permita, a su vez, una adecuada organización y ordenación del Sistema Sanitario de la Comunidad de Madrid (art. 58 Ley 12/2001), siendo a la vez, proveedor de servicios sanitarios. Así, para la correcta organización y determinación de responsabilidades, el Servicio Madrileño de Salud, diferenciará (separación de funciones) funcional u orgánicamente, en cada caso, la Actividad de asignación presupuestaria o función de compra de servicios sanitarios y la Actividad asistencial.

En cuanto a su naturaleza (art. 59 Ley 12/2001), el Servicio Madrileño de Salud es un Ente de derecho público, de los previstos en el artículo 6 de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, adscrito a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid. Se rige por los preceptos de la Ley 12/2001, sus disposiciones complementarias de desarrollo y el Ordenamiento Jurídico de aplicación.

Se sujetará con carácter general al derecho privado, y lo hará también, al Derecho público.

El Servicio Madrileño de Salud se somete al Derecho Público en las siguientes materias: Relaciones con las Administraciones Públicas, régimen patrimonial, régimen financiero, presupuestario y contable, régimen de impugnación de actos y de responsabilidad, relaciones con los ciudadanos en materia de asistencia sanitaria pública y régimen de funcionarios o personal estatutario cuando la relación jurídica así lo exija.

Funciones (art. 61 Ley 12/2001)

Para la consecución de sus fines, el Servicio Madrileño de Salud, desarrollará las funciones siguientes:

⁴⁵²Como antecedentes, hay que recordar, que la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, dictada en uso de las competencias asumidas en virtud de los artículos 27.4, 27.5 y 28.1.1 de su Estatuto de Autonomía, creó como entes de derecho público el Servicio Madrileño de Salud y el Instituto Madrileño de la Salud, siendo objeto de una posterior regulación reglamentaria su régimen jurídico y de funcionamiento. El Instituto Madrileño de la Salud se creó para acoger los recursos y funciones traspasados del Instituto Nacional de la Salud, en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid y tenía como objetivo último la dirección y gestión de los mismos. Posteriormente, debido a la necesidad de contar con un único ente público que aglutinase las funciones de ambos entes, con el fin de evitar duplicidades y de dotar a la Comunidad de Madrid de una organización sanitaria basada en los principios de racionalización, eficacia, simplificación y eficiencia, se aprobó el Decreto 14/2005 (después derogado por el Decreto 24/2008), por el que se integra el Servicio Madrileño de Salud en el Instituto Madrileño de la Salud, se modifica su denominación y se establece su régimen jurídico y de funcionamiento.

- La distribución de los recursos económicos afectos a la financiación de los servicios y prestaciones que establece el Sistema Nacional de Salud, mediante instrumentos de compra de actividad asistencial a la Red Sanitaria Única de Utilización Pública.
- El gobierno, dirección, control y gestión de los recursos, centros y servicios asistenciales adscritos al Servicio Madrileño de Salud, a través de una unidad funcional u orgánica diferenciada, a la cual se le aplicarán las mismas herramientas que se utilicen para el desarrollo del punto anterior.
- El establecimiento, gestión y actualización de los acuerdos, convenios y conciertos con entidades no administradas por la Comunidad de Madrid en el ámbito de sus competencias para el cumplimiento de sus funciones.
- La gestión y ejecución de las actuaciones y programas institucionales en materia de promoción y protección de la salud, prevención de la enfermedad, asistencia sanitaria y rehabilitación, de acuerdo con el Plan de Servicios y el Programa de Asignación por Objetivos Sanitarios del Servicio Madrileño de Salud.
- Propuesta de creación de cualesquiera entidades admitidas en derecho o su participación en las mismas.

Para el ejercicio de las funciones, el Servicio Madrileño de Salud podrá:

- Desarrollar las referidas funciones directamente, mediante los organismos existentes o que puedan crearse al efecto.
- Establecer acuerdos, convenios, conciertos o fórmulas de gestión integrada o compartida.
- Promover la constitución de consorcios con entidades que tengan intereses suficientes y comunes o concurrentes, que podrán dotarse de organismos instrumentales, en su caso.
- Crear o participar en cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en derecho.

La constitución de organismos bajo su dependencia, la formación de consorcios y la creación por el Servicio Madrileño de Salud de cualquier entidad admitida en derecho o su participación en las mismas, deberán ser autorizadas por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid.

En el desarrollo de las funciones que le son encomendadas, el Servicio Madrileño de Salud llevará a cabo dos actividades netamente diferenciadas. Por una parte la actividad de compra de servicios sanitarios a la Red Sanitaria Única de Utilización Pública y por otra la actividad de provisión de servicios sanitarios (art. 67 a 70 Ley 12/2001).

El Servicio Madrileño de Salud es responsable de ejercer la actividad de asignación presupuestaria o función de compra de servicios sanitarios para cubrir, con las garantías de calidad fijadas, la atención sanitaria de toda la población protegida en su

territorio de acción. El desarrollo de esta función se realizará basándose en la población a la que hay que prestar la asistencia sanitaria, a través de la información que soporta la Tarjeta Individual Sanitaria debidamente actualizada.

El Servicio Madrileño de Salud realizará la planificación de la compra de servicios mediante el estudio de los aspectos demográficos, sociales, epidemiológicos y de utilización previa de servicios. Esta actividad se configura como la fase operativa de la función de compra que identifica las necesidades de la población, a la cual se ha de prestar cobertura, elaborando el catálogo de servicios que se precisa contratar, incluida la descripción de prioridades.

El instrumento que establece la relación entre comprador y proveedor es el Contrato Sanitario. Este instrumento contribuye al sistema de financiación pública del centro sanitario y constituye una de las variables esenciales de la separación entre comprador y proveedores.

El Contrato Sanitario constituye el instrumento jurídico de compra de servicios mediante el cual se articulan de manera directa las relaciones entre el Servicio Madrileño de Salud y la Red Sanitaria Única de Utilización Pública. Tendrá la naturaleza jurídica de un contrato o convenio de carácter especial, cuya tramitación atenderá a lo establecido en el Ordenamiento Jurídico en función de la naturaleza y titularidad del proveedor. Este contrato será suscrito por quién ostente la competencia del Servicio Madrileño de Salud, como comprador, y por la parte del proveedor, por el responsable o los responsables de la provisión.

La actividad de provisión de servicios asistenciales (actividad asistencial) del Servicio Madrileño de Salud comprende, la función asistencial directa de sus centros sanitarios y la función de coordinación asistencial.

Organización

Órganos de Gobierno y Dirección (art. 72 Ley 12/2001)

El Órgano de gobierno del Servicio Madrileño de Salud es su Consejo de Administración y el Órgano de Dirección del Servicio Madrileño de Salud es el Director General del Servicio Madrileño de Salud (es el titular de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria).

El artículo 1 del Decreto 23/2008, establece la Estructura orgánica del Servicio Madrileño de Salud

El Servicio Madrileño de Salud, bajo la superior autoridad del titular de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria, tendrá la siguiente estructura orgánica: Dirección General de Atención Primaria, Dirección General de Hospitales, Dirección General de Atención al Paciente, Dirección General de Gestión Económica y de Compras de Productos Sanitarios y Farmacéuticos, Dirección General de Recursos Humanos, Dirección General de Sistemas de Información Sanitaria y Dirección General de Seguimiento y Control de los Centros Sanitarios de Gestión Indirecta.

Del titular de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria dependerá la Dirección de Urgencias-Gerencia SUMA 112.

El Servicio Madrileño de Salud contará con una Secretaría General, con rango de Subdirección General, que dependerá directamente del titular de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria.

La disposición adicional primera del Decreto 23/2008, de 3 de abril, del Consejo de Gobierno por el que se establece la estructura orgánica del Servicio Madrileño de Salud, adscribe al Servicio Madrileño de Salud los siguientes centros:

a) Atención Primaria: Los Centros de Atención Primaria, el Centro "Sandoval", el Centro de Prevención y Reconocimientos, el Centro de Peña Gorbea, la Casa de Socorro de Alcalá de Henares.

b) Atención Especializada: Hospital "Virgen de la Torre", Hospital de "La Princesa", Hospital "Santa Cristina", Hospital "Niño Jesús", Hospital "Príncipe de Asturias", Hospital "Ramón y Cajal", Hospital "La Paz", Hospital de la Fuenfría, Hospital "Puerta de Hierro", Hospital Clínico "San Carlos", Hospital de Móstoles, Hospital "Severo Ochoa", Hospital Universitario de Getafe, Hospital "Doce de Octubre", Hospital Central de la Cruz Roja, Hospital "Carlos III", Hospital "Infanta Elena" (Valdemoro), Lavandería Central Hospitalaria, Hospital General Universitario "Gregorio Marañón", Hospital de Cantoblanco, Instituto Oftálmico de Madrid, Instituto Provincial de Rehabilitación, Hospital "Virgen de la Poveda", Hospital de El Escorial, Hospital de Guadarrama, Instituto de Cardiología, Hospital Psiquiátrico "Doctor Rodríguez Lafora", Instituto Psiquiátrico "José Germain".

- Asimismo, están adscritos al Servicio Madrileño de Salud:

- El Centro de Transfusión.

- La Oficina Regional de Coordinación Oncológica de la Comunidad de Madrid.

- La Oficina Regional de Coordinación de Trasplantes de la Comunidad de Madrid.

- La Oficina Regional de Coordinación de Salud Mental.

- La Oficina Regional de Coordinación de Acciones frente al VIH/SIDA de la Comunidad de Madrid.

- La Oficina Regional de Coordinación de Enfermedades Cardiovasculares de la Comunidad de Madrid.

- El Centro de Rehabilitación Psiquiátrica "San Enrique".

- Los Centros de Salud Mental.

El Delegado del Gobierno de la Comunidad de Madrid en la Fundación Jiménez Díaz está adscrito al Servicio Madrileño de Salud, y tendrá rango de Director General.

12.2.2. Otras entidades de gestión

12.2.2.1. Empresas públicas con forma de entidad de derecho público

Por la disposición adicional segunda del Decreto 23/2008, las empresas públicas con forma de entidad de derecho público, adscritas a la Consejería de Sanidad, que se relacionan, dependerán del Servicio Madrileño de Salud:

— Hospital de Fuenlabrada. Se crea por la Ley 13/2002, de 20 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid. Los Estatutos se arqueaban por Decreto 196/2002, de 26 de diciembre.

— Empresa Pública Hospital del Sur que gestionará el Hospital "Infanta Cristina". Se crea por La Ley 4/2006, de 22 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid. Los Estatutos se aprueban por Decreto 111/2007, de 2 de agosto.

— Empresa Pública Hospital del Norte que gestionará el Hospital "Infanta Sofía". Se crea por La Ley 4/2006, de 22 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid. Los Estatutos se aprueban por Decreto 112/2007, de 2 de agosto.

— Empresa Pública Hospital del Sureste. Se crea por La Ley 4/2006, de 22 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid. Los Estatutos se aprueban por Decreto 113/2007, de 2 de agosto.

— Empresa Pública Hospital del Henares. Se crea por La Ley 4/2006, de 22 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid. Los Estatutos se aprueban por el Decreto 114/2007, de 2 de agosto.

- Empresa Pública Hospital del Tajo. Se crea por La Ley 4/2006, de 22 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid. Los Estatutos se aprueban por Decreto 115/2007, de 2 de agosto.

- Empresa Pública Hospital de Vallecas que gestionará el Hospital "Infanta Leonor". Se crea por La Ley 4/2006, de 22 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid. Los Estatutos se aprueban por Decreto 116/2007, de 2 de agosto.

El Decreto 95/2010, de 29 de diciembre, del Consejo de Gobierno, modifica los Decretos por los que se aprueban los estatutos de las Empresas Públicas Hospital de Fuenlabrada, Hospital del Sur, Hospital del Norte, Hospital del Sureste, Hospital del Henares, Hospital del Tajo y Hospital de Vallecas, para adaptarlos a lo dispuesto en la normativa contable de las empresas públicas (La Orden EHA/733/2010, de 25 de marzo, por la que se aprueban aspectos contables de Empresas Públicas), así como los distintos Consejos de Administración.

— Empresa Pública "Unidad Central de Radiodiagnóstico".

La Empresa Pública Unidad Central de Radiodiagnóstico, creada en virtud del artículo 14 de la Ley 7/2007, de 21 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid, ha sido configurada como una Entidad de Derecho Público de las previstas en los artículos 2.2.c) 2 de la Ley 1/1984, de 19 de enero, Reguladora de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid y 5.1.b) de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid, con el objeto llevar a cabo la gestión y explotación de los servicios de diagnóstico y tratamiento que conlleven la aplicación de alta tecnología sanitaria de las Empresas Públicas Hospitales de Vallecas, del Norte, del Henares, del Sur, del Sureste y del Tajo, así como de cualquier otro hospital o centro integrado en la Red Sanitaria Única de Utilización Pública de la Comunidad de Madrid, cuando así lo determine la Consejería competente en materia de sanidad.

Igualmente, la Empresa Pública Unidad Central de Radiodiagnóstico ejercerá aquellas otras funciones específicas que, relacionadas con su objeto, le sean encomendadas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de los estatutos, la Unidad Central de Radiodiagnóstico se rige por las disposiciones de la Ley 7/2007, de 21 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid, por sus estatutos, así como por su Reglamento de Régimen Interior, que, conforme a lo previsto en el artículo 8.b) de aquellos, habrá de ser elevado por el Consejo de Administración a la Consejería de Sanidad para su aprobación, y contendrá, al menos, el desarrollo del organigrama directivo así como las normas básicas de organización y funcionamiento interno.

La constitución efectiva de la Empresa Pública tuvo lugar en el momento de la entrada en vigor de sus estatutos, aprobados por Decreto 11/2008, de 21 de febrero.

La Orden 586/2008, del 29 de julio, de la Consejería de Sanidad, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Empresa Pública Unidad Central de Radiodiagnóstico

12.2.2.2. Fundación Hospital de Alcorcón

Por la disposición adicional segunda del Decreto 23/2008, el ente Fundación Hospital de Alcorcón, queda adscrito a la Consejería de Sanidad, y depende del Servicio Madrileño de Salud.

Desde el punto vista legal y de gestión, la Fundación Hospital Alcorcón es una organización sanitaria sin ánimo de lucro que fue constituida por el INSALUD al amparo del RD 10/1996, y transferida a la Comunidad de Madrid el 1 de enero de 2002, que se rige por sus estatutos, la Ley 30/1994 de 24 de noviembre (actual Ley 50/2002 de Fundaciones), y por las disposiciones del derecho civil, mercantil y laboral o administrativo que sean de aplicación.

La Resolución de 21 de enero de 1997, de la Secretaría General de Asistencia Sanitaria, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de noviembre de 1996, por el que se autoriza al Instituto Nacional de la Salud a constituir

determinadas Fundaciones, al amparo de la disposición final única del Real Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio, aprobándose los correspondientes Estatutos, entre los que están los correspondientes a la Fundación Hospital del Alcorcón.

Tiene afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de los fines de interés general recogidos en sus estatutos que hacen especial referencia a la prestación de servicios sanitarios, la promoción de la salud y la prevención de la enfermedad.

Es una organización sanitaria que pertenece a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, un hospital público que tiene como objetivo garantizar una asistencia sanitaria continuada, personalizada e integral a todos los usuarios.

La Fundación perseguirá siempre los fines de interés general que a continuación se enumeran (Art. 6 Estatutos): La prestación de servicios sanitarios, la promoción de la salud y la prevención de la enfermedad, en coordinación con la asistencia primaria y especializada y los diversos niveles sociosanitarios, la prestación de servicios sociosanitarios, docencia e investigación en ciencias de la salud, participación en programas de protección de la salud, prevención de enfermedades, asistencia sanitaria y

Órganos de la Fundación (art. 9 Estatutos).

- Órganos de gobierno: La Fundación estará regida por su Patronato, órgano de Gobierno, integrado por el Presidente, Vicepresidente, los Vocales y el Secretario del mismo.

- Órganos de gestión: Los órganos de gestión serán el Director gerente y los demás cargos directivos de primer nivel de la Fundación.

Entre los miembros del Patronato se encuentra el Ayuntamiento de Alcorcón y la Universidad Rey Juan Carlos. El Ministerio de Sanidad y Consumo ejerce el protectorado de la Fundación (discos. adicional primera del Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero).

12.3. Central de compras

Ley 4/2010, de 4 de julio de Modificación de la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Madrid para 2012, ha creado la Central de Compras del Servicio Madrileño de Salud (art. 22).

Se crea como órgano administrativo colegiado, adscrito al Servicio Madrileño de Salud, que actuará en la adquisición de bienes y servicios declarados de compra centralizada por el titular de la Consejería competente en materia sanitaria.

La Ley especifica que esta Central de Compras, en modo alguno supondrá un obstáculo para que la Comunidad de Madrid se adhiera a los procesos de contratación centralizada que pudiera instar el Estado para lograr una mayor eficiencia en el Sistema Nacional de Salud conforme a lo dispuesto en la disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

12.4. Colaboración con la iniciativa privada

Se regula en el Título III de la Ley 12/2001. Como principio general, la administración sanitaria promoverá, con el objeto de ordenar la colaboración de todos en la protección de la salud de los ciudadanos, el desenvolvimiento coordinado y armónico de las organizaciones sanitarias privadas, cualquiera que sea su naturaleza, así como de las iniciativas sanitarias de la sociedad civil, de acuerdo con los principios de orientación al ciudadano, eficacia, eficiencia, integración de acciones y acreditación previa. Para ello, la Ley 12/2001, introduce el concepto de organización sanitaria privada.

La Ley 12/2001, considera organización sanitaria privada, la que con dicha titularidad, y con independencia de la forma jurídica de la entidad que la lleve a cabo, realiza una actividad sistemática de provisión de servicios sanitarios cuyo propósito es el de satisfacer las necesidades sanitarias de un grupo de personas o de la población en general, de acuerdo con unas condiciones preestablecidas. Por la autoridad sanitaria se creará un registro de organizaciones sanitarias privadas.

La actividad de organización de servicios sanitarios tendrá, a los efectos contemplados en esta Ley, la consideración de actividad diferenciada de la de operación de seguros privados así como del ejercicio individual de las profesiones sanitarias que son objeto de regulación específica.

La organización de servicios sanitarios privados estará sometida a la autorización sanitaria reglada y previa. En el caso de entidades de seguro, la anterior autorización se entenderá comprendida en el informe sanitario favorable que establece la normativa de ordenación y supervisión de los seguros privados.

Las relaciones contractuales entre las organizaciones sanitarias privadas y los proveedores de servicios sanitarios, tanto profesionales como empresas sanitarias, se formalizarán por escrito, especificándose la adscripción al Colegio Profesional correspondiente, la titulación, la modalidad de contratación y otras circunstancias que se establezcan para el ejercicio de las profesiones tituladas. En el control de esta obligación los Colegios Profesionales colaborarán con la autoridad sanitaria.

La administración sanitaria velará por que las organizaciones sanitarias privadas se vertebren en el Sistema Sanitario de la Comunidad de Madrid por medio de las siguientes actuaciones: Armonización de los sistemas de información, colaboración con las actividades de salud pública, colaboración con las iniciativas de calidad total y colaboración con los programas de formación e investigación.

Respecto a las cooperativas, se ha dictado, Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid. El art. 120 regula las cooperativas de Sectores, entre las que se incluyen las sanitarias.

Conforme al principio de libertad de empresa, garantizado constitucionalmente, podrán constituirse Cooperativas en cualquier sector económico respetando las normas de ordenación sectorial correspondiente, que tendrán en cuenta también el principio de fomento cooperativo establecido en el artículo 129.2 CE.

En particular, el régimen jurídico de las Cooperativas Sanitarias y de Transporte, será el siguiente: Ante todo, se aplicará la normativa sectorial estatal de carácter exclusivo o básico, según el orden constitucional de competencias.; los Estatutos determinarán con claridad los requisitos objetivos necesarios para adquirir la condición de cooperador, el alcance del objeto social y el tipo de colaboración que deben prestar los socios, en base a lo cual las respectivas Sociedades quedarán clasificadas como Cooperativas en la categoría que corresponda; supletoriamente se aplicarán las disposiciones reglamentarias que pueda dictar la Comunidad Autónoma, la normativa estatal sobre Cooperativas de la clase respectiva y, finalmente, las reglas generales de la Ley 4/1999.

12.4.1. El avance de la externalización -gestión indirecta-

El "Plan de Medidas de Garantía de la Sostenibilidad del Sistema Sanitario Público de la Comunidad de Madrid. Presupuestos 2013", publicado en noviembre de 2012, diseña un conjunto de medidas efectivas para lograr reducir el coste pero sin alterar los principios que sostienen el Sistema. El primer medio que se considera idóneo para conseguir este objetivo, es un conjunto de reformas estructurales en la gestión sanitaria:

- Externalización de la actividad sanitaria de seis hospitales, utilizando el modelo de concesión. Según manifiesta el Plan, "se ha comprobado que el modelo de concesión es más eficiente, da buenos resultados clínicos y alta satisfacción a los pacientes. De media el coste total de la asistencia sanitaria especializada de la población de los hospitales de gestión mixta es de unos 600 euros por paciente, mientras que en los hospitales con modelo caritativo, más recientes, este coste medio anual es de 221 euros".
- Concesión de la prestación de la asistencia sanitaria de Atención primaria de un 10% de los Centros de Salud (27 Centros de Salud en total), dando prioridad en su gestión a la participación de los profesionales sanitarios que quieran constituir sociedades. Esta concesión prevé adjudicar la gestión, de manera prioritaria, a grupos de profesionales que estén trabajando en el Sistema Madrileño de Salud. Dice el Plan: "Es un modelo más habitual en Europa, y en nuestro país ya se ha implantado en Cataluña, desde hace más de quince años, con resultados clínicos y económicos positivos".

El Plan referido, pone de manifiesto cual es el tipo de gestión indirecta del servicio que va a desarrollar el legislador: la concesión administrativa tanto en los Hospitales, como en los centros de Atención primaria. Además se indica, cómo es el sistema de retribución al concesionario en el ámbito de los Hospitales: la capitación.

También queda claro el único objetivo que pare llevar al legislador a adoptar estas medidas: intentar reducir el coste por habitante a toda costa.

El Plan es desarrollado por la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid.

El art. 62 de la Ley 8/2012, 28 diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativa lleva a cabo una reordenación de la asistencia sanitaria en los Hospitales⁴⁵³ Infanta

⁴⁵³En la Comunidad de Madrid se han ejecutado dos Planes de Infraestructuras, 2004-2007 y 2007-2011. El Plan de Infraestructuras de la Comunidad de Madrid 2004-2007, incorporó la construcción de ocho hospitales. Siete de ellos, se gestionan por el sistema concesional (concesión con gestión pública de los servicios sanitarios y externalización de los no sanitarios –limpieza, lavandería,...-): Hospitales de Parla, Coslada, San Sebastián de los Reyes, Arganda, Aranjuez, Hospital de Vallecas y Majadahonda. El restante -Hospital de Valdemoro-, mediante concierto.

Las modalidades concesionales se adjudicaron mediante el contrato de concesión de obra pública por plazos de 30 años, con reversión de la obra, zonas complementarias, bienes e instalaciones. No son objeto de la concesión, es decir, se gestionan directamente por la Administración sanitaria, la prestación de servicios médicos y sanitarios, provisión y mantenimiento del equipamiento clínico y de alta tecnología, y de las tecnologías de la información (TIC), así como determinado mobiliario general y clínico, cuyas características están directamente determinadas por la tipología del equipamiento clínico. Las empresas concesionarias gestionan el mantenimiento integral de los edificios, conservación de viales y jardines, gestión de residuos urbanos y sanitarios, servicios de limpieza, seguridad, lavandería, gestión de almacenes y distribución, apoyo administrativo, recepción, y centralita, gestión de restauración, desinsectación, desinfección, desratización, servicio de conserjería, gestión de archivo y documentación clínica administrativa, explotación de zonas complementarias y espacios comerciales autorizados, conforme pliegos de condiciones (locales, máquinas, TV,). El control se establece a través de auditorías financieras anuales al cierre del ejercicio. La retribución del concesionario se realiza mediante pagos anuales de la Administración por el uso del activo y obtención de los servicios no sanitarios. El pago no está garantizado (sino computaría en SEC-95) y se vincula al cumplimiento de ratios de efectividad predeterminados (disponibilidad más calidad) e intensidad de uso. Las tarifas se actualizan con el IPC de la Comunidad de Madrid. La base de la retribución la constituye una cantidad fija anual (máximo 40%) no expuesta al mecanismo de deducciones, y una cantidad variable (mínimo 60%), expuesta en su totalidad al mecanismo de deducciones y parcialmente sujeta a ajustes por variación en el volumen de prestación de servicios. El sistema de deducción no es una penalización, ni constituye *a priori* un incumplimiento del contrato; es un método por el que se definen unos indicadores que permiten objetivar el nivel del servicio alcanzado, mediante tres parámetros aplicados a cada uno de los indicadores de rendimiento para determinar el nivel de deducción sobre la cantidad variable anual: categoría de fallo, tiempo de respuesta y tiempo de corrección. La Comunidad de Madrid ha acudido a este tipo de operaciones de colaboración público-privada en primer término por razones presupuestarias, en orden a facilitar la inversión a cargo del concesionario con reducción del gasto público sin desatender el mantenimiento del bienestar social y por tanto financiación extrapresupuestaria fuera del cómputo del déficit público, que se garantiza mediante la efectiva *transferencia de riesgos* requerida por el SEC-95: los asociados a la propiedad, de modo que la Administración recibe un servicio en lugar de detentar un activo, con transferencia de los riesgos asociados al servicio, así como otros que admiten discusión, como la tecnología del hospital. Se pretende forjar una nueva relación con el sector empresarial de cooperación a largo plazo, con la creación de sinergias y reparto de los riesgos a quien pueda gestionarlos mejor.

El Hospital de Valdemoro es concertado. El control y supervisión de la Administración sanitaria se canaliza mediante la figura de un delegado. Este sistema ha sido criticado al dar entrada a la iniciativa privada también en los servicios sanitarios, y defendida por el Gobierno popular al incorporar al sistema sanitario criterios de competitividad, mediante un modelo de concertación global para mejorar la accesibilidad al sistema de todos los ciudadanos y resolver los problemas de un sistema sanitario que tiene que atender una demanda cada día mayor, compatible con el concepto de asistencia sanitaria gratuita y el derecho de acceso a la misma en igualdad de condiciones de todos los ciudadanos. El contrato se adjudicó por el Ayuntamiento de Valdemoro, al grupo Capiro Sanidad, con la supervisión de la Comunidad de Madrid. La empresa adjudicataria es titular de un derecho de superficie sobre la parcela, por un periodo de 75 años, y el concierto estará vigente durante diez años. Una vez expire el derecho de superficie, la propiedad de la parcela revertirá de nuevo al Consistorio del Municipio. El Hospital se integra en la Red Sanitaria Única de Utilización Pública de la Comunidad de Madrid y bajo el principio

Cristina, Infanta Sofía, Infanta Leonor, Sureste, Henares y Tajo. Esa Ley habilita al Servicio Madrileño de Salud para adjudicar contratos para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada en los Hospitales Infanta Cristina, Infanta Sofía, Infanta Leonor, Sureste, Henares y Tajo, todos ellos denominados de gestión mixta, por tener en su interior la empresa concesionaria y la empresa pública. Las funciones de vigilancia, seguimiento y control de la ejecución de los nuevos contratos, se encomienda a la Unidad Técnica de Control de los servicios de explotación de las obras públicas de los Hospitales de la Comunidad de Madrid indicados, creada por Orden 2073/2007, del Consejero de Sanidad, de 12 de septiembre.

A su vez, el art. 88 de la Ley 12/2001, de Ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid, ha sido redactado por el art. 63 de la Ley 8/2012, 28 diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, introduciendo un importante cambio en la organización y gestión sanitaria.

Según la reforma introducida, los centros y establecimientos que integran el Servicio Madrileño de Salud se podrán configurar como instituciones sanitarias del citado ente sin personalidad jurídica propia, o bien como entidades sanitarias dependientes del mismo, de titularidad pública y con personalidad jurídica propia. En este caso, las mismas podrán adoptar cualquiera de las figuras organizativas previstas en el ordenamiento jurídico y su creación se realizará mediante Decreto del Consejo de Gobierno.

Cuando la gestión de los centros de atención primaria se realice por cualquiera de las formas de gestión indirecta previstas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, podrá ofrecerse la gestión de los centros preferentemente a las sociedades de profesionales con personalidad jurídica propia, que estén constituidas total o mayoritariamente por los profesionales sanitarios que presten sus servicios en el Servicio Madrileño de Salud, con la finalidad de promover un mayor grado de

de gratuidad, siendo la cartera de servicios la misma prevista para los otros nuevos hospitales.

En ejecución del segundo Plan 2007-2011, se han construido 11 nuevos hospitales, de los cuales uno sustituye a otro, ya existente (Puerta de Hierro –Majadahonda-), y 111 Centros de Salud. Se distribuyen en dos grupos:

1) Hospitales de gestión mixta: En los Hospitales Infanta Sofía, Henares, Infanta Leonor, Sureste, Tajo e Infanta Cristina se utilizó el contrato de concesión de obra pública. Su objeto fue la construcción de las obras, dotación de equipamientos, mantenimiento, conservación y prestación subordinada de los servicios auxiliares o que no consisten directamente en la prestación de asistencia sanitaria, durante treinta años. La Administración se obliga a realizar pagos durante treinta años. La parte asistencial-clínica de estos hospitales ha sido configurada como “empresa pública” (empresas creadas por la Ley 4/2006, de 22 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid, art. 12 p). Estos Hospitales por tener en su interior la empresa concesionaria y la empresa pública se conocen como hospitales de gestión mixta. Precisamente, son estos hospitales-empresa pública, los que el Gobierno de la Comunidad de Madrid pretende privatizar con la Ley 8/2012.

2) Hospitales con colaboración público-privada (CPP) en régimen de concesión administrativa: Para los Hospitales construidos posteriormente, Infanta Elena, Rey Juan Carlos, Torrejón y Collado Villalba, se da un paso más en los servicios concesionados y se formalizan contratos de gestión del servicio público que incluyen los servicios clínicos, es decir, la Atención especializada de la Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social prestada por el SNS en la modalidad de concesión administrativa. Es decir, en primer lugar, se contrata la construcción y conservación de las obras, los equipamientos y servicios no médicos (como en los anteriores); y en segundo lugar, se contrata además la prestación de la Atención Sanitaria Especializada para la población protegida. El plazo de duración de los contratos es también de treinta años. En este modelo de concesión administrativa completa los pagos a efectuar por la Administración al concesionario tienen un doble concepto que se corresponde con el doble objeto del contrato: asistencia sanitaria de una parte; y la realización de las obras con los demás servicios auxiliares, de otra parte.

implicación de los profesionales en el proceso de desarrollo, racionalización y optimización del sistema sanitario público madrileño.

Establecida la preferencia, en caso de que la gestión de los centros no se asigne a cualquiera de las sociedades de profesionales creadas al efecto, podrán concurrir para su gestión el resto de personas físicas o jurídicas legalmente constituidas.

El Consejo de Gobierno mediante decreto, determinará los requisitos necesarios para acreditar las sociedades profesionales a que se refiere el apartado anterior.

El Consejo de Gobierno mediante decreto podrá definir el estatuto jurídico que dé cobertura a la autonomía económica, financiera y de gestión de los centros dependientes del Servicio Madrileño de Salud.

Los centros y establecimientos que integran el Servicio Madrileño de Salud deberán contar con un sistema integral de gestión que permita de acuerdo con su planificación estratégica, implantar técnicas de dirección por objetivos, sistemas de control de gestión orientados a los resultados y sistemas de estándares de servicios, delimitar claramente las responsabilidades de dirección y gestión, y establecer un adecuado control en la evaluación de los diferentes parámetros que influyen en los costes y la calidad de la asistencia.

Estas controvertidas reformas, han provocado manifestaciones de protesta y el Pleno del Tribunal Constitucional, por Providencia de 23 de abril de 2013, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 1884-2013, promovido por más de Cincuenta Senadores del Grupo Parlamentario Socialista del Senado, contra los artículos 62 y 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid.

A su vez, el Tribunal Superior de Justicia Madrid –Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera- ha accedido a la medida cautelar solicitada en el recurso nº 787/2013, interpuesto por la Asociación de Facultativos Especialistas de Madrid (AFEM), acordando la suspensión de la Resolución de 30 de abril de 2013 de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid por la que se hizo pública la convocatoria para la licitación del contrato de servicios denominado “Gestión por concesión del servicio público de la atención sanitaria especializada correspondiente a los hospitales correspondiente a los hospitales universitarios Infanta Sofía, Infanta Leonor, Infanta Cristina, del Henares del Sureste y del Tajo”. Con fecha 9 de enero de 2014, el Pleno de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, ha decidido que sea la Sección Tercera, la misma que decretó la paralización cautelar de la privatización de seis hospitales, la que decida si se revoca o no dicha suspensión. Así será el mismo órgano que la decretó, el que resuelva el recurso de reposición que interpuso la Comunidad de Madrid, contra ella y no todos los magistrados que componen la instancia superior.

Mediante Auto de fecha 27 de enero de 2014, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM) ha resuelto mantener la medida cautelar de suspensión de la denominada externalización sanitaria madrileña para evitar «perjuicios de imposible reparación», ya que a su juicio «afectaría también al interés público y a la propia economía y Hacienda Pública de la Comunidad de Madrid». Argumentan también, que los cálculos de ahorro de la Comunidad son «meramente estimativos e hipotéticos que pueden no responder después a la realidad». Y añade que los perjuicios si la resolución impugnada se ejecutara y luego anulara «afectaría también al interés público y a la propia economía y Hacienda

Pública de la Comunidad de Madrid». Y esgrimen también que el interés público exige «proceder con cautela para evitarle los graves e irreparables daños que se producirían en caso de que la resolución administrativa se ejecutara y después tuviera que anularse». Asimismo, los magistrados niegan que la decisión de suspender el proceso suponga «un desapoderamiento al Gobierno de la Comunidad de Madrid de su competencia para aplicar en su ámbito territorial su política sanitaria y de implementar en unos concretos centros hospitalarios un determinado modelo de gestión».

A la vista de lo anterior, el Presidente de la Comunidad de Madrid, ha decidido dejar sin efecto la externalización sanitaria de los seis hospitales madrileños.

13. REGIÓN DE MURCIA

13.1. Organización del Sistema Sanitario de la Región de Murcia

La Ley 4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia supone una nueva estructuración del sistema sanitario de la Región de Murcia, con separación de la autoridad sanitaria y la provisión de servicios, reservándose la primera a al Consejería de Sanidad y la segunda al Servicio Murciano de Salud, como ente responsable de la gestión y prestación de la asistencia sanitaria y de los servicios sanitarios públicos que integra. En materia de gestión, el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia ejercerá entre otras competencias, la autorización al Servicio Murciano de Salud para la constitución o participación en entidades cuyo objeto social esté relacionado con el cumplimiento de sus fines (art. 5 de Ley 4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia).

La Consejería de Sanidad y Política Social tiene las siguientes competencias en relación con la gestión (art. 6 Ley 4/1994):

- La remisión a la Consejería de Hacienda y Administración Pública del anteproyecto de presupuesto del Servicio Murciano de Salud.
- El control, inspección y evaluación de las actividades del Servicio Murciano de Salud.
- La propuesta al Consejo de Gobierno de autorización al Servicio Murciano de Salud, para la constitución o participación en entidades cuyo objeto social esté relacionado con el cumplimiento de sus fines.
- La evaluación y el control de los convenios con entidades y centros concertados.

El Decreto nº 146/2011, de 8 de julio, del Consejo de Gobierno, establece los Órganos Directivos de la Consejería de Sanidad y Política Social. Queda adscrito a la Consejería de Sanidad y Política Social, la Entidad Pública Servicio Murciano de Salud creada por Ley 4/1994, de 26 de julio (art. 2).

El mapa sanitario de la Región de Murcia se ordena en demarcaciones territoriales denominadas Áreas de Salud, las cuales se delimitarán atendiendo a factores geográficos, socioeconómicos, demográficos, laborales, epidemiológicos, culturales, climatológicos, de vías y de medios de comunicación, así como de instalaciones sanitarias existentes. Las Áreas de Salud deberán contar con una dotación de recursos sanitarios para la atención primaria integral a la salud y de atención pública especializada suficiente y adecuada para atender las necesidades de la población comprendida dentro de su respectivo territorio, sin perjuicio de la existencia de centros,

servicios y establecimientos sanitarios de cobertura pública que, debido a su alto nivel de especialización, tengan asignado un ámbito de influencia superior al Área.

Cada Área de Salud estará vinculada a un Hospital General, con los servicios que aconseje el Plan de Salud del Área, en función de la estructura y necesidades de la población. Se establecerán las medidas adecuadas para garantizar la atención continua, entre los niveles asistenciales de atención primaria y especializada, al ciudadano

Funciones de las Áreas de Salud

En su específico ámbito territorial de actuación, desarrollan las siguientes funciones:

- La distribución de los recursos económicos afectos a la financiación de los servicios y prestaciones que configuran el sistema sanitario público y de cobertura pública.
- La organización y gestión de los centros, servicios y establecimientos sanitarios, a través de los dispositivos del Servicio Murciano de Salud.
- La gestión y ejecución de las actuaciones y programas institucionales en materia de promoción y protección de la salud, prevención de la enfermedad y asistencia sanitaria, de acuerdo con el Plan de Salud del Área y el de la Región de Murcia.

Estructura del Área de Salud

El Área de Salud se estructurará en los siguientes órganos: De dirección y gestión (Consejo de Dirección, Delegado de Salud y Consumo, el Gerente del Área); de participación (El Consejo de Salud de Área).

El Consejo de Dirección del Área de Salud tendrá como principal atribución el establecimiento de los criterios generales de actuación en política sanitaria, de acuerdo con las directrices de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales y el Plan de Salud de la Región de Murcia.

El Gerente de Área se encargará de la ejecución de las acciones en los dispositivos de asistencia sanitaria del Servicio Murciano de Salud, emanadas de las directrices establecidas por el Consejo de Dirección de Área, de las propias del Plan de Salud del Área. Asimismo, presentará los anteproyectos en materia de asistencia sanitaria en relación al Plan de Salud, y el proyecto de Memoria anual del Área de Salud. El Gerente de Área será nombrado y cesado por la Dirección del Servicio Murciano de Salud a propuesta del Consejo de Dirección de Área y será el órgano de gestión de servicios sanitarios de la misma.

El Consejo de Salud de Área será el órgano de participación comunitaria en las demarcaciones territoriales del Servicio Murciano de Salud. Excepcionalmente, una vez constituidos los Consejos de Salud de Área, a iniciativa de éstos y mediante Decreto del Consejo de Gobierno, se podrán crear consejos de salud de zona, como órganos de participación y apoyo, en aquellas zonas de salud en que concurren especiales circunstancias orográficas, económicas, sociales, demográficas o sanitarias que hagan

aconsejable o necesario su constitución y siempre que su demarcación territorial coincida con el término municipal.

La zona básica de salud constituye el marco territorial de la atención primaria de salud, dentro del cual desarrollará su actividad el equipo de atención primaria.

13.2. Régimen jurídico de los órganos, organismos y entidades públicas con competencias en gestión directa y prestación de servicios sanitarios

13.2.1. Servicio Murciano de Salud

El Título IV de la Ley 4/1994 regula el Servicio Murciano de Salud, que tiene fines la ejecución de las competencias de administración y gestión de servicios, prestaciones y programas sanitarios que le atribuya la Administración de la Comunidad Autónoma.

El Servicio Murciano de Salud se configuró como un Ente de derecho público de los previstos en el artículo 6.1.a), de la Ley 3/1990, de 5 de abril, de Hacienda de la Región de Murcia, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, con plena capacidad de obrar, pública y privada, para el cumplimiento de sus fines. Posteriormente en virtud de la Disp. Trans. Primera de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la administración pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia se adecuó a una Entidad Pública Empresarial. Así lo refleja también, el art. primero del Decreto 155/2007, de 6 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen los Órganos Directivos del Servicio Murciano de Salud.

El Servicio Murciano de Salud queda adscrito a la Consejería de Sanidad y Política Social, y se regirá, en el ejercicio de las potestades que le correspondan, por lo dispuesto en la presente Ley 4/1994 y en las disposiciones de derecho que la desarrollen o complementen, entre ellas la Ley 7/2004.

Funciones

En el ejercicio de sus funciones, el Servicio Murciano de Salud prestará los servicios y desarrollará las actuaciones siguientes: Promoción de la salud, Prevención de la enfermedad, Atención primaria integral de la salud, Asistencia sanitaria especializada, Rehabilitación, Prestación de los productos terapéuticos necesarios para la promoción, conservación y restablecimiento de la salud y la prevención de la enfermedad, y cualquier otro servicio o actividad que esté relacionada con la salud.

Como instrumentos para el cumplimiento de sus fines y el ejercicio de sus funciones, el Servicio Murciano de Salud podrá actuar directamente o establecer cuantas fórmulas cooperativas y contractuales procedentes en derecho, debiendo ajustar su actividad contractual a la legislación de contratos del Estado en la medida en que dicha actividad no se someta a régimen de derecho privado. Igualmente podrá participar o establecer acuerdos con toda clase de entidades jurídicas, públicas o privadas, relacionadas con el cumplimiento de sus fines, rigiéndose por las normas del derecho mercantil, civil o laboral, salvo en las materias que le sean de aplicación Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia.

Estructura

Órganos de dirección, participación y gestión.

- El Servicio Murciano de Salud se estructura en los siguientes órganos centrales: El Consejo de Administración y el director gerente.

- La participación social se articulará vía Consejo de Salud de la Región de Murcia.

El Consejo de Administración, que presidirá el consejero competente en materia de sanidad, será el máximo órgano de dirección y administración del Servicio Murciano de Salud, y tendrá como principal atribución el establecimiento de sus criterios generales de actuación, de acuerdo con las directrices de la política sanitaria para la Región de Murcia, establecidas por el Consejo de Gobierno.

El director gerente, que será nombrado por el Consejo de Gobierno a propuesta del consejero competente en materia de sanidad, será el órgano ejecutivo del Servicio Murciano de Salud, y ejercerá, de manera efectiva y permanente, las facultades de dirección y gestión dentro de los límites y de acuerdo con las directrices establecidas por el Consejo de Administración.

Por el Consejo de Gobierno, a propuesta del consejero competente en materia de sanidad, se establecerá la estructura, composición y funciones de los órganos de administración, participación y gestión del Servicio Murciano de Salud.

Bajo la dirección del Director Gerente, el Servicio Murciano de Salud desarrolla sus funciones a través de los siguientes órganos directivos apartado 2, art. 2 Decreto n.º 155/2007, de 6 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen los Órganos directivos del Servicio Murciano de Salud: Dirección General de Asistencia Sanitaria, Dirección General de Recursos Humanos, Dirección General de Régimen Económico y Prestaciones, Subdirecciones Generales de Asistencia Primaria y Urgencias y Emergencias Sanitarias; de Asistencia Especializada; de Salud Mental y Asistencia Psiquiátrica; de Recursos Humanos; de Aseguramiento y Prestaciones; de Asuntos Económicos y de Tecnologías de la Información.

Secretaría General Técnica, como Unidad Administrativa de Coordinación que, bajo la dependencia del Director Gerente, tendrá las competencias sobre los servicios generales no atribuidos a los órganos directivos de la entidad.

El presupuesto del Servicio Murciano de Salud se regirá por lo dispuesto en la presente Ley 4/1994, las normas que la desarrollen o complementen, por lo establecido en las normas generales y especiales del Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, así como por lo que se pudiera establecer en las sucesivas Leyes de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Se integrará en el presupuesto de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de una manera diferenciada y se elaborará de acuerdo con los objetivos previstos en el Plan de Salud de la Región de Murcia, y deberá incluir el adecuado desglose de los recursos por Áreas de Salud.

El Servicio Murciano de Salud estará sometido al régimen de contabilidad pública establecido por Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia.

Los centros, servicios y establecimientos del Servicio Murciano de Salud deberán contar con un sistema integral de gestión que permita implantar una dirección por objetivos y un control por resultados, delimitar claramente las responsabilidades de dirección y gestión, y establecer un adecuado control en la evaluación de los diferentes parámetros que influyen, de modo preponderante, en los costes y en la calidad de la asistencia.

Para la implantación de una dirección por objetivos y un control por resultados en los centros, servicios y establecimientos del Servicio Murciano de Salud, se formulará un presupuesto para cada uno de ellos donde figuren los objetivos a alcanzar y sus costes.

El régimen de personal, regulado en el art. 34 Ley 4/1994, ha sido desarrollado por la Ley 5/2001, de 5 de diciembre, de personal estatutario del Servicio Murciano de Salud.

13.2.2. Otras entidades de gestión

Fundación Hospital de Cieza: Es una fundación asistencial en cuyo órgano de Gobierno participan altos cargos de la Comunidad Autónoma de Murcia (No figura como pública).

13.3. Colaboración con la inactiva privada

Para el cumplimiento de sus fines y el ejercicio de sus funciones, el Servicio Murciano de Salud podrá actuar directamente o establecer cuantas fórmulas cooperativas y contractuales procedentes en Derecho, debiendo ajustar su actividad contractual a la legislación de contratos del Estado en la medida en que dicha actividad no se someta a régimen de Derecho privado. Igualmente podrá participar o establecer acuerdos con toda clase de entidades jurídicas, públicas o privadas, relacionadas con el cumplimiento de sus fines, rigiéndose por las normas del Derecho mercantil, civil o laboral, salvo en las materias que le sean de aplicación la Ley 3/1990, de 5 de abril, de Hacienda de la Región de Murcia. En cualquier caso, se establecerán las disposiciones necesarias para garantizar la máxima transparencia y los principios de publicidad y equidad (art. 24 Ley 4/1994).

Ley 8/2006, de 16 de noviembre, de Sociedades Cooperativas de la Región de Murcia. El art. 125 regula las cooperativas sanitarias.

Son sociedades cooperativas sanitarias las que desarrollan su actividad en el área de la salud y pueden estar constituidas por los prestadores de la asistencia sanitaria, por sus destinatarios, o por unos y por otros. Podrán realizar también actividades complementarias y conexas incluso de tipo preventivo, general o para grupos o colectivos determinados.

A las sociedades cooperativas sanitarias les será de aplicación las normas establecidas en esta Ley 8/2006 para las de trabajo asociado o para las de servicios, según sea procedente, cuando los socios sean profesionales de la medicina. Cuando los socios sean los destinatarios de la asistencia sanitaria, se aplicará a la sociedad las normas sobre sociedades cooperativas de consumidores y usuarios; cuando se den las condiciones previstas en el art. 129 de esta Ley 8/2006 (sociedades cooperativas integrales), se aplicará la normativa sobre sociedades cooperativas integrales. Si fueran

organizadas como empresas aseguradoras, se ajustarán además a la normativa sociedades cooperativas de seguros.

Cuando por imperativo legal no puedan desarrollar la actividad aseguradora, ésta deberá ser realizada por sociedades mercantiles que sean propiedad, al menos mayoritaria, de las sociedades cooperativas sanitarias. A los resultados derivados de la participación de las sociedades cooperativas sanitarias en estas sociedades mercantiles, les será de aplicación lo que dispone el art. 79.3 de esta Ley 8/2006.

Cuando una sociedad cooperativa de segundo grado integre al menos una sociedad cooperativa sanitaria, aquélla podrá incluir en su denominación el término «sanitaria».

14. NAVARRA

14.1. Ordenación territorial sanitaria de la Comunidad Foral de Navarra y órganos de participación

Se establece en la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud. Navarra se constituye en Región Sanitaria integrada por Áreas de Salud, y cuya gestión descentralizada de los Centros y establecimientos como asimismo de las prestaciones sanitarias, se encomienda al Servicio Navarro de Salud.

Las Áreas de Salud son las demarcaciones territoriales operativas de las actuaciones y servicios sanitarios, responsabilizadas de la gestión descentralizada de los Centros y establecimientos del Servicio Navarro de Salud en su demarcación territorial, y de las prestaciones y programas sanitarios a desarrollar por ellos.

Las Zonas Básicas de Salud constituyen la demarcación geográfica y poblacional que sirve de marco territorial a la atención primaria de salud garantizando la accesibilidad de la población a los servicios sanitarios primarios.

Las Zonas Básicas de Salud se agruparán en las Áreas de Salud siguientes: Área de Salud de Estella que agrupará todas las Zonas Básicas de Salud comprendidas en el área III de la Ley Foral de Zonificación Sanitaria; Área de Salud de Tudela que agrupará todas las Zonas Básicas de Salud comprendidas en el área V de la Ley Foral de Zonificación Sanitaria; Área de Salud de Pamplona que agrupará todas las Zonas Básicas de Salud comprendidas en las áreas I, II y IV de la Ley Foral de Zonificación Sanitaria; Área de Salud de Pamplona podrá subdividirse en dos comarcas sanitarias en la forma y condiciones que se establezca reglamentariamente.

Órganos de participación comunitaria

Con el carácter de órganos de participación se constituyen el Consejo Navarro de Salud, los Consejos de Salud de Área y los Consejos de Salud de Zona Básica.

El Consejo Navarro de Salud se constituye en el órgano de participación comunitaria de la Administración sanitaria de la Comunidad Foral.

14.2. Régimen jurídico de los órganos, organismos y entidades públicas con competencias en gestión directa y prestación de servicios sanitarios

14.2.1. Servicio Navarro de Salud

En el Título VI de la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud, se crea y regula el Servicio Navarro de Salud.

Se crea como un Organismo autónomo de carácter administrativo, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines. Queda adscrito al Departamento de Salud, que ejercerá sobre el mismo las facultades de alta dirección, control y tutela que le atribuyen Ley Foral 10/1990 y el ordenamiento jurídico-administrativo.

Además de por la Ley Foral de creación, Servicio Navarro de Salud, se regirá por sus Estatutos, aprobados por el Decreto Foral 62/2012.

Funciones

Es objeto del Servicio Navarro de Salud la organización y gestión en régimen descentralizado de los servicios y prestaciones de atención primaria de salud y de asistencia especializada. El Servicio Navarro de Salud podrá también gestionar los servicios y programas que las administraciones públicas le encomienden.

A tal efecto, el Servicio Navarro de Salud gestionará los siguientes centros y establecimientos que se le adscriben a continuación: los centros y establecimientos de asistencia sanitaria de la Administración de la Comunidad Foral y los centros y establecimientos de asistencia sanitaria de la Seguridad Social transferidos al Gobierno de Navarra.

Estructura orgánica

El Servicio Navarro de Salud se estructura en los siguientes órganos centrales:

- De dirección: El Consejo de Gobierno.
- De gestión: El Director Gerente y las direcciones que se establezcan reglamentariamente.
- De participación: El Consejo Navarro de Salud.

Corresponden al Consejo de Gobierno las siguientes atribuciones: Aprobar el anteproyecto de presupuestos del Servicio Navarro de Salud, definir los criterios de actuación del Servicio Navarro de Salud, de acuerdo con las directrices emanadas del Departamento de Salud, la gestión ordinaria del patrimonio adscrito al Servicio Navarro de Salud y aprobar las propuestas de inversiones generales, Aprobar la memoria anual del Servicio Navarro de Salud, aprobar y elevar al Departamento de Salud el estado de cuentas y los documentos relativos a la gestión económica y contable del Servicio Navarro de Salud, establecer, actualizar y rescindir conciertos para la prestación de servicios asistenciales con entidades públicas y privadas, proponer al Departamento de Salud el régimen de precios y tarifas por la utilización de los centros y servicios, controlar y supervisar la actuación del Director Gerente, aprobar la organización interna de los servicios, centros y unidades, aprobar el plan general director y los programas de actuación del Servicio Navarro de Salud, y elevarlos al Departamento de Salud para su integración en El Plan de Salud de Navarra, aprobar los reglamentos de funcionamiento y de régimen interior, gestión en materia de recursos humanos con el conjunto de competencias adecuadas a tal fin, salvo las expresamente reservadas al Gobierno de Navarra, impulsar y mantener los sistemas de información sanitarios y soporte informático necesarios para la gestión de los centros y servicios.

El Director Gerente asume las funciones de dirección y gestión del Servicio Navarro de Salud. Será designado y separado libremente por el Gobierno de Navarra a propuesta del Consejero de Salud.

Se constituyen como órganos de participación del Servicio Navarro de Salud:

- El Consejo Navarro de Salud, en el ámbito de los órganos centrales de dirección del Servicio Navarro de Salud y los Consejos de Salud de área y de zona básica, en el ámbito de los órganos directivos periféricos.
- Las Juntas de Gobierno de los centros asistenciales que incorporarán en su seno representantes de la administración sanitaria, de los ayuntamientos y del personal de los propios centros.

Ordenación de servicios sanitarios: La red asistencial pública

La Región Sanitaria, como unidad de gestión sanitaria del Servicio Navarro de Salud, será dirigida y gestionada respectivamente por el Consejo de Gobierno y el Director Gerente de ese Organismo autónomo.

Las Áreas de salud contarán con los órganos de dirección y gestión que se establezcan reglamentariamente.

Los centros y servicios asistenciales del sector público constituirán una red asistencial pública. El personal facultativo de Atención Primaria y de Asistencia Especializada participará conjuntamente en la prestación de los servicios que se establezcan para garantizar la atención continuada a la población del Área de Salud (Art. 59.1 Ley Foral 10/1990).

Las estructuras de atención primaria se constituyen por los centros asistenciales y por la totalidad de profesionales sanitarios y no sanitarios vinculados o adscritos a las administraciones públicas de la Comunidad Foral y por los que se adscriban a la red sanitaria de utilización pública, que desarrollen sus actividades en el nivel primario de atención en el ámbito de las zonas básicas de salud.

Las zonas básicas de salud estarán dotadas con el personal y centros de salud que reglamentariamente se determine. Los centros de salud cooperarán con los ayuntamientos prestándoles apoyo técnico para el ejercicio de sus competencias de salud pública. A su vez, el personal sanitario de las zonas básicas de salud dispondrá del apoyo de los centros y servicios del área de salud a la que pertenezcan.

Los centros hospitalarios del sector público serán gestionados descentralizadamente mediante órganos de Gobierno unipersonales y colegiados, que ostentarán las competencias en materia de personal, contratación administrativa y gestión presupuestaria que se determinen reglamentariamente. Todos los recursos públicos especializados extrahospitalarios actuarán en coordinación con los servicios de los respectivos hospitales.

Patrimonio

Integran el patrimonio del Servicio Navarro de Salud: Los bienes y derechos de toda índole cuya titularidad corresponda al Patrimonio de Navarra, que le sean adscritos para el cumplimiento de sus fines, los bienes y derechos de toda índole afectos a la gestión y ejecución de los servicios sanitarios transferidos de la Seguridad Social y cualquier otro bien o derecho que reciba por cualquier título.

El régimen jurídico de los bienes y derechos adscritos o propios del Servicio Navarro de Salud será el regulado en el Título VIII de la Ley Foral 17/1985, de 27 de septiembre, del Patrimonio de Navarra.

Hacienda y Presupuesto

Son ingresos del Servicio Navarro de Salud: Los recursos que con carácter finalista reciba el Gobierno de Navarra de los presupuestos de asistencia sanitaria de la

Seguridad Social, los recursos que le sean asignados con cargo a los presupuestos de la Comunidad Foral, los rendimientos procedentes de los bienes y derechos que tenga afectos, los ingresos ordinarios y extraordinarios que este autorizado a percibir, a tenor de las disposiciones vigentes, los ingresos procedentes de conciertos con entidades aseguradoras de asistencia sanitaria o con administraciones públicas, en su caso, las subvenciones y aportaciones voluntarias de entidades y particulares.

Salvo en lo previsto en esta Ley Foral 10/1990 de salud, la estructura, procedimiento de elaboración, ejecución y liquidación del presupuesto del Servicio Navarro de Salud se regirán por lo previsto en la Ley Foral 8/1988, de 26 de diciembre, de la Hacienda Pública de Navarra.

El ejercicio de la función interventora en el Servicio Navarro de Salud se realizará conforme a las previsiones contenidas en la Ley Foral 8/1988, de 26 de diciembre, de la Hacienda Pública de Navarra. Sin perjuicio de esto, el control financiero del Organismo se efectuará por el procedimiento de auditorías.

Régimen jurídico de los actos

El régimen jurídico de los actos del Servicio Navarro de Salud será el establecido en el capítulo II del Título IV de la Ley Foral 23/1983, de 11 de abril, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra. Los actos administrativos, referentes a personal, contrataciones y presupuestos, se regirán por la normativa específica de la Administración Foral.

Contra los actos dictados por el Servicio Navarro de Salud procederá el recurso de alzada ante el Gobierno de Navarra.

14.2.2. Órganos sin personalidad jurídica

14.2.2.1. Banco de Sangre y Tejidos de Navarra

Como antecedente, la Ley Foral 20/2010, de 13 de diciembre, creó la entidad pública denominada Banco de Sangre y Tejidos de la Comunidad Foral de Navarra y estableció la organización de la Red Transfusional y de Células y Tejidos Humanos en Navarra. A pesar de la denominación de la norma, no se produce la creación de una entidad pública como tal, ya que el art. 2, al configurar su naturaleza y su régimen jurídico, señala que tendrá la misma que el resto de centros públicos que dependen de la Dirección de Asistencia Especializada. Los denominados "centros públicos" son en realidad unidades orgánicas sin personalidad jurídica del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea. Por tanto, procede una redenominación de la Ley Foral en el sentido de que la misma articule la regulación del Banco de Sangre y Tejidos de Navarra.

Posteriormente, haciéndose eco de lo anterior, la Ley Foral 1/2013, de 30 de enero, crea y regula el Banco de Sangre y Tejidos de Navarra. Se crea como unidad orgánica adscrita a la Dirección Médico Asistencial del Complejo Hospitalario de Navarra dentro del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, que tendrá siempre la cualidad de público.

14.2.2.2. Dirección de Salud Mental del Servicio Navarro de Salud

La Ley Foral 21/2010, de 13 de diciembre, de Salud Mental de Navarra, establece la estructura orgánica de la Dirección de Salud Mental del Servicio Navarro de Salud.

La Dirección de Salud Mental, se configura como órgano central de gestión que asume la máxima responsabilidad técnica de los programas y actuaciones de Salud

Mental en el ámbito de la Región Sanitaria de Navarra. Tendrá como prioridad la elaboración, actualización y puesta en marcha del Plan de Salud Mental de Navarra, con recursos propios y en colaboración con el Servicio de Planificación del Departamento de Salud.

Órganos superiores de dirección, gestión y participación.

La Dirección de Salud Mental será gestionada de forma descentralizada, bajo la superior dirección del Consejo de Gobierno y Director Gerente del Servicio Navarro de Salud, por los siguientes órganos:

- Órganos Directivos: la Comisión de Dirección, el Director de Salud Mental, el Coordinador del Plan Sociosanitario, los Jefes de los Servicios Asistenciales de Área, el Jefe del Servicio de Gestión y el Jefe del Servicio Técnico-Asistencial y de Enfermería.
- Órganos Consultivos y de Participación: La Junta Técnico-Asistencial

14.3. Colaboración con la iniciativa privada: la red asistencial de utilización pública

Los centros y servicios asistenciales de carácter hospitalario y extrahospitalario del sector privado podrán integrarse con la red asistencial pública en una red asistencial de utilización pública, previa concierto con el Servicio Navarro de Salud, para la coordinación y adecuada utilización de los recursos sanitarios.

La incorporación o adscripción a la red asistencial de utilización pública conlleva el desarrollo, además de tareas estrictamente asistenciales, la colaboración en programas sanitarios o docentes que se les encomiende, que deberán precisarse en el correspondiente concierto (Art. 60 Ley Foral 10/1990).

El Gobierno de Navarra aprobará las normas de acreditación específicas de los centros y servicios de la red asistencial de utilización pública.

Dichas normas de acreditación, que serán desarrolladas reglamentariamente, habrán de comprender necesariamente los siguientes aspectos: Calificación de los centros o servicios y Criterios en relación con la estructura física, organizativa, de personal y funcional (Art. 61 Ley Foral 10/1990).

Los certificados de acreditación se otorgarán por un período máximo de cinco años, quedando sujetos a las verificaciones que se consideren oportunas en dicho período (Art. 62 Ley Foral 10/1990).

Ley Foral 14/2006, de 11 de diciembre, de Cooperativas de Navarra. Su art. 75, regula las Cooperativas sanitarias.

Son cooperativas sanitarias aquéllas cuya actividad consiste en cubrir riesgos relativos a la salud de sus socios o de los asegurados y sus beneficiarios.

15. PAIS VASCO

15.1. Ordenación del Sistema Sanitario de Euskadi

El marco se encuentra en la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación sanitaria de Euskadi Para llevar a cabo una adecuada organización y ordenación de las actuaciones que competen a la Administración sanitaria vasca, se crea el Sistema sanitario de Euskadi, que tiene como objetivo último el mantenimiento, la recuperación y mejora del nivel de salud de la población y que está configurado con un carácter integral por todos los recursos sanitarios públicos de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

La planificación sanitaria tendrá como base principal de ordenación territorial la división de todo el territorio de la Comunidad Autónoma de Euskadi en las demarcaciones geográficas denominadas Áreas de salud.

En el ámbito de cada Área de salud se podrá señalar la ordenación territorial inferior que resulte necesaria en función de cada circunstancia territorial y, en su caso, para cada tipología de prestaciones y servicios sanitarios. En cada área se garantizará una adecuada ordenación de la atención primaria y su coordinación con la atención especializada.

En cuanto a las características organizativas del modelo sanitario vasco, se puede decir que derivan de la conocida como “separación de funciones” que, con todas sus variantes, se esbozaban en varios sistemas sanitarios de Europa a principios de la década de los noventa.

El Departamento de Salud, se constituye como un gran organismo planificador, financiador y regulador de todos los aspectos relacionados con Sanidad. Entre sus funciones principales destacan:

- Identificar las prioridades en salud en el País Vasco y desarrollar actuaciones para intentar mejorar el nivel de salud. Es el órgano encargado de la elaboración del Plan de Salud, del que se derivan las directrices principales de actuación.
- Financiar la asistencia sanitaria que provee fundamentalmente Osakidetza.
- Regular la asistencia sanitaria que prestan el sector público y privado con el objetivo de garantizar la calidad en los servicios prestados.
- Desarrollar el conocimiento de los profesionales sanitarios y contribuir al desarrollo de las ciencias de la salud. Además, asume responsabilidades en materia de derechos y participación ciudadana, las actuaciones necesarias para garantizar la tutela general de la salud pública, la ampliación, cuando proceda, del catálogo de prestaciones básicas ofrecidas por el Sistema Nacional de Salud, la evaluación de los niveles de salud de la población, las condiciones de acceso a los servicios sanitarios y el establecimiento de las prioridades de política sanitaria con respecto a los diferentes problemas de salud, grupos sociales de atención preferente y las modalidades de servicios a desarrollar de una forma preferente.

El Decreto 20/2012, de 15 de diciembre, del Lehendakari, de creación, supresión y modificación de los Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma del país Vasco y de determinación de funciones y áreas de actuación de los mismos, en su art. 12, apartado 1, establece las funciones y áreas de actuación del Departamento de Salud, entre las que se encuentra “Dirigir, de acuerdo con las Leyes y los reglamentos, los organismos autónomos, entes públicos de derecho privado y las sociedades públicas adscritos o dependientes del Departamento”.

Se encuentran en situación de dependencia o vinculación, con el Departamento de Salud, los siguientes entes: El Ente Público Osakidetza-Servicio vasco de salud, creado por Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi, la Fundación Vasca de Innovación e Investigación Sanitaria, constituida mediante Acuerdo de Consejo de Gobierno de 16 de julio de 2002, y la Fundación Centro Nacional de Investigación en Envejecimiento, constituida mediante Acuerdo de Consejo de Gobierno de 25 de septiembre de 2012 (Decreto 195/2013, de 9 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Salud).

Por otra parte, el Departamento de Sanidad y Consumo atribuye a cada una de las tres Direcciones Territoriales (Araba, Vizcaya y Guipúzcoa) entre otras funciones, la

contratación de servicios tanto públicos, Osakidetza -Servicio Vasco de Salud-, mediante la suscripción de los Contratos Programa, como privados mediante la fórmula de la concertación de servicios.

15.2. Régimen jurídico de los órganos, organismos y entidades públicas con competencias en gestión directa y prestación de servicios sanitarios

15.2.1. Osakidetza-Servicio Vasco de Salud

La provisión de servicios sanitarios es la actividad de carácter instrumental por la que se ofrece a las personas un recurso organizado y homologado con el objeto de proporcionarles prestaciones sanitarias dirigidas a la promoción, preservación y restablecimiento de su estado de salud (Art. 17 Ley 8/1997).

En la Comunidad Autónoma de Euskadi se garantiza la existencia de una dotación de recursos de titularidad pública adecuada a las necesidades sanitarias, realizándose su planificación con criterios de racionalización de recursos (Art. 18 Ley 8/1997).

El contrato-programa constituye el instrumento jurídico mediante el cual se articulan de manera directa las relaciones entre el Departamento competente en materia de sanidad y las organizaciones del ente público Osakidetza-Servicio Vasco de Salud para la provisión de servicios sanitarios.

El contrato-programa tendrá la naturaleza jurídica de un convenio de carácter especial, suscrito por el representante legal de la organización de provisión de servicios sanitarios correspondiente, en el que se concretarán, en relación con la actividad y financiación con cargo a los créditos presupuestarios públicos, los siguientes extremos mínimos: Estimación del volumen global de actividad y previsión de las contingencias sanitarias objeto de cobertura, determinación cuantificable y periódica de los requisitos de calidad que deberán cumplir los servicios sanitarios, estimación finalista sobre cobertura económica de la actividad consignada con cargo a los créditos presupuestarios, periodicidad de los pagos y documentación justificativa para la realización de los mismos, requisitos y procedimiento de control y auditoría sanitaria, niveles de responsabilidad que adquieren las partes en cuanto a las revisiones, adaptaciones y demás incidencias que se susciten en la aplicación del convenio.

El Título III de la Ley 8/1997, regula la organización de las estructuras públicas de provisión de servicios sanitarios. Esta Ley crea en su art. 20, el Ente público Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, bajo la naturaleza jurídica de Ente público de Derecho privado y adscrito al Departamento de la Administración General competente en materia de sanidad. Se le atribuye personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de su finalidad de desempeñar la provisión de servicios sanitarios mediante las organizaciones públicas de servicios dependientes del mismo (Art. 20).

Régimen jurídico

El Ente público Osakidetza-Servicio Vasco de Salud se rige por la Ley 8/1997 y por las disposiciones reglamentarias emanadas del Gobierno, al que corresponde establecer sus estatutos sociales (art. 21).

En lo que se refiere a su régimen económico y hacendístico-financiero, a su régimen de organización y funcionamiento interno y a sus relaciones jurídicas externas se sujetará al Derecho privado, sin perjuicio de las siguientes circunstancias:

- En todo lo que corresponde a las materias propias de la Hacienda General del País Vasco, se sujetará a lo que disponga la legislación de la Comunidad Autónoma correspondiente a dichas materias en relación con los Entes públicos de Derecho privado. En lo que a su control económico se refiere, éste se ejercerá en la modalidad de control económico-financiero y de gestión de carácter permanente, de acuerdo con lo establecido en la Ley 14/1994, de 30 de junio, de Control económico y contabilidad de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

- En sus relaciones con el Departamento competente en materia de sanidad se sujetará a las disposiciones de la Ley 8/1997 por las que se regulan los contratos-programa.

La contratación se ajustará a las previsiones que para cada personificación jurídica establezca la legislación sobre contratos de las Administraciones públicas.

El régimen de personal se sujetará a las disposiciones contenidas en la Ley 8/1997 y restantes normas de aplicación específica.

Las organizaciones dependientes del Ente no tendrán la consideración de órganos administrativos, sin perjuicio de que deban sujetarse al régimen jurídico de los mismos en todo lo concerniente a la formación y exteriorización de sus actos cuando ejerzan potestades administrativas.

El Ente público Osakidetza-Servicio Vasco de Salud se sujetará al Derecho público, agotando, en su caso, sus actos la vía administrativa, cuando ejerza potestades administrativas por atribución directa o delegación, así como en cuanto a su régimen de patrimonio y en materia de responsabilidad patrimonial ante terceros por el funcionamiento de sus servicios.

Fines

Entre los fines, que el art. 3 de los Estatutos (Decreto 255/1997) del el Ente Público Osakidetza- Servicio vasco de Salud perseguirá a través de todas sus organizaciones, están “Ejecutar la provisión del servicio público sanitario en la Comunidad Autónoma de Euskadi mediante las prestaciones de asistencia primaria y especializada que sean objeto de aseguramiento y contratación pública, así como mediante su participación en los programas públicos que se establezcan de promoción de la salud, prevención de enfermedades, asistencia sanitaria y rehabilitación. Asimismo podrá participar, en las condiciones que se establezcan, en programas de asistencia sociosanitaria”.

La Disp. Adic. Segunda de la Ley 8/1997, extinguió el Organismo autónomo administrativo Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, subrogándose el Ente público Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, en todos los derechos y obligaciones.

Estructura

Los órganos rectores del Ente público Osakidetza-Servicio Vasco de Salud son el consejo de administración y el presidente, cuyo cargo ejercerá el Consejero del Departamento competente en materia de sanidad (Art. 22 Ley 8/1997).

El consejo de administración estará integrado por el presidente y por un número no superior a cinco miembros en representación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Las atribuciones del consejo comprenderán la planificación estratégica de medios adscritos al Ente, la dirección de sus actuaciones, el control superior de la gestión y las facultades necesarias para dirigir e impulsar el proceso e intensidad con la que se configurarán las organizaciones últimas de servicios sanitarios dependientes del Ente, salvo en lo relativo al otorgamiento de personalidad jurídica.

Reglamentariamente, a través de los estatutos sociales⁴⁵⁴ se crea una organización central de administración y gestión corporativa del Ente, como estructura directiva de apoyo al consejo de administración. Entre sus atribuciones, en ejecución de los acuerdos de los órganos rectores, se encontrarán la colaboración, control, coordinación estratégica y los poderes centralizados de gestión que se establezcan respecto a todas las organizaciones de servicios sanitarios dependientes del Ente.

Organizaciones provisoras de servicios sanitarios del Ente público Osakidetza-Servicio Vasco de Salud

En cuanto al régimen de gestión, la provisión de servicios sanitarios con medios adscritos al Ente público Osakidetza-Servicio Vasco de Salud se realizará a través de organizaciones que realizarán su actividad bajo el principio de autonomía económico-financiera y de gestión. Dichas organizaciones se podrán configurar como instituciones sanitarias del Ente sin personalidad jurídica propia, o bien como entidades sanitarias dependientes del mismo, de titularidad pública y con personalidad jurídica propia. En este caso, las mismas podrán adoptar cualquiera de las figuras organizativas previstas en el ordenamiento jurídico y su creación se realizará mediante decreto del Gobierno (Art. 23 Ley 8/1997). El Capítulo IV de los Estatutos se dedica a las Organizaciones de servicios.

En todo caso, la autonomía de gestión llevará aparejado el reconocimiento a las organizaciones de servicios sanitarios del Ente público Osakidetza-Servicio Vasco de Salud de capacidad para suscribir un contrato-programa con el órgano competente de la Administración General. Asimismo dichas organizaciones tendrán aprobados, en el marco consolidado del Ente público, su presupuesto individualizado y sus planes de gestión a corto y medio plazo.

En cuanto al régimen orgánico y funcional, al frente de cada organización de servicios sanitarios del Ente público se encontrará un Director-Gerente, considerado como cargo directivo sujeto al régimen del art. 27 Ley 8/1997, y un equipo directivo.

Para el desarrollo de funciones de propuesta y asesoramiento, así como de participación en las organizaciones de servicios, existirá un Consejo de Dirección en cada organización, integrado por el equipo directivo, las jefaturas de unidad que se determinen y una representación de los vocales electos que formen parte de los Consejos Técnicos de participación profesional respectivos.

Se establece el objetivo de Gestión Clínica en las organizaciones de servicios sanitarios del Ente Público Osakidetza-Servicio Vasco de Salud que adaptarán progresivamente la gestión en sus servicios y unidades asistenciales hacia el objetivo de integración de las funciones directoras de clínicos y gestores.

Organizaciones de servicios del Ente público Osakidetza-Servicio Vasco de Salud⁴⁵⁵:

- Ámbito Territorial de la Comunidad Autónoma.

⁴⁵⁴Decreto 255/1997, de 11 de noviembre, por el que se establecen los Estatutos Sociales del Ente Público Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.

⁴⁵⁵Decreto 255/1997, de 11 de noviembre, por el que se establecen los estatutos sociales del Ente público Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, en su Anexo II, relaciona las organizaciones de servicios del ente público "Osakidetza-Servicio Vasco de Salud". Este Anexo ha sido redactado por el Acuerdo de 5 de julio de 2001, del Consejo de Administración del Ente Público Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, por el que se actualiza y se da publicidad a la relación de organizaciones de Servicios (organizaciones provisoras de servicios sanitarios) del Ente Público Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.

1. Dirección General, Ente Público Osakidetza-Servicio vasco de salud: Dispone de Tesorería propia desde el inicio de actividades del Ente.
2. Emergencias (Unidades Territoriales de Emergencias).
3. Centro Vasco de Transfusión y Tejidos Humanos.
4. OSATEK-Tecnología Sanitaria de Euskadi, S.A.: Sociedad Pública cuyo capital es de titularidad única del Ente Público Osakidetza-Servicio vasco de salud.

- **Ámbito Territorial del Área de Salud de Araba:** Hospital Txagorritxu (Dispone de Tesorería propia desde el inicio de actividades del Ente), Hospital Santiago (Dispone de Tesorería propia desde el inicio de actividades del Ente), Hospital Leza, Hospital Psiquiátrico y Salud Mental Extrahospitalaria de Araba, Comarca Araba.

- **Ámbito Territorial del Área de Salud de Bizkaia:** Hospital Cruces (Dispone de Tesorería propia desde el inicio de actividades del Ente), Hospital Basurto (Dispone de Tesorería propia desde el inicio de actividades del Ente), Hospital Galdakao (Dispone de Tesorería propia desde el inicio de actividades del Ente), Hospital San Eloy (Dispone de Tesorería propia desde el inicio de actividades del Ente), Hospital Santa Marina, Hospital Gorniz, Hospital Bermeo, Hospital Zaldibar, Hospital Zamudio, Salud Mental Extrahospitalaria de Bizkaia, Comarca Bilbao, Comarca Interior, Comarca Uribe, Comarca Ezkerraldea-Enkarterri.

- **Ámbito Territorial del Área de Salud de Gipuzkoa:** Hospital Donostia, Hospital Zumarraga, Hospital Bidasoa, Hospital Mendaro, Hospital Alto Deba, Salud mental Extrahospitalaria de Gipuzkoa, Comarca Gipuzkoa-Este, Comarca Gipuzkoa-Oeste.

15.2.2. Organizaciones de Servicios Sanitarios del Servicio Vasco de Salud-Osakidetza

15.2.2.1. OSATEK-Tecnología Sanitaria de Euskadi, S.A.

Es una sociedad pública del Departamento de Salud del Gobierno Vasco, adscrita al Servicio Vasco de Salud-Osakidetza, creada mediante el Decreto 159/1992, de 9 de junio, e integrada en el conjunto de Organizaciones de Servicios Sanitarios de Osakidetza mediante el Decreto 255/1997, de 11 de noviembre. Se creó con la vocación de ser un referente nacional en el sector del diagnóstico por imagen y convertirse en un modelo organizativo en el ámbito sanitario.

Es una Sociedad Pública de forma anónima, cuyo único socio será el Ente Público OSAKIDETZA-Servicio Vasco de Salud.

De acuerdo con sus estatutos, a efectos de la Ley de contratos del sector público, la Sociedad tiene la condición de medio instrumental y servicio técnico de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi, así como de los órganos autónomos y demás entes públicos de ella dependientes.

Estructura

Los órganos de Gobierno de la Sociedad, según su art. 8 de los Estatutos, son la Junta General de Accionistas, el Consejo de Administración y el Director Gerente.

Funciones

Las funciones de la Sociedad, según el art. 4 de sus Estatutos, son: Prestar asistencia a los ciudadanos en lo referente al diagnóstico y tratamiento de las enfermedades mediante la utilización de técnicas, aparatos e instrumentos de alta tecnología, desarrollar programas de investigación y colaborar con las Instituciones competentes e materia de docencia e investigación y colaborar con la Administración Sanitaria en la elaboración de estudios en materia de diagnósticos y tratamientos de alta tecnología.

15.2.2.2. Emergencias

Emergentziak-Emergencias es la organización de Osakidetza encargada de realizar la coordinación de urgencias y la asistencia sanitaria de emergencias en todo el territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

15.3. Fundaciones del sector público adscritas al Departamento de Salud

15.3.1. Fundación Vasca para la Innovación Sociosanitaria

Se trata de una iniciativa del Gobierno Vasco para crear una Fundación, en la que también tenga cabida la iniciativa privada, con el fin de desarrollar un centro de investigación e innovación para la atención sociosanitaria de personas dependientes, discapacitadas o enfermas crónicas.

Su misión será coordinar e impulsar iniciativas de gestión del conocimiento, investigación, desarrollo e innovación para la atención de situaciones de envejecimiento, enfermedades crónicas, discapacidad y dependencia, interactuando en el espacio sociosanitario para definir modelos de prestación de servicios de mayor calidad, eficiencia y orientación a las personas en su entorno habitual.

15.3.2. La Fundación Centro Nacional de Investigación en Envejecimiento-CNIE

Se crea por acuerdo del Consejo del Gobierno Vasco el 25 de septiembre de 2012 con la finalidad de generar conocimiento científico de frontera que permita avanzar en la resolución científica de las causas del envejecimiento, con el fin de alargar la juventud celular y funcional de forma que se consiga aumentar, no sólo la esperanza de vida de las personas sino, sobre todo, su tiempo de vida libre de enfermedad.

15.4. Colaboración con la iniciativa privada

Las estructuras sanitarias se consideran en virtud del art. 29 de la Ley 8/1997, como servicio de interés público. En base a ello, las estructuras sanitarias que no dependan directamente de la Comunidad Autónoma de Euskadi y operen en su ámbito territorial, cualquiera que sea su titularidad, se sujetarán a las normas de ordenación dictadas para garantizar la tutela general de la salud pública y ejercerán su actividad conforme al principio de autorización administrativo-sanitaria previa, sin perjuicio de la libertad de empresa y libre ejercicio de profesiones sanitarias.

Las estructuras sanitarias concertadas, de forma complementaria y a efectos de planificación, podrán formar parte operativa del sistema sanitario de Euskadi.

El art. 30 de la Ley 8/1997 establece las relaciones jurídicas con instituciones privadas para la provisión de servicios sanitarios.

Las relaciones entre el Departamento de Salud y cualquier entidad privada para la provisión de servicios sanitarios se instrumentalizarán, previa homologación, de acuerdo con lo que al respecto establecen la legislación general básica y la Ley 8/1997.

El concierto sanitario podrá celebrarse tras tener en cuenta la utilización óptima de los recursos públicos. Además de las cláusulas de derechos y obligaciones recíprocas de las partes, en cada concierto sanitario quedará asegurado el respeto a los derechos instrumentales y complementarios de los usuarios referidos en la presente ley, por cuyo cumplimiento velará la Administración.

Los centros privados concertados estarán obligados a cumplir los extremos mínimos fijados para los servicios públicos en el art. 19.2 de esta Ley 8/1997, además de aquellas obligaciones derivadas de normas legales.

Respecto a las cooperativas, la legislación es la siguiente: Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi y Ley 1/2000, de 29 de junio, de modificación de la Ley de Cooperativas de Euskadi; Ley 8/2006, de 1 de diciembre, de segunda modificación de la ley de Cooperativas de Euskadi; y la Ley 6/2008, de 25 de junio, de la Sociedad Cooperativa Pequeña de Euskadi.

El art. 121 de la Ley 4/1993 regula las Cooperativas de asistencia sanitaria. Son aquellas cooperativas de seguros cuya actividad empresarial consiste en cubrir riesgos relativos a la salud de sus socios o de los asegurados y de los beneficiarios de los mismos.

En cuanto Cuando estas cooperativas tengan por objeto la cobertura de los riesgos relativos a la salud de sus socios y beneficiarios de éstos, les serán de aplicación las normas establecidas para las cooperativas de seguros a prima fija.

Cuando la cooperativa asocie a profesionales de la salud y a personal no sanitario, para atender a terceros asegurados, se aplicarán las normas reguladoras de las cooperativas de seguros de trabajo asociado.

Las Cooperativas de instalaciones sanitarias (art. 122 Ley 4/1993), son también cooperativas sanitarias, a efectos de la Ley 4/1993; están constituidas por personas físicas y jurídicas a fin de promover, equipar, administrar, sostener y gestionar hospitales, clínicas y establecimientos análogos, destinados a prestar asistencia sanitaria a sus socios beneficiarios y familiares y, en su caso, a sus trabajadores. Se aplica a estas cooperativas, además de la legislación hospitalaria, la normativa sobre las cooperativas de consumo, con las adaptaciones que, en su caso, puedan fijarse reglamentariamente atendiendo a la especialidad del servicio que prestan y al sector en el que actúan.

16. LA RIOJA

16.1. Sistema Público de Salud de La Rioja

Se establece y regula en la Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud.

16.1.1. Ordenación del Sistema Público de Salud de La Rioja

El Sistema Público de Salud de La Rioja se organiza en demarcaciones territoriales denominadas Áreas de Salud como estructuras fundamentales responsabilizadas de la gestión unitaria de los centros, servicios y establecimientos del Sistema Público de Salud de La Rioja en su demarcación territorial y de las prestaciones sanitarias y programas sanitarios a desarrollar por ellos.

Para conseguir la máxima eficacia en la organización y funcionamiento del Sistema Público de Salud de La Rioja, las Áreas de Salud, sin perjuicio de la posible existencia de otras demarcaciones territoriales, se dividirán en Zonas Básicas de Salud. Estas son el marco territorial elemental para la prestación de la atención primaria de salud, de acceso directo de la población, que debe contar con la capacidad de proporcionar una asistencia continuada, integral, permanente y accesible.

Para alcanzar los objetivos que tiene señalados el Sistema Público de Salud de La Rioja debe desarrollar la función de atención integral de la salud, garantizando la continuidad de la asistencia, que incluye las actividades de promoción de la salud, salud pública, prevención de las enfermedades, así como acciones curativas y rehabilitadoras, tanto en los niveles de atención primaria como de asistencia especializada.

Los servicios sanitarios garantizarán necesariamente una prestación integral y coordinada, y se ordenarán según su contenido funcional en los siguientes ámbitos: Salud Pública, Salud Laboral y Asistencia Sanitaria que integrará la atención primaria y la atención especializada.

Los servicios sanitarios en La Rioja se prestarán en el conjunto de centros, servicios y establecimientos que constituyen el Sistema Público de Salud de La Rioja, sin perjuicio de los convenios o conciertos que se puedan establecer.

16.1.2. Participación comunitaria en el Sistema Público de Salud de La Rioja

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de La Rioja y al objeto de posibilitar la participación ciudadana dentro del Sistema Público de Salud de La Rioja, se crea el Consejo Riojano de Salud y, en sus respectivos ámbitos de actuación, los Consejos de Salud de Área y los Consejos de Salud de Zona.

Dichos órganos de participación ciudadana en sus respectivos ámbitos territoriales tendrán facultades consultivas y de asesoramiento en la formulación de planes y objetivos generales del Sistema, así como el seguimiento y evaluación final de los resultados de ejecución.

El Consejo Riojano de Salud estará adscrito a la Consejería competente en materia de salud. Los Consejos de Salud de Área estarán adscritos al Consejo Riojano de Salud. Los Consejos de Salud de Zona estarán adscritos al Consejo de Salud de Área que le corresponda.

Se podrán establecer órganos de participación ciudadana a otros niveles de la organización territorial y funcional del Sistema Público de Salud de La Rioja como en el caso de centros asistenciales, con la finalidad de hacer el seguimiento de la ejecución de las directrices de la política sanitaria, asesorar a los correspondientes órganos directivos e implicar a las organizaciones sociales y ciudadanas en el objetivo de alcanzar mayores niveles de salud y en la toma de decisiones de aspectos que afectan a su relación con los servicios públicos de salud.

16.2. Régimen jurídico de los órganos, organismos y entidades públicas con competencias en gestión directa y prestación de servicios sanitarios

El marco legal establecido por la Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud de la Rioja, y la posterior Ley 1/2005, de 11 de febrero, por la que se modifica parcialmente la Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud, para adecuar el Organismo autónomo Servicio Riojano de Salud a la Ley 3/2003, de 3 de marzo, de Organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja, distingue una clara distribución de funciones y responsabilidades:

- Las propias de la Administración: Autoridad sanitaria, salud pública, planificación, financiación e inspección, asumidas y desarrolladas de forma directa por la Consejería de Salud.
- Las de gestión y provisión de recursos asumidas por el Servicio Riojano de Salud, Organismo autónomo integrado en el Sistema Público de Salud de La Rioja que está adscrito a la Consejería de Salud, a la cual corresponderá su dirección, la evaluación y el control de los resultados de su actividad.

16.2.1. El Servicio Riojano de Salud

Se regula en el Título VII de la Ley 2/2002 de Salud de la Rioja. Como normas reglamentarias, hay que considerar:

- Decreto 29/2006, de 5 de mayo, por el que se regulan los órganos de participación ciudadana en el Sistema Público de Salud de La Rioja
- Decreto 52/2011, de 6 de julio, por el que se establece la estructura orgánica y funciones de la Gerencia del Servicio Riojano de Salud.

Objeto, naturaleza y régimen jurídico

El Servicio Riojano de Salud es la entidad pública de provisión, gestión y administración de asistencia sanitaria pública de La Rioja. Es un organismo autónomo administrativo dotado de personalidad jurídica propia, patrimonio y tesorería propios y de autonomía de gestión.

Está adscrito a la Consejería competente en materia de salud del Gobierno de La Rioja, a la cual corresponderá su dirección, evaluación y control de los resultados de su actuación.

Funciones y actividades

Son las siguientes:

- Dirección y gestión de los centros y de los servicios sanitarios adscritos al mismo, y que operen bajo su dependencia orgánica o funcional.
- Prestación de la asistencia sanitaria en los centros, servicios y establecimientos sanitarios públicos que le sean adscritos.
- Dirección y gestión de los recursos humanos, materiales y financieros que le están asignados para el cumplimiento de las funciones que tenga encomendadas.
- Las que se le atribuyan, legal o reglamentariamente.

Estructura del Servicio Riojano de Salud

El Servicio Riojano de Salud se estructura en los siguientes máximos órganos de dirección: El Presidente, que lo será el titular de la Consejería competente en materia de salud, el Consejo de Administración y el Gerente.

Esta estructura ha sido introducida por la Ley 1/2005, de 11 de enero, por la que se modifica parcialmente la Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud, para adecuar el organismo autónomo “Servicio Riojano de Salud” a la Ley 3/2003, de 3 de marzo, de organización del sector público de la Comunidad Autónoma de La Rioja⁴⁵⁶.

Además, el art. 93 Ley 2/2002, prevé que cada Área de Salud estará dirigida por un Gerente de Área, que dependerá directamente del Gerente del Servicio Riojano de Salud.

El Presidente del Servicio Riojano de Salud es el titular del organismo, su máximo órgano rector y ostenta la máxima representación institucional del Servicio Riojano de Salud. Será, a su vez, el Presidente del Consejo de Administración. El Presidente del Servicio Riojano de Salud podrá delegar el ejercicio de cualquiera de sus competencias, a no ser que expresamente se disponga lo contrario.

El Consejo de Administración, tiene las funciones las siguientes: Dar su conformidad al anteproyecto del presupuesto del Servicio Riojano de Salud antes de su remisión a la Consejería competente en materia de presupuestos, informar sobre los criterios de actuación del Servicio Riojano de Salud, de acuerdo con las directrices del Plan de Salud de La Rioja, evaluar anualmente los programas de actuación y resultados, aprobar la Memoria Anual del Servicio Riojano de Salud, Aprobar y elevar a la Consejería competente en materia de salud el estado de cuentas anual del Servicio

⁴⁵⁶La exposición de motivos de la Ley 1/2005 finaliza diciendo: “La supone que la figura del Gerente va a quedar más vinculada a las funciones de coordinación entre las distintas áreas y niveles asistenciales del organismo. Con ello se pretende fortalecer los mecanismos de coordinación y gestión entre la asistencia sanitaria de atención primaria y la especializada. De la estructura resultante, y de las diferentes funciones atribuidas, se desprende que el Servicio Riojano de Salud, como entidad proveedora de servicios sanitarios, se perfila esencialmente para su dedicación a las tareas asistenciales, dejando las de dirección y alta gestión del Sistema Público de Salud de La Rioja a otros órganos unipersonales del propio Servicio Riojano de Salud o de la Consejería competente en materia de salud”.

Riojano de Salud, ser oído con carácter previo a la propuesta de nombramiento de Gerente del Servicio Riojano de Salud, tener conocimiento de la contratación de los cargos directivos del Servicio Riojano de Salud, proponer a la Consejería competente en materia de salud el establecimiento y revisión de precios públicos por la utilización de sus centros y servicios de conformidad con la normativa vigente, informar la propuesta de estructura orgánica y de relación de puestos de trabajo del Servicio Riojano de Salud, formular propuestas de actuación en materias competencia del Servicio Riojano de Salud, informar los reglamentos de funcionamiento y régimen interior de los centros, servicios e instituciones sanitarias dependientes del Servicio Riojano de Salud, ser informado de las delegaciones que se efectúen dentro del ámbito del Servicio Riojano de Salud, cualquiera otras funciones que le puedan corresponder legal o reglamentariamente.

El régimen jurídico del Consejo de Administración se ajustará a las normas básicas del Capítulo II del Título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El Gerente del Servicio Riojano de Salud⁴⁵⁷

El Gerente del Servicio Riojano de Salud es el órgano de dirección que se encuentra al frente de la Gerencia, y al que corresponde, dentro del ámbito de competencia que le confieren las disposiciones vigentes, la gestión del citado organismo autónomo. Se configura como un órgano con competencias de coordinación asistencial.

El Gerente es nombrado y cesado libremente por el Consejo de Gobierno de la Rioja, a propuesta del Consejero competente en materia de salud, y oído previamente el Consejo de Administración.

Además dependen funcionalmente del Gerente del Servicio Riojano de Salud los Directores Gerentes de las diferentes Áreas de Salud en que se divide territorialmente la Comunidad Autónoma de La Rioja.

A través de la Dirección de Procesos de Urgencias y Emergencias, se adscribe al Gerente el Centro Coordinador de Urgencias y Emergencias Sanitarias.

En el Servicio Riojano de Salud, se constituye una Comisión de coordinación de niveles asistenciales y procesos, con el cometido de impulsar la implantación de las Áreas Sanitarias, armonizar y unificar los diversos procedimientos y protocolos, y coordinar cuantas otras actuaciones sea necesario para lograr la efectiva integración de los diferentes niveles asistenciales.

Las funciones del Gerente son las siguientes: Ostentar la representación legal del Servicio Riojano de Salud, ejecutar y hacer cumplir los acuerdos del Consejo de Administración, la gestión del Servicio Riojano de Salud, impulsar y coordinar los órganos directivos del Servicio Riojano de Salud, elaborar la Memoria Anual del Servicio Riojano de Salud, para su presentación y aprobación por el Consejo de Administración, elaborar el borrador de anteproyecto de presupuestos del Servicio Riojano de Salud, de acuerdo con las directrices emanadas de las Consejerías competentes en materia de Hacienda y Salud, la coordinación de las diferentes áreas y niveles asistenciales del organismo y de la Direcciones de procesos, efectuar propuestas a la consejería competente en materia de salud para establecer conciertos sanitarios o convenios singulares de vinculación, proponer al Presidente del Servicio Riojano de Salud la estructura, relación de puestos de trabajo del mismo y el reglamento de

⁴⁵⁷El Decreto 52/2011, de 6 de julio, establece la estructura orgánica y funciones de la Gerencia del Servicio Riojano de Salud.

funcionamiento de los centros, servicios y establecimientos dependientes y proponer al Presidente del Servicio Riojano de Salud la contratación de los cargos directivos del mismo.

El Gerente del Servicio Riojano de Salud podrá delegar en su personal directivo⁴⁵⁸ el ejercicio de sus atribuciones, dando cuenta de ello al Consejo de Administración del organismo.

Personal del Servicio Riojano de Salud

Estará formado por el personal funcionario y laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja que preste sus servicios en el ámbito sanitario y que se le adscriba, el personal transferido procedente del INSALUD, el personal que se incorpore al mismo de acuerdo con la normativa vigente.

En cuanto al régimen jurídico del personal del Servicio Riojano de Salud, se regirá por las disposiciones que respectivamente le sean aplicables, atendiendo a su procedencia y a la naturaleza de su relación de empleo.

Prevé la Ley de Salud de la Rioja, que se procederá a la regulación del régimen jurídico del personal estatutario que preste servicios en el Servicio Riojano de Salud⁴⁵⁹ y que una vez aprobado el Estatuto Marco Básico en aplicación del art. 84 LGS, se adaptarán al mismo las previsiones de personal reflejadas en la Ley de Salud de la Rioja.

Los Decretos 115/2003 y 110/2007, de 31 de agosto, establecen el procedimiento de integración en la condición de personal estatutario del Servicio Riojano de Salud.

Medios materiales y patrimonio

Para el logro de sus fines, el Servicio Riojano de Salud dispondrá e integrará los siguientes centros, servicios y establecimientos sanitarios: los que sea de titularidad de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja que se le adscriban, los de titularidad de la Seguridad Social transferidos a la Comunidad Autónoma de La Rioja que se le adscriban, y los de las Corporaciones Locales, en los términos previstos en la LSRI y en la LGS.

Respecto al patrimonio del Servicio Riojano de Salud, se integra por los siguientes bienes y derechos:

⁴⁵⁸La disposición adicional segunda de la Ley de Salud de la Rioja, en su nueva redacción dada por la Ley 1/2005, prevé que la provisión de los órganos de dirección de la Gerencia del Servicio Riojano de Salud, así como los de los centros, servicios y establecimientos del citado organismo, podrá efectuarse conforme al régimen laboral de alta dirección previsto en el RD 1382/1985, de 1 de agosto y también por el sistema de libre designación. En las convocatorias para la provisión de tales puestos podrán participar tanto el personal estatutario como los funcionarios públicos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, y de las Leyes de Función Pública de las Comunidades Autónomas, siempre que reúnan los requisitos exigibles en cada caso.

⁴⁵⁹Decreto 115/2003, de 7 de noviembre, por el que se establece el procedimiento de integración en la condición de Personal Estatutario del Servicio Riojano de Salud. Tiene por objeto la determinación de las condiciones y procedimiento para la integración voluntaria en la condición de personal estatutario de los funcionarios de carrera y personal laboral con contrato fijo que presta servicios en los centros, servicios y establecimientos sanitarios del Servicio Riojano de Salud. El ámbito propio del personal estatutario en la Administración sanitaria de la Comunidad Autónoma de La Rioja lo constituyen los centros, servicios y establecimientos sanitarios del Servicio Riojano de Salud.

- Los bienes y derechos de toda índole cuya titularidad corresponda a la Comunidad Autónoma de La Rioja que le sean adscritos para el cumplimiento de sus fines.
- Los bienes y derechos de toda índole afectos a la gestión y ejecución de los servicios sanitarios transferidos de la Seguridad Social que le sean adscritos.
- Los demás bienes y derechos que reciba por cualquier título, de acuerdo a la normativa de la Comunidad Autónoma.

En lo no previsto en la Ley de Salud de la Rioja, se aplicará a los bienes y derechos del Servicio Riojano de Salud las previsiones contenidas en la legislación sobre patrimonio de la Comunidad Autónoma.

Régimen de financiación, presupuestos, contabilidad, intervención, contratación administrativa y régimen jurídico de los actos

El Servicio Riojano de Salud se financiará mediante los recursos que le sean asignados con cargo a los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Rioja, los rendimientos procedentes de los bienes y derechos que tenga afectos, los ingresos, ordinarios y extraordinarios, que esté autorizado a percibir, las subvenciones, donaciones y cualquier otra aportación voluntaria de entidades y particulares y los ingresos que obtenga por la prestación de sus servicios.

Salvo lo dispuesto en la propia Ley de Salud de la Rioja, la estructura, procedimiento de elaboración y ejecución del presupuesto del Servicio Riojano de Salud se regirá por lo dispuesto en la legislación vigente aplicable a la Hacienda Pública de la Comunidad de La Rioja, así como por las sucesivas leyes de presupuestos.

El presupuesto del Servicio Riojano de Salud se elaborará de acuerdo con los objetivos del Plan de Salud de La Rioja y se incluirá en los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de una forma diferenciada. Se habrán de reflejar en su caso los estados de ingresos, separadamente de los restantes, que procedan de la Seguridad Social.

El Servicio Riojano de Salud estará sometido al régimen de contabilidad pública establecido para la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

La Intervención General de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja ejercerá sus funciones en el Servicio Riojano de Salud, bien directamente o a través de alguno de los órganos que, a tal efecto, existen o puedan crearse. A propuesta de la Intervención General, podrá acordarse de que la función interventora de los centros de gasto del Servicio Riojano de Salud sea sustituida por el control financiero de carácter permanente.

Contratación administrativa

La contratación administrativa del Servicio Riojano de Salud se regirá por las normas generales de contratación de las Administraciones Públicas. El Presidente del Servicio Riojano de Salud será el órgano de contratación del organismo autónomo, con las limitaciones establecidas en la propia Ley de Salud de la Rioja.

En el Servicio Riojano de Salud existirá una Mesa de Contratación constituida con arreglo a lo dispuesto en el número 3 del art. 35 de la Ley 3/2003, de organización del Sector Público de La Rioja.

Régimen jurídico de los actos

Los procedimientos y los actos, así como su impugnación se someterán a lo contemplado por la normativa reguladora del procedimiento administrativo propio de la Comunidad Autónoma de La Rioja y, en su defecto, por la normativa estatal.

Pondrán fin a la vía administrativa: Los actos dictados por el Presidente, los acuerdos adoptados por el Consejo de Administración y los actos dictados por el Gerente, cuando así se disponga por norma legal o reglamentaria.

Los actos dictados por el Gerente, cuando no pongan fin a la vía administrativa, podrán recurrirse en alzada ante el Presidente del Servicio Riojano de Salud.

La resolución de las reclamaciones previas a la vía jurisdiccional civil o laboral corresponderá al Presidente del organismo.

Los actos del Servicio Riojano de Salud relativos a los servicios y prestaciones sanitarios de la Seguridad Social serán impugnables en los mismos supuestos y con los mismos requisitos que la legislación general establece en relación con las entidades gestoras de la Seguridad Social.

16.2.2. Otras entidades de gestión

16.2.2.1. Fundación Hospital de Calahorra

Mediante la Resolución de 11 de abril de 2000, de la Secretaría General de Asistencia Sanitaria, se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de abril de 2000 por el que se autoriza al Instituto Nacional de la Salud a constituir la "Fundación Hospital Calahorra" y se aprueban sus Estatutos, en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud.

El art. 6.2 del Decreto 30/2005, de 22 de abril, por el que se establece la estructura orgánica de las Áreas de Salud y Zonas Básicas de Salud, prevé que a través del Área de Salud III Rioja Baja, la Fundación Hospital de Calahorra se integrará en los objetivos asistenciales del Sistema Público de Salud de La Rioja, para cuyo fin el Director Gerente de Área fijará los mecanismos de coordinación adecuados. El Director Gerente del Área de Salud III formará parte del Patronato de la Fundación Hospital de Calahorra.

El objeto de la "Fundación Hospital Calahorra" (art. 5 Estatutos) es la gestión y administración del Hospital del mismo nombre que prestará asistencia sanitaria en las zonas básicas de salud de La Rioja Baja y de su área de influencia que, funcionalmente, le hayan sido asignadas por el Instituto Nacional de la Salud y realizará actividades de promoción y protección de la salud individual y colectiva en cualquiera de sus vertientes, docentes e investigadoras en las áreas de la biomedicina y las ciencias de la

salud, así como aquellas otras que pudieran coadyuvar a las que constituyen su objeto fundacional.

Tienen la condición de beneficiados de la "Fundación Hospital Calahorra" (art. 7 Estatutos) el colectivo genérico de personas susceptible de recibir la asistencia sanitaria que preste aquélla en el marco del Sistema Nacional de Salud, así como todas aquellas personas a las que vayan dirigidas las actividades de promoción, prevención y protección de la salud, de formación, docencia e investigación que, en dicho ámbito, desarrolle la Fundación.

En cuanto a los Órganos de la Fundación (Capítulo II de los Estatutos), la "Fundación Hospital Calahorra" estará regida por su Patronato, órgano al que corresponde su gobierno y representación.

Los órganos de dirección de la Fundación serán su Director Gerente, que estará asistido de la Comisión de Dirección, y los demás directivos de la misma.

Son órganos de participación y asesoramiento de la Fundación la Comisión de Participación y Garantías de los Ciudadanos y la Junta Asistencial.

El régimen jurídico del personal contratado por la "Fundación Hospital Calahorra" se ajustará a las normas de Derecho laboral, con las garantías que, a tal efecto, establece el Estatuto de los Trabajadores.

La última modificación de los Estatutos de la Fundación, abre la posibilidad de que la gerencia de la Fundación pueda ser encomendada a una persona física como se regulaba en los Estatutos o, como nueva opción, a una persona jurídica. Con ello, se abre la posibilidad de transferir la gestión de la Fundación Hospital de Calahorra a una entidad privada. Esta transferencia se realizaría recurriendo a la Ley de contratos del Sector público. Los representantes de los trabajadores, han mostrado su desacuerdo con lo que denominan "privatización de la Gerencia, presentando la alternativa de que un grupo de trabajadores del hospital estaría dispuestos a concurrir al citado proceso a través de la constitución de una cooperativa⁴⁶⁰.

⁴⁶⁰larioja.com 29/09/2012. En este sentido, la Fundación Hospital Calahorra ha detectado la posibilidad de alcanzar mejoras en la gestión del Hospital que incrementen la eficiencia de la prestación de los servicios que viene realizando y permita aprovechar la plena capacidad de los recursos y medios de que dispone. Todo ello, reduciendo al mismo tiempo los costes unitarios y globales de dicha prestación y, en consecuencia, disminuyendo sus necesidades de financiación pública, lo que permite liberar recursos para otras políticas públicas de gran importancia en la presente coyuntura. La decisión del Patronato se produce al considerar conveniente abrir a la competencia de empresas, sean personas físicas o jurídicas, la encomienda de sus labores de dirección y gestión en la convicción de que un proceso de licitación permitirá atraer a las mejores y más experimentadas organizaciones y personas que sean capaces de realizar una más eficiente gestión, reasignar los recursos para una mayor y mejor productividad y, en definitiva mejorar la rentabilidad social de cada euro público invertido en el Hospital de Calahorra. Con esta fórmula, por tanto, se busca en primer lugar la eficiencia y se garantiza el mantenimiento del carácter público del centro. El Gobierno de La Rioja autoriza los pliegos para la contratación del servicio de dirección-gerencia de la Fundación Hospital Calahorra. En la página web del Hospital (<http://fhcalahorra.com/archivo-de-contratacion/spo-2012>), aparece el expediente 07/2012, cuyo objeto es la contratación del Servicio de Dirección Gerencia de Fundación Hospital Calahorra. La Mesa de contratación con fecha el día 12 de diciembre de 2012, declaró admitida a licitación la proposición de VIAMED SALUD, S.L. y excluidos de licitación las proposiciones de: COMITÉ DE EMPRESA DE

16.2.2.2. Fundación Rioja Salud

La Fundación Rioja Salud se constituye el 3 de diciembre de 2001 al amparo de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General.

Es una organización sanitaria de naturaleza fundacional, sin ánimo de lucro, vinculada al Sistema Público de La Rioja. Su patrimonio se halla afectado de forma duradera, a la realización de los fines de interés general propios de la institución.

Mediante Resolución de 11 de diciembre de 2001, de la Dirección General de Política Interior, se clasifica e inscribe en el Registro de Fundaciones Benéfico-Asistenciales de la Comunidad Autónoma de La Rioja, la "Fundación Rioja Salud" instituida en Logroño (La Rioja).

Una vez inscrita en el Registro de Fundaciones, tiene personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, pudiendo realizar en consecuencia, todos aquellos actos necesarios para el cumplimiento de la finalidad para la que ha sido creada. Su ámbito asistencial abarca a toda la población del área de salud de La Rioja.

La Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud de La Rioja, en su art. 32 establece que se integren en el Sistema Público de Salud de La Rioja todos los centros, servicios y establecimientos sanitarios dependientes o vinculados a los poderes públicos.

El Régimen jurídico se regula en el art. 3 de sus Estatutos. Se regirá por la Ley 1/2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja, Ley 50/2002 de 26 de diciembre, de Fundaciones, Ley 49/2002 de 23 de diciembre, de régimen fiscal, con las excepciones establecidas en el art. 53.2 de la Ley 3/2003, del sector Público, por las demás disposiciones legales vigentes y de aplicación, por la voluntad del fundador al constituirla, por sus Estatutos y por las normas y disposiciones que establezca el patronato en interpretación y desarrollo de los mismos.

El objeto de la Fundación (art. 5 Estatutos) es la promoción y protección de la salud en cualquiera de sus vertientes mediante la docencia, investigación, desarrollo e innovación de las Ciencias de la Salud, así como la realización de actividades de promoción, prestación y gestión de recursos y servicios sanitarios avanzados.

La Fundación busca facilitar al ciudadano la accesibilidad a servicios y tecnologías de calidad y eficacia, donde tratar las patologías de importancia para la Salud Pública y Comunitaria, resaltando las oncológicas, cardiológicas, neurodegenerativas e infecciosas e incrementar la posibilidad de éxito en la lucha contra las mismas. Igualmente representa parte importante de su objeto estatutario la promoción de la donación en general, y en especial la donación de sangre, así como la gestión de la transfusión de la misma, su análisis y del plasma sanguíneo y la gestión del Banco de órganos y tejidos.

Los beneficiarios de la Fundación (art. 8 Estatutos), son el Sistema Público de Salud de La Rioja y el colectivo indeterminado de personas que, con imparcialidad y sin discriminación, requieran asistencia sanitaria en general y de forma preferente asistencia oncológica especializada, en función de los medios disponibles.

El Gobierno de la Fundación (Título Segundo de los Estatutos) lo componen:

- El Patronato: Es el órgano colegiado de gobierno y representación de la Fundación. Le corresponde cumplir los fines fundacionales y administrar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la Fundación, manteniendo plenamente el rendimiento y utilidad de los mismos.
- El Presidente: Es el Consejero del Gobierno de La Rioja competente en materia de Salud o persona que nombre y designe libremente. Tiene las siguientes funciones: Ejercer la representación de la Fundación y de su Patronato, convocar, presidir, suspender y levantar las sesiones del Patronato, autorizar las asistencias técnicas a las reuniones del Patronato, supervisar las operaciones de la Fundación, proponer la figura del Director Gerente así como su cese, ejercer cualquier acción excepcional en defensa de los derechos de la Fundación.
- El Presidente Honorífico
- El Vicepresidente.
- El Director Gerente: Será el superior órgano unipersonal de gestión de la Fundación y ejercerá la Secretaría de la Fundación y de su Patronato.
- El Secretario

Respecto a la actividad asistencial⁴⁶¹, la Fundación se constituye como centro sanitario de atención especializada que presta servicios bajo los regímenes de: Atención ambulatoria especializada en consultas, atención especializada en hospitalización, y atención especializada a domicilio por equipos domiciliarios.

El personal se rige por el régimen laboral.

16.3. Colaboración del Sistema Público de Salud de La Rioja con la iniciativa privada

La colaboración de instrumentará a través de los convenios singulares de vinculación y de los conciertos sanitarios.

Los convenios singulares son los suscritos entre la administración sanitaria y entidades privadas titulares de centros hospitalarios, para la vinculación de los mismos al Sistema Público de Salud de La Rioja. Los hospitales y otros centros ajenos al Sistema Público de Salud de la Rioja podrán integrarse en el mismo conforme se establece en la propia Ley de Salud de la Rioja mediante la suscripción de convenios singulares de vinculación.

Se regirán por sus propias normas preferentemente, por la LGS, siéndoles de aplicación la normativa de contratación administrativa.

Los conciertos sanitarios son los suscritos entre la administración sanitaria y entidades privadas titulares de centros y/o servicios sanitarios. Se regulan por la LGS, siéndoles de aplicación la normativa de contratación administrativa. Podrán establecerse conciertos para la prestación de servicios con medios ajenos al Sistema Público de Salud de La Rioja, en los casos de insuficiencia de la misma.

⁴⁶¹La Fundación Rioja Salud cuenta con las siguientes unidades, agrupadas por áreas:

- Admisión, Gestión, Calidad, Informática.
- Patología de Mama, Rehabilitación- Linfedema, Cuidados Paliativos, Medicina Nuclear, - Área de Gestión Clínica en Enfermedades Infecciosas, Laboratorio de Virología.
- Formación.

La suscripción de convenios, conciertos, y demás acuerdos con entidades, empresas o profesionales ajenos al Sistema Público de Salud de La Rioja para la prestación de servicios sanitarios y sociosanitarios se realizará teniendo en cuenta los principios de complementariedad, optimización y adecuada coordinación en la utilización de los recursos públicos y privados.

Excepcionalmente, por carácter de necesidad, podrá hacerse uso de servicios no vinculados o no incluidos en conciertos durante el tiempo imprescindible.

Los requisitos mínimos que deberán cumplir las entidades, centros y servicios para la suscripción de convenios o conciertos con el Sistema Público de Salud de La Rioja, son: homologación y acreditación previas, cumplimiento de la normativa vigente fiscal, laboral y de Seguridad Social, adecuación a cuantas disposiciones y normas afecten a las actividades objeto del concierto o convenio.

La Ley de Salud de la Rioja, regula además los efectos de los conciertos y convenios (Art. 96), el contenido mínimo de los conciertos (Art. 98) y las causas de denuncia o extinción del convenio o concierto (Art. 99).

La Ley de Salud de la Rioja, en su art. 100 regula las entidades colaboradoras de la gestión sanitaria. Tendrán tal carácter, con las obligaciones y cometidos que la legislación general les encomiende:

- Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.
- Las empresas y asociaciones de empresarios autorizadas para la colaboración de la asistencia sanitaria o socio-sanitaria.
- Los regímenes de seguro escolar o deportivo.
- Los seguros libres de accidentes de tráfico.
- Los regímenes de asistencia sanitaria de los funcionarios públicos y el ejército.

Las referidas entidades colaboradoras podrán establecer conciertos con la Consejería competente en materia de salud como aseguradora pública.

La colaboración con las oficinas de farmacia se regula en el art. 101 Ley de Salud de la Rioja: La dispensación de las especialidades farmacéuticas y todas aquellas formas farmacéuticas y productos sanitarios incluidos en la prestación farmacéutica a las personas acogidas a los regímenes de la Seguridad Social, por parte de las oficinas de farmacia, se concertará con el departamento competente en materia de salud y el Colegio Oficial de Farmacéutico.

Hay que tener en cuenta, la Ley 4/2001, de 2 de julio, de Cooperativas de La Rioja. Su art. 126 regula las cooperativas sanitarias.

Son cooperativas sanitarias las que tengan por objeto desarrollar actividades sanitarias en sus distintas modalidades de seguros a prima fija, de trabajo asociado o de consumidores, pudiendo realizar con carácter complementario actividades conexas o que faciliten su objeto social.

Se consideran como cooperativas sanitarias de seguros aquéllas cuya actividad empresarial consista en cubrir, a prima fija, riesgos relativos a la salud de los asegurados

y de los beneficiarios de éstos, resultándoles de aplicación la normativa establecida para las cooperativas de seguros.

Se consideran como cooperativas sanitarias de trabajo asociado las formadas por profesionales de la salud y personal no sanitario, siéndoles de aplicación las normas establecidas para las cooperativas de trabajo asociado.

Se consideran como cooperativas sanitarias de consumidores las integradas por personas físicas y jurídicas a fin de prestar asistencia sanitaria a sus socios, familiares y, en su caso, trabajadores, a través de establecimientos sanitarios, resultándoles de aplicación, además de la legislación sanitaria, la normativa establecida para las cooperativas de consumo.

17. COMUNIDAD VALENCIANA

17.1. Sistema Sanitario Valenciano

Se establece y regula en la Ley 3/2003, de 6 de febrero, de la Generalitat, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad Valenciana.

17.1.1. Ordenación

El sistema sanitario valenciano se ordena en departamentos de salud, que equivalen a las áreas de salud previstas en la Ley General de Sanidad.

Los departamentos de salud son las estructuras fundamentales del sistema sanitario valenciano, siendo las demarcaciones geográficas en las que queda dividido el territorio de la Comunidad Valenciana a los efectos sanitarios.

En el ámbito de cada departamento de salud se tenderá a la máxima integración de las acciones de promoción y protección de la salud, de las de prevención y curación de la enfermedad y de rehabilitación del estado de salud, a través de la coordinación de los diferentes recursos existentes, garantizando una sanidad sin escalones.

En cada departamento de salud se garantizará una adecuada ordenación de la asistencia primaria y su coordinación con la atención especializada.

La delimitación de los departamentos de salud es competencia de la Conselleria de Sanidad. En todo caso, cada provincia tendrá, como mínimo, un departamento de salud, el cual se podrá subdividir, en sectores sanitarios y éstos a su vez en zonas básicas de salud.

17.1.2. Participación ciudadana

La participación de los ciudadanos en el sistema sanitario valenciano se ejercerá a través del Consejo de Salud de la Comunidad Valenciana y de los establecidos en los departamentos de salud previstos en la Ley 3/2003 y cuantas disposiciones la desarrollen.

El Consejo de Salud de la Comunidad Valenciana, es el órgano superior colegiado de carácter consultivo.

17.2. Régimen jurídico de los órganos, organismos y entidades públicas con competencias en gestión directa y prestación de servicios sanitarios

En ejercicio de la competencias sanitarias, se promulga la Ley 3/2003, de 6 de febrero, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad Valenciana. Esta Ley, que tiene por objeto la ordenación sanitaria la Comunidad Autónoma, al regular las actuaciones que permitan hacer efectivo, en su ámbito territorial, el derecho de los ciudadanos a la protección de la salud reconocido en el art.43 CE .

17.2.1. La Agencia Valenciana de Salud (AVS)

Naturaleza y régimen jurídico

La Agencia Valenciana de Salud, se crea para la adecuada gestión y administración del sistema valenciano de salud y de la prestación sanitaria de la Comunidad Valenciana.

Es un organismo autónomo de carácter administrativo, de la Generalidad Valenciana, adscrito a la Consejería de Sanidad, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines.

La Agencia Valenciana de Salud se sujeta con carácter general al derecho aplicable a los organismos autónomos de carácter administrativo.

La Agencia Valenciana de Salud Se regula en el Título IV de Ley 3/2003 y por las disposiciones reglamentarias que la desarrollen. Los Estatutos reguladores de la Agencia Valenciana de Salud fueron aprobados por el Decreto 25/2005, de 4 de febrero del Consell, y modificados posteriormente, siendo el último, el Decreto 111/2011, de 2 de septiembre, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico y Funcional de la Conselleria de Sanidad y se modifica el Decreto 25/2005, de 4 de febrero, del Consell, por el que se aprueban los estatutos reguladores de la Agencia Valenciana de Salud.

A la actuación de la Agencia Valenciana de Salud relativa a los servicios y prestaciones sanitarias de la Seguridad Social, le será de aplicación la legislación sobre la contingencia de la Seguridad Social de prestación de asistencia sanitaria.

Funciones

Son las siguientes:

- Establecer y aplicar los criterios generales de coordinación de todos los recursos y medios sanitarios públicos de la Comunidad Valenciana.
- Establecer acuerdos, convenios y conciertos para la prestación de los servicios y el establecimiento de fórmulas de gestión integrada o compartida con entidades públicas y privadas.
- Proponer los requisitos y condiciones mínimas, básicas y comunes aplicables a conciertos para la prestación de servicios sanitarios.

- Analizar y proponer a la Conselleria de Sanidad la constitución de fórmulas organizativas para la provisión y gestión de servicios sanitarios, así como la de entidades con personalidad jurídica propia para la consecución de dicha finalidad, atendiendo especialmente, a la configuración de mecanismos de coordinación con la estructura de salud pública.
- Autorizar y desarrollar en sus centros la creación de nuevas unidades/fórmulas organizativas como las áreas clínicas y las unidades de gestión clínica, de conformidad con los artículos 41 a 45 de la LSV.
- Proponer criterios de actuación a los servicios y centros adscritos funcionalmente a la Agencia Valenciana de Salud, en todo lo relativo a la coordinación con el dispositivo sanitario público.

- Proponer el establecimiento, revisión y modificación de los precios y tarifas por la prestación y concertación de los servicios sanitarios.
- Realizar propuestas de instrucciones, circulares y órdenes de servicio, en las materias de su competencia.

La gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o sociosanitaria podrá llevarse a cabo directa o indirectamente, con medios propios o ajenos, públicos o privados, mediante cualesquiera entidades admitidas en derecho, así como a través de la constitución de concesiones administrativas, consorcios, fundaciones, empresas públicas u otros entes dotados de personalidad jurídica propia, pudiéndose establecer además, acuerdos o convenios con personas o entidades públicas o privadas y fórmulas de gestión integrada o compartida. Las entidades públicas constituidas a tal efecto, y al amparo de la Ley 15/1997, de 25 de abril, serán dependientes de la Agencia Valenciana de Salud (art. 23 Ley 3/2003).

Organizaciones de servicio (arts. 41 a 45 Ley 3/2003)

- Fórmulas organizativas de integración de los recursos asistenciales

La Agencia Valenciana de Salud podrá autorizar en sus centros la creación de nuevas unidades/fórmulas organizativas como son las áreas clínicas y las unidades de gestión clínica. No tienen personalidad jurídica.

Sus objetivos serán:

- Integrar la actividad del área en la orientación al paciente, aplicando la gestión de los procesos asistenciales de manera que se garantice la máxima coordinación de los recursos y la excelencia de la prestación.
- Aplicar la Gestión Clínica : La Ley 3/2003 entiende por Gestión Clínica la utilización adecuada de los recursos para la mejor atención a los enfermos, mediante la estandarización de las tareas y protocolos, utilizando para ello la evidencia científica de modo que se garantice la mayor eficacia, eficiencia y calidad posibles.

- Facilitar a los profesionales la implicación y corresponsabilización en la gestión a través de una mayor participación en la toma de decisiones, en la utilización de los recursos e incentivando el esfuerzo y los resultados, tanto en lo referente a la asistencia como a la gestión en general.

- Aplicar una mayor horizontalidad jerárquica, coordinación del trabajo y desarrollo profesional de los componentes del área.

A las áreas clínicas y a las unidades de gestión clínica se les dotará de un plan de gestión clínica específico en el que se recogerá al menos: La cartera de servicios, el volumen de actividad, la financiación y los objetivos asistenciales, docentes y de investigación y sus niveles de calidad. Ese plan será el equivalente, para ese nivel, al que apruebe, para el conjunto de la organización, la Agencia Valenciana de Salud.

Áreas Clínicas

Son agrupaciones de recursos asistenciales que provienen de distintos servicios médicos y/o quirúrgicos o de soporte que atienden patologías afines y garantizan una respuesta integral al paciente, y suponen un excelente medio para el desarrollo e implicación de los profesionales en la gestión de los recursos asignados.

Se organizan en tres niveles: Comité de Dirección (es máximo órgano de dirección del área, que deberá garantizar la participación, comunicación y toma de decisiones integrada y coordinada, al tiempo que se responsabiliza del correcto funcionamiento del área y sus recursos), Director del área (Está al frente del comité de dirección y ejercerá como máximo responsable de la gestión del área), Unidades asistenciales básicas (Son las estructuras organizativas más elementales y operativas del área).

Unidades de Gestión Clínica

Cuando se trate de recursos con un solo servicio se podrá formar unidades de gestión clínica. Estas, organizadas con una estructura matricial y basadas en criterios de gestión clínica, pretenden una autogestión eficiente de toda su actividad así como de los recursos asignados. Podrán contar con un comité de dirección y unidades asistenciales básicas.

Plan de gestión

Es un instrumento de trabajo que vincula de forma directa y contractual las relaciones entre la Agencia con los centros proveedores.

Es decir, la Agencia Valenciana de Salud establecerá, como procedimiento dirigido a la eficacia y eficiencia, con sus centros dependientes, planes de gestión específicos. Estos son un estímulo y compromiso para la eficiencia, por cuanto permiten clarificar objetivos, y promover una competencia regulada continuamente por la autoridad sanitaria competente, entre los diversos agentes.

El plan de gestión incluye: Objeto de la cobertura del mismo, actividad a desarrollar y volumen de la misma, parámetros de medición de la calidad de los servicios prestados, modo de evaluación y control, fijación del plazo para su cumplimiento, presupuesto asignado a objetivos e incentivos para su consecución.

Estructura y organización de la Agencia Valenciana de Salud

Bajo la dependencia de la persona titular del departamento, la Conselleria de Sanidad está integrada, entre otros, por el siguiente órgano superior. Secretaría Autónoma de la Agencia Valenciana de Salud, que se estructura de la siguiente manera:

- Órganos centrales
 - El Consejo de Administración: Órgano superior de dirección y gobierno
 - El Director Gerente: Ejerce la dirección y gestión de la Agencia Valenciana de Salud, de acuerdo con las directrices del Consejo de Administración.
 - El Consejo de Salud, que será el de la Comunidad Valenciana.
 - Los órganos de gestión, que serán los directores generales de: Recursos Humanos de la Sanidad, Régimen Económico de la Sanidad, Ordenación y Asistencia Sanitaria, Farmacia y Productos Sanitarios, Calidad y Atención al Paciente, e Investigación y Salud Pública.

- Órganos periféricos, en el ámbito del Departamento de Salud (equivalentes a las Áreas de Salud, art. 56 LGS):
 - Consejo de Dirección del Departamento de Salud: Es el órgano periférico de dirección y gestión de la Agencia Valenciana de Salud para la provisión de la asistencia sanitaria y sociosanitaria con medios públicos y privados, dentro del Departamento de Salud.
 - El gerente del Departamento de Salud: Es el encargado de la dirección y gestión de los recursos del Departamento de Salud, tanto de atención primaria como asistencia especializada y sociosanitaria
 - El Consejo de Salud del Departamento de Salud: Es el órgano de participación comunitaria para la consulta y seguimiento de la gestión de la Agencia Valenciana de Salud en el Departamento de Salud. Es el órgano de asesoramiento de la Agencia Valenciana de Salud en el Departamento de Salud.

Personal de la Agencia Valenciana de Salud⁴⁶²

Los Estatutos de la AVS especifican que:

- El personal laboral se regirá por la correspondiente legislación.
- El personal estatutario se regirá, dentro del marco estatutario básico establecido por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, y demás disposiciones de carácter básico aplicables, por lo establecido en el Decreto 7/2003, de 28 de enero, del Consell de la Generalitat, por el que se aprobó el Reglamento de Selección y Provisión de Plazas de Personal Estatutario al Servicio de Instituciones Sanitarias de la Generalitat.
- Los puestos de trabajo que supongan el ejercicio de funciones de autoridad deben estar provistos por personal funcionario o estatutario.

⁴⁶²Téngase en cuenta la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. Véanse los artículos 37 a 39 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las profesiones sanitarias.

En cuanto a la clasificación y al régimen jurídico del personal de la Agencia Valenciana de Salud, la Ley 3/2003, en su art. 36 y el art. 22 de los Estatutos de la AVS, que son coincidentes, especifican que se regirá por las disposiciones que respectivamente le sean aplicables, atendiendo a la normativa que regula los sistemas de integración en el sistema jurídico o general.

Contratación

Se regirá por la normativa general reguladora de las Administraciones Públicas.

Patrimonio⁴⁶³

La Ley 372003 distingue entre bienes y derechos adscritos a la Agencia Valenciana de Salud, y bienes y derechos propios de la Agencia Valenciana de Salud. Entre los primeros, la Ley 3/2003 relaciona “los bienes y servicios de toda clase afectos a la asistencia sanitaria transferidos de la Seguridad Social o adscritos funcionalmente a la actual Subsecretaría para la Agencia Valenciana de Salud”.

Los bienes inmuebles procedentes del patrimonio de la Seguridad Social que se adscriban a la Agencia Valenciana de Salud serán objeto de administración ordinaria, atribuyéndose a la Agencia, respecto de dicha facultad, los mismos derechos y obligaciones que ostentan las Entidades Gestoras de la Seguridad Social.

Los bienes y derechos adscritos a la Agencia Valenciana de Salud conservarán su calificación jurídica originaria y únicamente podrán ser utilizados para el cumplimiento de sus fines, ostentando respecto de dichos bienes y derechos cuantas prerrogativas y derechos establece la normativa sobre patrimonio a los efectos de conservación, correcta administración y defensa de los mismos.

Respecto al patrimonio propio, la Agencia Valenciana de Salud podrá adquirir, a título oneroso o gratuito, poseer, arrendar bienes y derechos de cualquier clase, que quedarán afectados al cumplimiento de sus fines.

En todo lo no previsto en la Ley 3/2003 y en los Estatutos de la Agencia Valenciana de Salud, serán aplicables a los bienes y derechos de la Agencia, las previsiones contenidas en las Leyes de Patrimonio y de Hacienda Pública de la Generalitat, y, supletoriamente, la legislación patrimonial del Estado y de la Seguridad Social.

Régimen financiero, presupuestario y contable

La Agencia Valenciana de Salud se financiará con:

- Los recursos que le puedan ser asignados con cargo a los Presupuestos de la Generalidad Valenciana o de otras entidades.
- Los rendimientos procedentes de los bienes y derechos que le hayan sido adscritos y de los propios.
- Los ingresos ordinarios y extraordinarios que legalmente está autorizada a percibir.
- Las donaciones, subvenciones y aportaciones que le puedan hacer entidades o particulares.
- Cualquier otro recurso que le pudiera ser atribuido.

⁴⁶³Véase la Ley 14/2003, de 10 de abril, de Patrimonio de la Generalitat Valenciana. Los Estatutos de la AVS dedican el Capítulo IV al Régimen patrimonial.

Régimen presupuestario

La estructura, procedimiento de elaboración, ejecución, liquidación y control del presupuesto de la Agencia Valenciana de Salud se regirá por lo previsto en la propia Ley 3/2003, por los artículos 20 a 48 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda Pública de la Generalitat y las leyes de presupuestos de la Generalitat Valenciana.

El presupuesto de la Agencia Valenciana de Salud se orientará de acuerdo con las previsiones del Plan de Salud de la Comunidad Autónoma y desglosado por Departamentos de Salud.

El presupuesto de la Agencia Valenciana de Salud deberá incluirse en el presupuesto de la Consejería de Sanidad, de manera diferenciada.

Régimen contable

Se regirá por la Ley de Hacienda Pública de la Generalidad Valenciana, debiendo adoptar el Plan General de Contabilidad Pública de la Generalitat, aprobado por Orden de 16 de julio de 2001, de la Conselleria de Economía, Hacienda y Empleo. Los centros que configuran la Agencia Valenciana de Salud deberán contar con un sistema integral de gestión que permita: Implantar una dirección por objetivos y un control por resultados, delimitar claramente las responsabilidades de dirección y gestión y la evaluación de los diferentes parámetros que influyen en los costes y calidad de la asistencia.

Función Interventora

Se llevará a cabo por la Intervención General de la Generalidad Valenciana, conforme a lo previsto en los artículos 56 a 63 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda Pública de la Generalidad Valenciana, que supone la intervención previa del gasto por parte de la Intervención Delegada adscrita a la AVS.

La Agencia Valenciana de Salud queda obligada a facilitar a los órganos competentes de la Generalidad cuanta información sea necesaria para el adecuado control de la eficacia y eficiencia en el cumplimiento de los objetivos.

Dicho control lo ejerce la Consejería de Sanidad sin perjuicio del control establecido por la Ley de Hacienda Pública de la Generalidad Valenciana.

Recursos y reclamaciones previas (Art. 46 Ley 3/2003)

Contra los actos y las resoluciones administrativas de la Agencia Valenciana de Salud los interesados podrán interponer los recursos que procedan, de conformidad con lo dispuesto por la legislación sobre procedimiento administrativo.

Así, contra los actos y las resoluciones dictadas por los órganos centrales de dirección y gestión de la Agencia Valenciana de Salud, los interesados podrán interponer recurso de alzada ante el Consejero de Sanidad, y contra los actos dictados por los órganos de dirección y gestión de los Departamentos de Salud, recurso de alzada ante el director Gerente de la Agencia Valenciana de Salud.

Las reclamaciones previas a la vía jurisdiccional civil serán resueltas por el Consejero de Sanidad. Las reclamaciones previas a la vía jurisdiccional laboral serán resueltas por el director Gerente de la Agencia Valenciana de Salud.

17.2.2. Consorcios

Bajo esta modalidad de gestión, está el Consorcio Hospital General Universitario del Departamento de Salud de Valencia-Hospital General.

17.3. Gestión de la docencia e investigación

- Escuela Valenciana de Estudios de la Salud

Es un órgano adscrito a la Consejería de Sanidad, para el apoyo científico-técnico en materia de investigación y docencia a la Administración de la Generalidad y específicamente a la Consejería de Sanidad.

El reglamento de estructura, organización y funcionamiento de la Escuela Valenciana de Salud se determinará por decreto del Consejo de la Generalidad.

La Escuela Valenciana de Salud establecerá la oportuna colaboración con las universidades valencianas y otras instituciones con competencias en la materia con el fin de adecuar la formación de todos los profesionales de la salud.

- Fundaciones de investigación

La investigación sanitaria y biomédica de la Comunidad Valenciana se desarrolla tanto en centros de investigación como en centros asistenciales, cuya gestión de investigación se realiza a través de fundaciones de investigación. Las fundaciones y centros de investigación que actualmente trabajan en la Comunidad Valenciana son las siguientes.

- Fundación para el Fomento de la Investigación Sanitaria y Biomédica en la Comunidad Valenciana (FISABIO)
- Fundación Instituto de Investigación Sanitaria la Fe
- Fundación Investigación Clínico de Valencia - Instituto de Investigación Sanitaria (INCLIVA)
- Fundación Hospital Provincial de Castellón
- Fundación Investigación Hospital General Universitario de Valencia
- Fundación para la Investigación Hospital General Universitario de Alicante
- Fundación Hospital Universitario de Elche
- Fundación Oftalmológica del Mediterráneo
- Centro de Investigación Príncipe Felipe (CIPF)
- Centro Superior de Investigación en Salud Pública (CSISP)

17.4. Instituto para la Acreditación y Evaluación de las Prácticas Sanitarias, S.A.

Es una sociedad mercantil autonómica.

17.5. Colaboración de la iniciativa privada

Las relaciones de la Agencia Valenciana de Salud y cualquier entidad privada para la provisión de servicios sanitarios se ajustarán a la propia Ley 3/2003 -art. 47-, a lo dispuesto en los Estatutos de la Agencia Valenciana de Salud -art. 28.3-, y a la normativa general básica de aplicación.

Los conciertos, convenios o acuerdos podrán celebrarse tras tener en cuenta la óptima utilización de los recursos públicos y sin contradecir los objetivos sanitarios, sociales y económicos de los Planes de salud.

Fue muy novedosa la implantación del modelo valenciano concesional para la gestión de centros sanitarios. Se trata de una nueva forma de gestión de la asistencia sanitaria denominada "Modelo Alzira". Desde 1997, el grupo empresarial, Ribera Salud ha desarrollado ese modelo de Colaboración Público-Privada en Sanidad. Este grupo está presente en la Comunidad Valenciana, en la gestión de cinco Departamentos de Salud (Áreas de Salud), con cinco hospitales y más de 100 centros de Atención Primaria.

El "modelo Alzira", está inspirado en los cambios introducidos por el gobierno laborista inglés y el gobierno socialdemócrata sueco. Es una forma de gestión privada, tipo Concesión Administrativa, que se ensayó en el Hospital de la Ribera (Alzira). Ilustra muy bien sobre las características de este modelo de gestión el Fundamento de Derecho Segundo de la STSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de diciembre de 2000 (JUR\2001\160009): "La Conselleria de Sanidad de la Generalitat Valenciana, publicó en el DOGV de fecha 25 de febrero de 1997 el concurso 97/A5912, cuyo objeto es el pliego de cláusulas de explotación para el concurso público por procedimiento abierto de la prestación y gestión de la atención sanitaria especializada del Área de Salud núm. 10 del S.V.S, a través del cual se procederá a la adjudicación de una concesión administrativa con dicha finalidad sobre la base de que el concesionario construirá un Hospital en Alzira sobre terrenos cedidos por el Ayuntamiento y gestionará, recibiendo a cargo de la Administración las compensaciones económicas establecidas por dicha prestación y gestión de asistencia sanitaria, así como sus ingresos de explotación propios (prestación de servicios a población la Seguridad Social ajena al Área de Salud núm. 10, conciertos con hospitales, que no sean de la red pública del Servicio Valenciano de Salud...), durante un plazo de diez años prorrogables por otros cinco, revirtiendo al cabo de los diez años el pleno dominio de la construcción hospitalaria a la Administración. En base a ello:

–La empresa adjudicataria prestará y gestionará la prestación de asistencia sanitaria que corresponde a la población beneficiaria de la Seguridad Social.

–El tipo de licitación máximo se sitúa provisionalmente en 7.820.000.000 pesetas por año, incrementada anualmente en el índice de precios al consumo. En tanto que el contrato tiene una duración de diez años, el montante inicial previsto provisionalmente se sitúa en 78.200.000.000 pesetas.

–En tal cantidad de dinero se entienden incluidos, entre otros, los costes de construcción del Hospital e inversión, de mantenimiento de los inmuebles ya existentes y de la prestación del servicio".

Las claves del "modelo Alzira", son:

Financiación Pública: El sistema de contraprestación se basa en un pago caputivo. La Administración paga a la empresa concesionaria una cantidad anual fija y preestablecida por cada uno de los habitantes adscritos.

Propiedad Pública: En todo momento se garantiza la naturaleza pública del servicio de salud. El centro objeto de concesión es un hospital público, construido en suelo público y perteneciente a la red de hospitales públicos.

Control Público: La empresa concesionaria está sujeta al cumplimiento de las cláusulas establecidas en el pliego de condiciones, y la Administración tiene capacidad de control y de inspección, así como facultad normativa y sancionadora.

Gestión y prestación Privada: La prestación del servicio sanitario se adjudica durante un periodo de tiempo preestablecido a una empresa concesionaria, que se compromete a la buena marcha y gestión del servicio público.

Por tanto, se trata de una concesión de gestión de servicio público, en la que se externaliza por completo la gestión, incluyendo los servicios de asistencia sanitaria

La Administración sanitaria de la Comunidad Autónoma Valenciana argumentó, las siguientes ventajas del “modelo Alzira”:

- Para los pacientes: Calidad percibida, humanización de la asistencia, trato personalizado, mayor privacidad y confort, mayor accesibilidad, menor tiempo de respuesta, libre elección hospital y profesional, tecnología al servicio del ciudadano
- Para los profesionales: Estabilidad laboral, sistema retributivo innovador, oportunidad de desarrollo y carrera profesional, docencia e investigación, apuesta por la tecnología.
- Para la Administración: Descarga de los presupuestos públicos, coste inferior a la media de la gestión pública, inversiones a cargo del concesionario durante el período de gestión, pago caritativo, transferencia del riesgo financiero, innovación en tecnologías y sistemas de gestión, aportación de recursos humanos complementarios.

Sin embargo, no critica los efectos negativos que el modelo puede tener para la asistencia sanitaria pública recibida por la población, como se debatirá en el Capítulo VI.

La referida Sentencia de 20 de diciembre 2000 (JUR\2001\160009), fue desestimó el recurso deducido contra una Resolución de la Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana, sobre concurso que tiene por objeto la gestión de la atención sanitaria especializada del Área 10 del Servicio Valenciano de Salud. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (STS de 20 de diciembre de 2005. RJ\2006\4212). Por consiguiente, mediante esa sentencia, el TS aceptó expresamente los contratos de concesión para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria mediante.

Respecto a las cooperativas, es la Ley 8/2003, de 24 de marzo, de cooperativas de la Comunidad Valenciana. El art. 94 Cooperativas sanitarias. La actividad sanitaria podrá ser objeto de una cooperativa de trabajo asociado, de consumo directo de la asistencia sanitaria, o bien de una cooperativa de seguros. En todo caso las cooperativas sanitarias deberán someterse al régimen propio de su actividad y a la peculiar regulación de su tipo de cooperativa.

3. ANÁLISIS DE LAS FORMAS JURÍDICAS DE ORGANIZACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO SANITARIO Y DE LA PROVISIÓN PÚBLICA DE ASISTENCIA SANITARIA EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Se van a analizar las personificaciones instrumentales autonómicas, creadas por las Comunidades Autónomas para ordenar los servicios sanitarios, y gestionar y proveer asistencia sanitaria pública, bajo formas de Derecho Público (Organismos públicos y Consorcios), o bien, adoptando formas jurídicas del Derecho privado (Sociedades mercantiles y Fundaciones). Se abordarán asimismo, los Órganos administrativos –sin personalidad jurídica- que también gestionan asistencia sanitaria.

3.1. Ordenación del Sistema Sanitario Público de las Comunidades Autónomas. La participación

3.1.1 Ordenación del Sistema Público de las Comunidades Autónomas

Los Estatutos de Autonomía confieren a las Comunidades Autónomas la titularidad de las competencias sanitarias. Con carácter general, el Consejo de Gobierno ejerce la competencia de ordenación de los servicios sanitarios y regula la participación de los ciudadanos, la Consejería de Salud ejerce la función de asistencia sanitaria, ostentando en concreto la titularidad de los servicios sanitarios, mientras que la gestión se reserva a organismos, entes y entidades dedicados exclusivamente a la provisión de asistencia sanitaria.

Para el ejercicio de sus funciones, la Consejería competente en materia de salud, podrá desarrollarlas, directamente (órganos desconcentrados, sin personalidad jurídica propia, pero especializados y con cierta autonomía de gestión) o mediante los organismos, entes y entidades (con personalidad jurídica) que sean competentes o puedan crearse a dicho efecto; o bien, establecer acuerdos, convenios o conciertos con entidades públicas o privadas. También podrá constituir consorcios de naturaleza pública u otras fórmulas de gestión integrada o compartida con entidades de naturaleza o titularidad pública o privada sin ánimo de lucro, con intereses comunes o concurrentes, que podrán dotarse de organismos instrumentales. Finalmente puede participar en cualesquiera otras entidades públicas admitidas en Derecho, cuando así convenga a la gestión y ejecución de los servicios públicos.

En la Administración sanitaria necesariamente han de existir órganos especializados (los centros, establecimientos y servicios sanitarios), que no se ajustan a las estructuras departamentales ordinarias, para la provisión de asistencia sanitaria. La gestión directa indiferenciada o sin órgano especial sólo es aplicable a una parte de las funciones administrativas en materia de salud y sanitarias que comprendería las funciones de dirección, control e, incluso, inspección y sanción, esto es, lo que se ha venido a denominar «autoridad sanitaria». Pero, con lo que no es compatible es con las funciones puramente prestacionales, que requieren la existencia de esos órganos técnicamente especializados que necesariamente se han de situar fuera de la estructura ordinaria de la Consejería competente en materia de sanidad.

La clave de la ordenación sanitaria de las Comunidades Autónomas es el Sistema Sanitario Público de las mismas. Casi todas las leyes de Salud/Ordenación sanitaria, salvo Asturias, Murcia y Navarra lo definen y regulan de manera similar.

Como muestra de estas definiciones, la Ley 2/1998, de Salud de Andalucía, define el Sistema Sanitario Público como el conjunto de recursos, medios organizativos y actuaciones de las Administraciones Sanitarias Públicas de la Comunidad Autónoma o vinculadas a las mismas, orientados a satisfacer el derecho a la protección de la salud a través de la promoción de la salud, prevención de las enfermedades y la atención sanitaria. Integra todas las funciones y prestaciones que son responsabilidad de los poderes públicos para garantizar la efectividad del derecho a la protección de la salud"(arts. 43 y 44).

Es por tanto el concepto de Sistema Sanitario Público, aunque parecido al dado en el art. 50 LGS para el Servicio de Salud, más totalizador que éste.

El órgano de dirección del Sistema Sanitario Público de cada Comunidad Autónoma es la Consejería competente en materia de Sanidad/Salud.

El encuadramiento de las funciones de asistencia sanitaria en la organización central, es decir, en los servicios centrales de la Consejería correspondiente, se realiza respetando las siguientes reglas:

- La creación, modificación o supresión de Consejerías necesita, en principio, una Ley, pero ésta autoriza al Presidente a variar su número, denominación y composición.
- La estructura orgánica de la Consejería se establece o modifica por Decreto, excepto para los Negociados, cuya creación o supresión compete al Consejero.

Al tratarse la Consejería de Sanidad/Salud, de estructura organizativa común u ordinaria de la Administración, el régimen jurídico aplicable es el establecido con carácter general para las Administraciones Públicas y, en concreto, para la Administración de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Con carácter general, en el Sistema Sanitario Público de la Comunidad Autónoma, se diferencian:

- Funciones propias de la Consejería competente en materia de salud: Autoridad sanitaria, planificación, aseguramiento, financiación, asignación de recursos, ordenación de prestaciones, concertación de servicios ajenos e inspección.
- Funciones de gestión y provisión de asistencia sanitaria asumidas por los organismos, entes y entidades dedicados exclusivamente a la misma. Todas las Comunidades Autónomas han creado su Servicio de Salud, como principal gestor y proveedor de asistencia sanitaria.

Es necesario matizar este marco general. En primer lugar, todas las Comunidades Autónomas, siguiendo las directrices marcadas por la LGS, han creado y regulado sus correspondientes Servicios de Salud, que se pueden clasificar en dos grupos:

1) Servicios de Salud que son gestores de la asistencia sanitaria pública, siendo los principales proveedores de la misma, aunque pueden no ser, los únicos. En este grupo están la mayoría de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, salvo los incluidos en el grupo siguiente.

2) Servicios de Salud que desarrollan funciones de autoridad sanitaria y también funciones de gestión de centros, servicios y establecimientos sanitarios (proveedores de asistencia sanitaria). Coexisten con otros proveedores, públicos y privados (vinculados por conciertos, convenios u otras fórmulas contractuales). Se incluyen en este grupo:

- El Servicio Canario de Salud

El Servicio Canario de la Salud, además de ser un organismo gestor de asistencia sanitaria, ejerce funciones de autoridad sanitaria. Se organiza territorialmente en demarcaciones denominadas Áreas de Salud.

- El Servicio Catalán de Salud

Para llevar a cabo una adecuada organización y ordenación del Sistema Sanitario de Cataluña se crea el Servicio Catalán de la Salud. Actúa como el garante de la atención sanitaria pública mediante los contratos de compra de servicios.

El Servicio Catalán de la Salud desarrolla las funciones de autoridad sanitaria (ordenación, planificación, programación, evaluación, inspección y financiación de los servicios y prestaciones que configuran el sistema sanitario público y de cobertura pública) y de gestión de los centros, servicios y establecimientos de protección de la salud y de atención sanitaria y sociosanitaria integrados en el Servicio Catalán de la Salud, y de los servicios administrativos que conforman su estructura.

Para el ejercicio de estas funciones de gestión, el Servicio Catalán de la Salud podrá desarrollarlas directamente, mediante los órganos u organismos que sean competentes o puedan crearse a dicho efecto, si procede, o establecer acuerdos, convenios, conciertos o fórmulas de gestión integrada o compartida con entidades públicas o privadas. También podrá formar consorcios de naturaleza pública con entidades públicas o privadas sin afán de lucro, con intereses comunes o concurrentes, que podrán dotarse de organismos instrumentales, si procede. Finalmente podrá crear o participar en cualesquiera otras entidades admitidas en derecho, cuando así convenga a la gestión y ejecución de los servicios o actuaciones, en particular, puede crear cualesquiera Empresas públicas (Estatuto de la Empresa Pública Catalana).

- El Servicio Madrileño de Salud

El Sistema Sanitario de la Comunidad de Madrid se organiza en un Área Sanitaria Única. En esta Comunidad se crea la Red Sanitaria Única de Utilización Pública de carácter funcional y que estará integrada por todos los proveedores sanitarios públicos dependientes de la Comunidad de Madrid y por aquellos privados o públicos que previa acreditación y concertación puedan prestar servicios al Sistema Público.

La función de aseguramiento corresponde a la Autoridad Sanitaria, de la que depende la Red de Agencias Sanitarias de la Comunidad de Madrid. La función de compra de servicios sanitarios o, lo que es lo mismo, la distribución del presupuesto sanitario, en función de actividad y objetivos de salud, se atribuye al Servicio Madrileño de Salud, aunque también como se verá, es proveedor de servicios, y la función de provisión de servicios sanitarios, corresponde a la Red Sanitaria Única de Utilización

Pública, la cual está constituida por todos los servicios asistenciales financiados públicamente.

El Ente de Derecho público Servicio Madrileño de Salud llevará a cabo, por tanto, dos actividades netamente diferenciadas. Por una parte la actividad de compra de servicios sanitarios (asignación presupuestaria) a la Red Sanitaria Única de Utilización Pública y por otra la actividad de provisión de servicios sanitarios (gestión de los recursos, centros y servicios asistenciales que estén adscritos al Servicio Madrileño de Salud).

Por consiguiente, algunos Servicios de Salud acumulan, quizá, demasiadas funciones, en las que se entremezclan contenidos típicos de la Autoridad Sanitaria con otras puramente prestacionales. Aunque la separación de funciones (de autoridad, de compra, de financiación y de provisión) es una apuesta presente en todas las propuestas de reforma de los servicios sanitarios, existen dificultades para llevarlas a cabo de manera efectiva. La dificultad podría residir en que las funciones que se intentan separar (compra y provisión) se encomiendan a instancias que tienen entre sí relaciones de dependencia y que, a su vez, dependen de la instancia político-administrativa (típicamente, la Consejería) encargada de las funciones de autoridad o regulación, a la que están adscritos los respectivos Servicios de Salud. Por tanto, se está en presencia de una cadena de dependencias, incluso jerárquica, que va desde el Consejo de Gobierno, pasando por el Consejero competente en materia de sanidad y por la Entidad pública en que se personifica el Servicio de Salud, y que termina en el sujeto prestador, tenga o no personalidad diferenciada.

En definitiva, no existe una separación efectiva de las citadas funciones por lo que la proclamada separación se queda en una mera proclamación más retórica que real.

En segundo lugar, las Comunidades Autónomas han delimitado y constituido en su territorio demarcaciones denominadas Áreas de Salud, con ligeras variantes terminológicas en algunas de ellas, como a continuación se dirá. Lógicamente han tenido en cuenta, los principios básicos establecidos en la LGS, para organizar un sistema sanitario coordinado e integral.

Las Áreas de Salud, son estructuras desconcentradas, con una organización y unas funciones propias, cuya existencia constituye una exigencia derivada de la Ley General de Sanidad. Aunque sería posible, en ningún caso las Comunidades Autónomas les han atribuido personificación jurídica propia, sino que se ha mantenido su configuración como estructura especializada, pero sin personalidad jurídica diferenciada.

La mayoría de las Comunidades Autónomas han mantenido la denominación de Áreas de Salud, con las siguientes excepciones: Área Sanitaria (Galicia y Madrid); Región Sanitaria (Cataluña); Comunidad Valenciana (Departamento de Salud). Estas variaciones terminológicas no tienen trascendencia jurídica alguna.

En cuanto a la ordenación de las Áreas de Salud por las Comunidades Autónomas, se han seguido dos modelos en las Leyes de Salud/Ordenación Sanitaria autonómicas:

Modelo 1: El Sistema Sanitario Público se ordena en Áreas de Salud.

En este modelo se incluyen la mayoría de las Comunidades Autónomas, salvo las clasificadas en el grupo siguiente.

Modelo 2: El Servicio de Salud se ordena en Áreas de Salud.

Se incluyen en este grupo, las Comunidades Autónomas de Canarias, Islas Baleares y Navarra.

Estaría a caballo, entre los dos modelos el Principado de Asturias: El Sistema Sanitario de la Comunidad Autónoma se ordena en demarcaciones territoriales denominadas Áreas de Salud que constituyen, a su vez, las unidades funcionales y de gestión fundamentales del Servicio de Salud del Principado de Asturias (art.19.1 Ley 1/1992, del Servicio de Salud del Principado de Asturias).

En la Región de Murcia y en el País Vasco, no se especifica si las Áreas de Salud son las demarcaciones del Sistema Sanitario Público, o bien del Servicio de Salud.

En la práctica estas distinciones que realizan la legislación de las Comunidades Autónomas, no afectan a las funciones de las mismas, que en definitiva, tienen por objeto proteger el derecho a la salud de las personas comprendidas en su ámbito territorial.

En cuanto al número de Áreas de Salud, el único límite inderogable que se establece en la LGS, es una por provincia. La legislación autonómica, hace pocas referencias a esta cuestión; Principado de Asturias (establece ocho Áreas); Canarias (un mínimo de un Área por Isla); Madrid (ha establecido un Área Sanitaria Única); Navarra (tres Áreas) y Comunidad Valenciana (un departamento de salud por provincia como mínimo).

Funcionalmente, en las Áreas de Salud, la asistencia sanitaria se organiza en dos niveles, que actuarán bajo el criterio de coordinación: Atención primaria y Atención especializada. Para ello, cada Área de Salud se divide territorialmente en zonas básicas de salud, las cuales son el marco territorial elemental para la Atención primaria de salud. Además, cada Área de Salud dispondrá de al menos, un dispositivo de atención especializada de titularidad pública.

Aunque la división de las Áreas de Salud en zonas básicas de salud, no es obligatoria, todas las Comunidades Autónomas, la han regulado, excepto la Comunidad de Madrid, que es Área Sanitaria única. En el País Vasco no se especifica la división en zonas básicas de salud, aunque se podrá señalar la ordenación territorial inferior que resulte necesaria.

En cuanto a la terminología utilizada, en Extremadura se denominan "zonas de salud"; en Cataluña, "área básica de salud"; y en Galicia "zonas sanitarias"(unidad

elemental de prestación de servicios sanitarios). En Castilla la Mancha y Castilla y León, se prevé la posibilidad de la existencia de zonas de salud especiales.

Hay Comunidades Autónomas que han establecido estructuras desconcentradas de dirección, gestión y planificación, que integran varias zonas básicas de salud: Sectores (Aragón, Cataluña, Islas Baleares y Comunidad Valenciana); Distritos (Andalucía y Asturias); Comarcas Sanitarias (Navarra).

En cuanto a la estructura orgánica, toda la normativa autonómica sigue la pauta marcada por la Ley General de Sanidad para las Áreas de Salud, articulándose en torno a un órgano de dirección (Consejo de Dirección de Área), otro de participación (el Consejo de Salud de Área) y un tercero de gestión (el Gerente de Área o Director Gerente). Por consiguiente, todas las leyes autonómicas reguladoras de las Áreas de Salud, han mantenido la estructura organizativa establecida en la Ley General de Sanidad, pese al carácter supletorio del art. 57 LGS.

3.1.2. La participación

En virtud de lo dispuesto en los arts. 9.2 y 129.1 CE⁴⁶⁴, y en los arts. 5 y 53 de la LGS, éstos últimos de carácter básico, los ciudadanos de las Comunidades Autónomas tienen derecho a participar en la política sanitaria, en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar en general y en la gestión del Sistema Público de Salud correspondiente.

La regulación por el Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas de los órganos de participación, se debe ajustar a criterios de participación democrática de todos los interesados, y cuya composición se establecerá, en cada caso, en función de su naturaleza y su ámbito de actuación.

Los Servicios Públicos de Salud deben organizarse de manera que sea posible articular la participación comunitaria a través de las Corporaciones territoriales correspondientes. A estos efectos, se entenderán comprendidas las organizaciones empresariales y sindicales. La representación de cada una de estas organizaciones se fijará atendiendo a criterios de proporcionalidad, según lo dispuesto en el Título III de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

Con el fin de articular la participación en el ámbito de las Comunidades Autónomas, se creará el Consejo de Salud de la Comunidad Autónoma. A su vez, en cada Área, la Comunidad Autónoma deberá constituir, asimismo, órganos de participación en los servicios sanitarios. Además, en ámbitos territoriales diferentes de los referidos, la Comunidad Autónoma deberá garantizar una efectiva participación.

Es de carácter básico, y por tanto aplicable en todas las Comunidades Autónomas, crear el Consejo de Salud de la Comunidad Autónoma y en cada Área de Salud, constituir órganos de participación en los servicios sanitarios (art. 53.2 LGS).

⁴⁶⁴ RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., “El Derecho a la participación en la empresa y en la Seguridad Social”, en “Comentario a la Constitución Socio-Económica de España”, Dirs. MONEREO PÁREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C, MORENO VIDA, M.N, Ed. Comares, Granada, 2002, págs. 699-718. DURÁN LÓPEZ, F., SAEZ LARA, C, “El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales”, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Ed. Civitas, Madrid, 1997.

Aunque como se ha dicho, no es vinculante para el legislador autonómico, al ser supletorio el art. 57 LGS, la estructura de las Áreas de Salud -Consejo de Salud de Área, Consejo de Dirección de Área y Gerente de Área- regulada en él, se ha mantenido en casi todas las Comunidades Autónomas. Por lo que, aunque la participación puede articularse por distintas vías, una es la vía supletoria del Consejo de Salud de Área como prevé la LGS.

Con ligeras variantes terminológicas –como es el caso del Consejo Asesor de Salud en Cantabria- , todas las Comunidades Autónomas han creado sus Consejos de Salud autonómicos. Son los máximos órganos consultivos y de participación ciudadana en su ámbito.

Se configuran como órganos colegiados de participación ciudadana en la formulación de la política sanitaria y en el control de su ejecución, asesorando e informando en esta materia al Departamento o Consejería responsable en materia de Salud. El Presidente, en todas las Comunidades Autónomas, es el Consejero de Salud.

En cada Área de Salud se establece un Consejo de Salud de Área – Consejo de Salud de la Región Sanitaria en Cataluña y Consejo de Salud del departamento de salud de la Comunidad Valenciana-, como órgano colegiado de participación ciudadana, con la finalidad de hacer el seguimiento en su ámbito de la ejecución de la política sanitaria y de asesorar a los órganos correspondientes a dicho nivel de la Consejería de Salud.

Es frecuente también, que por el Consejo de Gobierno se establezcan órganos de participación ciudadana a otros niveles de la organización territorial y funcional del Sistema Sanitario Público de las Comunidades Autónomas, como se verá a continuación.

Los Consejos de Salud de Zona como órganos de participación, se han establecido en Asturias, Canarias, Castilla y León, Extremadura, Islas Baleares, Murcia (de manera excepcional), Navarra y La Rioja.

Otras peculiaridades, son las siguientes:

Andalucía

Ha regulado la Comisión Consultiva de Área de Gestión Sanitaria y la Comisión Consultiva de Agencia pública empresarial.

Aragón

No se establece el Consejo de Salud de Área en la Ley 6/2002 de Salud de Aragón, aunque prevé que reglamentariamente, se determinará la estructura y funcionamiento de las áreas y sectores, así como de sus órganos de gestión y participación que en cada caso correspondan

Los centros hospitalarios del Sistema de Salud de Aragón tendrán las comisiones de participación hospitalaria y las comisiones de bienestar social.

Canarias

Ha establecido la Comisión de Participación Hospitalaria.

Castilla y León

Podrán constituirse, Consejos de Salud que agrupen dos Zonas Básicas de Salud colindantes de un mismo Área de Salud, cuando factores de carácter demográfico, sanitario y viario lo aconsejen.

Esta Comunidad Autónoma ha regulado el voluntariado en el ámbito de la salud. En este ámbito, los ciudadanos podrán participar de forma directa y activa en la realización de actividades sanitarias de interés general de forma solidaria y altruista, a través de las entidades de voluntariado públicas o privadas para la mejora de la calidad de vida de las personas con problemas de salud. La colaboración de las entidades de voluntariado con la Consejería competente en materia de sanidad podrá establecerse mediante convenios o cualquiera de las fórmulas previstas en la legislación vigente.

También se prevé en la legislación de ésta Comunidad Autónoma, la existencia de foros virtuales que servirán de cauce de participación, directa e individual, en el Sistema de Salud de la Comunidad de Castilla y León para la realización de sugerencias respecto de la ejecución de políticas de salud y de gestión sanitaria.

El Consejo Asesor Científico-Técnico de Sanidad es un órgano colegiado con funciones de asesoramiento al Sistema de Salud de Castilla y León en temas científicos y técnicos sanitarios. Está adscrito a la Consejería competente en materia de sanidad. Podrán constituirse las comisiones técnicas y grupos de trabajo que sean precisos para el asesoramiento en aspectos específicos.

Cataluña

Existe el Consejo de Salud del sector sanitario como órgano de participación ciudadana para el asesoramiento, consulta y seguimiento de la actividad del sector.

Extremadura

Con la finalidad de promover la participación formal de los pacientes en el Sistema Sanitario Público de Extremadura, se crea el Consejo Regional de Pacientes de Extremadura, adscrito a la Consejería competente en materia de sanidad, como órgano colegiado de carácter consultivo, de participación comunitaria y de coordinación en relación con las actividades que desarrollan las asociaciones de pacientes en la Comunidad Autónoma de Extremadura. Tiene como objetivo general promover la coordinación, articulación, planificación estratégica, gestión y evaluación de las actividades relacionadas con la participación de las instituciones de pacientes y familiares de afectados en el Sistema Sanitario Público de esta Comunidad Autónoma.

La Junta de Extremadura se podrá establecer órganos de participación a otros niveles de la organización funcional de su Sistema Sanitario Público, con la finalidad de asesorar a los correspondientes órganos directivos e implicar a las organizaciones

sociales y ciudadanas en el objetivo de alcanzar mayores niveles de salud. Estos órganos de participación podrán incluir, entre otros, a colegios profesionales, sociedades científicas y asociaciones, así como a personas de reconocido prestigio en el ámbito de las Ciencias de la Salud.

Galicia

En esta Comunidad Autónoma se contemplan otras fórmulas de participación social e individual tales como las comisiones de participación ciudadana y el voluntariado.

Las comisiones de participación ciudadana son órganos que asesoran a los correspondientes órganos directivos e implican a las organizaciones sociales y ciudadanas en el objetivo de conseguir mayores niveles de salud.

Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 3/2000, de 22 de diciembre, de voluntariado social de Galicia, y en la Ley 3/2003, de 19 de junio, de cooperación para el desarrollo, o en otras normas sectoriales, en el ámbito estrictamente sanitario podrá reconocerse la colaboración desinteresada, individual o colectiva, dentro del Sistema Sanitario Público de Salud de Galicia, entendida como la expresión de un compromiso libre y altruista con la sociedad, que se desarrolla individualmente o dentro del marco de aquellas organizaciones sociales cuyo objetivo sea la mejora de la calidad de vida, que no tengan afán de lucro y que estén integradas principalmente por voluntarios y voluntarias o cooperantes.

La colaboración de las organizaciones de voluntarios y voluntarias o cooperantes con las organizaciones sanitarias adscritas o vinculadas a la Consellería de Sanidad podrá instrumentarse, en su caso, a través de convenios, conciertos, programas de subvenciones, etc., de conformidad con la naturaleza de la colaboración que pretenda establecerse. Ninguna colaboración, individual o colectiva, implicará relación laboral con la Administración sanitaria.

El Foro de Participación Institucional de Sanidad se configura como el marco de la participación institucional de las organizaciones sindicales y empresariales intersectoriales gallegas más representativas. A efectos de la Ley 8/2008 de salud de Galicia, se entiende por participación institucional el ejercicio de tareas y actividades de promoción y defensa en el seno de la Administración autonómica, sus organismos y empresas públicas de los intereses generales, comunes, sectoriales e intersectoriales que corresponden a todos los trabajadores y a los empresarios.

El Foro de Participación Institucional de Sanidad estará conformado, bajo el criterio de proporcionalidad en relación a su representatividad, por las organizaciones sindicales y empresariales intersectoriales más representativas en el ámbito de Galicia, junto con representantes de la Administración sanitaria gallega. Será, por tanto, tripartito y paritario.

Comunidad de Madrid

El Título V de la Ley 12/2001 de Ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid, regula la participación social, institucional y civil. Para hacer efectivo ese derecho de participación, crea los órganos de participación ciudadana y regula las Comisiones de participación de profesionales sanitarios.

La disp. adicional décima de la Ley 12/2001 establece que los distintos Entes de derecho público proveedores de servicios asistenciales, dispondrán mecanismos que fomenten la participación de los profesionales en la organización y gestión de los centros sanitarios públicos.

Los reglamentos de desarrollo de la estructura de dirección de los entes públicos definidos en esta Ley deberán contemplar la existencia de comisiones de participación de los diferentes grupos de profesionales sanitarios (disp. adicional undécima de la Ley 12/2001).

Han sido derogados los artículos de la Ley 12/2001 que regulan el Consejo de Salud de la Comunidad de Madrid y los Consejos de Salud de las Áreas Sanitarias, y se ha creado, en el ámbito del Sistema Sanitario de la Comunidad de Madrid, el Consejo Superior de Sanidad, como órgano directamente dependiente del Consejero de Sanidad y Consumo, al que se le encomienda el asesoramiento permanente al titular de la Consejería en todos los asuntos que éste demande, sobre temas científicos y técnicos, así como en situaciones de alerta y cuantas materias se relacionen con las competencias de la Consejería (disp. adicional duodécima de la Ley 12/2001).

La Rioja

Se prevé el establecimiento de órganos de participación ciudadana a otros niveles de la organización territorial y funcional del Sistema Público de Salud de La Rioja como en el caso de centros asistenciales, con la finalidad de hacer el seguimiento de la ejecución de las directrices de la política sanitaria, asesorar a los correspondientes órganos directivos e implicar a las organizaciones sociales y ciudadanas en el objetivo de alcanzar mayores niveles de salud y en la toma de decisiones de aspectos que afectan a su relación con los servicios públicos de salud.

3.2. Gestión administrativa directa de la asistencia sanitaria

Entre las modalidades organizativas para la gestión de la asistencia sanitaria, está la gestión directa a través de la estructura administrativa ordinaria, sin órgano especial o personificado. En este supuesto, la gestión se lleva a cabo por la estructura departamental ordinaria. En el ámbito sanitario, y tras la transferencia de las competencias sanitarias a las Comunidades Autónomas, en todas ellas esta función de asistencia sanitaria, se desempeña a través de la Consejería competente, con sus órganos centrales, con competencia sobre todo el territorio, y sus órganos desconcentrados (periféricos), para partes determinadas de aquél.

En el ámbito sanitario no es posible aplicar esta opción en su pureza, esto es, como única modalidad de organización. La razón es que en la Administración sanitaria necesariamente han de existir órganos especializados (los centros, establecimientos y servicios sanitarios), que no se ajustan a las estructuras departamentales ordinarias. Para decirlo con mayor precisión: la gestión directa indiferenciada o sin órgano especial sólo es aplicable a una parte de las funciones administrativas en materia de salud y sanitarias

de autoridad sanitaria. Pero, con lo que no es compatible es con las funciones puramente prestacionales, que requieren la existencia de esos órganos técnicamente especializados que necesariamente se han de situar fuera de la estructura ordinaria de la Consejería competente en materia de sanidad.

La regla general es que los centros y establecimientos sanitarios no tienen en la actualidad personalidad jurídica propia. La opción más frecuente es que estén integrados en el respectivo Servicio de Salud como órganos especializados, pero sin personalidad diferenciada. En todo caso, no se excluye que centros y establecimientos sanitarios que no tienen personalidad jurídica puedan tenerla en el futuro. De hecho, como se verá, junto a los anteriores, existen otros centros y establecimientos sanitarios que sí que están personificados.

Por tanto, es imprescindible que esta opción organizativa-gestión directa a través de la estructura administrativa ordinaria- se combine con alguna de las modalidades de gestión directa diferenciada, ya sea ésta a través de órganos especializados (aunque no personalizados) o a través de la creación de algún tipo de entidades personificadas o, incluso, aceptando la colaboración de la iniciativa privada.

3.2.1. Los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas como principales gestores y proveedores de asistencia sanitaria pública

Otra opción organizativa para la gestión de la asistencia sanitaria consiste en la creación de un Organismo especializado, con personalidad jurídica propia. En primer lugar, se puede optar por configurar un Organismo público, sea un Organismo autónomo o bien, una Entidad pública, Ente público, Agencia, o cualquier otra denominación que la normativa autonómica le quiera dar, que es variada, aunque con una configuración prácticamente idéntica.

Junto a lo anterior, también es posible optar por formas personificadas de Derecho privado, usualmente una «Empresa pública» (o sociedad mercantil de titularidad pública) o fundaciones privadas en mano pública.

Optar por una de estas figuras o por otra no es irrelevante sino que puede tener consecuencias importantes en cuanto al régimen jurídico aplicable. En términos generales, el régimen jurídico de cada Organismo será el establecido en sus normas de creación y, supletoriamente, en la legislación administrativa general. En consecuencia, el legislador autonómico tiene una gran discrecionalidad para fijar el régimen aplicable a los Organismos personificados cuya creación autorice, si bien debería respetar los principios y criterios generales que presiden su regulación, aunque formalmente no esté obligado a hacerlo (ya que, por tratarse de una ley, puede excepcionar lo dispuesto en otras anteriores aunque sean de carácter general).

Ya se ha señalado que la Ley General de Sanidad no ha establecido ninguna limitación en torno a cómo organizar el Servicio de Salud de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, la personificación del Servicio se ha impuesto como opción unánime, si bien la modalidad de personificación no responde a un único o idéntico patrón, aunque, como se verá, en todas las Comunidades Autónomas se ha recurrido a la utilización de Organismos públicos.

La finalidad del Servicio de Salud es ejercer las competencias de administración y gestión de servicios, prestaciones y programas públicos sanitarios de carácter asistencial y de atención a la salud de la correspondiente Comunidad Autónoma y aquellos otros que esta le encomiende.

Generalmente para el cumplimiento de sus fines, el Servicio de Salud podrá emplear cuantas fórmulas contractuales se prevean en la legislación estatal u operar a través de las entidades instrumentales que al efecto sean constituidas, de cara a la optimización de recursos.

El Servicio de Salud, como institución sanitaria, dispondrá e integrará los centros y servicios sanitarios y administrativos de titularidad de la Administración de la Comunidad Autónoma que se le adscriban, los de titularidad de la Seguridad Social transferidos a la Comunidad Autónoma que también se le adscriban, los procedentes de las Corporaciones Locales adscritos a la Comunidad Autónoma, y cualesquiera otros que pueda crear o recibir por cualquier título la Comunidad Autónoma y se integren en ella.

Siendo el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma el principal gestor y proveedor de la asistencia sanitaria pública, pueden establecerse por aquella, otros gestores/proveedores de asistencia sanitaria o bien, de parcelas de la misma.

3.2.1.1. El Organismo autónomo autonómico como tipología más utilizada para configurar los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas

Al iniciarse el siglo XX, se produce en la Administración Pública española un fuerte movimiento de descentralización funcional que se traduce en la creación de Organismos autónomos de carácter administrativo, al que más tarde se añadió el modelo Organismo autónomo comercial, industrial, financiero o análogo. Con la entrada en vigor de la LOFAGE, desaparecieron esos dos tipos de Organismos autónomos en el ámbito de la Administración General del Estado, pero esa Ley no derogó, por no ser de su competencia, las disposiciones de las Comunidades Autónomas, que en ejercicio de sus competencias, crean y regulan esas modalidades administrativas en sus respectivos ámbitos territoriales.

Actualmente en la organización administrativa general de las Comunidades Autónomas, se han establecido y regulado los Organismos autónomos en todas ellas, excepto en Andalucía, donde las Agencias han sustituido a esas figuras, y en Cataluña, en la que se han establecido en su lugar, Entidades autónomas de la Generalidad, que pueden ser de tipo administrativo, comercial, industrial o financiero. En la Comunidad Valenciana, se configura la Agencia Valenciana de Salud como Organismo autónomo de carácter administrativo⁴⁶⁵, sin embargo en la regulación administrativa general de esta Comunidad, los Organismos autónomos han sido sustituidos por las Entidades de

⁴⁶⁵Para definir a los Organismos autónomos de carácter administrativo, nos valemos del art. 2 de la derogada LEEA; éste artículo los define como Entidades de Derecho público, creadas por ley, que tienen personalidad jurídica y patrimonio propio, que actúan en régimen de descentralización administrativa y que tienen como función la organización y administración de un servicio público, de los fondos que tiene adscritos, y de actividades y bienes.

Derecho público (Organismos o Entidades autónomas), sometidas plenamente al Derecho público.

La regulación por las Comunidades Autónomas de los Organismos autónomos es muy similar, procediéndose a continuación a establecer un patrón común – sistematización- de esta forma jurídica de gestión, señalando los principios generales, el análisis de la configuración y el régimen jurídico de los mismos.

Creación, regulación y naturaleza

Tal como se ha anunciado, la creación debe realizarse por ley en todos los casos. La regulación de los Organismos autónomos se completa mediante sus estatutos, los cuales deben ser aprobados por decreto de los respectivos Gobiernos autonómicos y publicados en el diario oficial correspondiente.

Las modificaciones relativas a los Organismos autónomos deben aprobarse, lógicamente, mediante norma del mismo rango que la que aprobó la previsión objeto de alteración.

En la ley de creación deben consignarse la naturaleza de Organismo autónomo del que, en las Comunidades Autónomas que aún mantienen la distinción, se completa con el calificativo sobre su carácter (administrativo, económico, comercial, industrial o financiero). La mención al régimen jurídico general se realiza bien mediante su remisión al Derecho público, bien mediante la cita de la legislación que le resulta aplicable. En definitiva, su régimen jurídico es de Derecho público.

Funciones, actividades y finalidades

La especificación de los Organismos autónomos tiene lugar a dos niveles: con carácter general, derivada de las singularidades propias de este tipo de Organismo público; y con carácter particular, en relación a las materias o sectores que definen su ámbito de actuación, en nuestro estudio el sanitario.

Sucedo, sin embargo, que la caracterización general solo se produce, de ordinario, en aquellos Organismos autónomos de Comunidades Autónomas que han adoptado el modelo LOFAGE, que los define en los siguientes términos (art. 45.1):

“Los Organismos autónomos se rigen por el Derecho administrativo y se les encomienda, en régimen de descentralización funcional y en ejecución de programas específicos de la actividad de un Ministerio, la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos.”

La especificación que siempre concurre es, obviamente, la de carácter particular, y vendrá referida al sector o materia en el que el Organismo autónomo desarrolle su actividad. Esta caracterización por actividades suele completarse con la enumeración de las finalidades u objetivos que persigue el Organismo.

En cualquier caso, será de aplicación el principio de especialidad, propio de los Organismos de la Administración Institucional, en contraposición al de generalidad, exclusivo de las Administraciones territoriales de las que dependen.

Organización y funcionamiento.

Con carácter general puede decirse que en la ley de creación suelen detallarse los órganos y, en su caso, las competencias asignadas, si bien éstas pueden expresarse también en los estatutos.

De ordinario se configuran tres órganos: uno colegiado (con denominaciones varias, como junta de gobierno o consejo rector, o de administración en los Organismos autónomos de carácter económico), y dos unipersonales (el presidente y el gerente o director).

Es también propio de los estatutos, la determinación de la forma de designación de los titulares de los órganos unipersonales y de los colegiados, que acostumbra a referirse, en un número importante de supuestos, a cargos de la propia Administración de la que dependen.

También deberá consignarse en los estatutos el régimen de los actos y resoluciones que agoten la vía administrativa y el de los recursos que caben contra ellos, las potestades administrativas que puede ejercitar el Organismo autónomo y el régimen de funcionamiento de los órganos, con especial referencia a los colegiados.

Régimen relativo a recursos humanos, patrimonio y contratación.

Las previsiones relativas al personal al servicio del Organismos autónomos deben ser congruentes con el régimen de la función pública de la Administración de la Comunidad Autónoma de la que dependen, y en concreto acorde con los criterios fijados en relación con el desempeño de puestos de trabajo por personal laboral.

El régimen relativo a los bienes y derechos suele contener las determinaciones sobre adscripción de bienes del patrimonio de la Comunidad, y a la posibilidad de adquisición por el Organismo autónomo. También es frecuente una remisión a la ley respectiva de Patrimonio, que de ordinario contiene previsiones sobre los Organismos autónomos.

Incluso, en algunos supuestos (Servicios de Salud de Extremadura y La Rioja), tienen tesorería propia.

Los Organismos autónomos están sometidos al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Régimen económico y fiscal.

Los ámbitos económico y fiscal relativos a los Organismos autónomos se regulan de manera detallada en las leyes generales de la Hacienda pública de las que se han dotado todas las Comunidades Autónomas. Es en estas leyes, donde se consignan

las previsiones relativas al régimen presupuestario, económico-financiero, de intervención, control financiero y contabilidad de los Organismos públicos, y en concreto de los Organismos autónomos.

A lo sumo, la ley de creación y los estatutos que la desarrollan, se limitan a consignar algunas especialidades del Organismo autónomo, y la remisión a las leyes generales hacendísticas, antes mencionadas, sujetas de ordinario a frecuentes modificaciones.

Facultades de tutela y otras previsiones

Tradicionalmente, bajo el término tutela se incluyen los diversos mecanismos que se reserva la Administración matriz para el control y dirección del Organismo autónomo. Dichos mecanismos pueden agruparse en un capítulo específico de la ley o en los estatutos –lo que en buena técnica normativa resulta aconsejable–, o concretarse en los artículos que regulan los diferentes ámbitos. El ejercicio de las funciones de tutela se atribuye a la Consejería a la cual está adscrito el Organismo autónomo, si bien en las relativas al patrimonio y a los ámbitos económico y fiscal suelen intervenir los órganos correspondientes de las Consejerías de Economía y Hacienda de la Comunidad Autónoma.

De todas formas, desde una perspectiva material, la conexión de la Administración matriz con el Organismo autónomo, en definitiva, está en función de su importancia económico-administrativa en general y de los fines que le fueron asignados en el momento de su creación.

En función de las exigencias, el resto de previsiones aplicables al Organismo autónomo deberán recogerse en la norma adecuada. Así, si se trata del régimen sancionador, deberá consignarse en una de rango legal, la de creación u otra de las modalidades que se han señalado anteriormente. En otros supuestos bastará su inclusión en los estatutos del Organismo autónomo.

Se han constituido como Organismos autónomos:

- Servicio Cántabro de Salud
- Servicio de Salud de Castilla la Mancha
- Servicio de Salud de Castilla y León (Gerencia Regional de Salud)
- Servicio de Salud de las Islas Baleares
- Servicio Riojano de Salud

Se ha constituido como Organismos autónomos de carácter administrativo:

- Servicio Aragonés de Salud
- Servicio Canario de Salud
- Servicio Extremeño de la Salud
- Servicio Gallego de Salud
- Servicio Navarro de Salud
- Agencia Valenciana de Salud

3.2.1.2. Configuración de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas como Entidades autonómicas de Derecho público cuya actuación se rige por el Derecho privado y por el Derecho público

Se trata de Organismos públicos, que tienen un régimen jurídico dual: en parte se someten al Derecho privado, y en parte al Derecho público, si bien la sujeción a éste suele ser en un grado menor.

Dentro de este segundo tipo, las modalidades que pueden distinguirse en el conjunto de las Comunidades Autónomas son las siguientes:

- Las denominadas Entidades de derecho público cuya actividad se sujeta al derecho privado, que mantienen el modelo anterior a la LOFAGE (el de la Ley General Presupuestaria de 1977). Entre las Comunidades Autónomas que las han creado, están: Castilla y León (las denomina Entes públicos de derecho privado), Cataluña (las incluye en las Empresas de la Generalidad y las denomina Entidades de Derecho público sometidas a la Generalidad con personalidad jurídica propia, que deben ajustar su actividad al ordenamiento jurídico privado), Madrid (las incluye en las Empresas públicas y las denomina Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, que por naturaleza de su actividad y en virtud de la ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado) y País Vasco (Entes públicos de Derecho privado).
- Las Entidades de las Comunidades que han seguido el modelo LOFAGE en su integridad, y que adoptan la denominación de Entidades públicas empresariales. Son los supuestos de Canarias (aunque también regula las Entidades públicas distintas a las anteriores), Cantabria, Extremadura, Galicia, Islas Baleares, Murcia, Navarra, la Rioja,
- Las Entidades de las Comunidades que han seguido solo parcialmente el modelo LOFAGE, y que mantienen la denominación de Entidad de derecho público. Es el caso de las Comunidades Autónomas de Aragón, Asturias (Entidades públicas del Principado de Asturias), Castilla la Mancha (se denominan Entidades públicas vinculadas o dependientes).
- Entidades de Derecho público empresariales en la Comunidad Valenciana.

Esta segunda tipología de Organismo público mantiene similitudes con los Organismos autónomos, y de ahí que en su análisis no reiteraremos los aspectos comunes. Debe precisarse, no obstante, que en este tipo de Organismo, el grado de imprecisión normativo es mayor que en los Organismos autónomos.

Villar Rojas⁴⁶⁶ define el Ente público como una organización con personalidad y organización jurídico-pública, pero que actúa en la gestión de sus recursos conforme al ordenamiento jurídico-privado, creada para la prestación de un servicio público o para el ejercicio de funciones de autoridad. Esta modalidad permite altos niveles de flexibilidad y libertad en el funcionamiento de la organización.

⁴⁶⁶VILLAR ROJAS, F.J., "La huida al Derecho privado en la gestión de los Servicios de Salud", Revista Derecho y Salud, julio-diciembre, 2, 1994.

La personalidad jurídico-pública permite obviar los aspectos más engorrosos de la legislación mercantil (control de la competencia desleal, legislación sobre abuso de posición dominante, que sí son de aplicación a las sociedades mercantiles); además le permite ostentar potestades administrativas. La calificación de empresa pública con forma de Ente público, permite una huida de las leyes generales sobre la formación de la voluntad de la Administración y sus mecanismos de control; además, puede someterse, al menos parcialmente, al Derecho privado en cuanto a la contratación de bienes y servicios o de gestión de personal, y actuar bajo un régimen presupuestario menos exigente.

Los Entes públicos siguen existiendo en la generalidad de las Comunidades Autónomas que han creado esta modalidad organizativa en sus propias disposiciones⁴⁶⁷.

En otros países, esta modalidad –personificación pública, actuación privada- es la normal en las empresas públicas. En Francia se denominan *établissement public industriel et commercial*; en el Reino Unido se conocen como *public corporations* y también existen en el Derecho Alemán⁴⁶⁸.

El patrón común de las especificidades de la configuración y el régimen jurídico de estas Entidades públicas, pueden sistematizarse de la manera siguiente:

Creación, regulación y naturaleza

Son creadas y reguladas por ley, y complementadas por los estatutos. Estas Entidades públicas tienen un régimen jurídico dual o mixto, privado y público, cuyo reparto o distribución presenta diferencias, no solo en función de la modalidad que adopta la Comunidad Autónoma de la cual dependen, sino también en razón de las previsiones concretas de sus normas reguladoras. Quiere decirse con ello que el régimen público es modulable: hay un núcleo que podríamos calificar de esencial o indisponible, y, a partir de ahí, se abre la posibilidad de regirse por el Derecho privado, o de aplicar el público, lógicamente no en su totalidad puesto que, en tal caso, debería adoptarse el tipo del Organismo autónomo.

Igualmente, con ciertos matices, en las diferentes normas autonómicas que regulan estas Entidades públicas, se someten al Derecho público cuestiones tales como todo lo relativo al ejercicio de potestades administrativas; la formación de la voluntad de los órganos administrativos; el régimen patrimonial; el régimen de responsabilidad patrimonial; el régimen financiero, hacendístico y contable; lo relativo a la impugnación de los actos administrativos; todo lo relativo a las relaciones con los ciudadanos que tienen derecho a las prestaciones sanitarias ofrecidas por el correspondiente Servicio de Salud; las relaciones con las Administraciones Públicas, etc.

⁴⁶⁷En Andalucía, el art. 6.1.b de la Ley 5/1983, de 19 de julio de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma, reproduce en idénticos términos la definición de derogado art. 6.1.b. de la LGP; el D 9/1999, de 19 de enero, sobre régimen presupuestario, financiero, de control y contable de las empresas de la Junta de Andalucía, que recoge ambas modalidades, sociedades mercantiles y entidades de Derecho público.

En Cataluña, la Ley 4/1985, de 29 de marzo, reguladora del Estatuto de la Empresa Pública catalana.

⁴⁶⁸GARCÍA DE ENTERRÍA, E., RAMÓN FERNÁNDEZ, T., “Curso de Derecho Administrativo.V.1”, Ed. Civitas, Madrid, 2013.

El rango legal que se exige para la creación y, en lo que no se difiera a los estatutos, para la regulación de estas Entidades públicas, permite articular con mayores posibilidades esa modulación público-privado.

Funciones, actividades y finalidades

Análogamente a como se vio a propósito de los Organismos autónomos, las Comunidades Autónomas que han adoptado el modelo LOFAGE han incluido en sus leyes generales la definición de las Entidades públicas empresariales, en los siguientes términos:

“Las Entidades públicas empresariales son Organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación” (LOFAGE/1997, art. 53.1).

No suelen definir, en los otros supuestos, las funciones generales que pueden desarrollar las modalidades de Entidad de derecho público cuya actividad se sujeta al derecho privado y al derecho público, quedando indeterminadas, por lo que hay que acudir directamente a la ley y a los estatutos de la Entidad para conocer, concretamente, cuáles son sus actividades y finalidades.

Sí se definen las Entidades de derecho público empresariales de la Comunidad Valenciana, como aquellas que “realizan actividades de prestación de servicios o producción de bienes susceptibles de contraprestación económica, y aun cuando están regidas por el derecho privado, les resulta aplicable el régimen público en relación con el ejercicio de funciones públicas y determinados aspectos de su funcionamiento”. Definición que es muy similar, aunque más extensa que la correspondiente a Entidades públicas empresariales.

Organización y funcionamiento

En la medida en que se mueven en el ámbito interno de la Administración autonómica, la organización y el funcionamiento de estas Entidades se rige por el Derecho público. De ahí que puedan darse por reproducidas las consideraciones efectuadas al respecto de los Organismos autónomos.

Cabría añadir que, en razón de su naturaleza, debería significarse el perfil empresarial en la denominación de los órganos (así, consejo de administración y gerente), aunque al no exigirse con carácter general resultará optativo.

Régimen relativo a recursos humanos, patrimonio y contratación

En lo relativo al personal al servicio de la Entidad pública, suele fijarse una preferencia, más o menos acusada, por su sujeción al Derecho del Trabajo. De todas maneras, hay dos condicionamientos que, en bastantes ocasiones, acaban determinando la presencia de funcionarios: el ejercicio de las potestades administrativas, que requiere

de su concurso, y las situaciones previas del personal estatutario que es incorporado a una Entidad pública.

La LOFAGE (art. 55) admite, en términos de normalidad, esa dualidad de personal laboral y funcionarios, y, con carácter general, esa realidad mixta constituye la tónica común en las Comunidades Autónomas.

El régimen relativo a los bienes y derechos de estas Entidades públicas sigue las determinaciones señaladas para los Organismos autónomos, en relación con la adscripción, adquisición y remisión a las leyes de Patrimonio.

La contratación debe acomodarse a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Régimen económico y fiscal, facultades de tutela y otras previsiones

En este apartado, las consideraciones efectuadas a propósito de los Organismos autónomos son válidas, con algunos matices, para las Entidades públicas. Así, en relación con el régimen económico y fiscal, su regulación se concreta por las leyes generales hacendísticas, aunque con un grado menor de disciplina (no se habla de presupuesto –limitativo- sino de estimaciones o previsiones de ingresos y gastos).

En cuanto a las facultades de tutela, se mantienen las relativas al nombramiento de cargos, y, aunque de ordinario algo disminuidas, las relativas a la contratación y el patrimonio.

En función de sus necesidades y exigencias, la ley de creación o los estatutos incluirán las previsiones oportunas para la Entidad pública, entre las cuales no es infrecuente que, atendido ese perfil empresarial al que ya se ha aludido, se cuente la facultad de creación o participación en sociedades mercantiles.

A primera vista, podría pensarse que con la configuración del Servicio de Salud como «Ente público» se ha buscado una mayor flexibilidad en el régimen jurídico aplicable, siguiendo la pauta establecida en el antiguo art. 6.5 de la Ley General Presupuestaria y preceptos concordantes de la legislación autonómica, o, más recientemente, en la línea de los llamados «entes apátridas» de las disposiciones adicionales de la LOFAGE. Sin embargo, no parece que la pretensión de «huir hacia el Derecho privado» esté tan claramente presente en la base de esa opción organizativa, puesto que el régimen jurídico de estas Entidades no es íntegramente de Derecho privado. Aunque en todos estos casos se parte del sometimiento al Derecho privado, inmediatamente se afirma que hay toda una serie de cuestiones que quedan sometidas, en todo caso, al Derecho público. Por ejemplo, no se recurre a las técnicas de Derecho privado ni siquiera en las materias de contratación y régimen del personal, que son los típicos ámbitos que se remiten al citado sector del Ordenamiento jurídico. En el caso del régimen de contratación, como ya se ha dicho, se remiten a lo previsto en la ley de contratos del sector público.

La configuración del Servicio de Salud como «Ente Público» en las Comunidades que han preferido esta opción parece más bien inspirada en el Régimen de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social (así, art. 4.2 de la Ley catalana 15/90,

de 9 de julio, de Ordenación Sanitaria), lo que no resuelve los problemas de definición de la naturaleza jurídica de estas Entidades. Sin embargo, en las leyes posteriores, parece clara la pretensión de someter al Derecho privado el funcionamiento del Organismo.

Se han constituido como Ente (o Entidad) de Derecho público:

- Servicio de Salud del Principado de Asturias
- Servicio Catalán de la Salud/ Instituto Catalán de la Salud
- Servicio Madrileño de Salud (Tiene actividad de asignación presupuestaria actividad asistencial)
- Servicio Murciano de Salud
- Servicio Vasco de Salud

3.2.1.3. Agencias de las Administraciones sanitarias de las Comunidades Autónomas

Sólo Andalucía y Galicia han regulado las Agencias como Entidades públicas instrumentales.

Para conocer el régimen jurídico, organización y funcionamiento de las Agencias públicas autonómicas, hay que acudir, a la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía y a la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración General y del Sector Público autonómico de Galicia, como ya se hizo al estudiar cada una de estas Comunidades Autónomas. Mientras en Andalucía, se clasifican en Agencias Administrativas, Agencias públicas empresariales y Agencias de régimen especial, en Galicia no se hace distinción dentro de las Agencias públicas autonómicas.

Del análisis de las regulaciones de esas dos Leyes, se pueden extraer la siguiente caracterización de las Agencias de las Administraciones de las Comunidades Autónomas:

Creación, regulación y naturaleza

En todo caso, la creación de las Agencias se realiza por ley de la correspondiente Comunidad Autónoma, regulándose éstas, por esa ley y por los correspondientes estatutos. Son Organismos públicos, dotados por consiguiente, de personalidad jurídica pública.

El régimen jurídico interno de las Agencias públicas autonómicas se ajusta al Derecho Administrativo; y el régimen jurídico externo puede corresponder a Derecho privado o a Derecho Administrativo, según determinen sus Leyes de creación y la normativa general aplicable.

Se rigen por el Derecho público en el supuesto de las Agencias administrativas; en el caso de las Agencias públicas empresariales, se rigen por el Derecho público y por el Derecho privado.

Las normas específicas de las Agencias, podrán integrar elementos de régimen jurídico propios de los Organismos autónomos y de las Entidades públicas empresariales.

Funciones, actividades y finalidades

Las Agencias públicas autonómicas son aquellas entidades a las que, para el cumplimiento de programas específicos correspondientes a políticas públicas de la Administración general de una Comunidad Autónoma, se les encomienda la realización de actividades en régimen de descentralización funcional y gestión por objetivos.

En concreto, a las Agencias administrativas se les atribuye, en ejecución de la actividad de una Consejería, la realización de actividades de promoción, prestacionales, de gestión de servicios públicos y otras actividades administrativas.

A las Agencias públicas empresariales, se les asigna la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público, sean o no susceptibles de contraprestación, y que aplican técnicas de gestión empresarial en ejecución de competencias propias o de programas específicos de una o varias Consejerías, en el marco de la planificación y dirección de estas.

Organización y funcionamiento

En su estructura organizativa tienen unos órganos de dirección y gestión: Consejo de Administración, Dirección Gerencia y Direcciones Generales.

La actuación de las Agencias públicas autonómicas se sujeta al principio y a los mecanismos de gestión transparente por objetivos, que incluyen el contrato plurianual de gestión, el plan de acción anual, el informe de actividad y las cuentas anuales.

Régimen relativo a recursos humanos, patrimonio y contratación

El personal al servicio de las Agencias administrativas será funcionario, laboral o, en su caso, estatutario, en los mismos términos que los establecidos para la Administración autonómica. No obstante, la ley de creación podrá establecer excepcionalmente, peculiaridades del régimen de personal de la Agencia en las materias de oferta de empleo, sistemas de acceso, adscripción y provisión de puestos y régimen de movilidad de su personal. El personal de las Agencias públicas empresariales se rige en todo caso por el Derecho Laboral, así como por lo que le sea de aplicación en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. El personal será seleccionado mediante convocatoria pública en medios oficiales, basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad.

El régimen del patrimonio será el previsto en la legislación patrimonial de la correspondiente Comunidad Autónoma.

El régimen de contratación de las Agencias, con las excepciones previstas para las Agencias públicas empresariales, será el establecido para las Administraciones Públicas en la legislación de contratos del sector público.

Régimen económico y fiscal, facultades de tutela y otras previsiones

El régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad y de control de las Agencias será el establecido por ley Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma y demás disposiciones de aplicación para cada tipo de Agencia.

Las Agencias están sometidas a un control de eficacia, que será ejercido por la Consejería o, en su caso, por la entidad a la que estén adscritas, al objeto de comprobar el grado de cumplimiento de los objetivos y la adecuada utilización de los recursos asignados, sin perjuicio de las competencias atribuidas a la Consejería competente en materia de Hacienda.

En el sector sanitario, ha sido Andalucía la única Comunidad Autónoma que ha utilizado esa forma jurídica de Agencia para la gestión de servicios sanitarios. En primer lugar, el Servicio Andaluz de Salud, se ha configurado como Agencia administrativa y en segundo lugar, se ha empleado la tipología de Agencia pública empresarial para otras entidades gestoras y proveedoras de asistencia sanitaria.

Respecto al Servicio Andaluz de Salud, reseñar que antes de convertirse en Agencia administrativa, tenía la forma jurídica de Organismo autónomo. En síntesis, el Servicio Andaluz de Salud es una Entidad pública –Organismo público– que se rige por el Derecho Administrativo, siguiendo el mismo régimen jurídico de personal, presupuestario, económico-financiero, de control y contabilidad que el establecido para la Administración de la Junta de Andalucía.

A su vez el Servicio Andaluz de Salud puede emplear otras formas de gestión de centros y servicios:

- Las Áreas de Gestión Sanitaria, que se han constituido para impulsar la coordinación entre unidades asistenciales y mejorar la continuidad en la atención sanitaria, realizando la gestión unitaria de los centros y establecimientos del Servicio Andaluz de Salud en una demarcación territorial específica, tanto de Atención primaria como especializada. Dependen del Servicio Andaluz de Salud, y no están personificadas.
- El Servicio Andaluz de Salud – *ex art. 66 Ley 2/1998*- podrá elevar a la Consejería de Salud para su aprobación, propuestas para la constitución de consorcios de naturaleza pública u otras fórmulas de gestión integrada o compartida con entidades de naturaleza o titularidad pública o privada sin ánimo de lucro, con intereses comunes o concurrentes, que podrán dotarse de organismos instrumentales; o bien la creación o participación en cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en derecho, cuando así convenga a la gestión y ejecución de los centros y servicios adscritos al mismo. Adscrito funcionalmente a la Administración Sanitaria de la Junta de Andalucía, forma parte del Sistema Sanitario Público de Andalucía, el Consorcio Sanitario Público del Aljarafe, que es una Entidad de Derecho público integrada por el Servicio Andaluz de Salud y la provincia Bética Nuestra Señora de la Paz de la Orden Hospitalaria de San Juan de Dios.

Como conclusión de la configuración de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, en todo caso, se han organizado, en régimen de

descentralización funcional, a través de Organismos públicos con personalidad jurídica propia. Éste no era un condicionante impuesto por la Ley General de Sanidad. En ningún caso se ha optado por personificaciones de Derecho privado para configurar los Servicios de Salud.

No se aportan novedades sustanciales con respecto al modelo del INSALUD, con carácter general, prefiriéndose no dotar de personalidad jurídica propia a los centros, establecimientos y servicios sanitarios, aunque con excepciones, que se analizarán en el apartado siguiente.

Los Servicios de Salud cuentan con cierta autonomía de actuación, aunque limitada, puesto que se adscriben a los órganos centrales de la Administración autonómica (Departamento o Consejería con competencias en materia de sanidad), que mantienen importantes facultades de dirección y control en la medida que ostentan la condición de autoridad sanitaria. En todos los casos, son creados con la finalidad de ser el único o principal órgano autonómico encargado de prestar la atención integral de la salud en centros y servicios sanitarios autonómicos y de gestionar todos los recursos sanitarios del sistema sanitario autonómico respectivo. Para ello, asumen una multiplicidad de funciones que, aunque con matices en cada normativa autonómica, tienen como rasgo común la encomienda de la gestión y administración de los centros y servicios sanitarios adscritos a los correspondientes servicios de salud, así como la gestión de los recursos humanos, materiales y financieros para el desarrollo de sus funciones y la prestación de asistencia sanitaria en sus centros y servicios.

Igualmente, para el cumplimiento de sus funciones, se les adscribe patrimonio, además de poder tener patrimonio propio. Incluso, en algunos supuestos (los Servicios de Salud de Extremadura y La Rioja), tienen tesorería propia. También, como manifestación de la autonomía de la que se les dota, en ocasiones (Servicios de Salud de Asturias, Canarias, Castilla y León, Cataluña, Galicia, Islas Baleares, Madrid, Región de Murcia, País Vasco o Comunidad Valenciana), la legislación faculta a los correspondientes servicios de salud para establecer acuerdos, convenios, conciertos o fórmulas de gestión integrada o compartida con entidades públicas o privadas, formar consorcios públicos, y crear o participar en cualesquiera otras entidades admitidas en Derecho. En el caso de los Servicios de Salud de Castilla-La Mancha, Galicia y la Comunidad Foral de Navarra, se les reconoce la posibilidad de establecer conciertos. En cambio, en otros casos (Andalucía, Extremadura, Aragón y La Rioja), sólo se permite a los Servicios de Salud elevar a la Consejería competente en materia de sanidad las propuestas para el establecimiento de acuerdos, convenios o conciertos, o para la constitución de otras fórmulas de gestión.

En la configuración de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, la legislación de éstas, han respetado los límites derivados de la Ley General de Sanidad.

En definitiva, el modelo organizativo aplicado por las Comunidades, además de por una gran uniformidad, se caracteriza porque ha existido un gran parecido respecto del modelo estatal previo (modelo INSALUD).

3.2.2. Otros Órganos administrativos y Personificaciones instrumentales gestoras de asistencia sanitaria pública

3.2.2.1. Otros Órganos administrativos especializados: Formas sin personalidad diferenciada

Además de atribuir las funciones de gestión de asistencia sanitaria, en régimen de desconcentración, a órganos especializados, como son los centros y establecimientos sanitarios, también pueden asumirlas cualquier estructura específica que se cree para la gestión de un establecimiento, un servicio público o el ejercicio de una función específica, pudiendo tener diversas denominaciones.

El régimen jurídico de estos órganos desconcentrados es íntegramente de Derecho público, ya que, al no tener personalidad jurídica propia, se integran en la estructura administrativa y se les aplican en su totalidad las disposiciones relativas a la Administración Pública a que pertenecen. En consecuencia:

- La creación de estos órganos se realiza a través de Decreto del Consejo de Gobierno.
- Sus actos y acuerdos se rigen por la LRJPAC y la legislación administrativa.
- Los contratos se rigen por la legislación de contratos del sector público.
- El personal tiene la condición de funcionario o laboral, conforme a la normativa de personal al servicio de las Administraciones Públicas.
- El régimen económico-financiero, presupuestario y contable es el establecido para la Administración Pública.

En las Comunidades Autónomas se han creado los siguientes:

Andalucía

- Áreas de Gestión Sanitaria: Órganos sin personalidad jurídica creados por el Servicio Andaluz de Salud

Castilla La Mancha

- Unidades de Gestión Clínica, sin personalidad jurídica, del Servicio de Salud de Castilla la Mancha
 - Instituto de Estudios de Mastocitosis de Castilla-La Mancha
 - Centro de Diagnóstico Molecular de Castilla-La Mancha
 - Unidad Clínica de Diagnóstico por Imagen del Hospital Universitario de Guadalajara
 - Unidad Clínica de Diagnóstico por Imagen del Complejo Hospitalario de Toledo
 - Instituto de Enfermedades Neurológicas de Castilla-La Mancha

Galicia

- Estructuras de gestión integrada en el ámbito periférico del Servicio Gallego de Salud

Navarra

- Banco de Sangre y Tejidos de Navarra: Órgano sin personalidad jurídica
- Dirección de Salud Mental del Servicio Navarro de Salud: Órgano sin personalidad jurídica

Comunidad Valenciana

- Áreas Clínicas y Unidades de Gestión Clínica

3.2.2.2. Otras personificaciones instrumentales gestoras de asistencia sanitaria pública

Junto al prestador principal, frecuentemente se han constituido otras formas de personificación a las que se les encomiendan la prestación de servicios sanitarios. En concreto, las personificación más frecuentes son Agencias, Entidades públicas de Derecho privado (con diferente denominación), e incluso en algún caso, se ha recurrido al Organismo autónomo. También se ha utilizado personificaciones jurídico-privadas, como Fundaciones privadas en mano pública, para ciertos centros o establecimientos sanitarios, que son hospitales generales o centros especializados, o bien Sociedades mercantiles autonómicas.

Resulta común que la legislación sanitaria autonómica recoja una habilitación para la constitución de Consorcios de naturaleza pública o, de manera innominada, de otras fórmulas de gestión integrada o compartida con Entidades de naturaleza o titularidad pública o privada sin ánimo de lucro, con intereses comunes o concurrentes. A su vez, estas figuras consorciales, pueden dotarse de organismos instrumentales, con todas las variantes admitidas en Derecho.

a) Cuadro general

Andalucía

- Agencias Públicas Empresariales adscritas a la Consejería de Salud y Bienestar Social:
 - Agencia Pública Empresarial de Emergencias Sanitarias
 - Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol a la que están adscritas la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital de Poniente de Almería, la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital Alto Guadalquivir y la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Bajo Guadalquivir.

- Consorcio Sanitario Público del Aljarafe, integrado por el Servicio Andaluz de Salud y la provincia Bética Nuestra Señora de la Paz de la Orden Hospitalaria de San Juan de Dios.

Aragón

- Entidad Pública Aragonesa del Banco de Sangre y Tejidos adscrita al Departamento de salud de la Comunidad de Aragón. Es una Entidad de Derecho público.
- Consorcio Aragonés de Sanitario de Alta Resolución adscrito al Departamento de Salud, Bienestar Social y Familia de la Comunidad Autónoma de Aragón.
- Consorcio Hospitalario de Jaca

Asturias

No ha establecido otras entidades públicas con competencias en gestión de asistencia sanitaria y prestación de servicios sanitarios.

Canarias

- Organismo autónomo: Instituto Canario de Hemodonación y Hemoterapia.
- Empresa pública (sociedad anónima unipersonal): Gestión de Servicios para la Salud y Seguridad en Canarias.

Cantabria

- Ciento doce (112) Cantabria S.A.
- Fundación Marqués de Valdecilla. Como órgano dependiente de la Fundación Marqués de Valdecilla, está el Banco de Sangre y Tejidos de Cantabria.

Castilla La Mancha

No ha establecido otras entidades públicas con competencias en gestión de asistencia sanitaria y prestación de servicios sanitarios.

Castilla y León

- Fundación de Hemoterapia y Hemodonación

Cataluña

- El principal proveedor de Atención primaria es el Instituto Catalán de la Salud que gestiona más del 80% de los Equipos de Atención Primaria; el resto está gestionado por las siguientes entidades, públicas y privadas (gestión indirecta):

Albera Salut, SL, Althaia Xarxa Assistencial de Manresa, Fundació Privada; Atenció Primària Alt Camp, SLL, Badalona Serveis Assistencials, SA, Centre Sanitari del Solsonès, Fundació Pública Comarcal, CHC Vitae, SA, Consorci Assistencial del Baix Empordà (CABE), Consorci Castelldefels, Agents de Salut (CASAP), Consorci de Serveis a les Persones de Vilanova i la Geltrú, Consorci d'Atenció Primària de Salut Eixample (CAPSE), Consorci Sanitari de l'Anoia, Consorci Sanitari de Terrassa, Consorci Sanitari del Maresme, Consorci Sanitari Integral, Corporació de Salut del Maresme i La Selva, Corporació Sanitària Parc Taulí de Sabadell (CSPT), EAP Dreta de l'Eixample, SLP, EAP Osona Sud-Alt Congost, SLP, EAP Poble Sec, SL, EAP Barcelona Sardenya, SL, EAP Sarría SLP, EAP Vallplasa Atenció Primària, SLP, EAP Vic, SLP, Fundació Centres Assistencials i d'Urgències (CAU), Fundació Hospital de Campdevànol, Fundació Privada Sagessa-Salut, Fundació Privada Hospital Sant Jaume d'Olot, Fundació Privada Hospital de Puigcerdà, Fundació Salut Empordà, Fundació Privada, Gesclínic, SA, Gestió de Serveis Sanitaris (GSS), Gestió i Prestació de Serveis de Salut (GPSS), Institut Municipal de Prestacions d'Assistència Mèdica al Personal Municipal (PAMEM), Mútua de Terrassa, Mutualitat de Previsió Social a Prima Fixa, Projectes Sanitaris i Socials, SA, Sagessa Assistència Sanitària Social.

- Empresas públicas con forma de Entidad de Derecho público sometidas al Derecho privado que colaboran con el Servicio Catalán de la Salud son:

Institut de Diagnòstic per la Imatge, Gestió de Serveis Sanitaris, Institut d'Assistència Sanitària, Gestió i Prestació de Serveis de Salut, Agència d'Informació, Avaluació i Qualitat en Salut, Institut Català d'Oncologia, Banc de Sang i Teixits, Parc Sanitari Pere Virgili

- Empresas públicas con forma de sociedad mercantil autonómica que colaboran con el Servicio Catalán de la Salud son:

- Sistema de Emergencias Médicas, SA

- Fundación Hospital de la Santa Creu i Sant Pau

- Consorcios

Consorci Hospitalari de Vic, Corporació Sanitària Parc Taulí de Sabadell, Consorci Sanitari de Terrassa, Consorci Sanitari de Barcelona. Regió Sanitària Barcelona Ciutat, Consorci Sanitari Integral, Consorci Sanitari de la Selva, Consorci Sanitari de l'Alt Penedès, Consorci Sanitari del Maresme, Consorci Sanitari de l'Anoia, Consorci del Laboratori Intercomarcal de l'Alt Penedès, l'Anoia i el Garraf, Corporació de Salut del Maresme i la Selva, Consorci Sanitari de Mollet del Vallès, Consorci Mar Parc de Salut de Barcelona

Extremadura

No ha establecido otras entidades públicas con competencias en gestión directa de asistencia sanitaria y prestación de servicios sanitarios.

Galicia

- Fundaciones:
 - Fundación Pública Instituto Galego de Oftalmoloxía
 - Centro de Transfusión de Galicia (Fundación Pública dependiente de la Conselleria de Salud)
 - Fundación Pública Urgencias Sanitarias de Galicia 061
 - Fundación Galega de Medicina Xenómica

Islas Baleares

- Fundación Banco de Sangre y Tejidos de las Islas Baleares
- Consorcios:
 - Consorcio de Recursos Sociosanitaris i Assistencials de les Illes Balears
 - Consorcio de Gestión Sociosanitaria de Ibiza

Madrid

- Empresas públicas con forma de Entidad de Derecho público, adscritas a la Consejería de Sanidad, que se relacionan, dependerán del Servicio Madrileño de Salud:
 - Hospital de Fuenlabrada.
 - Empresa Pública Hospital del Sur que gestionará el Hospital "Infanta Cristina".
 - Empresa Pública Hospital del Norte que gestionará el Hospital "Infanta Sofía".
 - Empresa Pública Hospital del Sureste.
 - Empresa Pública Hospital del Henares.
 - Empresa Pública Hospital del Tajo.
 - Empresa Pública Hospital de Vallecas que gestionará el Hospital "Infanta Leonor".
 - Empresa Pública "Unidad Central de Radiodiagnóstico".

- Fundación Hospital de Alcorcón. Adscrito a la Consejería de Sanidad, y depende del Servicio Madrileño de Salud

Murcia

- Fundación Hospital de Cieza: Es una fundación asistencial en cuyo órgano de Gobierno participan altos cargos de la Comunidad Autónoma de Murcia (No figura como pública).

Navarra

No ha establecido otras entidades públicas con competencias en gestión de asistencia sanitaria y prestación de servicios sanitarios.

- Órganos sin personalidad jurídica:
- Banco de sangre y tejidos de Navarra
- Dirección de Salud Mental del Servicio Navarro de Salud

País Vasco

Organizaciones de Servicios Sanitarios del Servicio Vasco de Salud-Osakidetza:

- Emergentziak-Emergencias es la organización de Osakidetza encargada de realizar la coordinación de urgencias y la asistencia sanitaria de emergencias en todo el territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

La Rioja

- Fundación Hospital de Calahorra.
- Fundación Rioja Salud

Comunidad Valenciana

- Consorcios: Consorcio Hospital General Universitario del Departamento de Salud de Valencia-Hospital General

b) Clasificación por tipologías

b.1.) Organismo autónomo

Canarias

- Organismo autónomo: Instituto Canario de Hemodonación y Hemoterapia.

b.2) Entidades de Derecho público

Aragón

- Entidad Pública Aragonesa del Banco de Sangre y Tejidos adscrita al Departamento responsable de salud de la Comunidad de Aragón. Es una Entidad de Derecho público.

Cataluña

- Empresas públicas con forma de Entidad de Derecho público sometidas al Derecho privado que colaboran con el Servicio Catalán de la Salud son:

Institut de Diagnòstic per la Imatge, Gestió de Serveis Sanitaris, Institut d'Assistència Sanitària, Gestió i Prestació de Serveis de Salut, Agència d'Informació, Avaluació i Qualitat en Salut, Institut Català d'Oncologia, Banc de Sang i Teixits, Parc Sanitari Pere Virgili

Madrid

- Empresas públicas con forma de Entidad de Derecho público, adscritas a la Consejería de Sanidad, que se relacionan, dependerán del Servicio Madrileño de Salud:
 - Hospital de Fuenlabrada
 - Empresa Pública Hospital del Sur que gestionará el Hospital "Infanta Cristina"
 - Empresa Pública Hospital del Norte que gestionará el Hospital "Infanta Sofía"
 - Empresa Pública Hospital del Sureste
 - Empresa Pública Hospital del Henares
 - Empresa Pública Hospital del Tajo
 - Empresa Pública Hospital de Vallecas que gestionará el Hospital "Infanta Leonor"
 - Empresa Pública "Unidad Central de Radiodiagnóstico"

b.3) Agencias Públicas Empresariales

Andalucía

- Agencias Públicas Empresariales adscritas a la Consejería de Salud y Bienestar Social:
 - Agencia Pública Empresarial de Emergencias Sanitarias
 - Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol a la que están adscritas la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital de Poniente de Almería, la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital Alto Guadalquivir y la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Bajo Guadalquivir

b.4) Sociedades mercantiles autonómicas

Las sociedades mercantiles públicas son aquellas en cuyo capital social es mayoritaria la participación, directa o indirecta, de las Administraciones públicas o de sus Entes dependientes o vinculados.

Para su constitución y actuación tales sociedades mercantiles se someten al Derecho privado, si bien les resultan aplicables también determinaciones contenidas en normativas presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero, contratación u otras propias del Derecho público.

El concepto que la normativa autonómica aporta de estas sociedades (calificadas genéricamente de empresas públicas, aunque este concepto es más amplio al incluir también otras entidades) es, en la mayor parte de los casos, idéntico al contenido en la legislación estatal: se trata de sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación de la Comunidad o de sus Organismos públicos.

Sin que podamos detenernos en su evolución, sí interesa destacar que la utilización de las Empresas públicas por la Administración del Estado durante el Régimen Franquista no fue excepcional, y corrió pareja con el desarrollo de los Organismos autónomos. Del término Empresas públicas, no obstante, interesa precisar que englobaba ya a dos tipos de entes: las Sociedades mercantiles públicas y otros Entes que en su actuación se someten al Derecho privado, pero cuya creación se sujeta al Derecho público (no a la legislación mercantil como las sociedades); segundo grupo de Entes este que ya se ha estudiado anteriormente (Entidades de Derecho público cuya actuación se rige por el Derecho privado y por el derecho público). El empleo de ese término genérico era el reflejo de la tendencia al intervencionismo que en la economía desarrollan los Estados avanzados o en vías de desarrollo a partir de la segunda mitad del siglo XX.

Ese término ya no se mantiene en la Administración General del Estado, que distingue entre Entidades públicas empresariales y Sociedades mercantiles estatales (art. 3 letras a) y b), respectivamente, de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria). Algunas Comunidades Autónomas, como Cataluña y Madrid, no obstante, mantienen esa denominación de empresas públicas, comprensiva de los dos tipos de Entidades. La previsión contenida en diversos Estatutos de Autonomía acerca del establecimiento de un sector público económico propio de cada Comunidad

Autónoma, ha sido actualizada mediante la creación de diversas empresas con forma social, así como mediante la regulación general de este tipo de personificaciones.

Aparte de las modalidades propias de la legislación mercantil (sociedades anónimas y de responsabilidad limitada), a los efectos que nos interesan podemos señalar los factores que determinan las diferentes clases de sociedades mercantiles públicas:

- si el capital es íntegramente público (sin participación de privados);
- si ese capital público pertenece a una sola Administración (o a sus Entes dependientes o vinculados), en cuyo caso podemos hablar de estatales, autonómicas o locales en sus diferentes clases (municipales, provinciales, insulares y comarcales, entre las más importantes);
- si ese capital público pertenece a dos o más Administraciones (o a sus Entes dependientes o vinculados), supuesto en que una denominación denotativa puede ser la de sociedades mercantiles públicas plurales o, simplemente, sociedades públicas plurales;
- si el capital público es mayoritario respecto del privado, y si pertenece a una o más Administraciones (o a sus Entes dependientes o vinculados).

Todos los supuestos citados son de interés a los efectos de nuestra investigación en la medida en que intervenga una Administración autonómica, y resultarán relevantes en la medida en que su participación en el capital de la sociedad sea mayoritaria.

Llegados a este punto hay que precisar que, salvo la mención a la posibilidad de una sociedad mercantil plural en el marco de la colaboración entre las Administraciones autonómicas y la General del Estado (Ley 30/1992, art. 6.5), no se ha promulgado una legislación básica que regule las sociedades mercantiles públicas.

Quiere decirse con ello que, sin perjuicio del valor como referencia de la legislación aplicable a las sociedades mercantiles estatales, cada Comunidad Autónoma deberá regular en su propia legislación las determinaciones relativas a sus sociedades, habiéndolo hecho todas las Comunidades Autónomas.

Se pueden diferenciar los siguientes tipos de sociedades mercantiles en la legislación autonómica:

- Comunidades Autónomas que regulan con carácter general los aspectos esenciales de las sociedades mercantiles en cuyo capital social tienen participación mayoritaria. Es lo que ocurre las Empresas públicas (sociedades mercantiles) de la Comunidad Autónoma de Aragón (Decreto Legislativo 2/2001).

- Comunidades Autónomas cuya normativa se centra de manera pormenorizada en los aspectos relativos a la creación de sus sociedades mercantiles, y trata de manera sucinta el resto de previsiones. Así ocurre con las sociedades públicas de la Comunidad Autónoma de la Rioja (Ley 3/2003) y las empresas públicas con forma de sociedad mercantil de la Comunidad de Madrid (Título III Ley 1/1984).

- Comunidades Autónomas que regulan someramente aspectos generales de sus sociedades mercantiles o de manera concreta algunos aspectos específicos relativos a las mismas. Ejemplos son las empresas públicas (sociedades mercantiles) de la Comunidad de Castilla y León, en cuyo capital la participación directa o indirecta de la Administración de la Comunidad Autónoma o de sus entidades institucionales sea superior al 50 %, reguladas en la Ley 2/2006; se regula su creación, extinción y régimen jurídico. También en este bloque estaría Navarra, cuya Ley Foral 15/2004 en su art. 121 dice que son sociedades públicas de la Administración de la Comunidad Foral Navarra, las definidas en la Ley Foral que regule el patrimonio de Navarra. Se regirán por el ordenamiento jurídico privado, sin perjuicio de las especialidades establecidas en la normativa administrativa aplicable en materia presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen ejercicio de autoridad pública. También es sucinta la regulación de las sociedades mercantiles públicas de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (Ley 3/2003 y Ley 7/2010). En este grupo estarían las sociedades mercantiles autonómicas de las Comunidades Autónomas que han utilizado esta forma jurídica para la gestión de determinados aspectos de la asistencia sanitaria; en concreto las Comunidades Autónomas de Canarias⁴⁶⁹, Cantabria⁴⁷⁰ y Cataluña⁴⁷¹.

En razón de la diversidad de los tipos de las normativas señaladas, sobre la configuración de las sociedades mercantiles autonómicas sólo se está en disposición de formular unas consideraciones generales en los términos que se expresan a continuación.

⁴⁶⁹Para la prestación de servicios con contenido económico que no impliquen el ejercicio de autoridad y que afecten a los intereses de dos o más Administraciones públicas se podrán constituir sociedades anónimas cuyo capital pertenezca total o mayoritariamente a las entidades afectadas. Los acuerdos de constitución, participación o adquisición de títulos representativos del capital de las citadas sociedades se adoptarán por las Administraciones interesadas en la forma prevista en las normas reguladoras de sus respectivos patrimonios. Cuando esas sociedades constituidas tengan la condición de Empresas públicas de la Comunidad Autónoma, su régimen jurídico se adecuará al de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias (art. 17 Ley 14/1990). Por otra parte, la Ley 11/2006, de 11 de diciembre, de la Hacienda Pública Canaria, en su art. 2, considera a los efectos la misma, que forman parte del sector público autonómico, además de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias: Las Sociedades mercantiles públicas definidas en la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias.

⁴⁷⁰La Disposición Adicional Cuarta de la Ley de Cantabria 6/2002, se refiere a las Sociedades públicas regionales de carácter mercantil, en los siguientes términos: “se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública”.

⁴⁷¹El art. 4 del Decreto Legislativo 2/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba en Texto Refundido de la ley de Finanzas Públicas de Cataluña, define las Empresas de la Generalidad y las Empresas vinculadas. Las sociedades de la Generalidad se rigen por las normas de Derecho mercantil, civil y laboral, excepto en las materias en que sea de aplicación el Decreto Legislativo 2/2002. También hay que considerar el Decreto Legislativo 2/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 4/1985, de 29 de marzo, del Estatuto de la Empresa Pública Catalana y la modificación del Decreto Ley 4/2010, de 3 de agosto, de medidas de racionalización y simplificación de la estructura del sector público de la Generalidad de Cataluña.

Desde el punto de vista de la suficiencia normativa, los modelos de referencia serían los de las Comunidades Autónomas de Aragón (Decreto Legislativo 2/2001) y La Rioja (Ley 3/2003).

En cuanto a la creación y modificación de las sociedades mercantiles autonómicas, es de destacar la diversidad de procedimientos y rango de la decisión:

El supuesto más habitual es el que requiere acuerdo, expresado mediante decreto, del Consejo de Gobierno autonómico.

En el extremo opuesto nos encontramos las Comunidades Autónomas que exigen que la creación y, en su caso, la modificación tenga lugar mediante ley.

Un supuesto intermedio es el de las Comunidades autónomas en las que se requiere intervención del Parlamento, pero no en forma de ley, sino de autorización.

La extinción de las sociedades mercantiles autonómicas sigue de ordinario el criterio establecido para su creación, ya sea por una determinación expresa en tal sentido, ya sea porque ante su falta se aplique el principio del *contrarius actus*. También se aplica dicho criterio en relación con los actos de adquisición o pérdida de su posición mayoritaria. Excepcionalmente, sin embargo, pueden establecerse formalidades distintas en relación con los diferentes actos.

Por lo que se refiere a los ámbitos de actuación de las sociedades autonómicas hay que decir que son muy diversos. Ejercen actividades de promoción y desarrollo (económico, industrial, agrario e incluso acción exterior), gestión de infraestructuras (energéticas, hidráulicas, saneamiento y tratamiento de residuos y transportes, por carretera o ferrocarril) de instalaciones (turísticas, de ocio y de servicios), urbanística (vivienda, suelo y ejecución de obras), sanitaria y de medios de comunicación (radio y televisión, principalmente), lo que no excluye que desarrollen actuaciones en otros ámbitos menos susceptibles de gestión mercantil como el cultural, el asistencial o el propio de los servicios administrativos.

Los estatutos de las sociedades autonómicas deben seguir las prescripciones de la legislación mercantil, RD Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, formalizarse en escritura pública, y de la aplicación de dicha legislación derivan las garantías propias de la publicidad registral en razón de su inscripción en el Registro mercantil. Sin perjuicio de ello, la legislación autonómica puede contener medidas adicionales de publicidad sobre tales sociedades.

En cuanto a la transparencia y al control parlamentario, constituye una medida de gran trascendencia el hecho de que se reflejen las sociedades mercantiles autonómicas y se consignen sus datos económicos en las leyes de presupuestos de las respectivas Comunidades Autónomas.

En términos generales puede decirse que la tendencia que se aprecia es la de reflejar esos datos en los presupuestos de una manera patente, ya sea mediante su

mención expresa en el articulado, ya por remisión a los anexos de las leyes que los aprueban.

Con todo, la disparidad de criterios empleados por las diferentes comunidades y las circunstancias de que, a diferencia del articulado, los anexos de las leyes de presupuestos son muy voluminosos, no siempre se publican en los diarios oficiales o el acceso a tales anexos no está disponible por internet, dificultan su consulta.

Los aspectos relativos a la designación de representantes de la Comunidad Autónoma en las sociedades mercantiles son de una complejidad elevada, tanto por el hecho de que normalmente su regulación es un tanto opaca, como por la incidencia de la legislación mercantil, que sigue unos parámetros distintos a los del Derecho público.

En este mismo ámbito son también relevantes los temas sobre:

- la fijación del criterio y el sentido del voto de los representantes de la Comunidad Autónoma en los órganos sociales (junta general y consejo de administración),
- las posibles conexiones entre el sector público y el privado a partir de la presencia de consejeros comunes en empresas públicas y privadas, fenómeno denominado del *interlocking* o *entrelazamiento*;
- y, finalmente, todo el flujo de vínculos y relaciones entre la Administración activa (consejerías, secretarías y direcciones generales) y sus sociedades mercantiles participadas, en sus diferentes facetas (designación de representantes que recae en titulares de cargos de la Administración, réplica en los órganos de las sociedades de representantes de las consejerías y otros aspectos significativos).

En cuanto al régimen jurídico, no existe diferencia alguna con la normativa estatal. Todas las leyes autonómicas, ordenan su sometimiento, sin excepciones, a las normas del Derecho mercantil, civil o laboral.

Por último, el hecho de que estas sociedades se rijan por la legislación mercantil y por el resto del Derecho privado no excluye que le sean de aplicación determinadas prescripciones del Derecho público.

En primer término, esa normativa pública se refiere a las materias económica, presupuestaria y contable, y su aplicación resulta de exigencias de la misma Comunidad Autónoma por razones de ordenación y control de su propio sector público. En relación con el régimen presupuestario, el presupuesto de estas empresas ha de respetar las prescripciones que respecto al mismo se establecen en la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma. Igualmente, el recibir el calificativo de empresas no les exime de estar sometidas al régimen de contabilidad pública y al control económico-financiero, de acuerdo con lo establecido en la legislación sobre Hacienda y Patrimonio de la Comunidad Autónoma, pudiéndose realizar auditorías por parte del Departamento competente en materia de hacienda, con el objeto de comprobar el funcionamiento y la eficacia de estas empresas en relación con el cumplimiento de los objetivos que tengan asignados.

Otro bloque de normas se centra en los ámbitos de personal y de contratación. La razón de esa incidencia hay que buscarla en los requerimientos derivados del principio de objetividad, que si bien la CE refiere a la Administración pública (art 103.1), alcanza también a sus empresas. Y de ahí que también se afirme la necesidad de la observancia de los principios de publicidad y concurrencia en la contratación de bienes y servicios por las mismas, o en la selección de su personal, lo que no excluye facetas de la gestión de éste.

En el ámbito de la contratación el cumplimiento de aquellos principios viene impelido, además, por la normativa comunitaria en razón de su conexión con los principios de no discriminación, igualdad de trato, transparencia, reconocimiento mutuo y proporcionalidad establecidos en el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (versión consolidada por el Tratado de Ámsterdam, de 2 octubre de 1997): arts. 28 a 30 y 43 a 65.

Y, en este sentido, tales exigencias se han plasmado para todas las sociedades mercantiles públicas, incluidas pues las autonómicas, en el TRLCSP.

Para acabar, simplemente añadir que no es habitual que desde las Administraciones matriz se establezcan controles sobre las sociedades mercantiles autonómicas en relación con el cumplimiento de esa normativa pública, excepción hecha de la de carácter económico-financiero, de ordinario mediante auditoría, y ello sin perjuicio de otras medidas que, eventualmente, pudieran adoptarse por una determinada Comunidad Autónoma.

Por consiguiente, aún partiendo de la similitud de la regulación autonómica, entre sí y con respecto a la legislación estatal, existen, no obstante, algunas singularidades o elementos que merecen ser significados individualmente que se han analizado en cada Comunidad Autónoma.

La mayor diferencia entre el modelo organizativo sociedad mercantil y el Ente de Derecho público, se produce en la regulación de ambos. Los Entes de Derecho público se rigen por su ley de creación, mientras que las sociedades mercantiles, al ser fruto de un contrato de sociedad mercantil, se rigen por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital y el Código de Comercio; además le son de aplicación las reglas presupuestarias, contables y de control financiero que prevé la LGP y las específicas de contratación.

En el sector sanitario, las sociedades mercantiles autonómicas han tenido un uso muy restringido en relación con la gestión de urgencias, emergencias y transporte sanitario: Canarias (Sociedad mercantil autonómica: Gestión de Servicios para la Salud y Seguridad en Canarias S.A.); Cantabria (112 Cantabria S.A.); Cataluña (Empresa pública con forma de sociedad mercantil autonómica que colabora con el Servicio Catalán de la Salud: Sistema de Emergencias Médicas, S.A.).

b.5) Fundaciones públicas autonómicas (Fundaciones privadas en mano pública)

En términos generales podemos definir las fundaciones como aquellas organizaciones constituidas, sin fin de lucro y con arreglo al Derecho civil, por personas físicas o jurídicas, sean éstas públicas o privadas, que, por voluntad de sus creadores,

tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general (Ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, arts. 2.1 y 8.1 y .4).

A diferencia de las sociedades y los consorcios, la utilización de las fundaciones con una pretensión instrumental por las Administraciones públicas es relativamente reciente. Efectivamente, esa utilización empieza a generalizarse a partir de la década que se inicia en 1990, propiciada por la promulgación de la Ley estatal 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General. El elemento clave de su auge viene determinado por la previsión, expresada en términos manifiestos, de que las Administraciones públicas podían constituir fundaciones; en rigor, los arts. 1.1 y 6.1 y .4 de dicha Ley 30/1994 tiene el mismo redactado que los 2.1 y 8.1 y.4 de la Ley 50/2002, que antes hemos citado como referencia de la definición ofrecida.

Aunque en la actualidad todas las Comunidades Autónomas tienen asumidas competencias en materia de fundaciones, lo cierto es que esa asunción competencial (producida en diversos momentos temporales) no se ha traducido en una normativa de igual o similar alcance. No todas las Comunidades Autónomas han disciplinado el fenómeno de la irrupción de la fundación como modo de gestión de los servicios públicos. En el caso de algunas Comunidades Autónomas se han limitado a crear y a regular el funcionamiento del Registro de Fundaciones, sin introducir una regulación sustantiva de la materia. En cuanto a las que sí se han ocupado de esta figura, algunas de ellas han introducido aspectos normativos que se apartan en mayor o menor grado de la regulación estatal y que se reseñan a continuación.

Cierto es que las diversas Comunidades Autónomas habían promulgado diversas leyes al respecto, pero esta legislación estaba más concebida desde la perspectiva del protectorado ejercido respecto de los privados que constituían una fundación, que no con vistas a utilizar como un medio o instrumento propio.

Porque ese era el planteamiento inicial relativo a las fundaciones, el de los arts. 34, 53.1 y 149.1, apartados 1 y 8, de la CE. El art. 34 reconoce “el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley”. Por su parte, el art. 53.1, reserva a la ley la regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del Título I, entre los que se encuentra el de fundación, especificando que dichas normas legales deben en todo caso respetar el contenido esencial de tales derechos y libertades.

Por lo que se refiere a la distribución competencial, ésta tiene lugar a partir de los títulos recogidos en el art. 149.1, de la CE, sobre competencias exclusivas del Estado, y concretamente en relación con la “regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos” (apartado 1), y la materia “legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales allí donde existan” (apartado 8). El correlato vendría dado por la asunción de competencias sobre fundaciones en los diferentes Estatutos de Autonomía.

Las funciones iniciales por tanto se resolvían, en el plano normativo, en ese reparto legislación básica y legislación autonómica (exclusiva o de desarrollo

legislativo) y, en el de ejecución, en el protectorado atribuido a las Comunidades Autónomas y cuya misión es velar “por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones” (Ley 50/2002, art. 34.1); esa atribución a las Comunidades Autónomas tiene su excepción respecto de las fundaciones de competencia estatal, cuyo protectorado será ejercido por la Administración General del Estado (art. 34.2). Se trata, pues, de un derecho, el de fundación, cuyo ejercicio se considera inicialmente propio de los ciudadanos (art. 34 de CE), y de ahí que las primeras leyes autonómicas e incluso la estatal Ley 30/1994 utilizaran el calificativo de privadas para referirse a las fundaciones.

Con el tiempo, sin embargo, se hará uso de la posibilidad de que sean también las personas jurídico públicas las que las constituyan (arts. 1.1 y 6.1 y .4 de la Ley 30/1994, ya citados).

La apelación creciente a esa figura tendrá otras manifestaciones en las denominadas fundaciones públicas sanitarias, de carácter estatal, y reguladas por el art. 111 de la Ley 50/1998, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, que son Organismos con personalidad jurídica propia de naturaleza pública.

Pero esa nueva práctica no pasará inadvertida, y la utilización de las fundaciones por las Administraciones será objeto de fuertes críticas por la doctrina jurídico-administrativa, que mayoritariamente la descalificará en tanto que último episodio del fenómeno de la huída del Derecho administrativo.

Fuera por las manifestaciones críticas o por el auge que estaban experimentando, lo cierto es que al promulgarse la citada Ley 50/2002, de Fundaciones, se establecieron ya una serie de previsiones específicas para la fundaciones del sector público estatal, que introducían en su actuación algunos de los principios propios de las Administraciones públicas (publicidad y concurrencia en la contratación administrativa y selección de personal y otros).

Tales previsiones no son de aplicación directa a las Comunidades Autónomas, pero es indudable que las pautas recogidas en dicha Ley han de ser observadas también por ellas, por el resto de Administraciones y por las fundaciones que todas ellas creen o en las que tengan una posición mayoritaria, y todo ello en razón del hecho de participar de esa naturaleza pública común.

Al ser la fundación la última de las personificaciones que las Comunidades Autónomas han adoptado con ese propósito de instrumentalización, su normativa en conjunto es de una densidad menor que las otras personificaciones instrumentales autonómicas, si bien la tendencia a su regulación es creciente, por lo que entendemos que resulta de especial interés la consideración de las manifestaciones de la misma.

Como idea inicial debe significarse que las fundaciones públicas autonómicas guardan semejanzas con las sociedades mercantiles autonómicas, en tanto que personificaciones instituidas con arreglo al Derecho privado y atendido que pueden ser creadas únicamente por la Comunidad Autónoma o en concurrencia con otras Entidades, públicas (fundaciones o sociedades mercantiles plurales) o privadas

(fundaciones o sociedades mixtas o participadas). También mantienen identidades con los consorcios autonómicos, en aquellas modalidades de fundaciones plurales en que concurran otras personas jurídicas, públicas o privadas, o físicas.

Con carácter general, las Fundaciones públicas autonómicas son aquellas personificaciones:

- constituidas únicamente o con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, por las Administraciones de las Comunidades Autónomas o sus Entes dependientes o vinculados;
- en que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, está formado en más del 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por dichas Entidades;
- o, finalmente, aquellas en las que estas Entidades tengan una representación mayoritaria en el órgano de gobierno de la fundación, el Patronato, expresada en el nombramiento de más de la mitad de los miembros de éste por las referidas Entidades autonómicas.

Formulados estos comentarios previos, y del análisis efectuado de las fundaciones públicas autonómicas, en relación con la normativa especificada para las Comunidades Autónomas, pueden diferenciarse los siguientes tipos de legislación autonómica:

- Comunidades Autónomas que siguen el modelo estatal de la Ley 50/2002 y regulan con carácter general los aspectos esenciales de las fundaciones públicas autonómicas en el marco de la propia legislación civil sobre fundaciones⁴⁷². En este grupo de incluyen, Andalucía, Canarias, Castilla y León, Cataluña, Galicia, Madrid, País Vasco, La Rioja y Comunidad Valenciana.
- Comunidades Autónomas que regulan sucintamente aspectos generales de las fundaciones autonómicas, específicamente, pero desde la perspectiva del Derecho público. No han dictado leyes autonómicas de fundaciones. Estarían en este grupo la regulación de Asturias (Decreto Legislativo 2/1998, de 25 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido del Régimen Económico y Presupuestario, en su art. 4 se refiere al sector público autonómico; y en virtud de la Disp. adic. primera de la Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre régimen jurídico de la Administración del Principado de Asturias, podrá crear entes públicos como fundaciones), Aragón (Disp. adic. octava del Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón); Cantabria (Ley 6/2002, de 10 de diciembre, de Régimen Jurídico del gobierno y de la Administración de la Comunidad de Cantabria); Castilla la Mancha

⁴⁷²Andalucía: Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía; Canarias: Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones Canarias; Castilla y León: Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León (Modificada por la Ley 12/2003 y por la Ley 2/2006); Cataluña: Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las Personas Jurídicas (entrada en vigor: 8 de agosto de 2008); Galicia: Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de interés gallego; La Rioja: Ley 1/2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja; Madrid: Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid; Navarra: Ley Foral 10/1996, de 2 de julio, reguladora del régimen tributario de las fundaciones y de las actividades de patrocinio; País Vasco: Ley del Parlamento Vasco 12/1994, de 17 de junio de 1994, de Fundaciones; Comunidad Valenciana: Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana.

(Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla La Mancha); Extremadura (Ley 5/2007, de 19 de abril, General de Hacienda pública de Extremadura); Islas Baleares (Ley 7/2010, de 21 de julio, del Sector Público Instrumental); Región de Murcia (Disp. adic. primera de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen jurídico de la Administración pública de la Comunidad Autónoma de Murcia); Navarra (Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de Administración de la Comunidad Foral Navarra; la Ley Foral 10/1996, de 2 de julio sólo regula el régimen tributario de las fundaciones y de las actividades de patrocinio).

Sobre la creación de fundaciones o la adopción de posición mayoritaria en las mismas por la Comunidad Autónomas las previsiones normativas exigen acuerdo del Consejo de Gobierno.

Además de la normativa pública, hay que tener en cuenta que deberá observarse la legislación propia de las fundaciones, estatal y autonómica, lo que, entre otros requisitos, comporta que su constitución se formalice en escritura pública (Ley 50/2002, art. 9) y que se inscriba en el correspondiente Registro de fundaciones autonómico, salvo las estatales que lo serán en el del Ministerio de Justicia (L 50/2002, art.36.1).

En términos generales puede decirse que la modificación y la extinción de las fundaciones deberían seguir, desde la perspectiva de la Administración autonómica, los mismos trámites que para la creación o la adquisición de posición mayoritaria. Sucede, sin embargo, que, una vez constituida, la fundación goza de autonomía, de acuerdo con los estatutos y la legislación civil que les es propia. De ahí que se autorice a que el órgano de gobierno de la fundación, el Patronato, pueda instar la modificación de los estatutos en los términos en que éstos la regulen (Ley 50/2002, art 29), lo que puede permitir que quede únicamente en manos de la propia fundación tal modificación. Para evitarlo será preciso consignar en los estatutos, expresamente, que será necesario el acuerdo del Consejo de Gobierno para su modificación.

Un aspecto a reseñar en el caso de las fundaciones plurales o mixtas, esto es, aquellas en que participan otras Entidades, públicas o privadas e incluso personas físicas, junto con la Comunidad Autónoma, es que la pertenencia de ésta a la misma, y el hecho de que sus representantes ostenten la condición de patronos es un mecanismo que puede facilitar la financiación de la fundación, ya sea a través de eventuales aportaciones económicas transferidas sin contraprestación, ya de resultas del pago de actividades o servicios prestados a la Comunidad Autónoma.

Los ámbitos en que actúan las fundaciones autonómicas son muy variados, con manifestaciones en los sectores sanitario, asistencial, educativo, ocupacional, cultural, deportivo y turístico. Es criterio jurídico asumido que, en razón de su configuración derivada del Derecho privado, no pueden ejercer potestades públicas, prohibición que se consigna expresamente en algunos textos legales.

Por tipo de actividad, la que más ejercen es la de fomento aunque también lleven a cabo la prestacional (el caso de las sanitarias en Galicia), y sin que sea muy habitual que se fijen límites o prohibiciones.

Desde la perspectiva de la transparencia constituye un dato relevante es el reflejo de las fundaciones autonómicas en las leyes de presupuestos, medida esta que aunque no esté generalizada tiene ya algunas manifestaciones significativas, y ello sin perjuicio de que se adopten otras complementarias, aunque desde luego este aspecto de la publicidad de las fundaciones se sitúa en unos niveles claramente insuficientes.

En términos análogos a los de las sociedades y consorcios autonómicos, alcanzan a las fundaciones las exigencias derivadas de los principios de objetividad, publicidad y concurrencia en los ámbitos de contratación administrativa y selección de personal, y ello sin perjuicio de que se extienda su aplicación a la concesión de subvenciones u otras actuaciones.

Si calificáramos de elevada la complejidad que rodeaba a la designación de representantes de la Comunidad Autónoma en las sociedades, en razón de la cierta opacidad de su regulación, debemos reiterarlo, incluso con perfiles aumentados, en el caso de las fundaciones autonómicas, pues ni las pocas reglas fijadas para aquéllas se contienen en relación con éstas. Con todo, hay que reseñar que la incorporación del representante en el órgano de gobierno de la fundación como patrono debe seguir las prescripciones de la legislación civil respectiva, que, entre otros, prevé los trámites de aceptación del cargo en documento formalizado y su anotación en el Registro de Fundaciones correspondiente.

Una característica peculiar de esta personificación instrumental que estamos analizando es que las relaciones entre la fundación y la Comunidad Autónoma se establecen, además de a través de la Consejería de Hacienda y la que se vincula por razón de la materia, mediante la que tenga atribuido el protectorado si es que no corresponde a ninguna de las otras dos consejerías. Pese a ello, no parece que se ejerzan muchos controles sobre las fundaciones más allá de los de carácter formal (remisión de presupuestos y cuentas, entre otros).

Para acabar con las fundaciones hay que reseñar, que principios que en el pasado constituían sus señas de identidad, como la ausencia de ánimo de lucro y el carácter gratuito del cargo de patrono, con la nueva legislación tanto estatal como autonómica han sido, cuando menos, matizados al admitirse tanto que desarrollen actividades económicas, participen en sociedades mercantiles y obtengan ingresos, como que los patronos sean reembolsados de sus gastos o retribuidos si prestan servicios distintos de los que implica el desempeño como miembro del Patronato, previa autorización del Protectorado.

Estas previsiones, unidas al hecho de que se admita con normalidad la existencia de cargos directivos de la fundación (gerentes o administradores, obviamente retribuidos), la han homologado como instrumento de gestión y de ahí el recurso a utilizarla como personificación instrumental autonómica.

En el sector sanitario autonómico, las fundaciones en mano pública, se han utilizado como en los siguientes supuestos:

Cantabria

- Fundación Marqués de Valdecilla. Como órgano dependiente de la Fundación Marqués de Valdecilla, está el Banco de Sangre y Tejidos de Cantabria.

Castilla y León

- Fundación de Hemoterapia y Hemodonación

Cataluña

- Fundación Hospital de la Santa Cruz i San Pau

Galicia

- Fundaciones:

Fundación Pública Instituto Galego de Oftalmoloxía

Centro de Transfusión de Galicia (Fundación Pública dependiente de la Consellería de Salud))

Fundación Pública Urgencias Sanitarias de Galicia 061

Fundación Galega de Medicina Xenómica

Islas Baleares

- Fundación Banco de Sangre y Tejidos de las Islas Baleares

Madrid

- Fundación Hospital de Alcorcón, adscrito a la Consejería de Sanidad, y depende del Servicio Madrileño de Salud.

La Rioja

- Fundación Hospital de Calahorra.
- Fundación Rioja Salud

Por consiguiente la utilización de las fundaciones públicas autonómicas (en mano pública) como forma de gestión de centros sanitarios hospitalarios ha sido muy escasa (Fundación Marqués de Valdecilla, Fundación Hospital de la Santa Cruz i San Pau, Fundación Hospital de Alcorcón, Fundación Hospital de Calahorra), utilizando se también, en algunas Comunidades en aspectos colaterales de la asistencia sanitaria (para la gestión de Bancos de Sangre y Tejidos, investigación, etc.).

Las formas de personificación de Derecho privado, ya sean sociedades mercantiles de titularidad pública o de fundaciones privadas en mano pública, se utilizan, preferentemente, para llevar a cabo funciones accesorias a las típicamente prestacionales, aunque también existen ejemplos en este último sentido.

b.6) Fundaciones públicas sanitarias

Ya se ha dicho que las Fundaciones Públicas Sanitarias son personificaciones públicas. Su origen se encuentra en Galicia, donde esta figura que ha tenido un camino de doble recorrido: fue una experiencia de gestión innovadora que se llevó a cabo a Galicia y que, más tarde, se pretendió extender a todo el entonces llamado «territorio

INSALUD» a través del art. 111 de la Ley 50/1998 y que, por último, y siguiendo la configuración marcada por la legislación estatal, retornó de nuevo a la Administración autonómica gallega, impidiendo cualquier otra estructura organizativa de carácter fundacional en su territorio. La derogada Ley 7/2003, de Ordenación sanitaria de Galicia, refiriéndose a las fundaciones públicas sanitarias, en su art. 70 establecía que “Todas las fundaciones sanitarias constituidas por la Comunidad Autónoma de Galicia son de titularidad y naturaleza públicas”. Estas se regían por su normativa específica, siéndoles de aplicación supletoria el Capítulo X de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de interés gallego.

Este tipo de fundaciones, de naturaleza pública, han tenido un corto recorrido como forma de gestión de la asistencia sanitaria, ya que de acuerdo con la previsión del art. 93.2 de la Ley 8/2008, de salud de Galicia, “se integrarán, de la manera que reglamentariamente se determine y tras su liquidación, en el Servicio Gallego de Salud o adscritas a la Consellería de Sanidad, según el artículo 77.1 de la Ley 8/2008, las fundaciones públicas sanitarias y las sociedades públicas sanitarias, ambas de carácter asistencial”. Por otra parte, se ha dictado Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de interés gallego, que define las fundaciones del sector público autonómico.

Así mediante el Decreto 183/2008, de 31 de julio, sobre extinción de las fundaciones públicas hospitalarias, autorizó la extinción de las siguientes fundaciones públicas hospitalarias: Fundación Pública Hospital Virxe da Xunqueira, Fundación Pública Hospital da Barbanza, Fundación Pública Hospital de Verín y Fundación Pública Hospital Comarcal do Salnés. En virtud de esa norma, el Servicio Gallego de Salud se subrogó en la totalidad de relaciones laborales del personal y en los actos, contratos y operaciones realizadas por las fundaciones extintas, sin perjuicio de los derechos que pudiesen corresponder a los contratantes, acreedores o terceros, de conformidad con la normativa vigente.

Los bienes, títulos o derechos pertenecientes a cada fundación extinta, pasaron a integrarse en el patrimonio de la Xunta de Galicia, y se adscribieron al Servicio Gallego de Salud.

La extinción de las fundaciones a que se refiere el presente decreto no supondrá la cesación de la actividad asistencial realizada en los centros sanitarios gestionados por las Fundaciones extintas, han continuado formando parte de la red del Sistema Público de Salud de Galicia, integrándose como centros de gestión del Servicio Gallego de Salud.

Respecto a las fundaciones públicas sanitarias de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares ha que señalar la siguiente evolución. La Disp. Adic. Tercera de la Ley 7/2010, referida a los entes de gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios, prescribe lo siguiente, en su apartado 2: “Las fundaciones públicas sanitarias a las que se refiere el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que se constituyan en el ámbito de la comunidad autónoma de las Illes Balears, han de regirse por su normativa específica, y se les han de aplicar, con carácter supletorio, los preceptos de esta Ley correspondientes a las entidades públicas empresariales”. Pese a estas previsiones, posteriormente, se ha producido un giro importante en su regulación.

Mediante la Ley 1/2011, de 24 de febrero, de transformación de fundaciones del sector público sanitario de las Illes Balears y de determinación del régimen jurídico de las fundaciones públicas sanitarias, se reguló que las fundaciones del sector público Hospital Son Llätzer y Hospital de Manacor, constituidas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, su transformación automáticamente, en fundaciones públicas sanitarias con personalidad jurídica propia que tienen por objeto la gestión y la administración de los centros sanitarios Hospital Son Llätzer y Hospital de Manacor. Además se regulaba en esa Ley, el régimen jurídico de las fundaciones públicas sanitarias. Además existía, la Fundación Hospital Comarcal d’Inca, un organismo público – concretado en Fundación Pública Sanitaria –, con personalidad jurídica propia, adscrito al Servei de Salut de les Illes Balears, que tiene como objetivos la gestión y la administración del centro sanitario Hospital Comarcal d’Inca.

Pese a esa regulación, por medio del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 28 de octubre de 2011, se autorizó el inicio del procedimiento de extinción de las fundaciones públicas sanitarias de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y su integración en el Servicio de Salud de las Illes Balears. Aprobándose la extinción, por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 21 de diciembre de 2012. Así, en el año 2013 se realizará el proceso de extinción y de integración en el Servicio de Salud de las tres fundaciones públicas sanitarias (Hospital de Manacor, Hospital Son Llätzer y Hospital Comarcal de Inca).

Como conclusión, se ha producido la extinción e integración en los respectivos Sistemas Sanitarios Públicos, de los Organismos Públicos denominados Fundaciones Públicas Sanitarias, que gestionaban centros hospitalarios, de las Comunidades Autónomas de Galicia e Islas Baleares.

Razones que explican que el modelo de gestión, Fundación Pública Sanitaria, haya sido fallido, las encontramos en el preámbulo del Decreto 183/2008, de 31 de julio, sobre extinción de las Fundaciones públicas hospitalarias de Galicia: “El tiempo transcurrido y la experiencia acumulada demuestran que el modelo organizativo en el que se situaron las fundaciones sanitarias de carácter asistencial no ha alcanzado los objetivos de eficacia, eficiencia y mejora de la calidad de los servicios, inicialmente propuestos. Así lo reflejan informes emitidos por órganos fiscalizadores y de carácter sectorial desde el año 1999, en los que se pone de manifiesto la carencia de coordinación y homogeneidad en la gestión de compras, la ausencia de planificaciones anuales, deficiencias en los niveles de transparencia exigibles, así como en los mecanismos de control. Además de esta fragmentación en la asistencia y la rotura de la equidad en el acceso, el régimen laboral de las fundaciones impidió que sus profesionales pudiesen desplazarse a lo largo del Sistema Nacional de Salud, constituyendo una auténtica barrera profesional del progreso laboral de los mismos. Ante esta situación, la Comisión Mixta para las relaciones con el Tribunal de Cuentas dictó con fecha 5 de abril de 2000 una resolución en la que instaba al Gobierno a proponer en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, con el consenso de los representantes de las comunidades autónomas, la valoración de la oportunidad de acordar que todos los hospitales de titularidad pública aplicasen la

normativa vigente en materia de contratación pública, y adoptasen condiciones generales de planificación, coordinación, contratación y suministro, así como un sistema centralizado para las adquisiciones directas de medicamentos y productos sanitario. En consecuencia, el presente decreto culminará el proceso de extinción de las fundaciones públicas hospitalarias, con la consiguiente mejora para los profesionales y para la calidad de la asistencia sanitaria, lo que redundará en beneficio de la mayor homogeneidad del Sistema Público de Salud de Galicia”.

b.7) Consorcios autonómicos

En términos generales puede decirse que los consorcios son personas jurídicas creadas por dos o más Administraciones públicas, sometidas de ordinario al Derecho Público, y en las cuales, eventualmente, pueden participar entidades privadas sin ánimo de lucro.

Como tal figura, el consorcio ha gozado de una gran tradición en el ámbito local, en el que su regulación se remonta al Reglamento de servicios de la Corporaciones locales de 1955 (art. 37 a 40). Ya en el Estado constitucional, la Ley 7/1585, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, actualizó esa figura, que algunas legislaciones autonómicas regularán pormenorizadamente.

La vigencia de esa normativa de cobertura explica, en buena medida, la preeminencia de los consorcios locales, no obstante haber sido constituidos además de por Administraciones de este carácter, por las Autonómicas, o incluso por la General del Estado. Esa tendencia se mitigará un tanto a partir de la década que se inicia en 1990, básicamente por dos razones. De un lado, algunas Comunidades Autónomas regularán en su propia legislación esa figura, como fue el caso de Cataluña. Por su parte, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de la Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, regulará los consorcios en el marco de los convenios de colaboración entre la Administración General del Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas (actual art. 6.5).

Un efecto que se derivará de esa regulación de la Ley 30/1992 es el relativo a la publicación de los estatutos, en parte producido como consecuencia de la obligación de hacerlo respecto del convenio del que traen causa (*ex* art 8.3, último párrafo, de dicha Ley), y en parte exigido por la naturaleza normativa de los estatutos (*ex* CE, art. 9.3 sobre publicidad de las normas).

A partir de estos referentes, otras Comunidades Autónomas regularán y constituirán consorcios para la ejecución de sus políticas públicas, pero siempre sobre la base inherente a esta personificación de la participación de otras Administraciones, y en su caso de entidades privadas si ánimo de lucro. Quiere decirse con ello que un consorcio nunca se vincula sólo con una Administración, sino con dos o más. Entre otras peculiaridades, ello provoca una concurrencia normativa diversa, la respectiva de las Administraciones consorciadas, que se evidencia claramente en el proceso de constitución, pero que también se manifiesta luego, a lo largo del funcionamiento del consorcio.

Regulaciones y consideraciones generales.

Del análisis efectuado se desprende que, hoy por hoy, no se ha producido una regulación generalizada de los consorcios por las Comunidades Autónomas. Podemos diferenciar cuatro grupos:

- Comunidades Autónomas que siguen el modelo de Cataluña (Arts. vigentes de la Ley 13/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalidad de Cataluña y arts. 113, 114 y 115 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña y de la Ley 30/1992), esto es, que configuran el consorcio como un instrumento de cooperación con otras Administraciones y con una regulación general sucinta. Tal es el supuesto de la regulación de los consorcios de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (art. 84 Ley 3/2003 de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y Título III Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears).
- Comunidades Autónomas que regulan tangencialmente los consorcios en los que participen, ya sea en aspectos concretos (por ejemplo, los financieros) o por sectores, o mediante referencia a través de las leyes de presupuestos. Estaría incluida en este apartado, Castilla La Mancha, que en art. 6 del Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley de Hacienda, regula sucintamente el régimen económico de los consorcios de esta Comunidad Autónoma.
- Comunidades Autónomas que regulan con carácter general los aspectos esenciales de los consorcios en los que su posición es mayoritaria. En este grupo estaría la regulación de la La Rioja, a la que a continuación se hará referencia.
- Resto de Comunidades Autónomas, cuya regulación de los consorcios es muy escueta. En tres de ellas, Andalucía, Aragón, Madrid, Murcia y Comunidad Valenciana, no regulan la figura consorcial, en su normativa de organización administrativa.

Tanto por la diversidad de los tipos de las regulaciones señaladas, como por el hecho mismo de que no todas las Comunidades Autónomas han adoptado normativa al respecto, sólo pueden formularse unas consideraciones generales sobre la configuración de los consorcios autonómicos.

El modelo de referencia podría ser el de la Comunidad de La Rioja (Ley 3/2003, de 3 de marzo, de organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja) y las tendencias que se aprecian son las siguientes:

- En cuanto a la creación, modificación y extinción, se adopta mediante acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad.
 - La configuración de los estatutos del consorcio es trascendental al carecer normalmente de una legislación general de cobertura; de ahí que deba prestarse especial atención a los aspectos de regulación suficiente, precisa y objeto de publicación en el diario oficial del referido texto estatutario.
- Además de otros extremos que veremos, en los estatutos debe consignarse el ámbito de actuación del consorcio, otras veces definido como el de sus competencias o,

escuetamente, el de su finalidad. Los ámbitos de los consorcios son diversos: sanitario, de transportes, de infraestructuras (abastecimiento de agua, gestión de residuos u otros), servicios (extinción de incendios, salvamento de personas y turísticos, entre otro), de educación y culturales.

- La identificación del consorcio como autonómico puede derivar de su calificación en los estatutos, de la remisión al régimen jurídico de este carácter o, por aplicación de una previsión legal, en razón de la posición mayoritaria de la Comunidad Autónoma.

- Las previsiones sobre órganos de gobierno y dirección del consorcio distinguen entre:

a) Colegiados, uno como mínimo, de carácter plenario y representativo (con las denominaciones de junta de gobierno, asamblea general u otras) y, eventualmente, otro de composición más reducida y con carácter ejecutivo (comité de dirección o consejo ejecutivo); b) Unipersonales: el presidente, que a las funciones de carácter representativo puede unir otras ejecutivas, y el director o gerente, cuyo perfil directivo vendrá limitado por las funciones de índole ejecutiva que retenga el presidente.

- El consorcio es una personificación de Derecho Público, por lo que en los aspectos de contratación, patrimonio y económico presupuestario deben regularse por el Derecho Público; en concreto, referido a la contratación ajusta al Texto Refundido de la Ley de Contratos de Sector Público. Respecto a los recursos humanos, sin perjuicio de la adscripción de funcionarios de las Administraciones consorciadas, el personal laboral debe ser seleccionado de acuerdo con los principios de publicidad, objetividad, objetividad, mérito y capacidad, de acuerdo con la previsión constitucional, sin perjuicio de que el personal de alta dirección se incorpore por libre designación.

Aparte de la publicidad de la Comunidad Autónoma, es de suponer que el consorcio desarrollará la suya propia (contratación, selección de personal u otros ámbitos), aunque no hay mucha regularidad al respecto.

- Otros aspectos relevantes a destacar son los siguientes:

La decisión para la creación del consorcio es el acuerdo del Consejo de Gobierno, el cual si bien es de una jerarquía inferior a la legal, mantiene un rango significativo.

Vinculado al aspecto anterior debe reseñarse el relativo al de la publicidad oficial de que es objeto, que normalmente se reduce al de la constitución del consorcio y de sus estatutos en el diario oficial por la Comunidad Autónoma. Por esta razón, su consignación en los Presupuestos de ésta, por referencia expresa al indicar las transferencias de financiación, es de la máxima transcendencia, atendido que el Parlamento puede tener conocimiento al respecto, aunque no es lo habitual.

El tema del control es extremadamente complejo y muy vinculado a la situación de cada consorcio. Los parámetros del control vendrán determinados por los porcentajes o cuotas de poder que correspondan a las diferentes entidades consorciadas, las cuales, a su vez, podrán manifestarse en reservas sobre nombramientos, un número de puestos en los órganos colegiados u otros factores.

Desde la perspectiva del gasto público es de reseñar que la existencia misma del consorcio supone ya un compromiso de financiación por parte de las Administraciones consorciadas. En función de la distribución pactada, por tanto, esas aportaciones pasarán a convertirse, normalmente, en transferencias ordinarias desde la Comunidad hacia el consorcio, y ello siempre en función de cual sea el grado de autofinanciación de éste.

El consorcio podrá utilizar cualquiera de las formas de gestión admitidas en la legislación de régimen local, concretamente, las enumeradas en el art. 85.2 LBRL. Con carácter general, el art. 6.4 LRJPAC establece que el consorcio podrá utilizar cualquiera de las formas de gestión previstas en la legislación aplicable a las Administraciones consorciadas. Por su parte, la legislación autonómica reitera las formas de gestión de servicios establecidas por la LBRL y habilita, igualmente, al consorcio para utilizar cualquier de éstas.

En el sector sanitario autonómico se han creado los siguientes consorcios:

Andalucía

- Consorcio Sanitario Público del Aljarafe, que es una entidad de derecho público integrada por el Servicio Andaluz de Salud y la provincia Bética Nuestra Señora de la Paz de la Orden Hospitalaria de San Juan de Dios

Aragón

- Consorcio Aragonés de Sanitario de Alta Resolución adscrito al Departamento de Salud, Bienestar Social y Familia de la Comunidad Autónoma de Aragón

- Consorcio Hospitalario de Jaca

Cataluña

- Consorcios

Consorci Hospitalari de Vic, Corporació Sanitària Parc Taulí de Sabadell, Consorci Sanitari de Terrassa, Consorci Sanitari de Barcelona. Regió Sanitària Barcelona Ciutat, Consorci Sanitari Integral, Consorci Sanitari de la Selva, Consorci Sanitari de l'Alt Penedès, Consorci Sanitari del Maresme, Consorci Sanitari de l'Anoia, Consorci del Laboratori Intercomarcal de l'Alt Penedès, l'Anoia i el Garraf, Corporació de Salut del Maresme i la Selva, Consorci Sanitari de Mollet del Vallès, Consorci Mar Parc de Salut de Barcelona

Islas Baleares

- Consorcios:

- Consorcio de Recursos Sociosanitarios i Assistencials de les Illes Balears
- Consorcio de Gestión Sociosanitaria de Ibiza

Comunidad Valenciana

- Consorcios: Consorcio Hospital General Universitario del Departamento de Salud de Valencia-Hospital General

Aunque no es una entidad muy utilizada en el conjunto del Sistema Nacional de Salud, el consorcio se ha empleado en algunas Comunidades Autónomas, siendo con diferencia Cataluña, la que más la ha utilizado. Las figuras consorciales, que no constituyen ni una forma de gestión directa, ni una forma de gestión indirecta, pueden dotarse de organismos instrumentales, con todas las variantes admitidas en Derecho.

3.3. Gestión indirecta de la asistencia sanitaria en las Comunidades Autónomas: La Colaboración de la iniciativa privada

Las Comunidades Autónomas, además de prever con carácter general la posibilidad de acudir a la colaboración de la iniciativa privada⁴⁷³ para la prestación de servicios sanitarios, usualmente se han ocupado de regularla específicamente.

Esta regulación es muy similar para todos los casos, estableciendo unas previsiones muy genéricas e incluyendo exigencias de la obtención de homologación o acreditación de los centros o entidades que deseen colaborar con la iniciativa pública. Esta colaboración, en todo caso, se ha de realizar teniendo en cuenta los principios de complementariedad, optimización, necesidad de atención en cada momento y adecuada coordinación en la utilización de recursos públicos y privados.

La colaboración de las entidades sanitarias privadas con el Sistema Sanitario Público de las Comunidades Autónomas, se instrumenta preferentemente a través de conciertos y convenios para la prestación de servicios sanitarios, que se rigen, en el marco de la legislación básica del Estado, por lo dispuesto por las leyes de salud correspondientes y, supletoriamente, por lo que se establece en la legislación de contratación administrativa.

- Las diferencias y peculiaridades, entre las diferentes legislaciones autonómicas, están en lo siguiente:

- El grado en el que se fomenta o dificulta la participación privada en el cumplimiento de las obligaciones de la Administración en relación con la prestación de la asistencia sanitaria. Ya se ha señalado que esta colaboración, en todo caso, se ha de realizar teniendo en cuenta los principios de complementariedad, optimización, necesidad de atención en cada momento y

⁴⁷³ GOIG MARTÍNEZ, J.M., “La libertad de empresa”, en ALZAGA VILLAMIL, O., Dir. “Comentarios a la Constitución Española de 1978”, T. III, Cortes Generales, Ed. EDERSA, Madrid, 1996.

PAZ-ARES, C., ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación” en “Comentario a la Constitución Socio-Económica de España”, Dirs. MONEREO PÁREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C, MORENO VIDA, M.N, Ed. Comares, Granada, 2002, págs. 357-437.

adecuada coordinación en la utilización de recursos públicos y privados. Es frecuente hacer referencia también al principio de subsidiariedad⁴⁷⁴.

- Igualmente, otro rasgo distintivo residiría en la previsión contenida en algunas leyes autonómicas, de dar preferencia a la colaboración con entidades que no tengan ánimo de lucro. Así, conforme a esa legislación, en igualdad de condiciones de calidad, eficiencia y eficacia, se ha de dar prioridad para el establecimiento de conciertos, a los centros, servicios y establecimientos sanitarios de los que sean titulares entidades que tengan carácter no lucrativo⁴⁷⁵.
- En ciertas Comunidades Autónomas, se ha establecido un régimen de incompatibilidades, bien referido al personal, o bien referido a la percepción de subvenciones. Así, no podrán ser ni adscritos al Servicio de Salud, ni concertados, los hospitales y establecimientos del sector privado, cuando en algunos de sus propietarios o en alguno de sus trabajadores concurren las circunstancias que sobre incompatibilidad del sector público y el privado establece la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas (art. 100 Ley 11/1994 Canarias; art. 88.2 Ley 7/2002 Cantabria; art. 90 apartados 2 y 3 Ley 8/2008 Galicia). El régimen de convenios y conciertos será incompatible simultáneamente con el de subvenciones para la financiación de idénticas actividades o servicios que hayan sido objeto del concierto con la entidad o institución concertada (art. 57 Ley 8/2000 Castilla La Mancha; art. 76.2 Ley 2/1998 Andalucía). Esta última incompatibilidad queda formulada con una excepción en el supuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón: El régimen de conciertos será incompatible con la concesión de subvenciones económicas para la financiación de las actividades o servicios que hayan sido objeto de concierto, salvo que se trate de la realización de actividades sanitarias calificadas de alto interés social (art. 32.6 Decreto Legislativo 2/2004).
- En algunas leyes de salud de las Comunidades Autónomas se especifican las entidades colaboradoras de la gestión sanitaria pública, que podrán establecer conciertos: Las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, las empresas y asociaciones empresariales autorizadas para la colaboración en la asistencia sanitaria o sociosanitaria, las entidades aseguradoras de los regímenes de seguro escolar o deportivo, de los seguros libres de accidentes de tráfico, de las entidades aseguradoras de los regímenes de asistencia sanitaria de los funcionarios públicos y el ejército. Se trata de listas abiertas, pues se pueden considerar cualesquiera otras previstas en la normativa vigente (art. 91 Ley 7/2002 Cantabria, art. 100 Ley 2/2002 la Rioja).
- Una peculiaridad de la legislación catalana establece la posibilidad de constituir Entidades de base asociativa, que son entidades con personalidad jurídica propia que pueden contratar, mediante concurso público, con el Servicio Catalán de la

⁴⁷⁴Vid. arts. 30.1 y 32 Decreto Legislativo 2/2004, de Aragón; art. 74 Ley 2/1998, de Andalucía; art. 83.4 Ley 55/2003, de las Islas Baleares; art. 86 Ley 7/2002 de Cantabria; art. 75 Ley 10/2001, de Extremadura; y art. 86 Ley 7/2002, de Cantabria.

⁴⁷⁵Vid. art. 74 Ley 2/1998, de Andalucía, art. 44.2 Ley 2/1989 de Aragón; art. 29.4 Ley 1/1993, de La Rioja; art. 83 Ley 55/2003 de las Islas Baleares; art. 55.2 Ley 8/2000, de Castilla la Mancha; art. 29.4 Ley 1/1993, de Castilla y León; art. 75 Ley 10/2001 de Extremadura; art. 30 Ley 1/1992, de Asturias y art. 101.c Ley 11/1994, de Canarias.

Salud la provisión de atención sanitaria. Ese Organismo, las acredita previamente, y están constituidas total o mayoritariamente por profesionales sanitarios, dando prioridad a aquellos que están adscritos al Servicio Catalán de Salud, en donde quedarán en excedencia voluntaria. Las que se han creado son provisoras de Atención primaria. El contrato entre el SCS y la Entidad de base asociativa es la herramienta que articula la relación. Este vínculo está basado en el plan de salud del SCS con el objetivo de que la provisión siga la política sanitaria definida y se adecue a las demandas y necesidades de salud de la población ubicada en la ZBS. En cuanto a su naturaleza jurídica, las entidades deben revestir cualquiera de las siguientes fórmulas: Sociedad anónima, Sociedad de responsabilidad limitada, Sociedad laboral y Cooperativa.

- Cataluña ha sido pionera en la utilización de fórmulas de CPP. Su origen está en la necesidad de inversión en infraestructuras y financiación, alternativa al endeudamiento tradicional presupuestario. Hasta 2003, se utilizó la creación de sociedades y entidades mercantiles dependientes de la Administración que actuaban en su nombre y cuenta, como fórmula que permitiera el cómputo de las operaciones fuera del balance de la Administración. También se utilizaron otras dos modalidades que permitían, al menos, el diferimiento del pago de las infraestructuras: el modelo alemán y el censo enfitéutico. A partir de la Decisión de Eurostat, desde el 2005, se utilizan tres fórmulas de CPP en Cataluña: la concesión, el derecho de superficie y el arrendamiento operativo. En general, en esta Comunidad Autónoma, se ha utilizado el modelo concesional para las infraestructuras, y las otras dos figuras para equipamientos (comisarías, juzgados, instituciones penitenciarias,...). Pero son los contratos de derechos de superficie los que caracterizan el modelo de contratación catalán.
- Castilla La Mancha, Castilla y León y Galicia, han iniciado la utilización de fórmulas de CPP, tipo PFI, para la construcción de hospitales (no se externaliza la gestión de la asistencia sanitaria).
- De acuerdo con el Título V de la Ley 8/2008, en Galicia, la colaboración del sector privado de atención sanitaria con el Sistema Público de Salud de Galicia se instrumentará a través de las diferentes fórmulas de contratos de servicios. Estos revestirán la forma de protocolos internos de actividad-financiación, contratos, contratos-programa, conciertos, convenios, acuerdos u otros instrumentos de colaboración. Es interesante la matización de la Ley gallega, cuando prevé que reglamentariamente se establecerán los supuestos en que la suscripción de un contrato de servicios sanitarios requiera la acreditación sanitaria previa. Motivadamente, y por razones de interés público, urgencia vital o por necesidades urgentes de asistencia sanitaria, la Consellería de Sanidad podrá establecer, mediante resolución, excepciones al requisito de previa acreditación sanitaria. Con el mismo carácter de excepcionalidad podrá autorizarse el uso de servicios sanitarios no concertados. Esta última excepción, se contempla también en la Ley 2/2002 de Salud de la Rioja.
- La Ley 12/2001, de ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid introduce el concepto de organización sanitaria privada. Esta es, la que con dicha titularidad, y con independencia de la forma jurídica de la entidad que la lleve a cabo, realiza una actividad sistemática de provisión de servicios sanitarios cuyo propósito es el de satisfacer las necesidades sanitarias de un grupo de personas o

de la población en general, de acuerdo con unas condiciones preestablecidas. Por la autoridad sanitaria se creará un registro de organizaciones sanitarias privadas. Y matiza esa ley, la actividad de organización de servicios sanitarios tendrá, a los efectos contemplados en la misma, la consideración de actividad diferenciada de la de operación de seguros privados así como del ejercicio individual de las profesiones sanitarias que son objeto de regulación específica.

- En la Comunidad Autónoma de Madrid, se ha producido un avance hacia la externalización de la gestión de la asistencia sanitaria pública, tanto de Atención Primaria como de Atención Especializada, introducida por los arts. 62 y 63 de la Ley 8/2012, 28 diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid. Esa Ley habilita al Servicio Madrileño de Salud para adjudicar contratos para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada de seis Hospitales Públicos y también que la gestión de los centros de Atención primaria se realice por cualquiera de las formas de gestión indirecta previstas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Estas controvertidas reformas, han provocado manifestaciones de protesta y el Pleno del Tribunal Constitucional, por Providencia de 23 de abril de 2013, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 1884-2013, contra los artículos 62 y 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid. El Tribunal Superior de Justicia Madrid –Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera- ha accedido a la medida cautelar solicitada en el recurso nº 787/2013, interpuesto por la Asociación de Facultativos Especialistas de Madrid (AFEM), acordando la suspensión de la Resolución de 30 de abril de 2013 de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid por la que se hizo pública la convocatoria para la licitación del contrato de servicios denominado “Gestión por concesión del servicio público de la atención sanitaria especializada correspondiente a los hospitales correspondiente a los hospitales universitarios Infanta Sofía, Infanta Leonor, Infanta Cristina, del Henares del Sureste y del Tajo”.
- La última modificación de los Estatutos de la Fundación Hospital de La Calahorra, abre la posibilidad de que la gerencia de la Fundación pueda ser encomendada a una persona física como se regulaba en los Estatutos o, como nueva opción, a una persona jurídica. Con ello, se abre la posibilidad de transferir la gestión de la Fundación Hospital de Calahorra a una entidad privada. Esta transferencia se realizaría recurriendo a la Ley de Contratos del Sector público. Los representantes de los trabajadores, han mostrado su desacuerdo con lo que denominan “privatización de la Gerencia”.
- La Comunidad Valenciana ha sido pionera en una nueva forma de gestión de la asistencia sanitaria que se ha denominado "Modelo Alzira". Es un modelo de Colaboración Público-Privada en Sanidad, gestionado bajo la modalidad de concesión administrativa.

- Las cooperativas⁴⁷⁶ sanitarias, han sido definidas y reguladas en la mayoría de las Comunidades Autónomas⁴⁷⁷. La actividad sanitaria puede ser objeto de una cooperativa en las diferentes clases de ésta. La clasificación⁴⁷⁸ es la siguiente:
 - Cooperativas sanitarias de seguros, son aquéllas cuya actividad empresarial consista en cubrir, a prima fija, riesgos relativos a la salud de los asegurados y de los beneficiarios de éstos, resultándoles de aplicación la normativa establecida para las cooperativas de seguros.
 - Cooperativas sanitarias de trabajo asociado, son aquellas formadas por profesionales de la salud y personal no sanitario, siéndoles de aplicación las normas establecidas para las cooperativas de trabajo asociado.
 - Cooperativas sanitarias de consumidores son las integradas por personas físicas y jurídicas a fin de prestar asistencia sanitaria a sus socios, familiares y, en su caso, trabajadores, a través de establecimientos sanitarios, resultándoles de aplicación, además de la legislación sanitaria, la normativa establecida para las cooperativas de consumo.
- Las cooperativas sanitarias se consideran sólo de seguros en Aragón, Cataluña y País Vasco. No obstante, hay que realizar una matización en estas dos últimas Comunidades Autónomas. En Cataluña, son también cooperativas sanitarias, a efectos de la Ley 18/2002, las constituidas por personas físicas y jurídicas con el objeto de promover, equipar, administrar, sostener y gestionar hospitales, clínicas, centros de atención primaria y establecimientos análogos destinados a prestar asistencia sanitaria a sus beneficiarios y familiares y, si procede, a su personal trabajador. En el País Vasco, las Cooperativas de instalaciones sanitarias (art. 122 Ley 4/1993), son también cooperativas sanitarias, a efectos de esa Ley; están constituidas por personas físicas y jurídicas a fin de promover, equipar, administrar, sostener y gestionar hospitales, clínicas y establecimientos análogos, destinados a prestar asistencia sanitaria a sus socios beneficiarios y familiares y, en su caso, a sus trabajadores.
- En todo caso, las cooperativas sanitarias deberán someterse al régimen propio de su actividad y a la peculiar regulación de su clase de cooperativa.
- Estas opciones organizativas no son en absoluto excluyentes, sino que en la realidad se produce una combinación de las mismas. Pueden y deben combinarse estas, para distribuir las funciones de la forma que se considere más adecuada. Así

⁴⁷⁶ VICENT CHULIÁ, F., “El tercer sector: Las sociedades cooperativas y otras formas de economía social”, en “Comentario a la Constitución Socio-Económica de España”, Dirs. MONEREO PÁREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C, MORENO VIDA, M.N, Ed. Comares, Granada, 2002, págs. 719-731.

⁴⁷⁷ Aragón (art. 88 Ley 9/1998), Asturias (art. 177 Ley 4/2010), Castilla La Mancha (art. 146 Ley 11/2010), Cataluña (art. 112 Ley 18/2002), Extremadura (art. 143 Ley 2/1998), Galicia (art. 129 Ley 5/1998), Islas Baleares (art. 132 Ley 1/2003), Madrid (art. 120 Ley 4/1999), Murcia (art. 125 Ley 8/2006), Navarra (art. 75 Ley Foral 14/2006), País Vasco (art. 121 Ley 4/1993), La Rioja (art. 126 Ley 4/2001) y Comunidad Valenciana (art. 94 Ley 8/2003).

⁴⁷⁸ Esta clasificación de cooperativas sanitarias es la que se ha establecido en la legislación autonómica de cooperativas de Asturias, Castilla la Mancha, Extremadura, Galicia, Islas Baleares, Murcia, La Rioja y Comunidad Valenciana.

ocurre en casi todos los ámbitos de la actuación administrativa y, desde luego, en la Sanidad.

3.4. Otras Entidades y órganos administrativos especializados en ámbitos funcionales conexos con la asistencia sanitaria

El cuadro general es el siguiente:

Andalucía

- Servicio administrativo sin personalidad jurídica: Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias de Andalucía
- Sociedad mercantil del sector público andaluz: Escuela Andaluza de Salud Pública
- Fundaciones:
 - Fundación Progreso y Salud.
 - Fundación Andaluza para la Integración Social del Enfermo Mental.
 - Fundación Agencia de Calidad Sanitaria de Andalucía.
 - IAVANTE
 - Fundación Campus de la Salud de Granada

Aragón

- Entidad de Derecho público: Instituto Aragonés de Ciencias de la Salud

Asturias

- Sociedad de Gestión de Infraestructuras sanitarias del Principado de Asturias S.A.

Canarias

- Entidad de Derecho público: Escuela de Servicios Socio Sanitarios de Canarias
- Fundación Canaria de Investigación y Salud
- Fundación Canaria del Instituto Canario de Investigación del Cáncer

Cantabria

- Instituto de Formación e Investigación Marqués de Valdecilla (IFIMAV) es un órgano incardinado en la Fundación Marqués de Valdecilla que se presenta como unidad de gestión
- Fundación cántabra para la salud y el bienestar social
- Gestión de Infraestructuras Sanitarias de Cantabria S.L.

Castilla La Mancha

- Empresa pública (sociedad mercantil anónima) Gestión de Infraestructuras de Castilla-La Mancha S. A.

Castilla y León

- Fundación del Instituto de Estudios de Ciencias de la Salud de Castilla y León
- Fundación Centro Regional de Calidad y Acreditación Sanitaria

Cataluña

- Entidad de Derecho público: Agencia de Calidad y Desarrollo Profesional en Salud
- Sociedad mercantil autonómica: Portal Salut i Qualitat de Vida, S.A.
- Sociedad mercantil autonómica: Energètica d'Installacions Sanitàries, S.A.

Extremadura

- Fundación para la Formación y la Investigación de Profesionales de las Ciencias de la Salud de Extremadura

Galicia

- Sociedad pública (Forma de sociedad anónima) autonómica Galaria Empresa Pública de Servizos Sanitarios SA.
- Sociedad mercantil autonómica: Instituto Gallego de Medicina Técnica, S.A.
- Fundación Pública Escuela Gallega de Administración Sanitaria
- Fundación Foro Permanente Gallego-Iberoamericano de la Salud

Islas Baleares

- Fundación Mateu Orfila de Investigación en Salud de Las Islas Baleares
- Fundación de Investigación Sanitaria de Las Islas Baleares Ramon Llull

Madrid

- Órgano administrativo colegiado, adscrito al Servicio Madrileño de Salud: Central de compras

Murcia

No ha establecido otras Entidades públicas ni órganos administrativos

Navarra

No ha establecido otras Entidades públicas ni órganos administrativos

País Vasco

- Sociedad mercantil autonómica: OSATEK-Tecnología Sanitaria de Euskadi, S.A.
- Fundación Vasca para la Innovación Sociosanitaria
- Fundación Centro Nacional de Investigación en Envejecimiento-CN.

La Rioja

No ha establecido otras Entidades públicas ni órganos administrativos

Comunidad Valenciana

- Órgano adscrito a la Consejería de Sanidad: Escuela Valenciana de Estudios de la Salud

-Sociedad mercantil autonómica: Instituto para la Acreditación y Evaluación de las Prácticas Sanitarias, S.A.

- Fundaciones de investigación

Fundación para el Fomento de la Investigación Sanitaria y Biomédica en la Comunidad Valenciana (FISABIO)

Fundación Instituto de Investigación Sanitaria la Fe

Fundación Investigación Clínico de Valencia - Instituto de Investigación Sanitaria (INCLIVA)

Fundación Hospital Provincial de Castellón

Fundación Investigación Hospital General Universitario de Valencia

Fundación para la Investigación Hospital General Universitario de Alicante

Fundación Hospital Universitario de Elche

Fundación Oftalmológica del Mediterráneo

Centro de Investigación Príncipe Felipe (CIPF)

Centro Superior de Investigación en Salud Pública (CSISP)

Excepto en las Comunidades Autónomas de la Región de Murcia, Navarra y La Rioja, en el resto, se han utilizado órganos administrativos, formas jurídico-públicas (Entidades de Derecho público) y formas jurídico-privadas (fundaciones y sociedades mercantiles) para gestionar aspectos conexos con la asistencia sanitaria: Docencia, investigación, infraestructuras sanitarias, evaluación de tecnologías sanitarias, calidad y acreditación, etc.

CAPITULO V: BALANCE Y VALORACIÓN CRÍTICA DE LA ACTUAL ORGANIZACIÓN DE LOS SERVICIOS SANITARIOS Y GESTIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA, CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS POSIBLES CRITERIOS ATINENTES A SU ORDENACIÓN EN EL FUTURO

1. TENSIONES EN EL MARCO DE LA GESTIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA: EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD TRAS LA CONTRARREFORMA DE 2012

El Sistema Nacional de Salud (SNS), es el modelo organizativo elegido por el legislador –Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS)- para hacer efectivo el derecho a la protección de la salud. Es el resultado de un complejo proceso histórico, a lo largo del cual se ha ido produciendo una migración progresiva de un modelo vinculado a la Seguridad Social y financiado por cuotas, hacia otro inspirado en los Servicios Nacionales de Salud de orientación poblacional y financiado por impuestos. Además, este proceso se ha acoplado con una descentralización de competencias y financiación a las Comunidades Autónomas (CCAA), que han recibido la transferencia de la inmensa mayoría de establecimientos de titularidad pública de las diferentes Administraciones. Desde enero de 2002, las CCAA se configuran como la Administración territorial especializada en la gestión de servicios de bienestar social tan importantes como la Sanidad, la Educación y los Servicios Sociales; la Sanidad es el que mayor peso económico tiene, con cerca del 40% del presupuesto de gasto.

La creación y desarrollo del Sistema Nacional de Salud ha sido uno de los grandes logros de nuestro Estado del bienestar, dada su calidad, su vocación universal, la amplitud de sus prestaciones, su sustentación en un esquema progresivo de impuestos y de solidaridad con los menos favorecidos, lo que le ha situado en la vanguardia sanitaria y como un modelo de referencia mundial.

Los consensos políticos para la construcción del SNS, no han sido fáciles. La LGS promovida por el PSOE, fue políticamente convalidada por el Partido Popular en 1998, cuando el dictamen de la Subcomisión Parlamentaria de mejora y racionalización del SNS dio por válida la arquitectura institucional de éste. Esta convergencia entre los dos partidos mayoritarios incorporaba las expectativas nacionalistas y regionalistas, con la transferencia plena del INSALUD en enero de 2002, y con el nuevo modelo de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas en régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, que otorga una financiación no finalista a las Comunidades Autónomas y una amplia autonomía por el lado de los gastos para gestionar el conjunto de servicios transferidos. Este amplio consenso se plasmó en la Ley 16/2003 de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (LCC), que intenta aportar instrumentos de coordinación en un SNS con una arquitectura extremadamente descentralizada.

En relación a la cobertura del SNS, la conciencia mayoritaria de la sociedad española avaló cada paso de la extensión de la acción protectora sanitaria de la Seguridad Social, incluidas las personas sin recursos (Real Decreto 1088/89), y la atención sanitaria a aquellos inmigrantes empadronados, con la Ley Orgánica 4/2000,

de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

No obstante lo anterior, el SNS, desde su creación empezó a dar señales de una debilidad institucional. A nivel de la macrogestión, por la inexistencia de reglas de juego sistémicas; en la mesogestión, al oscilar entre la burocracia procedimental y el ánimo de lucro, y en la microgestión, en vez de promover el profesionalismo y la gestión clínica, se abusa de la precariedad y de modelos productivistas. Sin embargo esta debilidad, fue amortiguada por el fuerte crecimiento económico en la década 1998-2008, con ingresos fiscales extraordinarios vinculados a la burbuja urbanística y la economía recalentada. Se impulsó una espiral de crecimiento rápido del gasto sanitario público acoplado con la generalización del papel de las CCAA como gestoras fundamentales de la Sanidad. Este crecimiento disipó las tensiones y evitó enfrentarse tanto las inconsistencias estructurales como a la creciente crisis de racionalidad. Se empezaron a producir desajustes en la financiación -Ley 21/2001, ya referida- .

La crisis económica iniciada en el año 2008 ha supuesto una ruptura abrupta en la trayectoria histórica, que evidencia las debilidades institucionales y está generando un riesgo importantísimo para la sostenibilidad del SNS.

El SNS continúa sufriendo situaciones de descoordinación entre los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas. La ausencia de normas comunes sobre el aseguramiento en todo el territorio nacional, el crecimiento desigual de las prestaciones del catálogo, la falta de adecuación de algunas de ellas a la realidad socioeconómica y la propia falta de rigor y énfasis en la eficiencia del Sistema, han conducido al SNS a una situación de grave dificultad económica, sin precedentes desde su creación. Se ha perdido eficacia en la gestión de los recursos disponibles, lo que se ha traducido en una alta morosidad y en un insostenible déficit en las cuentas públicas sanitarias. Se hace, pues, imprescindible la adopción de medidas urgentes que garanticen su futuro y que contribuyan a evitar que estos problemas persistan.

Pero, además, resulta inaplazable hacer frente a los retos actuales de la asistencia sanitaria. Así, el impacto del envejecimiento de la población, la necesidad de incorporar las innovaciones terapéuticas en la atención sanitaria, el avance y progreso en la medicina molecular, el desarrollo de los avances en genómica y proteómica y de nuevos fármacos, van a suponer, sin duda, un incremento del gasto sanitario cuyas previsiones deben ser rigurosamente analizadas por los responsables políticos.

La opción planteada por el actual Gobierno, expresada en el Real Decreto ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar las sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud, que se ha denominado por algunos sectores “contrarreforma sanitaria”, inicia una senda contraria al lento avance experimentado en los consensos básicos que han conformado la trayectoria histórica del SNS.

En el SNS, hay que distinguir la sostenibilidad externa -política y financiera- y la sostenibilidad interna - gestora y profesional- debiendo existir sinergias entre ambas: Control financiero- Gestores- y cantidad de servicios sanitarios-profesionales sanitarios- Cuando domina el envejecimiento, la cronicidad, la pluripatología y la fragilidad, etc.,

ese paradigma pasa a tener un triple desajuste y provocar graves inconvenientes: Produce una práctica clínica tóxica para muchos pacientes, encarece la sanidad con escasísimos retornos de cantidad y calidad de vida y contribuye al discomfort y desmotivación de los profesionales sanitarios.

Cuando la sostenibilidad externa falla, las medidas duras que se adoptan, como las limitaciones en la cobertura de prestaciones, causan un gran descontento en países que han tenido cobertura sanitaria universal y de calidad, y se plantean estancarse o retroceder. Para evitar las decisiones drásticas de cobertura, cabría reconducir y reforzar el Derecho a la protección de la salud, de manera que tuviera encaje en los derechos fundamentales.

Con la crisis económica, cada vez es más difícil conciliar la sostenibilidad externa e interna, además el ajuste se está realizando por el lado del gasto, no por el lado de los ingresos. El Partido Socialista buscó fórmulas temporizadoras basadas en la austeridad y tras las elecciones de noviembre de 2011, el Partido Popular pone en marcha con Reales Decretos Leyes cambios que se apartan de los consensos básicos que se habían consolidado en las tres décadas anteriores. Una parte de sus medidas pueden ser atribuibles a la lucha contra la crisis económica y el déficit público; sin embargo, otras revelan preferencias de modelo sanitario diferentes, que no habían sido explicitadas anteriormente.

El considerado como uno de los Sistemas de Salud mejores del mundo, y pilar fundamental del Estado del Bienestar, se enfrenta a dos grandes retos para garantizar su sostenibilidad: la gestión eficiente del mismo y su financiación.

Se precisa por lo tanto la elaboración de un Plan Integrado de Salud que permita marcar objetivos coherentes y unificados para el conjunto del Sistema Nacional de Salud, reforzando su cohesión y el establecimiento de sistemas de información homogéneos en todo el SNS que permitan el conocimiento real de los principales indicadores de funcionamiento del SNS, garantizando la publicidad de los mismos.

En el marco del SNS, hay razones para decantarse por una gestión pública de la Sanidad⁴⁷⁹. En primer lugar, la actuación de las Administraciones Sanitarias, deben orientarse a la consecución de niveles de salud y de satisfacción para todos. La empresa privada pretende, lógicamente, maximizar los beneficios y carece de interés en la búsqueda de resultados en salud, que por otro lado son muy difíciles de cuantificar y como es bien conocido están influenciados por muchas actuaciones ajenas al sistema sanitario.

En segundo lugar la acción pública debe corregir los fallos del mercado. Este tiene problemas a la hora de la asignación eficiente de recursos y necesita de regulaciones externas. En la Atención sanitaria, a los problemas generales se unen otros más específicos, como la información asimétrica, las externalidades y la incertidumbre. Los profesionales/ proveedores de Atención sanitaria tienen más información sobre los problemas de salud y necesidades de diagnóstico y tratamiento que los usuarios del Sistema; ello permite a los profesionales/servicios influir de una manera muy significativa sobre las decisiones de las personas y anula en la práctica la libertad de

⁴⁷⁹ En esta misma línea, SANCHEZ BAYLE, M., “La privatización de la asistencia sanitaria en España”, Laboratorio de Alternativas, Fundación Alternativas, Documento de Trabajo 182/2014, págs. 29-30.

elección que debería ser una de las características para el funcionamiento de un mercado. Además, entre profesionales, Sistema Sanitario y ciudadanos se establece una relación de agencia que se basa más en la confianza que en la capacidad de tomar opciones informadas. Por otro lado, los resultados de la atención sanitaria no se producen sólo en las personas en las que se interviene, sino que tienen, en muchas ocasiones, resultados, beneficiosos o perjudiciales, sobre el conjunto de la población. El mejor ejemplo son las enfermedades infectocontagiosas o algunas actividades preventivas como las vacunaciones.

Refiriéndonos a la incertidumbre, las enfermedades se producen con una presentación en muchos casos impredecible, especialmente en lo que se denomina “enfermedades raras” que por otro lado precisan de atenciones muy costosas del Sistema Sanitario; sólo un planteamiento de cobertura universal permite una agregación de riesgos y la asunción de costes imposibles de ser asumidos individualmente, para hacer factible la atención en todos estos casos.

En tercer lugar, la gestión pública contribuye a mejorar la equidad social. El Sistema Sanitario Público es un mecanismo básico para asegurar la cohesión entre territorios y la accesibilidad a la atención sanitaria en todos los puntos de la geografía donde el sector privado no tiene interés en ofertar servicios, constituyendo un instrumento fundamental para fijar la población al territorio, ofertando servicios que eviten la despoblación y la marginación de grupos de población.

2. ANÁLISIS GLOBAL DE LA ORDENACIÓN DE LOS SERVICIOS SANITARIOS Y DE LA GESTIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Partimos de la base de que la CE no impone un determinado modelo de gestión y prestación de la asistencia sanitaria. El texto constitucional remite a la ley su regulación, por lo que el legislador puede optar por uno u otro, es decir, gestión y prestación totalmente pública, privada o mixta, siempre que quede debidamente garantizada y de forma suficiente la prestación del servicio sanitario.

De todas las posibles opciones, la LGS se decantó por una forma organizativa, caracterizada por la gestión directa de los Servicios de Salud, llevada a cabo sin entes instrumentales intermedios dotados de personalidad jurídica, sin perjuicio de admitir la vinculación de hospitales generales de carácter privado mediante convenios singulares y los conciertos para la prestación de los servicios sanitarios con medios ajenos, dándose prioridad a los establecimientos, centros y servicios sin carácter lucrativo. Convenios y conciertos que se han considerado tradicionalmente como una modalidad de gestión indirecta. La Ley 15/1997, de habilitación de nuevas formas de gestión en el Sistema Nacional, desarrolló éstas en toda su amplitud. Muestra de lo anterior, es el Real Decreto 840/2002, de 2 de agosto, por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Consumo, que en su preámbulo, dio por culminada la búsqueda de fórmulas para lograr una mayor agilidad y calidad en la gestión de las prestaciones sanitarias. Sin embargo, no ha sido pacífica la implantación de algunas de las denominadas “nuevas formas de gestión”.

En materia de gestión sanitaria, debe diferenciarse, por una parte, la normativa de Seguridad Social, que integra la prestación de la asistencia sanitaria, y la normativa específica reguladora del servicio sanitario público, cuyo conjunto nos da los posibles "modelos o sistemas de gestión y prestación de la Sanidad pública" -RD Legislativo 1/1994, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, Ley 14/1986, General de Sanidad y Ley 15/1997, habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud- y por otra parte, la normativa que regula los contratos administrativos -TRLCSP-. Esta es legislación del Estado que desarrollan las Comunidades Autónomas.

El régimen jurídico de la organización administrativa en la legislación de las Comunidades Autónomas, es el marco normativo en el que, dentro de los límites derivados de la legislación estatal, se han de insertar las opciones organizativas de configuración de sus Servicios de Salud respectivos y además, sirve para encuadrar las formas jurídicas utilizadas en la configuración de otras entidades gestoras de asistencia sanitaria pública y de centros sanitarios proveedores de la misma.

En las Administraciones titulares de las competencias sanitarias hay que valorar la utilización del Derecho público y Derecho privado, por sus implicaciones en la gestión.

El concepto orgánico-subjetivo de Administración Pública que atribuye la condición de tal, sólo a aquellos sujetos que pueden ser calificados como Administración, conduciría a excluir del sometimiento al Derecho Público a los supuestos de actuación de la Administración con sujeción al Derecho privado. Sin embargo, la CE maneja un concepto de Administración Pública más amplio – omnicompreensivo en sentido material- de toda la actividad administrativa. Este carácter supone una ampliación de los fines del Estado Social, imponiéndose a la Administración metas que requieren formas de gestión flexibles, que de entrada parecen encontrarse más fácilmente en el ámbito del Derecho Privado, frente a los límites, trabas y limitaciones, que clásicamente se suelen atribuir a la actividad administrativa regulada por el Derecho Administrativo.

La principal justificación, aunque no la única, del hecho de que la Administración Pública acuda a formas de Derecho privado, es el principio de eficacia, que debe regir la totalidad de la actuación administrativa.

Ahora bien, hay que distinguir entre la utilización del Derecho privado por la Administración sólo en la "forma de actuación", que se refiere a la situación en que una persona jurídico-pública, de naturaleza territorial o institucional, lleva a cabo una determinada actividad de acuerdo con el Derecho Privado, y la utilización del Derecho privado en la "forma de organización", que hace referencia a los supuestos en los que las personas jurídico-públicas se valen de las formas organizativas que ofrece el Derecho privado (sociedades mercantiles o fundaciones, por ejemplo) para llevar a cabo las tareas que le corresponden.

El Derecho Administrativo privado es el Derecho aplicable a la realización de tareas administrativas, en principio, bajo fórmulas de Derecho privado, pero corregido y modificado para dar entrada a principios propios del Derecho público. Pretende la aplicación de ciertas garantías del Derecho Administrativo a la satisfacción de ciertos fines públicos por medio del Derecho privado.

Por consiguiente, hay límites o limitaciones que, derivados del Derecho público, se aplican a la actuación de la Administración bajo fórmulas jurídico-privadas

Los esquemas de gestión administrativa de las Comunidades Autónomas, al igual que el estatal, se estructuran en torno a tres niveles de organización, con independencia de las denominaciones que se les quiera dar: en primer lugar, los propios de la estructura central de cada una de estas Administraciones; en segundo lugar, los fenómenos de personificación pública, ya ajuste su actuación principalmente al Derecho público o al Derecho privado; y, por último, los fenómenos societarios de personificación y las fundaciones en mano pública. Metodológicamente, en el Capítulo anterior, se ha realizado un análisis de la legislación de las Comunidades Autónomas, para conocer los aspectos organizativos generales y sectoriales sanitarios, y de gestión administrativa de la asistencia sanitaria, procediéndose a obtener conclusiones.

Los Estatutos de Autonomía confieren a las Comunidades Autónomas la titularidad de las competencias sanitarias. Con carácter general, el Consejo de Gobierno de éstas, ejerce la competencia de ordenación de los servicios sanitarios y regula la participación de los ciudadanos, la Consejería competente en materia de Salud, ejerce la función de asistencia sanitaria, ostentando en concreto la titularidad de los servicios sanitarios, mientras que la gestión se reserva a organismos, entes y entidades dedicados exclusivamente a la provisión de asistencia sanitaria, o bien, a órganos –sin personalidad jurídica- especializados.

La clave de la ordenación sanitaria de las Comunidades Autónomas es el Sistema Sanitario Público de las mismas. Casi todas las Leyes de Salud/Ordenación Sanitaria, salvo Asturias, Murcia y Navarra, lo definen y regulan de manera similar.

El órgano de dirección del Sistema Sanitario Público de cada Comunidad Autónoma es la Consejería competente en materia de Salud.

Con carácter general, en el Sistema Sanitario Público de la Comunidad Autónoma, se diferencian:

- Funciones propias de la Consejería competente en materia de salud: Autoridad sanitaria, planificación, aseguramiento, financiación, asignación de recursos, ordenación de prestaciones, concertación de servicios ajenos e inspección.
- Funciones de gestión y provisión de asistencia sanitaria asumidas por los organismos, entes y entidades dedicados exclusivamente a la misma y adscritos a la Consejería de Salud.

Los ciudadanos en el Sistema Sanitario Público de cada una de las Comunidades Autónomas tienen derecho a participar en la política sanitaria, en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de vida o al bienestar en general y en la gestión del propio Sistema.

Desarrollando la legislación básica del Estado -LGS-, se han creado en cada Comunidad Autónoma, el Consejo de Salud -máximo órgano consultivo y de participación ciudadana- y, a su vez, en cada Área de Salud, se han constituido los órganos de participación en los servicios sanitarios.

Es frecuente también, que por el Consejo de Gobierno, se establezcan órganos de participación ciudadana a otros niveles de la organización territorial y funcional del Sistema Sanitario Público. Un ejemplo está, en los Consejos de Salud de Zona, que se han establecido en Asturias, Canarias, Castilla y León, Extremadura, Islas Baleares, Murcia (de manera excepcional), Navarra y La Rioja.

Entre otras peculiaridades de las Comunidades Autónomas en participación, resaltamos las siguientes: La Comisión Consultiva de Área de Gestión Sanitaria y la Comisión Consultiva de Agencia pública empresarial (Andalucía), Comisiones de participación hospitalaria (Aragón, Canarias), Comisiones de participación ciudadana (Galicia), participación del voluntariado en la sanidad (Castilla y León, Galicia), Foros virtuales en el Sistema Sanitario (Castilla y León), Consejo Asesor Científico Técnico de Sanidad (Castilla y León), Consejo Regional de Pacientes (Extremadura), Foro de Participación Institucional de Sanidad (Galicia) y participación ciudadana en centros asistenciales (La Rioja).

La Comunidad de Madrid, para hacer efectivo el derecho de participación, crea Órganos de participación ciudadana y regula las Comisiones de participación de profesionales sanitarios. Los distintos Entes de Derecho público proveedores de servicios asistenciales, dispondrán mecanismos- comisiones de participación- que fomenten la participación de los profesionales en la organización y gestión de los centros sanitarios públicos. Se han extinguido el Consejo de Salud de la Comunidad de Madrid y los Consejos de Salud de las Áreas Sanitarias, y se ha se creado, en el ámbito del Sistema Sanitario de la Comunidad de Madrid, el Consejo Superior de Sanidad.

No obstante los esfuerzos realizados por los Sistemas Sanitarios Públicos de las Comunidades Autónomas en materia de participación, aún se está lejos de una participación real y efectiva de los ciudadanos en los mismos.

Las opciones organizativas de la gestión de la asistencia sanitaria, no son en absoluto excluyentes, sino que en la realidad se produce una combinación de ellas. Pueden y deben combinarse las distintas opciones, para distribuir las funciones prestación de asistencia sanitaria de la forma que se considere más eficiente. Así ocurre en casi todos los ámbitos de la actuación administrativa y, desde luego, en la Sanidad.

Las Comunidades Autónomas han organizado sus Servicios de Salud de acuerdo con los principios básicos de la LGS. Surge entonces el interrogante de saber, si se han establecido ciertos condicionantes o limitaciones a la capacidad de organización de las Comunidades Autónomas.

La única previsión contenida en la LGS, es el mandato a las Comunidades Autónomas para que delimiten y constituyan en su territorio demarcaciones denominadas Áreas de Salud, que son las estructuras fundamentales del Sistema Sanitario Público. Igualmente, se afirma que las Áreas de Salud son responsables de la gestión unitaria de los centros y establecimientos sanitarios del Servicio de Salud, en su demarcación territorial y de las prestaciones sanitarias y programas sanitarios a desarrollar por ellos, de acuerdo con la concepción integral del SNS. Esos centros y establecimientos pueden ser públicos (de titularidad estatal, autonómica, local o de otras

entidades públicas) o privados, vinculados a la red pública en virtud de convenio, concierto u otro tipo de contrato administrativo.

Las Áreas de Salud responden a un criterio de desconcentración de las prestaciones del sistema sanitario, en demarcaciones territoriales delimitadas, teniendo en cuenta factores de diversa índole, pero sobre todo, intentan hacer realidad la idea de que los servicios estén próximos a los usuarios.

La concentración de servicios sanitarios y su integración en el nivel político y administrativo de las Comunidades Autónomas, que sustituyen a las Corporaciones Locales en algunas de sus responsabilidades tradicionales, fenómeno que se denominó “neocentralismo regional frente a los municipios”, podría haber provocado una fuerte centralización de servicios a ese nivel, sin embargo la LGS neutraliza ese posible efecto, estableciendo las Áreas de salud y otorgando a las Corporaciones Locales un efectivo derecho a participar en el control y en la gestión de dichas Áreas.

La LGS no prejuzga la forma de organización de las Áreas de Salud, y si bien contiene una regulación bastante detallada al respecto, la mayor parte de los preceptos son de aplicación supletoria, lo que significa que serán desplazados por la normativa que dicten las Comunidades Autónomas en ejercicio de su competencia legislativa en la materia. Son pues éstas, las que deben decidir sobre la opción organizativa que consideren más adecuada, dentro de los límites que marca la propia LGS, que son los contenidos en el art. 56.3 LGS, el único de carácter básico en materia de organización. Por lo demás, como se ha dicho, los preceptos de la LGS respecto de la organización y funciones de las Áreas de Salud tienen eficacia meramente supletoria. Así, por ejemplo, no es obligatoria la división de las Áreas de Salud en zonas básica de salud. Tampoco lo es la planta de los Centros de Salud, que las Comunidades Autónomas pueden organizar libremente, respetando el principio de separación entre la Atención primaria y la especializada. Para la prestación de ésta última, ni siquiera es obligatoria la creación de una red hospitalaria pública ni el sometimiento de los hospitales privados que se integren en ella a los mismos controles de los públicos.

Aunque sería posible, en ningún caso las Comunidades Autónomas han atribuido a las Áreas de Salud personificación jurídica propia, sino que se ha mantenido su configuración como estructura especializada, pero sin personalidad jurídica diferenciada.

En cuanto a la ordenación de las Áreas de Salud –que se han denominado de diferente forma en algunas Comunidades Autónomas-, se han seguido dos modelos en las Leyes de Salud/Ordenación Sanitaria autonómicas:

- Modelo 1: El Sistema Sanitario Público se ordena en Áreas de Salud. En este modelo se incluyen la mayoría de las Comunidades Autónomas.
- Modelo 2: El Servicio de Salud se ordena en Áreas de Salud. Se incluyen en este grupo, las Comunidades Autónomas de Canarias, Islas Baleares y Navarra.

Estaría a caballo entre los dos modelos, el Principado de Asturias. En la Región de Murcia y en el País Vasco, no se especifica si las Áreas de Salud son las demarcaciones del Sistema Sanitario Público, o bien del Servicio de Salud.

Se puede criticar la determinación de las funciones de las Áreas de Salud; por ejemplo, es controvertido que para poder llevar a cabo la función de “compra de servicios” -asignación presupuestaria- tendrían que tener un funcionamiento autónomo y con funciones mucho más precisas de las que tienen, en la medida en que su función es actuar como intermediarios, entre los financiadores y los proveedores de servicios sanitarios, contratando éstos.

2.1. Gestión administrativa directa de la asistencia sanitaria pública

Gestión directa mediante formas sin personalidad diferenciada

Además de atribuir las funciones de gestión de asistencia sanitaria, en régimen de desconcentración, a órganos especializados, como son los centros y establecimientos sanitarios, también pueden asumir dichas funciones, cualquier estructura específica que se cree por la Administración sanitaria, para la gestión de un establecimiento, un servicio público o el ejercicio de una función específica, pudiendo tener diversas denominaciones. En este grupo se incluirían, entre otras, las Áreas Clínicas (Comunidad Valenciana) y Unidades de Gestión Clínica (Castilla La Mancha, Comunidad Valenciana), las Estructuras de Gestión Integrada (Galicia) y las Áreas de Gestión Sanitaria (Andalucía). El régimen jurídico de estos órganos desconcentrados es íntegramente de Derecho público, ya que, al no tener personalidad jurídica propia, se integran en la estructura administrativa y se les aplican en su totalidad, las disposiciones relativas a la Administración Pública a que pertenecen.

Gestión directa mediante Organismos con personalidad jurídica pública

Servicio de Salud de Comunidad Autónoma

Todas las Comunidades Autónomas han creado su Servicio de Salud, como principal gestor y proveedor de asistencia sanitaria. Se pueden clasificar en dos grupos:

- 1) Servicios de Salud gestores de asistencia sanitaria pública, siendo los principales proveedores de la misma, aunque pueden no ser los únicos. En este grupo se encuadrarían la mayoría de ellos.
- 2) Servicios de Salud que desarrollan funciones de autoridad sanitaria y también, funciones de gestión de centros, servicios y establecimientos sanitarios. Coexisten con otros proveedores, públicos y privados -vinculados por conciertos, convenios u otras fórmulas contractuales-. Es el caso de los Servicios de Salud Canario, Catalán y Madrileño. Por consiguiente, estos Servicios de Salud acumulan, quizás, demasiadas funciones, en las que se entremezclan contenidos típicos de la Autoridad Sanitaria con otras puramente prestacionales. En la realidad, no existe una separación efectiva funciones.

Al igual que la Consejería competente en materia de Salud, el Servicio de Salud, para el cumplimiento de sus fines, podrá emplear cuantas fórmulas contractuales se prevean en la legislación estatal u operar a través de entidades instrumentales que al efecto sean constituidas, o bien, mediante estructuras sin personalidad jurídica, de cara a la optimización de los recursos.

Los Servicios de Salud cuentan con cierta autonomía de actuación, aunque limitada, puesto que se adscriben a los órganos centrales de la Administración autonómica (Departamento o Consejería con competencias en materia de sanidad), los cuales mantienen importantes facultades de dirección y control, en la medida que ostentan la condición de autoridad sanitaria. En todos los casos, son creados con la finalidad de ser el único o principal órgano autonómico encargado de prestar la atención integral de la salud en centros y servicios sanitarios autonómicos y de gestionar todos los recursos sanitarios del sistema sanitario autonómico respectivo.

Ya se ha señalado que la LGS no ha establecido ninguna limitación en torno a cómo organizar el Servicio de Salud de las Comunidades Autónomas. Aunque no era un condicionante impuesto por esta Ley, los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, en todo caso, se han organizado, en régimen de descentralización funcional, a través de Organismos públicos –personificaciones jurídico-públicas-. En ningún caso se ha optado por personificaciones de Derecho privado para configurar los Servicios de Salud.

La personalidad jurídico-pública permite obviar los aspectos más engorrosos de la legislación mercantil: el control de la competencia desleal, legislación sobre abuso de posición dominante, que sí son de aplicación a las sociedades mercantiles; además le permite ostentar potestades administrativas.

La modalidad de personificación no responde a un único o idéntico patrón, dentro de las tipologías de los Organismos públicos. Optar por una de estas figuras o por otra, no es irrelevante sino que puede tener consecuencias importantes, en cuanto al régimen jurídico aplicable.

En términos generales, el régimen jurídico de cada Organismo será el establecido en su ley de creación, completada con sus estatutos y, supletoriamente, en la legislación administrativa general. En consecuencia, el legislador autonómico tiene una gran discrecionalidad para fijar el régimen aplicable a los Organismos personificados cuya creación autorice, si bien debería respetar los principios y criterios generales que presiden su regulación, aunque formalmente no esté obligado a hacerlo (ya que, por tratarse de una ley, puede excepcionar lo dispuesto en otras anteriores aunque sean de carácter general).

El Organismo autónomo autonómico es la tipología más utilizada para configurar los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas. Su régimen jurídico es de Derecho público. Se han constituido los siguientes Organismos autónomos: Servicio Cántabro de Salud, Servicio de Salud de Castilla la Mancha, Servicio de Salud de Castilla y León (Gerencia Regional de Salud), Servicio de Salud de las Islas Baleares, Servicio Riojano de Salud. Como Organismos autónomos de carácter administrativo están los siguientes: Servicio Aragonés de Salud, Servicio Canario de Salud, Servicio Extremeño de la Salud, Servicio Gallego de Salud, Servicio Navarro de Salud y, pese a su denominación, la Agencia Valenciana de Salud.

Las Agencias de las Administraciones sanitarias de las Comunidades Autónomas, se rigen por el Derecho público en el supuesto de las Agencias administrativas y en el caso de las Agencias públicas empresariales, se rigen por el Derecho público y por el Derecho privado. En el sector sanitario, ha sido Andalucía la única Comunidad Autónoma que ha utilizado la forma jurídica de Agencia para la gestión de servicios sanitarios. Concretamente el Servicio Andaluz de Salud, se ha configurado como Agencia administrativa.

También se pueden configurar los Servicios de Salud como Entidades autonómicas de Derecho público cuya actuación se rige por el Derecho privado y por el Derecho público. En este supuesto, el régimen jurídico es dual, si bien la sujeción al Derecho público suele ser en un grado menor. Las modalidades que pueden distinguirse en el conjunto de las Comunidades Autónomas son las siguientes:

- Las denominadas *Entidades de derecho público cuya actividad se sujeta al derecho privado*, que mantienen el modelo anterior a la LOFAGE (el de la Ley General Presupuestaria de 1977):

Cataluña: Ente Público Servicio Catalán de la Salud/ Entidad de Derecho Público Instituto Catalán de la Salud.

Comunidad de Madrid: Ente de Derecho público Servicio Madrileño de Salud (Tiene actividad de asignación presupuestaria -compra de servicios sanitarios- y actividad asistencial -provisión de servicios sanitarios-).

País Vasco: Ente Público de Derecho Privado Servicio Vasco de Salud.

- Las Entidades de las Comunidades que han seguido el modelo LOFAGE en su integridad, y que adoptan la denominación de *Entidades públicas empresariales*:

Región de Murcia: Entidad Pública Empresarial Servicio Murciano de Salud

- Las Entidades de las Comunidades que han seguido solo parcialmente el modelo LOFAGE, y que mantienen la denominación de *Entidad de derecho público*. Es el supuesto de Asturias: Ente de Derecho Público Servicio de Salud del Principado de Asturias.

Respecto a las Entidades autonómicas de Derecho público, hay que realizar la siguiente matización. En las diferentes normas autonómicas que las regulan, se someten al Derecho público cuestiones tales como todo lo relativo al ejercicio de potestades administrativas; la formación de la voluntad de los órganos administrativos; el régimen patrimonial; el régimen de responsabilidad patrimonial; el régimen financiero, hacendístico y contable; lo relativo a la impugnación de los actos administrativos; todo lo referente a las relaciones con los ciudadanos que tienen derecho a las prestaciones sanitarias ofrecidas por el correspondiente Servicio de Salud; las relaciones con las Administraciones Públicas, etc.

La calificación de Empresa pública con forma de Ente público, permite una huida de las leyes generales sobre la formación de la voluntad de la Administración y sus mecanismos de control; además, puede someterse, al menos parcialmente, al Derecho privado en cuanto a la contratación de bienes y servicios o de gestión de personal, y actuar bajo un régimen presupuestario menos exigente.

Matizando lo anterior, no parece que la pretensión de «huir hacia el Derecho privado» esté tan claramente presente en la base de esa opción organizativa; aunque se parte del sometimiento al Derecho privado, inmediatamente se afirma que hay toda una serie de cuestiones que quedan sometidas, en todo caso, al Derecho público. Por ejemplo, no se recurre a las técnicas de Derecho privado ni siquiera en las materias de contratación y régimen del personal, que son los típicos ámbitos que se remiten al citado sector del Ordenamiento jurídico. En el caso del régimen de contratación, como ya se ha dicho, se remiten a lo previsto en la Ley de contratos del sector público. En materia de personal, aunque hay una preferencia por el régimen laboral, hay dos condicionamientos que, en bastantes ocasiones, acaban determinando la presencia de funcionarios: el ejercicio de las potestades administrativas, que requiere de su concurso, y las situaciones previas del personal estatutario que es incorporado a una Entidad pública.

En definitiva, el modelo organizativo aplicado por las Comunidades, además de por una gran uniformidad, se caracteriza porque ha existido un gran parecido respecto del modelo estatal previo -modelo INSALUD-.

Junto al prestador principal, en algunas Comunidades Autónomas, se han constituido otras formas de personificación a las que se les encomiendan la prestación de servicios sanitarios. Es el caso de las Agencias Públicas Empresariales (Andalucía), Entidades públicas de Derecho privado (con diferente denominación), e incluso en algún caso, se ha recurrido al Organismo autónomo -Canarias-.

Se ha producido la extinción e integración en los respectivos Sistemas Sanitarios Públicos, de los Organismos públicos denominados “Fundaciones Públicas Sanitarias”, que gestionaban centros hospitalarios de las Comunidades Autónomas de Galicia e Islas Baleares. Ha sido muy corto el recorrido de estas entidades gestoras de asistencia sanitaria, impulsadas en las últimas etapas del INSALUD.

Gestión directa mediante Organismos con personalidad jurídica privada

En el SNS, se han utilizado personificaciones jurídico-privadas, como Fundaciones privadas en mano pública, para la gestión de ciertos centros o establecimientos sanitarios, o bien Sociedades mercantiles autonómicas.

Sociedades mercantiles autonómicas

El concepto que la normativa autonómica aporta de estas sociedades (calificadas genéricamente de empresas públicas, aunque este concepto es más amplio al incluir también otras entidades –Entidades de Derecho público⁴⁸⁰, en Cataluña y Comunidad de Madrid-) es, en la mayor parte de los casos, idéntico al contenido en la legislación estatal: se trata de sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación de la Comunidad o de sus Organismos públicos.

⁴⁸⁰La mayor diferencia entre el modelo organizativo sociedad mercantil y el Ente de Derecho público, se produce en la regulación de ambos. Los Entes de Derecho público se rigen por su ley de creación, mientras que las sociedades mercantiles, al ser fruto de un contrato de sociedad mercantil, se rigen por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital y el Código de Comercio; además le son de aplicación las reglas presupuestarias, contables y de control financiero que prevé la LGP –Ley de Hacienda en las Comunidades Autónomas- y las específicas de contratación.

Aún partiendo de la similitud de la regulación autonómica, entre sí y con respecto a la legislación estatal, existen, no obstante, algunas singularidades o elementos que merecen ser significados individualmente que se han analizado en cada Comunidad Autónoma.

Hay que precisar que, salvo la mención a la posibilidad de una sociedad mercantil plural en el marco de la colaboración entre las Administraciones autonómicas y la General del Estado (Ley 30/1992, art. 6.5), no se ha promulgado una legislación básica que regule las sociedades mercantiles públicas. Quiere decirse con ello que, sin perjuicio del valor como referencia de la legislación aplicable a las sociedades mercantiles estatales, cada Comunidad Autónoma deberá regular en su propia legislación las determinaciones relativas a sus sociedades, habiéndolo hecho todas las Comunidades Autónomas. No obstante, la legislación autonómica está inspirada en la LGP, aplicándose ésta como legislación supletoria -régimen previsto en la LGP para las sociedades mercantiles estatales-.

En cuanto al régimen jurídico de las sociedades mercantiles autonómicas, no existe diferencia alguna con la normativa estatal. Todas las leyes autonómicas, ordenan su sometimiento, sin excepciones, a las normas del Derecho mercantil, civil o laboral. Para su constitución y actuación tales sociedades mercantiles se someten al Derecho privado, si bien les resultan aplicables también determinaciones contenidas en normativas presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero, contratación –TRLCSJP- u otras propias del Derecho público –Ley de Hacienda y Patrimonio de la Comunidad Autónoma-. En los ámbitos de personal y de contratación se afirma la necesidad de la observancia de los principios de publicidad y concurrencia.

Como notas características comunes a las sociedades mercantiles, tanto públicas como privadas, resaltamos las siguientes:

- La vinculación existente entre la Administración -estatal/autonómica- y las Sociedades mercantiles creadas por ella misma, es de carácter patrimonial, al participar total o parcialmente en el capital de estas Sociedades. Aunque existan elementos de vinculación y dependencia entre la Administración Pública y Sociedades mercantiles, estas no pueden subsumirse en el concepto de Entidad de Derecho público (art. 2.2 LRJPAC); esos elementos servirán para justificar el principio del “levantamiento del velo”, pero no para considerar a estas sociedades Administración Pública.

- La utilización por la Administración de la forma de sociedad anónima en la que entra como socio único, excede el funcionalismo propio de esta forma de personificación. En vez del principio corporativo, se pone en marcha el principio institucional de personificación, apareciendo la sociedad como una simple forma o método para encubrir la creación de un ente filial en el sentido de los entes institucionales, esto es, una organización convencional con fines instrumentales de gestión de algo que es propio y no de un conjunto de personas. Esta realidad subyacente a la forma mercantil de personificación obliga a una necesaria regulación de aspectos de la misma por el Derecho público.

- Las Empresas públicas, y en concreto las sociedades mercantiles públicas, pueden gestionar un servicio público como el sanitario, de forma directa o indirecta. La gestión directa se refiere a los casos en que el capital pertenece íntegramente a la entidad fundante. Por el contrario, hay gestión indirecta, cuando la participación no sea íntegra, con independencia de que ésta sea mayoritaria o minoritaria, y esto, aunque haya otros partícipes públicos. En este último caso, se deberá celebrar para ello, un contrato administrativo de gestión de servicios públicos –sociedad de economía mixta-.

- Debe resaltarse la distinción entre las sociedades de capital totalmente público, cuyas operaciones terminarán computando en las cuentas de la Administración Pública titular, y la creación de una empresa mixta, o a través de la toma de control de una empresa pública existente por parte del sector privado, modificando una entidad existente, en las que la consolidación depende del cumplimiento de los criterios establecidos por Eurostat y SEC-95 para la modalidad de colaboración público-privada institucionalizada (CPPI).

La Ley 15/1997, de 25 de marzo, de habilitación de nuevas formas de gestión, concreta para el ámbito sanitario, lo que el TRLCSP contempla con carácter general, en referencia a las empresas públicas -sociedades mercantiles-, en los centros, servicios y establecimientos sanitarios.

En el sector sanitario, las sociedades mercantiles autonómicas han tenido un uso muy restringido en relación con la gestión de urgencias, emergencias y transporte sanitario: Canarias (Sociedad mercantil autonómica: Gestión de Servicios para la Salud y Seguridad en Canarias S.A.); Cantabria (112 Cantabria S.A.); Cataluña (Empresa pública con forma de sociedad mercantil autonómica que colabora con el Servicio Catalán de la Salud: Sistema de Emergencias Médicas, S.A. y Energética de Instalaciones Sanitarias S.A.).

En todo caso, la utilización de la forma societaria para llevar a cabo la prestación de los servicios sanitarios públicos no implica que exista un "mercado de la sanidad". Más parece que optar por esta figura persigue, únicamente, una vez más, la flexibilización de las formas jurídicas y del Derecho por el que se rige, sin más. En nuestra doctrina, se ha defendido que la forma societaria mercantil debería quedar reservada a los supuestos en que exista una actuación sometida a real y efectiva competencia, dado que las sociedades públicas mercantiles son, con carácter general, inadecuadas para llevar a cabo actividades que no se desarrollan en régimen de mercado.

Fundaciones públicas autonómicas -en mano pública-

El auge experimentado por las fundaciones de iniciativa pública en el sector público, y en concreto, en el sanitario, se debe a que gozan de gran flexibilidad, capacidad de adaptación a distintas situaciones, facilidad de organizar el control posterior de sus actividades y, finalmente, por su prestigio social, son un instrumento idóneo para la obtención de recursos ajenos. La ventaja que supone la elusión de determinados controles, el establecimiento de cajas especiales, y la personificación de fines concretos para lograr su mejor consecución, es lo que ha llevado a los sujetos

públicos a utilizar la institución fundacional, en especial, en su forma privada. Su uso también se ha visto incentivado por la "empresarialización" que de las fundaciones hizo, primero la Ley de Fundaciones de 1994 y después, la vigente Ley de Fundaciones de 2002.

A diferencia de las sociedades y los consorcios, la utilización de las fundaciones con una pretensión instrumental por las Administraciones públicas es relativamente reciente. Pero esa nueva práctica no pasará inadvertida, y la utilización de las fundaciones por las Administraciones será objeto de fuertes críticas por la doctrina jurídico-administrativa, que mayoritariamente la descalificará como último episodio del fenómeno de huída del Derecho administrativo.

Fuera por las manifestaciones críticas o por el auge que estaban experimentando, lo cierto es que al promulgarse la citada Ley 50/2002, de Fundaciones, se establecieron ya una serie de previsiones específicas para la fundaciones del sector público estatal, que introducían en su actuación algunos de los principios propios de las Administraciones públicas (publicidad y concurrencia en la contratación administrativa y selección de personal, además de otros). Tales previsiones no son de aplicación directa a las Comunidades Autónomas, pero es indudable que las pautas recogidas en dicha Ley han de ser observadas también por ellas, por el resto de Administraciones y por las fundaciones que todas ellas creen o en las que tengan una posición mayoritaria, y todo ello en razón del hecho de participar de esa naturaleza pública común.

Por consiguiente, en términos análogos a los de las sociedades y consorcios autonómicos, alcanzan a las fundaciones las exigencias derivadas de los principios de objetividad, publicidad y concurrencia en los ámbitos de contratación administrativa y selección de personal, y ello sin perjuicio de que se extienda su aplicación a la concesión de subvenciones u otras actuaciones.

No obstante lo anterior, hay que realizar una serie de matizaciones:

- Titularidad dominical versus Titularidad organizativa

Las fundaciones no tienen titular dominical, porque a nadie pertenecen, a diferencia de las sociedades mercantiles. No son, ni de naturaleza ni de titularidad pública, tal y como exige la Ley 15/1997, de habilitación de nuevas formas de gestión en el Sistema Nacional de Salud. Para poder salvar la posibilidad de crear fundaciones privadas por entidades públicas en el ámbito sanitario al amparo de ésta Ley, habría que forzar la interpretación del texto legal para entender que no se refiere a titularidad dominical, sino organizativa, referida por ello no a la propiedad sobre la fundación, sino a la capacidad/competencia para su creación o a la iniciativa en constituir la fundación. Por tanto, las fundaciones han quedado, implícita e impropriamente habilitadas en el sector sanitario por la Ley 15/1997, por lo que parece que ésta, las subsume en la categoría de entes de titularidad pública. Sucesivas leyes han avalado esta interpretación. Al ser financiadas y controladas por el sujeto fundante y exigirse una presencia decisiva pública en su patronato por órganos de la Administración Pública, entran dentro de la amplia expresión "entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho", a que se refiere el artículo único de la citada Ley, admitiéndose la creación de fundaciones privadas en mano pública en el ámbito sanitario.

- Titularidad patrimonial versus Titularidad política

No se entiende tampoco que el organismo que cree una fundación, continúe siendo titular de la misma, cuando el fundador, sea persona física o jurídica, en ningún caso aparece como titular de la fundación, ya que ésta es un sujeto independiente, con vida propia. Si se admitiera que el organismo público que las constituye pasa a ser titular de la fundación una vez creada, estaríamos diciendo que la fundación no es autónoma en la práctica. Frente a esto, puede defenderse la superación de una concepción puramente patrimonialista de las fundaciones, que identifica titularidad con titularidad patrimonial, y se podría defender un concepto de titularidad que se identifique con titularidad política, por la que se permite el control de la fundación por parte de un tercero (en este caso, una Administración Pública), a través de su patronato y de la manifestación sucesiva de la voluntad del fundador.

- Autonomía de la voluntad *versus* heteronomía normativa

Otra diferencia es que cualquier persona jurídica privada, en base a la autonomía de la voluntad, puede decidir libremente, en el marco de la Ley de Fundaciones, constituir una fundación. Pero en relación con las entidades de Derecho público, se plantea el problema de que están sujetas a la heteronomía normativa y no se rigen por el principio de la autonomía de la voluntad, sino que actúan con sometimiento pleno al Derecho y persiguiendo el interés general, nunca en ejercicio de una “voluntad propia”.

- No separación entre patronato y protectorado

En la organización de las fundaciones de competencia estatal, el protectorado se ejercerá por la Administración General del Estado. Al ostentar en esos supuestos el protectorado potestades directivas sobre el patronato, que es una entidad meramente instrumental, su naturaleza queda alterada, pues debería ser una función externa e independiente de la fundación. En las fundaciones del ámbito sanitario, constituidas por el INSALUD, para la gestión de los Hospitales de Alcorcón y la Calahorra, el Ministerio de Sanidad y Consumo asumió el ejercicio de las funciones de protectorado. Recordemos que al INSALUD -el fundador-, le competían las funciones de administración y gestión de servicios sanitarios, bajo la dirección y tutela del Ministerio de Sanidad y Consumo. No existía, pues, una separación o alteridad entre patronato y protectorado, entre gobierno y control, que está detrás de la estructura organizativa, creada por la fundaciones. Esto entra en contradicción con el Derecho de fundaciones, cuestión que tiene encaje difícil en los supuestos en el que el fundador es una entidad pública. Pero además, choca también con el nuevo modelo de gestión, ya que con este tipo de figuras se pretende la separación entre funciones de autoridad -regulación, control e inspección-, financiación y compra del servicio sanitario, y las de provisión por otro.

Vemos que en este contexto, la separación entre instancia de gobierno - patronato- y de control -protectorado- es meramente formal. En caso de discrepancias entre ellos, parece que el protectorado optaría por ejercer esas potestades, que incluyen la facultad de cesar y sustituir a los miembros de sus órganos de gobierno. La relación

de protectorado se confunde e identifica con la función de dirección y control propia de la relación de instrumentalidad a que están sometidas las entidades institucionales públicas.

Por tanto, cuando el fundador es la Administración Pública, el esquema organizativo general se altera, por confusión entre la instancia de gobierno y la de control, sobre todo si coinciden el fundador y el protectorado, provocando una incompatibilidad clara entre ambas funciones. Concluimos de lo anterior, la dificultad de encajar a los sujetos públicos en un esquema organizativo de Derecho privado, como son las fundaciones.

La Administración, no se limita al ejercicio del protectorado, sino que los entes públicos aparecen como promotores o patronos de fundaciones, empleando la segregación de recursos patrimoniales como técnica habitual de gestión de actividades incluidas dentro de sus esferas competenciales.

- Personal

Es importante resaltar, que el personal de la fundación, lo es de ella y no de la entidad pública fundadora, por lo que no es coherente que la fundación se nutra de personal al Servicio de las Administraciones Públicas (funcionario o estatutario).

- Fundación creada por persona, física o jurídico, privada: puede prestadora de servicios sanitarios

La fundación creada por persona, física o jurídico, privada, puede, y en muchas ocasiones así sucede, ser prestadora de servicios sanitarios. Puede hacerlo a título privado o como provisor de servicios públicos mediante la vinculación a la Administración pública mediante concierto o convenio u otra modalidad de contrato administrativo. El régimen jurídico de las fundaciones es el mismo, independientemente de que la fundación la constituya una persona pública o privada, con las siguientes salvedades, si es constituida por persona privada: 1) La LF exige que la persona física tenga capacidad general de obrar y capacidad especial para disponer gratuitamente de los bienes y derechos en que consista la donación; 2) Si la fundación se constituye por persona física, puede hacerse intervivos o mortis causa; 3) Cuando la fundación es creada por una persona jurídica privada que tenga la forma de sociedad (civil, mercantil, laboral, cooperativa), la ley exige acuerdo expreso de su junta general o de su asamblea de socios.

-Semejanzas de las fundaciones públicas de las Comunidades Autónomas

Como idea inicial debe significarse que las fundaciones públicas autonómicas guardan semejanzas con las sociedades mercantiles autonómicas, en tanto que personificaciones instituidas con arreglo al Derecho privado y atendido a que pueden ser creadas únicamente por la Comunidad Autónoma o en concurrencia con otras Entidades, públicas (fundaciones o sociedades mercantiles plurales) o privadas (fundaciones o sociedades mixtas o participadas). También mantienen identidades con

los consorcios autonómicos, en aquellas modalidades de fundaciones plurales en que concurren otras personas jurídicas, públicas o privadas, o físicas.

- Designación de representantes de la Comunidad Autónoma en las fundaciones autonómicas

Si calificábamos de elevada la complejidad que rodeaba a la designación de representantes de la Comunidad Autónoma en las sociedades, en razón de la cierta opacidad de su regulación, debemos reiterarlo, incluso con perfiles aumentados, en el caso de las fundaciones autonómicas, pues ni las pocas reglas fijadas para aquéllas se contienen en relación con éstas. Con todo, hay que reseñar que la incorporación del representante en el órgano de gobierno de la fundación como patrono debe seguir las prescripciones de la legislación civil respectiva, que, entre otros, prevé los trámites de aceptación del cargo en documento formalizado y su anotación en el Registro de Fundaciones correspondiente.

-Relaciones entre la fundación y la Comunidad Autónoma

Una característica peculiar de esta personificación instrumental que estamos analizando es que las relaciones entre la fundación y la Comunidad Autónoma se establecen, además de a través de la Consejería de Hacienda y la que la vincula por razón de la materia, mediante la que tenga atribuido el protectorado si es que no corresponde a ninguna de las otras dos Consejerías. Pese a ello, no parece que se ejerzan muchos controles sobre las fundaciones más allá de los de carácter formal (remisión de presupuestos y cuentas, entre otros).

- Difuminación de sus señas de identidad: Ausencia de ánimo de lucro y carácter gratuito del cargo de patrono

Los principios que en el pasado constituían sus señas de identidad -ausencia de ánimo de lucro y el carácter gratuito del cargo de patrono-, con la nueva legislación tanto estatal como autonómica han sido, cuando menos, matizados al admitirse tanto que desarrollen actividades económicas, participen en sociedades mercantiles y obtengan ingresos destinados al cumplimiento de los fines que le son propios; así como que los patronos sean reembolsados de sus gastos o retribuidos si prestan servicios distintos de los que implica el desempeño como miembro del patronato, previa autorización del protectorado. Estas previsiones, unidas al hecho de que se admita con normalidad la existencia de cargos directivos de la fundación (gerentes o administradores, obviamente retribuidos), la han homologado como instrumento de gestión y de ahí el recurso a utilizarla como personificación instrumental autonómica.

- Posibilidad de externalización de la gerencia de la fundación

La última modificación de los Estatutos de la Fundación Hospital de La Calahorra, abre la posibilidad de que la gerencia de la Fundación pueda ser encomendada a una persona física como se regulaba en los Estatutos o, como nueva opción, a una persona jurídica. Con ello, se abre la posibilidad de transferir la gestión de la Fundación Hospital de Calahorra a una entidad privada. Esta transferencia se

realizaría recurriendo a la Ley de Contratos del Sector público. Los representantes de los trabajadores, han mostrado su desacuerdo con lo que denominan “privatización de la Gerencia”.

Al ser la fundación la última de las personificaciones que las Comunidades Autónomas han adoptado con ese propósito de instrumentalización, su normativa en conjunto es de una densidad menor que las otras personificaciones instrumentales autonómicas, si bien la tendencia a su regulación es creciente.

Del análisis efectuado de las fundaciones públicas autonómicas, en relación con la normativa especificada para las Comunidades Autónomas, pueden diferenciarse dos grupos:

- Comunidades Autónomas que siguen el modelo estatal de la Ley 50/2002 y regulan con carácter general los aspectos esenciales de las fundaciones públicas autonómicas en el marco de la propia legislación civil sobre fundaciones. En este grupo se incluyen, Andalucía, Canarias, Castilla y León (se regula el régimen de autocontratación de la fundación y se regula la absorción de fundaciones por otra fundación), Cataluña (de todas las Comunidades Autónomas que han regulado las fundaciones, es la que se ha mostrado más restrictiva con la posibilidad de la constitución de éstas por los sujetos públicos), Galicia (es donde la figura de la fundación ha tenido más predicamento, siendo pionera en su uso para gestión de servicios sanitarios, pero hay que diferenciarlas de las fundaciones públicas sanitarias), Madrid (su legislación autonómica establece la exclusión de las fundaciones del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, y se remite a la responsabilidad de los sujetos privados; la extinción y liquidación de las fundaciones establece la posibilidad de reversión de los bienes al fundador), País Vasco, La Rioja y Comunidad Valenciana. Dentro de éste grupo, en el ámbito sanitario se han creado las siguientes:

Castilla y León: Fundación de Hemoterapia y Hemodonación

Cataluña: Fundación Hospital de la Santa Cruz i San Pau

Galicia: Fundación Pública Instituto Galego de Oftalmoloxía, Centro de Transfusión de Galicia (Fundación Pública dependiente de la Conselleria de Salud), Fundación Pública Urgencias Sanitarias de Galicia 061, Fundación Galega de Medicina Xenómica

Madrid: Fundación Hospital de Alcorcón, adscrita a la Consejería de Sanidad, y dependiente del Servicio Madrileño de Salud.

La Rioja: Fundación Hospital de Calahorra, Fundación Rioja Salud

- Comunidades Autónomas que regulan sucintamente aspectos generales de las fundaciones autonómicas, específicamente, pero desde la perspectiva del Derecho público. No han dictado leyes autonómicas de fundaciones. Estarían en este grupo la regulación de Asturias, Aragón, Cantabria, Castilla la Mancha, Extremadura, Islas Baleares (las fundaciones del sector público se pueden fusionar con otras fundaciones y pueden ser absorbidas por otros entes de Derecho público integrados en el sector público autonómico, incluida la integración en la Administración de la Comunidad

Autónoma. También se pueden transformar en cualquier otro tipo de ente de derecho público que se integre en el sector público autonómico. La fusión, la absorción, la integración o la transformación de las fundaciones del sector público no conllevan la apertura del procedimiento de liquidación, pero si requieren el acuerdo previo del Consejo de Gobierno), Región de Murcia, Navarra. En el ámbito sanitario se han creado las siguientes:

Cantabria: Fundación Marqués de Valdecilla. Como órgano dependiente de la Fundación Marqués de Valdecilla, está el Banco de Sangre y Tejidos de Cantabria.

Islas Baleares: Fundación Banco de Sangre y Tejidos de las Islas Baleares

Por consiguiente la utilización de las fundaciones públicas autonómicas -en mano pública- como forma de gestión de centros sanitarios hospitalarios ha sido muy escasa (Fundación Marqués de Valdecilla, Fundación Hospital de la Santa Cruz i San Pau, Fundación Hospital de Alcorcón, Fundación Hospital de Calahorra), utilizándose también, en algunas Comunidades, en aspectos colaterales de la asistencia sanitaria -gestión de Bancos de Sangre y Tejidos, investigación, etc.-.

Las formas de personificación de Derecho privado, ya sean sociedades mercantiles de titularidad pública o de fundaciones privadas en mano pública, se utilizan, preferentemente, para llevar a cabo funciones accesorias a las típicamente prestacionales, aunque también existen ejemplos en este último sentido como se ha visto.

Valorando en conjunto los Sistemas Sanitarios públicos/Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, se concluye que dejando aparte la personificación mediante Organismos públicos de los Servicios de Salud, la utilización de organismos, entes y entidades jurídico-públicos -con personalidad jurídica-, y órganos administrativos -sin personalidad jurídica- para la gestión directa de la asistencia sanitaria, ha sido muy escasa; siendo aún menor la utilización de personificaciones jurídico-privadas como las Fundaciones públicas autonómicas -en mano pública- y Sociedades mercantiles autonómicas.

Excepto en las Comunidades Autónomas de la Región de Murcia, Navarra y La Rioja, en el resto, se han utilizado órganos administrativos, formas jurídico-públicas (Entidades de Derecho público) y formas jurídico-privadas (fundaciones y sociedades mercantiles) para gestionar aspectos conexos con la asistencia sanitaria: Docencia, investigación, infraestructuras sanitarias, evaluación de tecnologías sanitarias, calidad y acreditación, etc.

2.2. Gestión indirecta de la Asistencia Sanitaria. Colaboración de los sujetos privados en la gestión de la asistencia sanitaria pública

La opción por formas de gestión indirecta se plantea en los casos en los que la Administración necesite la colaboración de los sujetos privados para el cumplimiento de sus obligaciones o bien, por decisión política, se pretenda dejar más espacios a los

agentes privados⁴⁸¹ proveedores de asistencia sanitaria. También podría pretenderse conseguir mayores niveles de eficiencia organizativa, difíciles de obtener con las estructuras administrativas. La vinculación se realiza mediante concierto, convenio o contrato administrativo.

Las Comunidades Autónomas, además de prever con carácter general la posibilidad de acudir a la colaboración de la iniciativa privada -gestión indirecta- para la prestación de servicios sanitarios, usualmente se han ocupado de regularla específicamente, en el marco de la legislación básica del Estado. Esta regulación es muy similar para todas ellas, estableciendo unas previsiones muy genéricas e incluyendo exigencias de la obtención de homologación o acreditación de los centros o entidades que deseen colaborar con la iniciativa pública. Esta colaboración, en todo caso, se ha de realizar teniendo en cuenta los principios de complementariedad, optimización, necesidad de atención en cada momento y adecuada coordinación en la utilización de recursos públicos y privados.

En España, como ya se ha dicho en reiteradas ocasiones, los contratos de colaboración público-privada, como institución genérica, se han empleado en las últimas décadas en numerosos ámbitos del servicio público y concretamente en el sector sanitario, incluso antes de quedar tipificados en la norma básica de contratación administrativa pública, con la incorporación a la misma del Contrato de Colaboración entre el sector público y el sector privado.

En principio, cualquier proyecto público de naturaleza compleja y que comprenda una actuación global e integrada, es susceptible de ser ejecutado mediante colaboración público privada, siempre y cuando el riesgo de los participantes y las condiciones financieras queden correctamente definidas desde el principio, y dependerá en buena medida, de la capacidad de predecir los flujos de caja, la estabilidad de los mismos y el conocimiento y gestión de los riesgos durante la vida del proyecto.

⁴⁸¹ SANCHEZ BAYLE, M., “La privatización de la asistencia sanitaria en España”, Laboratorio de Alternativas, Fundación Alternativas, Documento de Trabajo 182/2014, pág. 16. Mantiene un concepto amplio de privatización, y esquematiza los mecanismos de privatización sanitaria del siguiente modo: Privatización de la financiación (Desgravación de seguros médicos por las empresas, Copagos - medicamentos, transporte, dietas, órtesis y prótesis-, Recortes en la cartera de servicios -incita al aseguramiento y/o financiación privada complementaria-; Privatización de la gestión del aseguramiento (Mutualidades de funcionarios, MUFACE, ISFAS, etc); Utilización de criterios privados de la gestión manteniendo la titularidad pública (Empresas públicas, Fundaciones sanitarias, Entes Públicos, Sociedades mercantiles públicas); Provisión de algunos servicios por empresas privadas (Conciertos, Externalizaciones -privatización de servicios de apoyo y/o de actividades concretas-), Privatización de la gestión con titularidad mixta (Consortios, PFI -iniciativas de financiación privada-), Privatización de la gestión con titularidad privada (Privatización de servicios centrales y alta tecnología, Privatización de la planificación y el control, EBAs -empresa de base asociativa en atención primaria-, Conciertos singulares con empresas privadas para la atención sanitaria de un área de salud, Concesiones administrativas - modelo Alzira).

En el sector sanitario, las iniciativas de las Comunidades Autónomas⁴⁸² más innovadoras -Madrid, Comunidad Valenciana, Cataluña- han despertado gran controversia.

Cataluña ha sido pionera en la utilización de fórmulas de CPP. Su origen está en la necesidad de inversión en infraestructuras y financiación, alternativa al endeudamiento tradicional presupuestario. Hasta 2003, se utilizó la creación de sociedades y entidades mercantiles dependientes de la Administración que actuaban en su nombre y cuenta, como fórmula que permitiera el cómputo de las operaciones fuera del balance de la Administración. También se utilizaron otras dos modalidades que permitían, al menos, el diferimiento del pago de las infraestructuras: el modelo alemán y el censo enfiteútico. A partir de la Decisión de Eurostat, desde el 2005, se utilizan tres fórmulas de CPP en esta Comunidad Autónoma: la concesión, el derecho de superficie y el arrendamiento operativo. En general, se ha utilizado el modelo concesional para las infraestructuras, y las otras dos figuras para equipamientos (comisarías, juzgados, instituciones penitenciarias,...). Pero son los contratos de derechos de superficie, los que caracterizan el modelo de contratación catalán.

También en Castilla La Mancha, Castilla y León y Galicia, han iniciado la utilización de fórmulas de colaboración público privada, tipo PFI (Private Finance Initiative), para la construcción de hospitales -no se externaliza la gestión de la asistencia sanitaria-.

Hay que matizar que los llamados contratos-programa entre las autoridades sanitarias y los órganos de prestación de servicios sanitarios, no son un modo de gestión indirecta de servicios sanitarios. Son un pacto o acuerdo entre dos sujetos públicos que no son independientes entre sí, para lograr una mayor eficiencia de los servicios sanitarios. Los incumplimientos no tienen consecuencias jurídicas que penalicen al incumplidor.

El debate de la gestión de la asistencia sanitaria pública, está centrado actualmente, en la gestión indirecta -externalización- de la misma. ¿Qué espacio hay que dejar al sector privado en la provisión de asistencia sanitaria pública?, ¿mediante qué fórmulas contractuales debe hacerse, para garantizar el derecho a la protección de la salud de los ciudadanos?, ¿Qué límites debe tener el uso del Derecho privado en la gestión sanitaria pública?. ¿Cómo se consigue una mayor eficiencia y sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud?. Son preguntas a las que hay que encontrar una respuesta.

Pero, ¿hasta qué punto la diferencia entre gestión pública y privada, es relevante en los procesos de mejora del servicio público sanitario?. Se puede responder, en síntesis, que la gestión privada no parece mejor por sí, pues dependerá de diversos

⁴⁸² De acuerdo con un concepto amplio de privatización sanitaria, SANCHEZ BAYLE, M., “La privatización de la asistencia sanitaria en España”, Laboratorio de Alternativas, Fundación Alternativas, Documento de Trabajo 182/2014, pág. 31, clasifica las CCAA, según el mayor o menor grado de los fenómenos de privatización de la asistencia sanitaria, en tres grupos: CCAA con un elevado grado de privatización (Cataluña, Valencia, Madrid, Baleares y La Rioja); CCAA con un moderado grado de privatización (Galicia, Cantabria, Murcia, Castilla y León y Canarias) y CCAA con un bajo grado de privatización (Navarra, Andalucía, Aragón, Asturias, País Vasco).

aspectos, fundamentalmente, del control o regulación que el ente público ejerza sobre el socio privado, de las características del servicio o actividad, de la incertidumbre o la necesidad de inversión en activos específicos, de los factores del entorno, así como de las posibilidades de generar competencia.

2.2.1. Problemática de la colaboración pública-privada como fórmula para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria

Dentro de las culturas de la gestión pública, a la hora de abordar los problemas de la Administración y de los riesgos, se distingue la cultura anglosajona y la continental europea. Para la primera, la financiación privada de infraestructuras públicas, significa la asignación de los riesgos a empresas mercantiles como medida estricta de la eficacia que pueden aportar, y por consiguiente de las retribuciones que van a percibir. Por el contrario, en la cultura europeo-continental, se produce una delegación de funciones públicas en una entidad no inserta orgánicamente en el bloque institucional de la Administración, consecuencia de la llamada dirigida a las empresas y capitales privados para que colaboren con ella en el desarrollo de una tarea que le pertenece originariamente, y de cuyo buen fin la Administración responde en exclusiva. El esfuerzo comunitario está hoy orientado a fundir las culturas anglosajonas y continental en una sola, y la colaboración público-privada, como forma contractual indirecta de gestión de servicios, es un instrumento válido para la consecución de este objetivo, al incorporar elementos como la gestión global del proyecto, la optimización del capital invertido y, por tanto de los fondos públicos, y la especialización de los agentes implicados. Se buscan sinergias del sector público y privado, combinando los mejores atributos de cada socio, y objetivos de excelencia en el servicio al ciudadano.

Ante las restricciones presupuestarias derivadas de las exigencias europeas de estabilidad económica, la colaboración pública-privada atrajo un gran interés como forma de conseguir financiación privada para las infraestructuras públicas; y la Iniciativa de Financiación Privada del Reino Unido (Private Finance Initiative, PFI), desarrollada desde los años noventa por los gobiernos tanto conservadores como laboristas, se convirtió en un banco de pruebas y en un referente para el resto de los países europeos⁴⁸³. Esos esquemas contractuales siempre han estado sometidos a un intenso debate. Pero los contratos PFI solamente han tenido por objeto la financiación, construcción, dotación de equipamientos, conservación, y en su caso, prestación de servicios auxiliares. En ningún caso han tenido por objeto la prestación de la asistencia sanitaria.

En rigor, cualquier contrato en el que sea parte contratante la Administración pública es, por definición, una forma de colaboración pública-privada: si la Administración decide contratar un bien, servicio u obra con un particular, está solicitando de éste su colaboración en la consecución, directa o indirecta, de una finalidad pública. No obstante lo anterior, actualmente en el TRLCSP, al igual que ocurría en LCSP, se regulan tres contratos, que encajan en el género de colaboración

⁴⁸³NIETO GARRIDO, E. M., "La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido", Revista de Administración Pública, nº 164, 2004.

público-privada, dos de tipo concesional –el de gestión de servicios públicos y el de concesión de obras públicas-, y uno, el contrato de colaboración entre el sector público y el privado, más próximo a los PFI anglosajones.

Los contratos de colaboración público-privada son problemáticos. Su utilización pasa por la utilización de la ingeniería jurídica, que conduce a cierta contabilidad de diseño, presentando sombras en el procedimiento de adjudicación. Plantean una serie de cuestiones respecto a la transparencia administrativa, a la contabilidad de los Entes públicos y desde la perspectiva de la ductilidad que las Administraciones públicas exigen al Ordenamiento Jurídico.

En primer lugar, los contratos de colaboración público-privada son figuras complejas. Se configura mediante ellas, un entramado contractual, con prestaciones cruzadas entre los diversos actores, produciéndose una utilización imaginativa del ordenamiento jurídico con la finalidad de difuminar la relación principal en aras de desconsolidar. Se pretende conseguir cumplir con los criterios de estabilidad presupuestaria que va configurando Eurostat en aplicación del SEC 95, y en consecuencia, que no computen a los efectos de la deuda pública los posibles pagos que efectúen las Administraciones públicas a los contratistas privados. El principal problema de la financiación de los proyectos de colaboración público-privada es la determinación y gestión de los riesgos de los activos a financiar, en especial del riesgo operativo.

Los contratistas buscan mediante estos contratos, soluciones novedosas para ofrecer a las Administraciones Públicas, y solucionar problemas en la dotación de infraestructuras o prestación de servicios.

En estas fórmulas contractuales, el Ordenamiento jurídico se utiliza de una forma más flexible y maleable, retomando viejas figuras como el censo; se alteran prestaciones que podrían ser usuales –como el pago contra certificación de obra-, o incluso sufren una transformación más aparente que real, -como ha ocurrido con el peaje en sombra, que como ha señalado la doctrina, no es más que un contrato de obra con aplazamiento de pago-. Incluso se emplean combinaciones de figuras para lograr ese efecto de la desconsolidación, como ocurre en el arrendamiento operativo.

La estabilidad presupuestaria ha hecho que, impulsados por Eurostat, se haya recurrido a mecanismos que distorsionan la imagen de la contabilidad de los Entes públicos, en la medida en que sólo se consolidan en las cuentas públicas, a efectos del déficit público, aquellas que provocan necesidades de financiación de los Entes públicos, de acuerdo con el Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Eurostat, en la interpretación de las reglas a efectos del déficit público, ha fomentado el uso de estas figuras complejas, y la utilización de instrumentos que se separen de la fisonomía tradicional de los contratos de obra.

Surgen dudas sobre la realidad contable de los Entes públicos europeos, cuando el propio Organismo estadístico europeo premia una buena utilización de la ingeniería financiera, de los trucos contables, de los atajos y recovecos que se abren en el SEC 95, mediante la desconsolidación de dichas operaciones en las cuentas de dicho Estado, que permite mantener un alto nivel de inversión y una prestación de los servicios públicos,

que no se ha evaluado si es mejor o peor.

Resulta imprescindible efectuar un análisis de los flujos económicos de caja que puede generar la explotación de la infraestructura para garantizar la rentabilidad, dado que es el elemento primordial para obtener una rentabilidad económica, complementado con importantes ayudas públicas que cuestionan la mecánica general del proceso, ya que se acaba transformando en un recurso a lo privado con garantía pública de beneficio.

El proceso de concreción de las obligaciones y los flujos económicos se complica por la presencia de una pluralidad de Entidades públicas -matrices e instrumentales- y privadas, incluidas las financieras, con diversos niveles de responsabilidad -dado que los supuestos de subcontratación son bastantes frecuentes-, cada una de las cuales quiere obtener la mayor rentabilidad con el menor riesgo de inversión. Por ello es fundamental el papel que juega el Ente público, tanto con aportaciones directas a la inversión como con su respaldo y garantía, incluso en los casos de fracaso económico de la infraestructura efectuada.

Aumenta la opacidad que provoca el recurso a estas fórmulas de colaboración público-privada para la construcción de infraestructuras y gestión de servicios públicos como el sanitario, el que en los procesos de configuración de esos contratos, suele estar muy involucrado el sector privado, fruto de que normalmente es preciso concretar en el propio procedimiento de adjudicación del contrato, las necesidades públicas y los mecanismos para resolverlas. Ello obliga a ser especialmente cuidadoso para minimizar los riesgos que se plantean para el interés general fruto de la captura del sector público por las ofertas poco adecuadas de los contratistas privados.

Finalmente, en el momento de la adjudicación del contrato se plantea la dificultad de la valoración de prestaciones que no son homogéneas, como consecuencia de la pluralidad de aspectos a los que afecta el contrato y las distintas soluciones que propugna cada contratista para satisfacer las necesidades públicas.

Sobre las instituciones jurídicas, que en nuestro Ordenamiento Jurídico, se ven afectadas por la reflexión de la Comisión Europea sobre Colaboración Público Privada, se concluye, que el camino abierto por el Libro Verde de 2004, no ha tenido continuidad⁴⁸⁴.

La preocupación inicial de la Comisión por instrumentos aparentemente novedosos pero que en realidad hunden sus raíces en los mismos orígenes del Estado contemporáneo, los cuales se estarían utilizando para eludir, unas veces de manera lícita y otras de manera fraudulenta, la prohibición de déficit público excesivo, ha hecho emerger la íntima relación que guarda la externalización de la provisión de bienes y servicios que las Administraciones Públicas no quieren o no pueden proporcionar por sí mismas, con todo el campo de la organización administrativa. Porque en último término, la decisión sobre si recurrir a los propios medios, al "in house providing" en la terminología comunitaria, o externalizar, tiene un carácter organizativo altamente

⁴⁸⁴MIGUEZ MACHO, L.; "Las formas de colaboración público-privada en el Derecho Español", Revista de Administración Pública, núm. 175, Madrid, enero-abril ", 2008, págs. 213-215.

discrecional y, por tanto, perfiles de oportunidad político-administrativa que las instituciones de la Unión no pueden menos que respetar. Así lo impone el principio de autonomía institucional de los Estados miembros.

Lo que no valen son los subterfugios a los que tan acostumbrados nos tiene cierta ingeniería jurídico-administrativa. Si las Administraciones Públicas quieren dejar los contratos en casa, lo que supone no contratar, tienen que resolver la provisión de bienes y servicios que precisan para desarrollar su actividad verdaderamente en su propio ámbito administrativo interno; y si desean externalizar ciertas tareas, entonces han de respetar los principios comunitarios que imponen la selección del proveedor externo por un procedimiento de concurrencia competitiva que garantice la no discriminación, y la objetividad en el servicio a los intereses generales, principio que, en realidad está en nuestra Constitución.

Ésta es la clave a través de la cual debe ser entendida toda la reflexión de la Comisión sobre Colaboración Público Privada: las Administraciones públicas no pueden falsear la competencia favoreciendo arbitrariamente con sus encargos a unos operadores económicos privados frente a otros, o haciéndoles la competencia desleal mediante sus entes instrumentales. Sólo cuando los Estados miembros asuman que no hay atajos en ese camino, se reducirán los conflictos por esta causa.

Por parte de la Comisión y, en general, de las Instituciones de la UE se requiere también un esfuerzo mayor que el desarrollado hasta el momento a la hora de perfilar los criterios para distinguir lo que son opciones organizativas legítimas, justificadas en el mejor servicio a los intereses generales, de las prácticas censurables desde el punto de vista de la tutela de la libre competencia.

El informe de la Organización Mundial de la Salud, con respecto al modelo anglosajón PFI -una de las categorías de colaboración público-privada como se ha dicho-, afirma que “En comparación con el sistema habitual, los nuevos servicios suelen construirse respetando los plazos y el presupuesto, pero ello se logra a menudo a expensas de la calidad. La necesidad de reducir al mínimo el riesgo para las partes significa que es muy difícil crear servicios «a prueba de acontecimientos futuros» en un mundo en rápida transformación. Por último, esos proyectos son extremadamente, si no prohibitivamente, complejos, parece que la colaboración público-privada complica aún más la ya de por sí difícil tarea de construir y dirigir un hospital”⁴⁸⁵

Nos encontramos actualmente, ante el reto de encajar estas nuevas formas de colaboración público-privada, en la actividad financiera pública y privada, y también en la perspectiva administrativa de la sociedad. Es hoy pacífica en la doctrina española la idea de la necesidad de revisión del concepto de servicio público que permita acoger y explicar los nuevos fenómenos que tienen lugar en la sociedad, en especial en los servicios de prestación universal, como es la Sanidad, cuya efectiva ejecución ha dejado de ser sólo una tarea de las Administraciones Públicas para pasar a ser en muchos casos una tarea de empresas privadas, que requieren de un control por el Estado que se realiza mediante el establecimiento de las denominadas obligaciones de servicio público. El

⁴⁸⁵ Alianzas público-privadas para los hospitales. Boletín de la OMS. Volumen 84. Noviembre de 2006.

papel que corresponde al Estado actualmente, es el de regular y garantizar la existencia y calidad de los servicios públicos, y asimismo garantizar la competencia y las obligaciones de servicio público en aquellos sectores liberalizados.

En contraste con lo anterior, la derechización del mapa político español, los conflictos de intereses entre los gobernantes, la industria sanitaria y el mundo financiero, que con la excusa de la crisis pretende adueñarse del SNS, junto a la reforma constitucional “express”, aprobada por acuerdo de ambos partidos mayoritarios (PSOE y PP) en agosto 2011, que impone al conjunto de la Administración española límites de endeudamiento público muy inferiores al 3% del Tratado de Maastricht, parecen abocarnos irremediabilmente a estas formas de financiación privada, que someterán al Sistema público a un endeudamiento impagable y a una privatización total. Sin embargo, un estudio no interesado de los indicadores sanitarios tras la transición política en España, nos demuestra que son las recomendaciones de la Ley General de Sanidad, aún no derogada pero cada vez menos respetada, las que más han contribuido a incrementar la eficiencia y la equidad del Sistema y los niveles de salud de la población española⁴⁸⁶.

2.2.2. Diferencias entre convenios, conciertos y otros contratos administrativos para la gestión indirecta de la asistencia sanitaria

En primer lugar, hay que diferenciar el convenio del concierto. En cuanto a la naturaleza jurídica, los conciertos son contratos administrativos, sin embargo, no está clara la naturaleza jurídica de los convenios, aunque la doctrina mayoritaria se inclina por la contractual. Respecto a la extensión, el convenio supone la plena integración del establecimiento privado en la red hospitalaria pública; esto es, la vinculación de todos sus servicios, quedando el centro sometido a un régimen sustancialmente idéntico al de los centros públicos, mientras que el concierto sanitario supone una vinculación más difusa, limitada a determinadas prestaciones de las realizadas por un centro, que normalmente prestará otros servicios no incluidos en el concierto, aunque no necesariamente.

La regulación del concierto en la Ley General de Sanidad, tiene carácter básico, mientras que la del convenio tiene carácter supletorio. En los centros conveniados se admite la existencia de servicios complementarios no sanitarios, previa autorización de la Administración sobre el tipo y características del servicio y del importe correspondiente a satisfacer por el usuario. En un centro concertado sólo podrán existir aquellos servicios complementarios no sanitarios que ya existan en los centros públicos, no otros.

En segundo lugar, es importante diferenciar esas figuras de la concesión administrativa. La Sentencia, de fecha 20 de diciembre 2000 (JUR\2001\160009), diferencia con claridad el concierto, el convenio y la concesión administrativa: la concesión administrativa implica cesión de la gestión a la empresa privada adjudicataria; ni en el concierto sanitario ni en el convenio singular existe gestión por la

⁴⁸⁶LORES AGUÍN, M.L., “Los hospitales en España”, en “Las cuestiones clave de la sanidad pública: Un diagnóstico comparado de los sistemas públicos sanitarios de España y Reino Unido”, Fundación 1º de Mayo, 2012, págs. 105-111. www.1MAYO.CCOO.es.

empresa privada, sino mera prestación. En consecuencia, no cabe equiparar la figura privatizadora de la concesión con los contratos aludidos en la LGS.

En el caso de los centros sanitarios vinculados por convenio singular, la titularidad es privada y es la empresa privada la que efectúa el desembolso para la creación y puesta en funcionamiento del centro sanitario, proporcionando después, a través de un convenio singular, la asistencia sanitaria a la población protegida por el Sistema Sanitario Público. Por el contrario en las concesiones administrativas, la titularidad del centro sanitario es pública; es la Administración la que proporciona los medios y recursos de su titularidad a la empresa privada que accede a la gestión y explotación del centro, garantizándole, igualmente, la fuente de ingresos, ya que la población asistida está asegurada al ser la protegida por el SNS. Como se verá, esto puede variar en las concesiones del sector sanitario.

Otra dificultad se encuentra en deslindar el contrato de gestión de servicios públicos del contrato de servicios. Surge el problema de diferenciar estos contratos cuando la contraprestación que percibe el contratista la abona totalmente la Administración. Para nuestro Derecho positivo, la cuestión es de gran relevancia, sobre todo por la enorme diferencia de plazo de duración del contrato. Para la diferenciación, la línea más conocida ha sido afirmar que hay contrato de “gestión”, cuando el contratista presta el servicio por encargo de la Administración pero para el público - los particulares son destinatarios de la prestación- , mientras hay contrato de “servicios”, cuando éstos se les prestan directamente a la Administración y sólo indirectamente a los ciudadanos, es decir, la Administración es la directa beneficiaria. Moreno Molina⁴⁸⁷ considera que en la actualidad resulta insuficiente este criterio; según este autor, los factores distintivos pueden ser mejor la prestación del servicio y la explotación del mismo.

Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CCPP), el de concesión de obras públicas y el contrato de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión con ejecución de obra, puede existir un solapamiento, no estando claras las fronteras. Acertadamente nuestro legislador ha optado por regular el régimen de ejecución, efectos y extinción del CCPP, mediante la técnica de remisión del art. 313 TRLCSP, al contrato típico en el que encaje la prestación principal de aquel.

Estos tres tipos de contratos, concurren en buena medida, cuando el objeto del contrato es la construcción y posterior gestión de infraestructuras o equipamientos públicos –por ejemplo, construcción y gestión de hospitales- y, en este caso, estaríamos ante opciones alternativas, y la elección dependerá de la idoneidad de cada contrato para los objetivos del interés público que pretenda la Administración. Es positivo que el Ordenamiento Jurídico dote a los gestores de un amplio abanico de instrumentos jurídico-financieros.

Al presentarse como alternativos esos contratos, su elección dependerá de cual aporte un mayor *Value for Money*, y resulte idóneo para el objetivo que pretenda la Administración, teniendo en cuenta el volumen y complejidad de la prestación y el

⁴⁸⁷ MORENO MOLINA, J.A., “La nueva Ley de contratos del Sector Público”, La Ley, Wolters Kluwer, S.A. 2008, coautor con PLEITE GUADAMILLAS, F.

tamaño de la Administración contratante. Dando por sentado que la Administración previamente, ha evaluado si le resulta más ventajoso ejecutar la obra y prestar el servicio de forma externalizada que directamente.

La técnica precisa para el deslinde de los tres tipos contractuales ha de partir de la comparativa de sus características esenciales.

Habrá que precisar, lo siguiente:

- Cuando se utilice el contrato de gestión de servicios públicos o se califique un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado como tal, en cuanto a su régimen jurídico, debe en todo caso procederse a la asunción del servicio público como propio y de competencia de la Administración contratante, estableciendo previamente el régimen jurídico del contrato conforme la previsiones del art. 132 TRLCSP.

- Si la obra no es explotable, no podrán utilizarse los contratos típicos de concesión de obras públicas y de gestión de servicios públicos. Sin embargo, nada obsta la aplicación del contrato de colaboración entre el sector público y el privado, especificando el régimen retributivo en el clausulado del contrato, que consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento.

- El contrato de concesión de obras públicas no podrá utilizarse cuando la prestación principal, determinada conforme los términos del TRLCSP, consiste únicamente en la gestión de un servicio. La doctrina sentada por la Junta Consultiva de Contratación, descarta la aplicabilidad de un contrato de concesión de obra pública para los supuestos en los que la propia Administración sea la que utilice la infraestructura y, consiguientemente, pague por ello.

- La retribución del contratista en los contratos de concesión de obras públicas y de gestión de servicios públicos, debe consistir en la explotación de la obra o equipamiento, con pago directo por los usuarios, fórmulas mixtas, o mediante peaje en sombra. Sin embargo, en el contrato de colaboración entre el sector público y sector privado no tiene porqué consistir exclusivamente en la explotación, de forma que la financiación puede ser asumida, en principio, por el operador privado, y el precio a pagar por la Administración al contratista se satisface durante toda la duración del contrato, pudiendo acompasarse a la efectiva utilización de los bienes y servicios que constituyen su objeto, y, asimismo, vincularse al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento, conforme queda recogido en el clausulado del contrato.

- En el contrato de colaboración entre el sector público y sector privado, el usuario final no paga –al menos directamente– por la utilización o disfrute, salvo en lo que se refiere a servicios o prestaciones complementarios o anejas que pueden ser objeto de explotación por el contratista, con lo que los correspondientes ingresos deben ser computados a los efectos de tasar el precio a pagar por la propia Administración. Este dato será por sí mismo determinante para permitir deslindar el contrato de colaboración entre el sector público y sector privado de la concesión de obras – en la que es elemento definidor que el usuario pague por el servicio o la obra–.

- El reparto del riesgo admite una formulación más abierta en el contrato de colaboración entre el sector público y sector privado que en los de concesión de obras públicas y de gestión de servicios públicos, modalidad concesión. En este último contrato, el riesgo y ventura de la explotación es asumido íntegramente por el concesionario; no obstante el TRLCSP suaviza la aplicación del principio de riesgo y ventura tratándose del contrato de obras y del contrato de colaboración entre el sector público y sector privado. En el de obras, a pesar de la previsión del art. 7.2 TRLCSP -el contrato se ejecutará en todo caso a riesgo y ventura del contratista-, y según el artículo 231.1 del mismo texto legal, el contratista tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieran producido en casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por su parte. Tratándose del contrato de colaboración entre el sector público y sector privado, y como una de las estipulaciones que debe contener, el ya comentado art. 136.b) se refiere a las: “Condiciones de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista, desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costes de las prestaciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones”. Todo ello sin perjuicio de que si no se traslada al operador privado el riesgo, en los términos de Eurostat conforme SEC-95, no se conseguirá el objetivo de desconsolidación en las cuentas públicas. Es decir, se modula en las cláusulas del contrato el reparto de riesgo.

- El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, sería una modalidad contractual flexible, cuyos extremos se concretarían por las partes caso por caso; el contrato de concesión de obra pública sería una figura cuyo régimen jurídico sería el determinado por la Ley y respecto del cual las partes no tendrían margen de maniobra alguno.

- El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, se sujeta a tres singularidades preceptivas en todo caso: regulación armonizada, dialogo competitivo para su adjudicación, y previa comprobación por la Mesa Especial del diálogo competitivo del *Value for Money* y *Public Sector Comparator*.

Entre los inconvenientes y debilidades del CCPP que nos empujarían, en determinados casos, a decantar la balanza en favor de otras formas más “tradicionales” de contratación administrativa, como la gestión de servicios públicos, modalidad concesión, están las siguientes:

- La elección del CCPP va a suponer la pérdida, por parte de la Administración pública contratante, de ciertas facultades de control y gestión sobre bienes y servicios de su titularidad que sí mantendría a través de otras fórmulas de contratación. El CCPP comparte las principales críticas versadas sobre la concesión como forma indirecta de gestión de servicios públicos sanitarios, al representar ésta el desprendimiento del servicio a favor de un tercero, el empresario, que lo gestionará a su riesgo y ventura percibiendo a cambio una retribución por parte de la Administración.

- La segunda desventaja de la utilización del CCPP es su compleja tramitación, así como los costes elevados de la misma.

- Una gran debilidad de los CCPP, es el largo plazo de los mismos, más que el de la permanencia de los Gobiernos, lo que puede hipotecar expectativas de futuro de al menos una generación de ciudadanos usuarios de los servicios. Este inconveniente, tiene un origen más socio-político que jurídico o económico. En realidad, este inconveniente del CCPP, no es privativo de este contrato, y también es deducible, de los contratos de concesión de obra pública o gestión de servicios públicos con obra. Es cierto que lo recomendable en la gestión de grandes proyectos, es utilizar fórmulas de éxito y mantenerlas en el tiempo, en tanto en cuanto, sean eficientes para el interés público. Pero esto puede entrar en contradicción con el necesario principio de concurrencia en la contratación pública, y también, con el hecho de que dicha eficiencia deba ser evaluada por una élite política de un momento temporal concreto, que puede no durar tanto en su mandato como el propio CCPP.

El CCPP, actualmente regulado en el TRLCSP, no parece haber integrado toda la compleja tipología que bajo la fórmula CPP venía desarrollándose en la práctica. Se echa en falta, tanto en la LCSP como en el TRLCSP mecanismos para contemplar la combinación del nuevo contrato, con otros contratos patrimoniales para dar encaje a realidades contrastadas como el arrendamiento operativo.

No obstante lo anterior, el CCPP, puede jugar un papel en la contratación pública al dotar de un marco jurídico estable a ciertas operaciones contractuales complejas. Es de destacar la regla de subsidiariedad, articulada a través del trámite de la evaluación previa, que limita el recurso a esta tipología contractual.

La indefinición objetiva consustancial al CCPP, se traduce en una indefinición originaria de su régimen jurídico, que queda supeditado, en principio, a la remisión al marco normativo de la prestación principal pero, de forma más precisa, a las concretas estipulaciones establecidas en el propio contrato.

Si tenemos en cuenta que estas estipulaciones serán fijadas a través del peculiar procedimiento de "diálogo competitivo", que es flexible y abierto, concluimos que este contrato -como modelo- está sometido a un considerable grado de inseguridad jurídica, particularmente contraproducente en este ámbito. De ahí que resulte más que discutible la opción abierta a reducir el alcance de la evaluación previa, por razones de urgencia, pudiendo ser una vía de escape peligrosa para reconducir a este tipo contractual, operaciones en las que no esté justificado, ni en términos de procedimiento, ni de coste. La propia llamada al procedimiento dialogado, genera riesgos para el principio de igualdad de trato entre los distintos concurrentes al proceso y para la garantía misma del interés general.

Como desventajas comunes a la utilización de los tres tipos de contratos administrativos que se han diferenciado, están las siguientes:

-Existe para la Administración una relativa "despatrimonialización" de sus bienes y servicios, al encomendarle íntegramente al sector privado durante un largo periodo de tiempo, la gestión de éstos a través de las diferentes formas de colaboración público-privada.

- Si no se estudian, precisa y adecuadamente, los contratos de colaboración público-privada, pueden acabar computando como déficit en los presupuestos públicos. Además, se corre el peligro de enmascarar niveles elevados de deuda pública y sobre costes al erario público. Los compromisos de gastos de futuros ejercicios limitan la financiación de nuevos proyectos en un marco de estabilidad presupuestaria, así como el encarecimiento relativo que la financiación privada puede suponer en relación con la financiación tradicional mediante deuda pública.

- Requieren de garantías y controles muy superiores a otro tipo de contratos, para controlar y corregir desviaciones de estándares de calidad en la prestación de los servicios públicos, en los costes económicos asociados a las colaboraciones público-privadas, de compleja y costosa regulación y seguimiento. Es necesario instrumentar mecanismos jurídicos reguladores e indicadores de gestión, procesos, medios personales y garantías jurídicas para la evaluación, inspección y corrección de ineficiencias, así como mecanismos de financiación.

- Se plantean objeciones de naturaleza político-ideológica y cultural en torno a la externalización de servicios públicos *versus* gestión directa. En ningún caso la externalización puede ser tomada como una solución a la incapacidad para gestionar, eludir costes, o para evitar el déficit público. Es preciso asimismo una visión global, y a medio plazo y largo plazo del proyecto, puesto que en inicio los costes de la externalización son muy elevados.

2.2.3. Problemática del contrato de concesión para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria

2.2.3.1. El contrato de concesión para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria: aceptación por el Tribunal Supremo

La Confederación Sindical de CCOO se cuestionó, si era legal la figura de la concesión administrativa en si misma, para gestionar el servicio público sanitario y los centros sanitarios de la Seguridad Social, es decir, si era posible la concesión administrativa dentro del modelo de gestión de la sanidad pública establecido por el legislador.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, dictó Sentencia, de fecha 20 de diciembre 2000, desestimatoria del recurso deducido por el sindicato, contra una Resolución de la Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana, sobre el concurso que tenía por objeto la gestión de la atención sanitaria especializada del Área 10 del Servicio Valenciano de Salud.

Posteriormente, el Tribunal Supremo aceptó expresamente los contratos de concesión para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria mediante la sentencia de 20 de diciembre de 2005 (RJ\2006\4212). Declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (STS de 20 de diciembre de 2005. RJ\2006\4212).

En el Fundamento de Derecho Segundo, la STS 20 de diciembre 2005 dice: “No obstante lo anterior, conviene añadir; a), que los artículos 41 y 43 de la CE no imponen la gestión pública directa y exclusiva del sistema de salud, cual parece pretender el recurrente, como así además lo ha declarado el Tribunal Constitucional al decir en sentencia de 37/94, «que el derecho de que los ciudadanos puedan ostentar en materia de seguridad social -salvando el carácter indisponible para el legislador de la garantía constitucional de esta institución-, es un derecho de estricta configuración legal, y que el carácter Público del sistema no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privada»; b), que además de que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, -Ley 13/95 de 18 de mayo-, ya regula la concesión administrativa como forma de gestión indirecta de los servicios públicos, es lo cierto, que el Real Decreto Ley 10/96 y la Ley 15/97, con el indicativo y clarificador título, sobre Habilitación de Nuevas Formas de Gestión del Sistema Nacional de Salud, ya se ocupan, ampliando los términos de la Ley General de Sanidad, de la posibilidad de gestión directa, o indirecta, y además de con medios propios, mediante acuerdos, convenios contratos con personas o entidades públicas o privadas, por todo lo que no se puede aceptar la alegación de que ese nuevo sistema de gestión del Sistema Nacional de Salud, carezca de cobertura legal, como se aduce, pues la tiene y en base a Ley posterior a la de Sanidad y a la de la Seguridad Social; c), que en nada obsta a lo anterior el que la Ley 15/97, citada, después de referirse a las nuevas formas de gestión, entre otras, mediante acuerdos, convenios o contratos con entidades públicas y privadas, refiera, «en los términos previstos en la Ley General de Sanidad», pues como ya había valorado y declarado adecuadamente la Sala de Instancia, esa referencia a la Ley General de Sanidad, no se puede entender referida, cual el recurrente pretende, a los modos de gestión previstos en la Ley General de Sanidad, pues ello sería tanto como dejar sin efecto esa habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud que la norma posibilita y también en buena medida derogar la propia Ley que las regula, Ley 15/97, y por el contrario, sí que es procedente y obligado entender que esa referencia a la Ley General de Sanidad, se ha interpretar y aplicar del único modo congruente y posible, estimando que esa referencia deja en vigor, como no podía menos, las nuevas formas de gestión que la nueva norma autoriza y dispone, siempre que se respeten y salvaguarden los derechos de los usuarios, a que se refiere la Ley General de Sanidad, esto es, que apliquen las nuevas formas de gestión autorizadas por la Ley, pero cuidando que ello no redunde en perjuicio del usuario del servicio, en definitiva, que se le otorgue un servicio con las adecuadas garantías y sometido a los controles oportunos; que es por otro lado, la interpretación que a esa referencia da la Ley General de Sanidad, la propia Exposición de Motivos de la Ley 15/1997, al decir: «Por último, el proyecto de Ley, en términos similares al Real Decreto-Ley anterior, recoge las distintas formas previstas en la legislación vigente, de gestión de los servicios a través de medios ajenos, haciendo hincapié en la posibilidad de establecer -cualesquiera que sean sus modalidades- acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas, adecuándose a las garantías establecidas en la Ley General de Sanidad»; y d), por último en nada obsta a lo anterior las referencias que el recurrente hace a la Ley General de la Seguridad Social artículo 4.3⁴⁸⁸ y al Real Decreto 29/2000, la primera,

⁴⁸⁸La parte recurrente -CCOO- alegó “que la asistencia sanitaria es un prestación de la Seguridad Social y que el artículo 4.3 del Real Decreto Legislativo establece que, en ningún caso, la ordenación de la Seguridad Social podrá servir de fundamento a operaciones de lucro mercantil y en base a ello la Administración no puede dar lugar a que en la gestión de una prestación de Seguridad Social, pueda

porque ya se ha visto que la gestión del Sistema Nacional de Salud, no exige una gestión pública directa y exclusiva y al ser de configuración legal, la Ley 15/97 podía autorizar unas nuevas formas de gestión, en los términos que el legislador disponga, y la segunda, porque el Real Decreto 29/2000 lo que hace es desarrollar una parte del apartado 1 del artículo único de la Ley 15/97, la relativa a las fundaciones, pero que ese mismo artículo permite además la gestión a través de empresas privadas concesionarias, como se ha expuesto”.

No obstante lo anterior, la externalización de la asistencia sanitaria pública mediante el contrato de concesión, plantea importantes interrogantes.

2.2.3.2. El problema del ajuste de los contratos de concesión para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria al Ordenamiento Jurídico y a los principios del Sistema Nacional de Salud

La Comunidad de Madrid se ha convertido en el laboratorio de las formas de gestión de la asistencia sanitaria pública. “El Plan de Medidas de la Sostenibilidad del Sistema Sanitario Público de la Comunidad de Madrid. Presupuestos 2013”, publicado en noviembre 2012, establece como reformas estructurales en la gestión sanitaria, la externalización de la actividad sanitaria de seis hospitales, utilizando el modelo de concesión, y la concesión de la prestación de la asistencia sanitaria de Atención primaria de un 10% de los centros de salud de la Comunidad Autónoma.

Para su desarrollo, la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, manifiesta en su preámbulo: “La Ley 15/1997, de 25 de abril, habilita nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud. Por ello, la Comunidad de Madrid procede a la reordenación de la asistencia sanitaria prestada tanto en su red de hospitales como en los centros de Atención primaria fijando un nuevo marco jurídico que permita el establecimiento de cualquier sistema de gestión que persiga la eficiencia en la asignación de recursos públicos y garantice la asistencia sanitaria”.

La Ley 8/2012, en su art. 62 procede a la reordenación de la asistencia sanitaria en los Hospitales Infanta Cristina, Infanta Sofía, Infanta Leonor, Sureste, Henares y Tajo; y en su art. 63, modifica parcialmente la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, dando una nueva redacción a su art. 88.

La adopción de este proceso de externalización de los servicios médicos en hospitales y Centros de Salud, ha generado una gran controversia al considerarse por amplios sectores como un atentado contra el principal pilar de nuestro modelo constitucional de Estado Social: la privatización injustificada de la Asistencia Sanitaria Pública. Ciertamente es que se vive en un entorno de profunda crisis, que exigen nuevos planteamientos de financiación y gestión del Sistema Sanitario Público.

El Plan antes referido, pone de manifiesto cual es el tipo de gestión indirecta del servicio que ha elegido el legislador: la concesión administrativa tanto en los Hospitales (art. 62) como en los centros de Atención primaria (art. 63). Además se indica cómo es

existir directamente, como en el caso de una concesión administrativa, una empresa privada cuya finalidad por definición es el lucro”

el sistema, en el ámbito de los Hospitales, con el que se retribuirá al concesionario: la capitación. También queda claro el único objetivo que parece llevar al legislador a adoptar estas medidas: intentar reducir el coste por habitante a toda costa.

El problema que se plantea, es saber si la concesión de servicios sanitarios de hospitales y centros de salud, encaja en nuestro Ordenamiento jurídico y con los principios esenciales del Sistema Nacional de Salud, y si resulta viable gestionar la asistencia sanitaria pública, contractualmente, para lograr una mayor eficiencia.

Cincuenta Senadores del Grupo Parlamentario Socialista, con fecha 27 de marzo de 2013, interpusieron el recurso de inconstitucionalidad número 1884-2013, contra los artículos 62 y 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid (BOCM 29.12.2012). La base de ese recurso está en el Informe elaborado por los Equipos Técnicos de la Asociación de Facultativos Especialistas de Madrid (AFEM) y López Rodó & Cruz Ferrer Abogados⁴⁸⁹, de 19 de marzo de 2013.

Pese a que el Presidente de la Comunidad de Madrid, ha decidido dejar sin efecto la externalización sanitaria de los seis hospitales madrileños, tras el Auto de fecha 27 de enero de 2014, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que ha resuelto mantener la medida cautelar de suspensión de la denominada externalización sanitaria madrileña, tiene gran interés valorar el examen de legalidad constitucional de los preceptos recurridos. Ello se hace en el recurso, agrupándolos en función de los principios jurídico-constitucionales infringidos.

Los reordenamos del siguiente modo:

- *Habilitación al Servicio Madrileño de Salud, para que pueda proceder a la adjudicación de contratos para la gestión de servicio público de asistencia sanitaria especializada en los seis Hospitales de la Comunidad Autónoma*

Ese es objetivo del art. 62 de la Ley impugnada. El art. 8 TRLCSP, referido al contrato de gestión de servicios públicos, dice:

“1. El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante.

Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales sólo podrán realizar este tipo de contrato respecto a la gestión de la prestación de asistencia sanitaria

2. Las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de

⁴⁸⁹<http://www.asociacionfacultativos.com/images/comunicados/inconstitucional.pdf>

entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública”.

Como se señaló en el Capítulo IV, el Servicio Madrileño de Salud se configura como un “Ente de Derecho Público -Ente público-”, integrado en las Empresas públicas de la Comunidad de Madrid, que se sujeta con carácter general al derecho privado. Se asimila a la Entidad pública empresarial estatal por lo que no se considera Administración Pública, de acuerdo con el art. 3.2 TRLCSP.

De lo anterior se desprende que dada su naturaleza jurídica, al Servicio Madrileño de Salud, le está vedada la posibilidad de adjudicar contratos de gestión de servicio público de asistencia sanitaria, como pretende habilitar la norma impugnada, por dos razones: a) Porque no concurre en el Servicio Madrileño de Salud, la condición de Administración Pública; b) La Administración titular del Servicio, que es la Comunidad de Madrid, lo tiene encomendado (gestión directa), precisamente, al Servicio Madrileño de Salud, que es una entidad instrumental y que por ello no puede ceder su gestión a terceros, ni tan siquiera parcialmente.

Por esa limitación, el legislador autonómico opta por la ambigua fórmula de la “habilitación”.

El legislador autonómico, pretende llevar a cabo, una extensión de la norma, para la que carece obviamente de competencias, del concepto de Administración Pública contenida en el art. 8 TRLCSP, que es norma básica, para que en dicho concepto se entiendan también incluidos todo tipo de entes instrumentales, sean o no entes de Derecho Público, y que todos ellos puedan “adjudicar contratos de gestión de servicios públicos”.

En base a lo anterior, cabe concluir que el art. 62 de la Ley 8/2012 de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid incurre en inconstitucionalidad, por violación del artículo 9.3 de la Constitución en relación con el principio de legalidad, así como por infringir el artículo 149.1.18º sobre bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas así como por la reserva de la Ley estatal sobre contratos y concesiones administrativas.

- *Alteración del sistema competencial en materia de regulación de la contratación pública y concesiones en relación con la libre competencia*

El art. 63 de la norma recurrida, da una nueva redacción al art. 88 de la Ley 12/2001 de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, interesando aquí, su apartado 2:

“ Cuando la gestión de los centros de atención primaria se realice por cualquiera de las formas de gestión indirecta previstas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, podrá ofrecerse la gestión de los centros preferentemente a las sociedades de profesionales con personalidad jurídica propia, que estén constituidas total o mayoritariamente por los profesionales sanitarios que presten sus servicios en el Servicio Madrileño de Salud, con la finalidad de promover un mayor grado de

implicación de los profesionales en el proceso de desarrollo, racionalización y optimización del sistema sanitario público madrileño.

Establecida la preferencia, en caso de que la gestión de los centros no se asigne a cualquiera de las sociedades de profesionales creadas al efecto, podrán concurrir para su gestión el resto de personas físicas o jurídicas legalmente constituidas”.

Esta posibilidad de establecimiento de preferencias en la adjudicación de ciertos contratos ha sido objeto de análisis por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas -Sentencia Parking Brixen GMBH-. De la Jurisprudencia del Alto Tribunal europeo, los principios han pasado a las Directivas de contratación: Art. 2 de la Directiva 2004/18/CE y art 10 de la Directiva 2004/17/CE, y a la legislación española en materia de contratación, actualmente constituida por el TRLCSP. Esas Directivas constituyen un *minimum* ineludible para los Estados de la Unión Europea. En ellas se establece la obligación de concurrir en régimen de libre competencia a la licitación de servicios públicos, contratos y obras públicas, todo ello fundado en la libre circulación de los servicios y apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros.

El art. 1 del TRLCSP dispone:

“La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.

Es igualmente objeto de esta Ley la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar”.

La única excepción que el TRLCSP establece respecto a la libertad de acceso a la licitación, es la prevista en la Disposición Adicional Quinta, que contempla la posibilidad de reservar la participación en procedimientos de adjudicación de contratos a centros especiales de empleo. También se contempla un supuesto de preferencia en la adjudicación en la Disposición Adicional Cuarta, en relación con la contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social y con entidades sin ánimo de lucro. Cualquier otra limitación a la libertad de acceso a la licitación o cualquier otra preferencia en la adjudicación no prevista en el TRLCSP, estaría vulnerando la normativa básica estatal y por ello resulta la norma impugnada inconstitucional. La normativa de la Comunidad de Madrid, se opone a la CE en tanto altera el sistema competencial en materia de regulación de la contratación pública y concesiones en relación con la libre competencia.

Se genera, además, inseguridad jurídica, en tanto la normativa aplicable de contratación del sector público se trata de una competencia estatal, lo cual siembra la duda a los posibles licitadores sobre si actuar con base en la normativa estatal violando la autonómica, o en sentido inverso, lo que constituye una contravención de la seguridad jurídica perseguida por la norma impugnada -infracción del principio de seguridad jurídica recogido en el art. 9.3 CE-.

De acuerdo con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la norma contraviene la seguridad jurídica (SSTC 46/1990, 150/1990 y 84/2008).

Habría motivos de inconstitucionalidad del artículo 63 de la Ley 8/2012 de Medidas Fiscales y Administrativas de Madrid, por haber infringido la normativa básica estatal así como por infringir el artículo 149.1.18º en materia de reserva de Ley estatal sobre contratos y concesiones administrativas.

- *Alteración del régimen público de aseguramiento sanitario del SNS: Doble régimen económico del aseguramiento de la asistencia sanitaria pública*

En nuestro Derecho positivo nunca se ha producido una disociación de sus funciones en materia de Seguridad Social y Sanidad Pública. La función esencial del Estado en materia de Seguridad Social es la seguridad que da en el aseguramiento frente a situaciones de necesidad. Este es el fundamento del Estado Social y ésta es la gran diferencia entre Europa y Estados Unidos en sus relaciones Gobierno-Sociedad. Es la Ley General de Seguridad Social, la que define los elementos subjetivos y objetivos imprescindibles del aseguramiento. En el caso de la Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social, es su prestación lo que se articula mediante el Sistema Nacional de Salud, tal y como queda regulado en sus Leyes básicas estatales y por las Leyes autonómicas de desarrollo.

La Jurisprudencia constitucional ha atribuido dos características esenciales al régimen de la Seguridad Social:

- Su garantía institucional: “La garantía institucional del Sistema de Seguridad Social, en cuanto impone el debido respeto a los rasgos que la hacen reconocible en el estado actual de la conciencia social lleva aparejado el carácter público del mencionado Sistema” (STC 37/1994).
- La naturaleza de su régimen jurídico se define legalmente y no contractualmente, y sus prestaciones no tienen carácter contributivo (STC 103/1983 y 65/1987).

Así pues, la función esencial del Estado respecto de la Seguridad Social es mantener un régimen público y, en el caso que nos ocupa, de su Asistencia Sanitaria (art. 41 CE). Y el régimen económico de este Sistema es competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.17ª).

El art. 12 de la Ley 12/2001 de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, atribuye a la Consejería de Sanidad el desarrollo de la función de aseguramiento. Los contratos de Concesión del Servicio de Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social van a introducir en la Comunidad de Madrid un doble régimen económico del aseguramiento de la prestación:

- Régimen económico contractual, en las zonas con concesión. Se realizan pagos capitativos al concesionario prestador de los servicios sanitarios, acordado contractualmente, debiéndose respetar por la Administración.

- Régimen económico presupuestario en las zonas de gestión directa por el Servicio Madrileño de Salud. No hay recursos económicos prefijados para prestar los servicios porque el Gobierno es libre de fijar las correspondientes partidas presupuestarias.

La habilitación legal para la concesión del servicio de asistencia sanitaria especializada a los hospitales concesionados se articula contractualmente para toda la población delimitada contractualmente, de los términos municipales incluidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de la concesión; la atención especializada de toda esta población es concesionada en régimen de monopolio territorial a la compañía concesionaria.

El Sistema Sanitario Público de la Comunidad de Madrid está organizado en un Área de Salud única integrada por el conjunto del territorio de la región. La organización se basa en un sistema sectorizado por Zonas Básicas de Salud, a cada una de las cuales les corresponde un Centro de Salud y un hospital de referencia. Todos los hospitales de la red pública, tanto los gestionados directamente como los concesionados a entidades privadas, tienen asignada una población de referencia. En los territorios concesionados de financiación capitativa, la población de referencia determina la cuantía de la financiación de la concesión.

El Decreto 51/2010, de 29 de julio, “por el que se regula el ejercicio de la libertad de elección de médico de familia, pediatra, y enfermero en Atención primaria y de hospital y médico de Atención especializada, en el Sistema Sanitario Público de la Comunidad de Madrid”, permite a los ciudadanos elegir profesionales de Atención primaria fuera de su Zona Básica y recibir Atención especializada en un hospital distinto al de referencia que les corresponde. Pero esta libertad de elección de hospital está limitada a procesos médicos concretos, no siendo posible cambiar el hospital de referencia que les corresponde por su domicilio. Como consecuencia, a los ciudadanos de los territorios cuya atención especializada ha sido concesionada, se les fuerza, sin posibilidad de elección, a que una parte muy importante de su aseguramiento sanitario público (Atención especializada), sea gestionada por la empresa concesionaria, sin opción a llevarse “su cápita” al hospital de referencia de su elección.

La financiación de los hospitales con gestión directa por el Servicio Madrileño de Salud, se realiza por el sistema de “presupuesto global” y se determina en los Presupuestos como un Programa, vinculado con un Contrato de Gestión entre la dirección del Hospital y la del Servicio Madrileño de Salud, en el cual se detallan los objetivos de actividad y calidad para el año. El sistema de referencia de pacientes en este ámbito es básicamente cooperativo, ya que exige la colaboración entre hospitales de menor complejidad y otros de mayor nivel; y entre hospitales de agudos y de crónicos. No existen en principio impedimentos, ni tampoco incentivos, para tratar pacientes de otras áreas de referencia hospitalaria, ni de otras Comunidades

Autónomas, lo que fomenta el intercambio de pacientes entre áreas como si existiera efectivamente un Área Sanitaria Única en la Comunidad de Madrid.

En los hospitales de los territorios de gestión indirecta de la Atención especializada, por concesión administrativa y financiación contractual capitativa, se genera un sistema competitivo: Si un paciente de su zona es atendido en otro hospital deberá abonar a la Administración sanitaria el pago establecido (salvo que se derive a un hospital de su mismo grupo empresarial); y si el hospital concesionado atiende a un paciente ubicado fuera de su zona, percibirá el correspondiente pago. Por consiguiente, en el sistema competitivo sí se generan incentivos para tratar o no pacientes en función del coste del tratamiento y en función de que sean ajenos o propios (se gana más o se gana lo mismo).

Se crea así, un “apartheid sanitario” derivado del régimen económico del aseguramiento, en el que se ven atrapados los ciudadanos de los territorios con Atención especializada concesionada, negando el concepto de Área Sanitaria Única proclamado por la Ley autonómica 6/2009.

Indefectiblemente e independientemente de cual sea la situación económica de las arcas públicas, el contrato de concesión obliga a la Comunidad de Madrid a aumentar la asignación de recursos de forma anual. Por el contrario, en los hospitales de gestión directa pública, su presupuesto anual dependerá de lo que decida el Presupuesto de la Comunidad de Madrid.

De externalizarse la gestión de los seis hospitales y los veintisiete centros de salud, un 20% de la población de Madrid pasaría a encontrarse con su aseguramiento de Atención especializada, gestionado por empresas privadas con ánimo de lucro. Si en todos estos centros, que son el 25% de los hospitales de Madrid, se produce por contrato un aumento de los presupuestos y de la cápita anual, esto implicaría, especialmente en una situación de crisis económica, una reducción mayor de los presupuestos de los hospitales de gestión directa pública. En definitiva, en pocos años conllevaría una auténtica descapitalización de los hospitales de gestión pública y una disminución de los recursos económicos asignados a los mismos.

El modelo de financiación contractual capiativa tiene un impacto sobre los costes operativos. Es imprescindible en este modelo establecer las implicaciones financieras de que un paciente de un hospital de referencia sea atendido en otro y viceversa. En estos casos “el dinero sigue al paciente” y se factura a unos precios que publica el Gobierno como precios oficiales medios de los distintos actos y procedimientos. Cuando el hospital que recibe al paciente es de una concesión administrativa privada se aplica una bonificación de un 20% de descuento (es decir, que sólo se le paga el 80% de los precios oficiales); por el contrario, si un paciente del territorio concesionado es atendido en un centro hospitalario distinto al suyo, la empresa concesionaria debe abonar el 100% del precio (como incentivo a no enviar pacientes fuera).

Sin embargo esta aparente asimetría a favor del sector público, encubre un sistema de pago contrario al interés financiero del servicio público. Si el cálculo de la cápita se realiza a costes medios, el presupuesto del hospital privado se establece para cubrir tanto los costes fijos (los que no dependen del número de pacientes), como los costes variables (que aumentan de forma proporcional con cada paciente atendido). En los hospitales, la proporción de los gastos variables es muy pequeña (20%-30%), ya que la especificidad de los activos -personal, tecnología, instalaciones, etc.- y la interdependencia de los servicios -cirugía, anestesia, laboratorio, etc.-, obliga a tener el grueso de gastos comprometidos, antes de atender en el hospital al primer paciente.

Si el hospital privado tiene cubierto por su contrato principal capitolativo sus costes fijos (pues si no fuese así, no podría empezar a funcionar), puede recibir una serie de pacientes adicionales sin tener que modificar dichos costes fijos. Estos pacientes complementarios (adicionales) que puede atender, sólo van a costarle al hospital privado los costes variables (coste marginal/adicional), ya que los factores fijos de producción ya van financiados por el contrato principal. Este beneficio incentiva una práctica de dudosa legalidad: el hospital de gestión privada pasa a tener un altísimo interés en atraer activamente a procedimientos sencillos y de costes variables bajos, susceptibles de hacer marketing por variables hoteleras o paraclínicas. Y también incita a crear sobrecapacidad instalada en los hospitales, para luego expandirse con estos procedimientos, procesos y pacientes tan rentables.

Pero el problema es más grave. En primer lugar, porque el hospital público al que correspondería prestar la atención, pierde un paciente para el que tenía la dotación en sus costes fijos, quedando inactivos una serie de recursos materiales, tecnológicos y de personal, salvo que se reasignen a otras actividades; sólo se ahorra el coste variable de estos pacientes. La consecuencia es un desequilibrio para el erario público, que ha de subsidiar al hospital privado incurriendo en un déficit de sus previsiones presupuestarias que equivale a lo que no se puede dejar de financiar en el hospital público, por ser costes fijos. En segundo lugar, con mucha frecuencia, la facturación de los hospitales públicos al hospital privado por la atención de procesos y procedimientos muy costosos, no se hace, o bien si se hace, no es con la diligencia y el coste real que correspondería, no existiendo, en muchas ocasiones, sistemas de información y bases de datos operativas. Además, al igual que ocurre con la facturación por los hospitales a terceros (compañías de seguros de tráfico, Mutuas de AT y EP, etc.), lo habitual es que el hospital público no se beneficie directamente de esos cobros, sino la Tesorería de la Comunidad Autónoma.

Al correr con el coste de formalizar la facturación, pero no con los beneficios de la misma, es muy frecuente que los procedimientos administrativos sean lentos e incompletos. Si los pacientes derivados por los hospitales privados tienen una complejidad mayor que la media, los costes van a ser muy superiores a los precios medios por proceso. De esta forma, puede darse fácilmente un desplazamiento injusto de costes de los hospitales privados a los públicos, sin que existan mecanismos claros y eficaces de control de esta desviación.

El resultado de lo anterior sería que los hospitales privados se especializarían en retener y atraer procesos, procedimientos y pacientes de baja complejidad, y a derivar

los pacientes complejos, costosos y con alta ocupación de camas. Esto redundaría en que las cuentas de los hospitales privados ofrecerían beneficios extraordinarios e injustos, pues sustituyen pacientes complejos y costosos que bloquearían las camas, por otros pacientes de complejidad menor a los cuales se les puede facturar a precios medios, a la vez que se amplía la capacidad asistencial para pacientes que sólo gastan los costes variables asociados a su atención.

En conclusión, el establecimiento de este tipo de concesiones administrativas de la Atención especializada de la Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social/SNS genera un modelo de económico dual de aseguramiento de la prestación: contractual y presupuestario, que además desencadena dinámicas económicas, financieras y de asistencia sanitaria ineficientes, y que comportan desigualdades injustas entre los ciudadanos de una misma Comunidad, vulnerando el principio de igualdad (art. 14 CE).

La vulneración del art. 41 CE, en cuanto a la garantía institucional, resulta evidente porque el aseguramiento de una parte de la población deja de ser público, al concederse a un particular, que ya ajustará los riesgos en función de su propia estrategia empresarial.

La vulneración del art. 41 CE, en cuanto a los derechos que reconoce a todos los ciudadanos también resulta evidente: frente a la confianza legítima que los ciudadanos han depositado en el aseguramiento público de la Seguridad Social /SNS pueden encontrarse, en función de su zona de residencia, con que la gestión económica de una parte muy importante de su aseguramiento sanitario lo está realizando una empresa concesionaria, con una financiación cuyos incentivos plantean un evidente conflicto de interés de imposible control público.

Finalmente, la vulneración del art. 149.1.17ª CE tampoco parece discutible, porque la Comunidad de Madrid carece de competencias para alterar el régimen público de aseguramiento sanitario del SNS, estableciendo uno propio. La prueba de que estamos hablando del “régimen económico del aseguramiento”, es que la empresa concesionaria es retribuida no en base a la actividad sanitaria del hospital y centros sanitarios que gestiona, sino por una cuota por habitante del territorio concesionado -la cápita- cuya suma puede visualizarse como una auténtica “caja de seguro”, cuya gestión económica se atribuye a la empresa concesionada.

La diferente manera en que las “primas per cápita” impactan sobre el presupuesto sanitario de gestión directa e indirecta es también prueba de que está implicado en estos contratos “el régimen económico” del aseguramiento.

La fórmula de la concesión administrativa genera una situación en la que la Administración pública sanitaria contrata externamente una de sus funciones irrenunciables por formar parte del régimen público de la Seguridad Social: su gestión económica para poblaciones sanitariamente cautivas en los territorios concesionados. Una vez que se trasmite al concesionario el aseguramiento de la asistencia sanitaria de una población, el régimen económico de la asistencia sanitaria que preste o deje de prestar se convierte en una cuestión que ya le resulta interna y propia de su gestión empresarial.

Hay un menoscabo de la tutela pública, porque ni la norma recurrida ni los contratos en vigor dotan de mecanismos a la Comunidad de Madrid para detectar y en su caso corregir, cualquier efecto negativo que del modelo concesional pueda derivarse. Hay una ausencia de mecanismos eficaces para contrarrestar los incentivos económicos empresariales en conflicto de interés potencial con las obligaciones sanitarias que asume el concesionario. Además hay una ausencia, tanto normativa como práctica, de mecanismos de tutela pública de los derechos sanitarios de ciudadanos y pacientes del territorio concesionado: 1) Los hospitales concesionados no disponen de un Contrato Programa o Contrato de Gestión, como ocurre en los hospitales de gestión directa, en los que se especifiquen los objetivos a cumplir -servicios a prestar- y los estándares de calidad; 2) La Administración sanitaria no cuenta en estos hospitales con representante alguno, ante el cual los ciudadanos y pacientes puedan presentar reclamaciones.

Por estos motivos, el art. 63 de la Ley 8/2012 de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid incurre en un vicio de inconstitucionalidad por vulneración de la garantía institucional contenida en el art. 41 CE, de los derechos que se derivan de la misma para los ciudadanos, y de los arts. 149.1.17ª y 14 CE.

- *Vulneración del Derecho a la Protección de la Salud y de la regulación básica Estatal sobre Sanidad Pública*

Se ha dicho anteriormente que la modalidad de concesiones para la gestión de la Atención especializada de la Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social incluye la transmisión al concesionario de esta parte del aseguramiento de la asistencia en los núcleos de población definidos, configurando un apartheid sanitario; esto lleva a la prolongación del apartheid a la provisión y prestación de la asistencia sanitaria, vulnerando las características esenciales del Sistema Nacional de Salud:

- De las características del derecho a la protección de la salud: Universalidad, igualdad efectiva o equidad, accesibilidad y libertad de elección.
- Del carácter integral del Sistema: Financiación pública común, reglas básicas comunes, organización de los servicios bajo una concepción integral del Sistema Sanitario.

Estas características están definidas en la Ley General de Sanidad y en la de Cohesión y Calidad, ambas de carácter básico, y que la Comunidad de Madrid, tiene que respetar.

Las SSTC 98/2004 y 136/2012, resaltan que las normas básicas constituyen un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, el acceso a la sanidad por parte de todos los ciudadanos, incluidos en el ámbito subjetivo de la norma, con independencia de su lugar de residencia.

Las restricciones de acceso en condiciones de igualdad a los servicios de salud a los ciudadanos que residen en las zonas concesionadas, son también fundamento de la vulneración de las normas constitucionales de esta apartado.

La diferencia operativa entre los hospitales que funcionan en el modelo competitivo y los que funcionan en el modelo cooperativo también rompe la concepción básica integral del Sistema Público de Salud.

En conclusión, el art. 63 de la Ley 8/2012 de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid incurren también en un vicio de inconstitucionalidad.

El Informe elaborado por los Equipos Técnicos de la Asociación de Facultativos Especialistas de Madrid (AFEM) y López Rodó & Cruz Ferrer Abogados⁴⁹⁰, de 19 de marzo de 2013, recoge otros posibles motivos de inconstitucionalidad en la reforma de la gestión sanitaria emprendida en la Comunidad de Madrid; son los siguientes:

- *Vulneración del Art. 88 CE*

El art. 88 CE dispone que “Los proyectos de ley serán aprobados en Consejo de Ministros, que los someterá al Congreso, acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos”. Con una redacción casi idéntica, el art. 140 del Reglamento de la Asamblea de Madrid dispone que “Los proyectos de ley remitidos por el Consejo de Gobierno se presentarán de forma articulada e irán acompañados de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos y precedidos de una exposición de motivos”.

Los arts. 62 y 63 de la Ley 8/2012 adoptan una decisión de extraordinaria gravedad para los ámbitos de la Seguridad Social, de la Sanidad y de las Finanzas de la Comunidad de Madrid, con todo lo que implica respecto de los derechos de los ciudadanos. Tanto las brevísimas y apodícticas manifestaciones del Plan de Sostenibilidad anteriormente referido, como el contenido de los Informes remitidos a la Asamblea de Madrid junto del proyecto de ley, no cumplen la función de aportar los antecedentes necesarios para comprender el contenido de esas normas, provocando inseguridad jurídica. El fin último que debe cumplir toda norma, y por lo tanto el conjunto de antecedentes y elementos de juicio necesarios para comprenderla, no es otro que garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos que son los destinatarios finales de la misma.

- *Vulneración de la legislación básica relativa a la contratación de las Administraciones Públicas Sanitarias (Art. 149.1.16ª CE)*

El art. 149.1.18ª atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de “legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas”. Esta legislación se contiene en el Real Decreto Legislativo 3/2011, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP). Específicamente, tanto por el título anterior, como por la reserva de las “bases y coordinación general de la sanidad” (art. 149.1.16ª CE), el art. 90 LGS constituye la normativa básica respecto de la contratación de las Administraciones Públicas Sanitarias.

⁴⁹⁰<http://www.asociacionfacultativos.com/images/comunicados/inconstitucional.pdf>

Del análisis del TRLCSP y del art. 90 LGS pueden deducirse los requisitos esenciales a cumplir por los contratos de concesión:

- Las Administraciones Públicas, dentro del ámbito de sus competencias, deben fijar (regular) los requisitos y las condiciones mínimas, básicas y comunes, aplicables a las concesiones para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria. Las condiciones económicas, deben establecerse en base a módulos costes efectivos, previamente establecidos y revisables por la Administración (art. 90.4 LGS).
- La anterior regulación debe garantizar: que, con carácter previo a la contratación, la Administración tenga en cuenta la utilización óptima de los recursos sanitarios propios (art. 90.1 LGS); que el recurso a la concesión resulte necesario (art. 22.1 TRLCSP); que las concesiones aseguren, una eficiente utilización de los fondos destinados a la contratación de los servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer (art. 1 TRLCSP).
- La Administración no podrá conceder a un tercero la prestación de la asistencia sanitaria cuando ello pueda contradecir los objetivos sanitarios, sociales y económicos establecidos en los correspondientes planes de salud (art. 90.3 LGS).
- La retribución al concesionario consistirá en un precio cierto (art. 87 TRLCSP).

Los arts. 62 y 63 de la Ley 8/2012 de la Comunidad de Madrid, no cumplen esos requisitos.

El art. 62 de la Ley entiende que basta la simple invocación de la Ley 15/1997, sobre habilitación de nuevas formas de gestión, para que sea válida la habilitación al Servicio Madrileño de Salud para adjudicar la concesión de la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada en seis hospitales. Sin embargo es claro que el apartado 1 del Artículo Único de dicha Ley se entiende aplicable a los “medios propios del ámbito del Sistema Nacional de Salud” y no a su gestión por medios indirectos –ajenos-. Precisamente, el apartado 2 de dicho Artículo único, está dedicado a “la prestación y gestión de los servicios sanitarios y sociosanitarios podrá llevarse a cabo, además de con medios propios, mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas, en los términos previstos en la Ley General de Sanidad”.

El art. 62 indica que los contratos de concesión “garantizarán los adecuados niveles de calidad, atención y derechos de los usuarios. Pero no se especifica cuales son esos niveles adecuados, al no establecerse una regulación previa, tal y como exige el art. 90.4. LGS.

Ni el Plan de Sostenibilidad, ni la Memoria del análisis del impacto normativo de la Ley 8/2012 han tenido en cuenta la utilización óptima de los recursos sanitarios propios de la Comunidad de Madrid; tampoco se ha justificado que las concesiones sean necesarias, puesto que las supuestas reducciones de costes que permitirían las concesiones se basan en una exposición apodíctica de cifras carente de justificación alguna.

El apartheid sanitario generado por las concesiones tendría unos efectos contrarios a los objetivos sanitarios, sociales y económicos de cualquier planificación racional de los servicios públicos de la Comunidad de Madrid.

Los sistemas de información del Servicio Madrileño de Salud no tienen la capacidad y prestaciones suficientes para permitir efectuar la facturación intercentros. En este contexto, la Ley estaría habilitando para celebrar unos contratos en los que las partes podrían incurrir en una simulación relativa por conocer de antemano la imposibilidad del cumplimiento de las obligaciones esenciales. De esa eventual simulación podría derivarse un fraude para la Hacienda de la Comunidad de Madrid, pues se supone que el saldo resultante de la liquidación de las facturaciones intercentros arrojaría un saldo acreedor para los hospitales de gestión directa y deudor para los hospitales concesionados.

- *Vulneración de la norma básica sobre el carácter irrenunciable de las competencias administrativas (art. 149.1.18ª CE)*

De acuerdo con el art. 148.1.18ª CE, corresponde al Estado la competencia exclusiva para establecer las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas. Por bases se entiende las nociones materiales básicas de una determinada regulación. Así, el art. 12 sobre la competencia, de la Ley 30/1992 que regula las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece que: “La competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia”.

La Comunidad de Madrid no ha dictado la regulación previa de los contratos para la concesión del servicio de gestión de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, exigida por el art. 90 LGS.

La falta de toda esa previa regulación, salvaguardia imprescindible para la gestión indirecta de un servicio público, llevaría a que la Administración carecería de los mecanismos imprescindibles para la ejercer los poderes de policía necesarios -vigilancia, inspección y control- para asegurar la buena marcha de los servicios (art. 279.2 TRLCSP); renunciando así al ejercicio de una competencia, que es irrenunciable.

Es importante también, valorar el encaje de las concesiones de servicio público para la prestación de asistencia sanitaria en el Sistema Nacional de Salud.

Las características esenciales del SNS, de titularidad y financiación pública, su unidad de régimen de aseguramiento y en las prestaciones, y su carácter integral, en el que todos los recursos operan como un dispositivo único al servicio de una cobertura universal de la asistencia sanitaria, permiten unos altos niveles de calidad e igualdad efectiva de los usuarios ante el Sistema, con independencia del lugar de su residencia; pretende establecer una importante cohesión social, mediante la corrección de desequilibrios territoriales y sociales.

La concepción integral del Sistema como dispositivo único ha hecho que se prevea y sea habitual la colaboración privada en el Sistema público, bajo el régimen de conciertos y convenios, previstos en la LGS. Ello permite obtener la prestación de

servicios bien identificados, por instituciones homologadas y de reconocida solvencia, técnica e institucional, conforme a un esquema de requisitos jurídicos que persiguen optimizar los recursos, el control de las prestaciones, la coherencia y la eficacia del Sistema. Este es el marco establecido por la Ley General de Sanidad de 1986 y por la Ley de Cohesión y Calidad de 2003. Cronológicamente en medio de ambas Leyes, se promulgó la Ley 15/1997 que habilita nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, en cierto modo disonante con el modelo de regulación de la Sanidad pública antes referido.

La doctrina jurídica⁴⁹¹ ha señalado el carácter excepcional del recurso a la técnica concesional: “Parece razonable sostener que la efectividad de los mandatos constitucionales relativos a la protección de la salud y al mantenimiento obligatorio de un Sistema público de Seguridad Social implica la existencia de una red de establecimientos de titularidad pública que deben ser gestionados directamente (con o sin personalidad jurídica propia), sin perjuicio de la colaboración de los centros privados, fundamentalmente mediante fórmulas de concertación. También es admisible la concesión y alguna otra fórmula análoga, como el nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el privado, previsto en la nueva Ley de contratos del sector público. Pero estas deben ser excepciones a la regla de la gestión directa, y por ello necesitadas de justificación concreta, sin que sea suficiente la genérica previsión legal de su admisibilidad”

No puede interpretarse la Ley 15/1997 como una habilitación general que permita ignorar por completo todo el marco de garantías de nuestro modelo de regulación de la Sanidad pública y de contratación del sector público.

La propia naturaleza de la prestación sanitaria consistente en una obligación de medios pero no de resultados, es un deber de emplear cuantos conocimientos y técnicas sean precisos para recuperar la salud, pero sin garantía de lograrlo. La primera obligación de la Administración Sanitaria como prestadora de servicios es utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a su disposición en el Sistema de Salud, diseñado para operar como un dispositivo único. De la propia naturaleza de la prestación sanitaria, y en la medida en que la red sanitaria pública se ha articulado como un auténtico sistema, resulta muy difícil y costoso (problemas de asimetría de la información, de selección de riesgos, de selección adversa.....), definir las características de una prestación en el objeto de un contrato, mediante el cual se saca del Sistema y se transfiere a un tercero una parte entera de la cobertura de la asistencia de un núcleo definido de población.

Los estudios sobre economía y derecho a la protección de la salud, medicina social, políticas públicas sobre salud, así como los análisis empíricos sobre los costes de información y transacción en la elaboración de contratos de colaboración público-privada, acreditan que resulta mucho más fácil obtener resultados eficaces y eficientes mediante estructuras organizativas integradas. Por esto constituyen el fundamento organizativo tanto de las grandes empresas como de los organismos encargados de gestionar las principales funciones y servicios públicos. Precisamente, por eso el SNS es

⁴⁹¹MENENDEZ REXACH, A., “La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública. Reflexiones en torno al debate sobre la privatización de la sanidad”, Revista de Administración Sanitaria, 2008/2.

público e integrado, ajeno a su estructuración contractual, salvo excepciones bien delimitadas.

La clave para obtener mejoras en la eficiencia y eficacia en los sistemas de salud, mejorando los niveles de salud en todo el mundo, tanto en los países ricos como en los pobres, es mejorar la calidad de la gobernanza -el buen gobierno- y financiar la asistencia sanitaria con fondos públicos y no privados⁴⁹².

2.2.3.3. La calidad de la asistencia sanitaria prestada mediante gestión indirecta y su control

La relación de los efectos de la externalización del servicio sobre la calidad de la prestación dependerá básicamente de dos factores: De las condiciones de la prestación previas a la externalización y de los controles que la Administración titular del servicio ejerza sobre los operadores privados.

La aportación de la colaboración público-privada a incrementar la eficiencia y calidad de los servicios públicos, exige un alto grado de aceptación social de la gestión privada del servicio público y de un compromiso del sector privado con el interés general. El sector privado deberá cambiar del modelo cliente-proveedor al de socio público.

Pese a las medias introducidas por la Ley 16/2003, de 28 de mayo de cohesión y calidad del SNS (LCC), continuadas por el Real Decreto Ley 9/2011, que incorpora también previsiones para la mejora de la calidad de la atención a las personas que reciben servicios sanitarios y de atención social, con la proliferación de fórmulas de gestión de la asistencia sanitaria indirectas - externalización- en sus distintas variantes de colaboración público privada, surge el debate de la calidad de los servicios sanitarios prestados. El verdadero problema, en los supuestos de externalización de la gestión de la asistencia sanitaria, no está en los costes, sino en la garantía de la calidad asistencial⁴⁹³.

⁴⁹²Informe elaborado por los Equipos Técnicos de la Asociación de Facultativos Especialistas de Madrid (AFEM) y López Rodó & Cruz Ferrer Abogados, de 19 de marzo de 2013, págs. 22-23: “Partiendo de la metodología institucionalista (ACEMOGLU y ROBINSON 2008, NORTH 1990...), el impactante estudio del HOLMBERG y ROTHSTEIN (2011), Dying of Corruption (Muriendo de Corrupción), analiza datos intersectoriales de 120 países, para llegar a la conclusión de que la clave para obtener mejoras de eficiencia y eficacia en los sistemas de salud se encuentra en mejorar la calidad de su gobernanza pública (erradicar los sobornos en los países pobres o las comisiones en los ricos, exigir el cumplimiento de las obligaciones deontológicas y de dedicación profesional, despolitizar y profesionalizar la gestión, adoptar decisiones conforme a criterios racionales y no arbitrarios, existencia y transparencia de información, controles efectivos sobre el cumplimiento de reglas..).Por ello, la recomendación derivada del estudio respecto de las políticas públicas para mejorar los niveles de salud en todo el mundo, tanto en países ricos como en los pobres, es mejorar la calidad de la gobernanza (el buen gobierno y financiar la asistencia sanitaria con fondos públicos y no privados. En la misma línea se sitúa el estudio elaborado por The National Academies 2013, que intenta dar explicaciones y presentar propuestas frente a los abrumadores diferenciales negativos sobre salud en Estados Unidos”.

⁴⁹³GOMEZ SORIANO, G., “El papel de la Inspección en los modelos de gestión privada”, en V Congreso Nacional de la Inspección de Servicios Sanitarios, 9al 12 de octubre, Úbeda, 2013.

Es un lugar común, aceptar que los actuales mecanismos de “control de calidad” en el SNS, son débiles. En los supuestos de externalización, entre los mecanismos de control estarían, el comisionado en los centros sanitarios contratados, el cumplimiento de las cláusulas contractuales, las penalizaciones estipuladas en los contratos administrativos, y en los acuerdos de gestión y control de la facturación intercentros. La Comisión Nacional de la Competencia ha establecido una Guía de contratación y competencia en los procesos de licitación, para la provisión de la Sanidad pública en España, dando recomendaciones al respecto.

Los sistemas de información pueden proporcionar un mecanismo eficaz de seguimiento y evaluación de la calidad de la prestación sanitaria, pero es imprescindible disponer de un sistema de auditorías que garantice su veracidad, validez y fiabilidad. La auditoría y, en particular, la auditoría de los sistemas de información, es un elemento de calidad imprescindible, tanto en los centros sanitarios de gestión pública como en los contratados mediante fórmulas de colaboración pública privada. La Inspección de Servicios Sanitarios es el órgano más apropiado para asumir esa función.

A partir del año 2000, se ha producido una fuerte tendencia externalizadora; de lo no clínico (uso del PFI para inversión y gestión de servicios residenciales) y posteriormente de lo clínico. Los estudios científicos más recientes⁴⁹⁴, siguen destacando que resulta extraordinariamente arriesgado llevar la colaboración público-privada, más allá de la dotación de infraestructuras, para gestionar servicios públicos asistenciales. Se fundamentan en dos razones:

- La complejidad de gestionar una multiplicidad de relaciones público-privadas, durante largos periodos de tiempo, requiere una regulación extraordinariamente específica, unos órganos administrativos específicos y un personal administrativo altamente cualificado para realizar un control efectivo de que las prestaciones de los servicios responden efectivamente al fin público que persiguen.
- El coste no equivale a calidad: cuando los parámetros de la calidad de los servicios son prácticamente imposibles de identificar “ex ante” y de controlar “ex post”, también resulta prácticamente imposible medir cuál es la calidad efectiva y objetiva (no sólo la percibida) del servicio que presta el contratista y, por tanto, evaluar y auditar el nivel efectivo de la calidad de sus servicios.

Ninguna empresa externaliza su núcleo de negocio (competencias esenciales); si lo hace está cambiando su misión. La externalización de bata blanca a través de contratos, supone un repliegue hacia la función financiera y de control por parte de las Administraciones sanitarias. Si además la colaboración público-privada se basa en pagos capitativos poblacionales, hay un claro deslizamiento desde la externalización de la provisión -prestación- hacia el propio aseguramiento poblacional. Y, finalmente, si el contrato capitativo no tiene suficientes garantías ni controles, se trata simplemente de un abandono contumaz de las responsabilidades institucionales por parte de los políticos (el proveedor privado puede volar libremente a la distancia que más le convenga). Es

⁴⁹⁴El Informe elaborado por los Equipos Técnicos de la Asociación de Facultativos Especialistas de Madrid (AFEM) y López Rodó & Cruz Ferrer Abogados, cita en sus págs 27-28, los siguientes: Ferris y Grady (1991), Hart, Shleifer y Vishny (1997), Eisenberg (2000), Brown y Potosky (2004), Mckee, Edwards y Atun (2006), Kish y Lipton (2013), Barlow et al. (2013).

necesario retomar la senda marcada por el vigente art. 90 de la Ley General de Sanidad, que regula las bases de los conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos -privados-.

Teniendo en cuenta las características esenciales de los Sistemas de Seguridad Social y de Sanidad Pública, puede afirmarse que los contratos de concesión de servicios de asistencia sanitaria, celebrados en las Comunidades Autónomas de Valencia y Madrid, son un auténtico experimento, no habiéndose comprobado que el modelo de concesión sea más eficiente, de buenos resultados clínicos y alta satisfacción a los pacientes.

2.3. Consorcios

El consorcio no es una forma de gestión ni directa, ni indirecta, sino un organismo público personificado. Este, podrá utilizar cualquiera de las formas de gestión previstas en la legislación aplicable a las Administraciones consorciadas, para garantizar la eficaz prestación de los servicios. No obstante, aunque en abstracto puedan resultar idóneas las formas de gestión, directas o indirectas, parece en principio, que las primeras se adecuan mejor al ámbito sanitario. Con carácter general, las formas de gestión indirecta no se adaptan bien al consorcio, ya que no parece muy lógico, que las Administraciones Públicas con un objetivo común, vayan a constituir una entidad instrumental de carácter corporativo, para después encargar la prestación del servicio a un particular.

El consorcio puede ser útil para favorecer el principio de “integración de todos los servicios en una organización única”, tal como dice la Exposición de Motivos de la Ley General de Sanidad (LGS), aunque hay dificultad en ocasiones, para diferenciarlo de los convenios de colaboración, recogidos en la propia LGS, que pueden celebrarse entre la Administración sanitaria y otras Administraciones titulares de centros sanitarios. No tiene sentido la constitución de un consorcio para la gestión de centros o establecimientos cuya titularidad corresponda íntegramente a una sola entidad. A su vez, las figuras consorciales, pueden dotarse de organismos instrumentales, con todas las variantes admitidas en Derecho.

La institución del consorcio, parece tener mayor sentido en el ámbito sanitario, para el desarrollo de actividades de investigación y docencia, en cuya realización están interesados, desde sus competencias respectivas, diversos organismos o instituciones.

Resulta común en la legislación sanitaria autonómica, una habilitación para la constitución de Consorcios de naturaleza pública o, de manera innominada, de otras fórmulas de gestión integrada o compartida con Entidades de naturaleza o titularidad pública o, privada sin ánimo de lucro, con intereses comunes o concurrentes.

Del análisis efectuado de la legislación autonómica, se desprende que, hoy por hoy, no se ha producido una regulación generalizada de los consorcios por las Comunidades Autónomas, pudiéndose diferenciar cuatro grupos:

- Comunidades Autónomas que siguen el modelo de Cataluña -configura el consorcio como un instrumento de cooperación con otras Administraciones y con una regulación general sucinta-. Tal es el supuesto de la regulación de los consorcios de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.
- Comunidades Autónomas que regulan tangencialmente los consorcios en los que participen, ya sea en aspectos concretos (por ejemplo, los financieros) o por sectores, o mediante referencia a través de las leyes de presupuestos. Estaría incluida en este apartado, Castilla La Mancha.
- Comunidades Autónomas que regulan con carácter general los aspectos esenciales de los consorcios en los que su posición es mayoritaria. En este grupo estaría la regulación de la La Rioja, que podría ser el modelo de referencia
- Resto de Comunidades Autónomas, cuya regulación de los consorcios es muy escueta. Regulan el consorcio en el marco de su legislación sobre Administración Local, Andalucía y Aragón. En tres Comunidades Autónomas -Madrid, Murcia y Comunidad Valenciana-, no se regula la figura consorcial en la normativa de organización administrativa.

Aspectos relevantes, a destacar en relación con los consorcios, son:

- La decisión para la creación, modificación y extinción de los consorcios se realiza por acuerdo del Consejo de Gobierno, el cual si bien, es de una jerarquía inferior a la legal, mantiene un rango significativo.
- El tema del control del consorcio es extremadamente complejo y muy vinculado a la situación de cada uno de ellos. Los parámetros del control vendrán determinados por los porcentajes o cuotas de poder que correspondan a las diferentes entidades consorciadas, las cuales, a su vez, podrán manifestarse en reservas sobre nombramientos, un número de puestos en los órganos colegiados u otros factores.
- Como se ha adelantado, el consorcio podrá utilizar cualquiera de las formas de gestión admitidas en la legislación de régimen local, concretamente, las enumeradas en el art. 85.2 LBRL. Con carácter general, el art. 6.4 LRJPAC establece que el consorcio podrá utilizar cualquiera de las formas de gestión previstas en la legislación aplicable a las Administraciones consorciadas. Por su parte, la legislación autonómica reitera las formas de gestión de servicios establecidas por la LBRL y habilita, igualmente, al consorcio para utilizar cualquier de éstas.

Aunque no es una entidad muy utilizada en el conjunto del Sistema Nacional de Salud, el consorcio se ha empleado en algunas Comunidades Autónomas -Andalucía, Aragón, Cataluña, Islas Baleares, Comunidad Valenciana-, siendo con diferencia Cataluña, la que más la ha utilizado, al disponer históricamente de muchas instituciones sanitarias de titularidad municipal -Administración local-.

3. TENDENCIAS EN LA GESTIÓN DE LA ATENCIÓN PRIMARIA DE SALUD Y LA GENERALIZACIÓN DEL MODELO DE GESTIÓN CLÍNICA

3.1. Gestión de la Atención primaria de salud

La Atención primaria de salud es el primer nivel de relación de los usuarios con el Sistema Sanitario Público. Además de su alto nivel de capacidad de resolución de problemas de salud de la población, juega un papel muy importante sobre la regulación de flujos de pacientes al segundo nivel de atención sanitaria, el nivel de Atención especializada. Por consiguiente la implantación y desarrollo de la Atención primaria en España en las últimas tres décadas, ha sido crucial para la consolidación del SNS. Esto contrasta con los Sistemas de Seguros Sociales, en los que no existe formalmente la Atención primaria.

Se han realizado diversas valoraciones de la situación actual de la Atención primaria en nuestro país. Las conclusiones obtenidas, que en general son coincidentes, en cuanto al diagnóstico y propuestas generales⁴⁹⁵, en síntesis, son las siguientes:

La valoración global de la reforma de la Atención primaria en España es positiva, pues se ha mantenido como un nivel definido de prestación de servicios, y se ha dotado de material y personal de forma homogénea en todo el país, tanto en el medio rural como en el urbano. Sin embargo, esa homogeneidad ha sido excesiva, con escasa innovación y adaptación a las necesidades locales y a las nuevas necesidades de la sociedad española en particular -inmigración, por ejemplo- y de las sociedades desarrolladas en general -la medicalización de la vida diaria, por ejemplo-.

La reforma cuenta con la aceptación social y el apoyo de las distintas opciones políticas que han gobernado en el Estado y en las Comunidades Autónomas a lo largo de las tres últimas décadas. Destaca, también, el establecimiento de la Medicina de Familia y Comunitaria como una especialidad médica, el trabajo en equipo, a tiempo completo y en exclusiva de los profesionales, y la introducción de la historia clínica como herramienta cotidiana de trabajo. Por todo ello, la reforma aprueba tanto se mida por la opinión de los ciudadanos como por la comparación con los países mediterráneos de la Unión Europea.

Entre los problemas que sigue arrastrando la implantación del modelo de Atención primaria de salud, destaca la falta de definición de los papeles de los distintos profesionales (lo que ha llevado a cubrir deficientemente aspectos esenciales de la enfermería, como el trabajo con crónicos a domicilio), y la ausencia de medidas para la coordinación con el nivel de Atención especializada, pues la reforma se ha centrado en los aspectos concretos de mejora de capacidad de la Atención primaria. También, la rigidez de un sistema muy burocratizado, ha llevado al cansancio y hastío de los profesionales sanitarios, lo que compromete su futuro. A ello se suman las restricciones

⁴⁹⁵<http://www.elmedicointeractivo.com/docs/documentos/INFORMEAP22010.pdf>; Grup de Treball Redactor. Avaluació dels models de provisió de serveis d'atenció primària a Catalunya. Resum Executiu. Generalitat de Catalunya. Departament de Salut. Disponible en: www.gencat.cat/salut/ies/html/ca/dir2629/resumexecutiu.pdf.

de financiación y el control del gasto sanitario, fundamentalmente a través de una escasa remuneración de los profesionales. Esto ha llevado al establecimiento de una corriente migratoria de profesionales sanitarios hacia países de nuestro entorno (que triplican los ingresos profesionales reales).

Las propuestas de mejora proponen la introducción de una mayor flexibilidad que permita la experimentación y evaluación de formas nuevas de organización en las que el médico recupere autonomía, autoridad y responsabilidad social. La clave es mantener una financiación pública suficiente y generosa, y un nivel bajo de copago; pero la prestación podría derivar a fórmulas de mayor independencia profesional, con adecuados sistemas de control de calidad. En todo caso, habría que aumentar el personal auxiliar, en las consultas y en el área administrativa.

También se debería intensificar la coordinación interniveles, pues es esencial para la salud del paciente, agudo y crónico, la continuidad asistencial. La coordinación entre Atención primaria y Atención especializada debe fundarse en el papel de filtro del Médico de Familia, de forma que los especialistas hospitalarios y de centros periféricos de especialidades, tengan el papel que realmente les corresponde. Además, la burocracia debería reducirse a un mínimo, tanto en lo formal como en lo conceptual.

Para que la Atención primaria alcance liderazgo tiene que proporcionar servicios eficientes y de calidad, en el tiempo correcto, el lugar apropiado y por profesionales competentes. Debe proporcionar la mayor parte de la atención cerca del domicilio del paciente, reservando los hospitales para los procedimientos altamente especializados.

Desde el punto de vista estructural, los cambios organizativos tendentes a favorecer la autonomía de los Equipos de Atención primaria, hasta ahora han tenido escaso eco en nuestro país.

Las características de los distintos modelos de gestión en Atención primaria de salud⁴⁹⁶, se pueden clasificar en modelos de gestión directa e indirecta.

⁴⁹⁶PALOMO, L., “La Atención primaria española aún se puede mejorar”, en “Un diagnóstico comparado de los sistemas públicos sanitarios de España y Reino Unido”, Fundación 1º de Mayo, 2012. www.IMAYO.CCOO.ES. El autor hace referencia a un cuadro comparativo de modelos de gestión de Atención primaria: CANALS, J.; DUQUE, A.; GONZALEZ, R.; LOPEZ, M.; MARTINENA, E.; NAVARRO, C., “La Atención primaria de salud en España. Análisis de la situación actual y propuestas de futuro”, Madrid: CC.OO. Federación de Sanidad, 2003. Otros modelos de gestión directa de Atención primaria son:

Modelo de “Calidad Total”

Es un modelo que busca la mejora continua de la calidad: gestión de la asistencia sanitaria individual, gestión de procesos asistenciales, gestión de la unidad. Se ha iniciado su implantación en el Servicio Andaluz de Salud y Osakidetza (Unidades Clínicas, gestión de procesos), Instituto Catalán de la Salud (dirección clínica). Como ventajas de este modelo novedoso está el rediseño de actividades en la relación medicina-enfermería; mejora en los Equipos de Atención Primaria (reparto de tareas, individualización de objetivos y preocupación por la calidad); aumento del grado de compromiso de los profesionales; mejora de la calidad asistencial (liga actividad y formación continuada); necesidad de coordinación entre niveles asistenciales; papel del coordinador/director médico. Los problemas

El modelo de gestión directa tradicional, es el denominado “Autonomía de gestión”. Es el más arraigado en el SNS, alcanzando el 90% de los Equipos de Atención primaria y más del 85% de los profesionales de ese nivel asistencial.

En este modelo se produce una desconcentración, en el seno de un único proveedor público, para la gestión de los Equipos de Atención primaria. Este proveedor público suele ser el Servicio Autonómico de Salud. El modelo genera, entre los Equipos de Atención Primaria, competencia dentro del mismo proveedor.

Se basa el modelo, en la dirección por objetivos, contrato programa con el proveedor, o bien, contratos de gestión, gestión clínica y gestión por procesos.

Es un modelo transparente y flexible, participativo, con una valoración individual y colectiva de la motivación.

Entre los problemas que presenta el modelo, están los siguientes:

- Dudas sobre la capacidad de los incentivos para producir mejoras.
- Falta de integración entre niveles asistenciales: Atención primaria, Atención especializada. Descoordinación en la protocolización interniveles: los incentivos animan a derivar al otro nivel el mayor número de cargas posibles.
- Intromisión del planificador -Consejería competente en materia de Salud, Servicio Autonómico de Salud-: los objetivos dependen de los modos posibles de lograrlos, según el planificador.
- Escaso sustento epidemiológico y en planes de salud; mayor énfasis en productos intermedios que en finales -resultados-.
- Criterios económicos -ahorro sobre todo farmacéutico y también en gestión de la incapacidad temporal-.

principales de este modelo son la reticencia a participar en gestión e incentivos poco atractivos; desigualdad en la negociación del presupuesto impuesto por la Administración sanitaria; controles de calidad dudosos (encuestas de satisfacción); en cuanto a objetivos de asistencia: no se puede predecir el volumen de pacientes a atender.

Modelo “Oligopolios”: Consorcios, fundaciones y empresas públicas

En este modelo se produce una diversificación de proveedores públicos con personalidad jurídica. Los Equipos de Atención primaria pueden estar gestionados por empresas sin ánimo de lucro (titularidad pública, derecho privado), gestoras de un hospital próximo (consorcios, fundaciones, empresas sanitarias de carácter público con gestión empresarial). Las ventajas del modelo son: la adaptación al cambio (capacidad de amoldarse a nuevas situaciones y relación entre interés de los profesionales y objetivos fijados); clarificación de los objetivos (la entidad compradora establece objetivos no actividades); eficacia, eficiencia y competitividad; función reguladora del sistema (el médico de Atención primaria canaliza los pacientes hacia el centro más adecuado); mayor satisfacción del usuario y del profesional (relación más personalizada); aumento del nivel de servicios; facilitación del trabajo en equipo. Entre las desventajas de este modelo, están: la selección adversa de pacientes; problemas en la equidad (tiempos de acceso preferentes); imperativos financieros (la competencia sustituye a la cooperación y a la coordinación; se mejora la cuenta de resultados traspasando costes); problemas con la accesibilidad (grupos menos favorecidos podrían verse privados de algunos servicios; sobrevaloración de la eficiencia a corto plazo (atención versus prevención; demandas de los pacientes versus necesidades); clientelismo; aumento de los costes de transacción; modelo hospitalocéntrico: Atención primaria capta clientes); fragmentación del SNS; no hay pruebas comparativas de que reduzcan la resolución y la competencia (de hecho hay mayor derivación al hospital debido al sistema de pago de hospitales).

- Poco peso de los conceptos variables en la retribuciones -hasta un 10%-.

El Modelo de gestión indirecta -externalización- de Atención primaria, es el denominado de “Entidades de profesionales” (Cooperativas sanitarias, definidas y reguladas en la mayoría de las Comunidades Autónomas, y Sociedades -Mercantiles y Laborales-).

Entre sus características principales está la diversificación de proveedores privados; se trata de Equipos de Atención primaria gestionados por una entidad propiedad de los profesionales con finalidad lucrativa. Un ejemplo son las Entidades de Base Asociativa implantadas en Cataluña y las sociedades de profesionales con personalidad jurídica propia de la Comunidad de Madrid, para la gestión indirecta de los Centros de Atención primaria. Curiosamente las primeras, implantadas hace años, no despertaron tanta controversia como ha ocurrido en la Comunidad de Madrid.

Entre los beneficios de este modelo de gestión están, la mejor utilización de los recursos (mejora de los procesos, reducción de la variabilidad clínica, uso adecuado de recursos); se facilita el trabajo en equipo; mayor grado de incentivación profesional; mejor relación médico-paciente; más receptividad ante las demandas de los usuarios; mejora de la accesibilidad; potenciación de los servicios auxiliares; reequilibrio en la relación Atención primaria-Atención especializada. Pero también plantea problemas:

- Desconfianza de los usuarios: conflicto de intereses entre servicios prestados e incentivos sobre los médicos y otros profesionales sanitarios.
- Imperativos financieros: incentivar la buena práctica versus el ahorro.
- Limitación de beneficios: Rentas personales versus retribuciones en especie -restringir la maximización de beneficios-.
- Carrera profesional.
- Tipo de dedicación.
- Universalidad -voluntariado y monopolios naturales-.
- Equidad de acceso.
- Selección de riesgos.
- Abuso de la temporalidad laboral.
- Falta de equidad en la atención.
- Falta de asunción de riesgos reales.
- Predominio casi exclusivo de la función asistencial.
- Clientelismo: refuerzo de la calidad aparente.
- Aumento de los costes administrativos

En realidad hay pocos datos obtenidos de la experimentación de modelos organizativos distintos al cuasi universal de una Atención primaria basada en centros de salud y en Equipos de Atención (modelo tradicional).

Valoradas las ventajas e inconvenientes de los distintos modelos de gestión en Atención primaria, en términos generales, los datos apuntan a una mayor satisfacción de los profesionales en los modelos autogestionados y a unos resultados equivalentes en datos de actividad, eficiencia y satisfacción ciudadana, es decir los resultados asistenciales de las diferentes fórmulas de gestión, son similares.

Es la propia diversificación, es decir la ausencia de una situación monopolística en la provisión, y la existencia de un cierto grado de competición entre modelos y empresas, más que las características de un determinado modelo, lo que ha estimulado la escasa mejora.

En los tiempos actuales, por el contrario, no se vislumbra una iniciativa globalizadora que de aires nuevos a una organización que se ha burocratizado en exceso, diluyendo la profesionalidad de sus actores; que está soportando mal la creciente medicalización y banalización de la demanda, así como las consecuencias de una demografía adversa (incremento de la población protegida, población mayor envejecida, comorbilidad y multimorbilidad crecientes, envejecimiento de los propios profesionales).

En este contexto, las medidas parciales que se han puesto en marcha en varias Comunidades Autónomas (esencialmente para disminuir la carga burocrática de los médicos), seguramente no serán suficientes para devolver a los profesionales el entusiasmo perdido, por el contrario, algunas de ellas pueden poner en riesgo algunos valores esenciales de la Atención primaria, como la continuidad asistencial, por ejemplo, y, en cualquier caso, pueden ocasionar agrios debates en los Equipos de Atención primaria, porque enfrenten competencias entre distintos estamentos profesionales (médicos de refuerzo versus convencionales) o porque fragmenten y desregulen las estructuras asistenciales (fórmulas de gestión indirecta: cooperativas, etc.).

Los cambios en la Atención primaria de salud que concitan suficiente nivel de acuerdo son, además del incremento de la financiación, la libre elección de médico de Atención primaria y las mejoras en la accesibilidad, sin diferencias entre mañana y tarde; cambios en el modelo retributivo, mediante la capitación dinámica de base poblacional, modulando los incentivos económicos y profesionales vinculados a evitar ingresos innecesarios o a la efectividad alcanzada respecto a la epidemiología esperada y al desempeño individual; gestión compartida desde un sólo órgano -gerencia única- de los recursos de Atención primaria, del hospital, salud mental, servicios sociales, etc.; participar activamente en la gestión clínica de los procesos, tanto de la práctica clínica, como la garantía de calidad, la farmacia o la incapacidad temporal; la atención preventiva y comunitaria, junto con la incorporación a la Atención primaria de actividades hospitalarias como cirugía menor, electrocardiografía, analítica básica, citología colocación de DIU, espirometría, ecografía, cuidados paliativos, seguimiento de enfermos crónicos y postoperatorios, etc., han sido las estrategias de expansión de la cartera de servicios más utilizadas; por último, la Atención primaria debe protagonizar el control del enfermo crónico o frágil, de la salud mental -especialmente en los trastornos de bajo perfil-, de la salud pública y de la salud laboral.

Cuando se habla del derecho a la protección de la salud de los ciudadanos europeos, no será de recibo que dentro de nuestras propias fronteras la atención a la salud se convierta en un elemento de distinción o de discriminación entre ciudadanos españoles. Antes de que presupuestos sanitarios desiguales, o prestaciones desiguales, o distintas accesibilidades acaben manifestándose como injustas diferencias de salud, en

morbimortalidad, esperanza de vida, etc., necesitamos mejorar la cohesión del SNS y su financiación; potenciar la Atención primaria y despolitizar la gestión sanitaria, fomentando la participación profesional y ciudadana.

3.2. Mejor coordinación interniveles: Del hospital general al conglomerado hospitalario abierto.

En la Red hospitalaria cerrada -“tradicional”-, la colaboración entre los profesionales es posible pero excepcional, pues la plantilla médica y los pacientes, están “secuestrados” entorno al núcleo del hospital. Por contraposición, en la alternativa de una Red hospitalaria abierta, con arquitectura colaborativa en red, la plantilla médica y los pacientes circulan entre los centros de alta especialización, de procesos quirúrgicos, hospitales de proximidad; se permite compartir servicios centrales y generales, facilitando las interconsultas físicas con Atención primaria y la teleconsulta. Un ejemplo de esta segunda opción, son las fusiones regionales combinadas con reorganización por Áreas de Gestión Clínica (POLES) en Toulouse⁴⁹⁷(Francia); o también, por ejemplo, la reorganización hospitalaria que se ha realizado o está en proyecto, en algunas capitales andaluzas, como Jaén y Granada.

3.3. La implantación del modelo de gestión clínica

No habiendo tenido éxito la gestión directa de la asistencia sanitaria mediante personificaciones –públicas o privadas- de titularidad pública, y siendo muy controvertidas las opciones de externalización iniciadas en algunas Comunidades Autónomas, está ganando terreno la denominada “Gestión Clínica” (GC), la cual se enmarca en la nueva gestión pública.

Tras las experiencias en la implantación de modelos de privatización, gerencialistas y de cuasi mercado, la nueva gestión pública es propugnada como una cuarta vía que habría que fomentar, basada en un cambio de cultura y valores, y basada en los incentivos al profesionalismo -autonomía ligada a consecución de objetivos-; es la gestión contractual apoyada en la profesionalización y la gestión integrada por áreas de salud, iniciada en algunos Servicios de Salud.

La nueva gestión pública trata de aplicar en la práctica los modelos gerencialistas que pretenden emular los procesos de descentralización interna de la moderna empresa privada, acercando la toma de decisiones a las unidades organizativas inferiores, dotándolas así, de capacidades de gestión clínica. Se liberarían recursos de las unidades superiores, que se concentrarían en la evaluación y asignación de recursos. Permitirían introducir mecanismos de incentivos al explicitar objetivos en la formalización de los contratos, alejándose de los modelos burocráticos. La racionalización de los recursos, incluidos los objetivos de contención del gasto, es una constante en los programas. Las principales experiencias han sido los Institutos Clínicos y las Unidades de Gestión Clínica (UGC), vinculadas éstas a la gestión de procesos clínicos (por ejemplo, el proceso diabetes, el proceso cáncer de piel, etc.).

⁴⁹⁷<http://www.chu-toulouse.fr/-poles-medicaux->

3.3.1. Concepto de Gestión Clínica

La Gestión Clínica es un modelo asistencial integrador, colaborativo y multidisciplinario que busca la mejora de la eficiencia y calidad de la práctica clínica mediante la responsabilización de los profesionales sanitarios en la gestión de los recursos utilizados en su ejercicio profesional, organizando y coordinando las actividades que se generan en torno a cada proceso asistencial.

Así pues, la GC se define⁴⁹⁸ como el uso de los recursos, intelectuales, humanos, tecnológicos y organizativos, para el mejor cuidado de los enfermos y están en relación con el conocimiento clínico, la mejora de los procesos asistenciales y la organización de las unidades clínicas. Es decir, practicar GC es integrar la mejor práctica clínica y el mejor uso de los recursos disponibles.

El modelo de gestión clínica pretende:

- Impulsar una forma de organización que oriente la actividad hacia el proceso asistencial y la atención integral del paciente.
- Motivar a los profesionales sanitarios mediante su implicación en la gestión de los recursos de la unidad o servicio al que pertenecen.
- Fomentar nuevos valores y competencias esenciales para impulsar un renovado profesionalismo sanitario.

El consenso sobre la necesidad de la Gestión Clínica (GC), es prácticamente unánime. Si el profesional es quien decide el proceso productivo en el hospital al tomar decisiones con o en nombre del paciente, parece razonable que participe en la gestión de los recursos de las unidades clínicas si se quieren mejorar los resultados. Se pretende que la toma de decisiones esté allí donde hay más información, es decir, en los médicos y profesionales sanitarios en general.

Los médicos siempre han hecho gestión clínica, pero este nuevo planteamiento supone, por una parte, un nuevo abordaje de la dirección de las organizaciones sanitarias con consecuencia sobre el propio diseño organizativo y, por otra, la evaluación permanente de la actividad asistencial y la implicación de los profesionales en la gestión de los recursos utilizados en la atención de sus enfermos.

La gestión clínica se acompaña de una descentralización de la organización. El objetivo es que los profesionales tengan capacidad para organizarse y diseñar estrategias para la mejora de los resultados de la atención a los pacientes. Puede implicar una transferencia de riesgos a las unidades clínicas, con la posibilidad de ganar o perder, en función de los resultados.

Existen numerosos condicionantes de la actividad sanitaria que han dado lugar a nuevos planteamientos en la organización de los centros sanitarios. Entre los más importantes destacan: la variabilidad en la práctica clínica, las crecientes expectativas

⁴⁹⁸PEREZ, J.J., GARCÍA, J., TEJEDOR, M., “Gestión Clínica: conceptos y metodología de implantación”, Rev. Calidad Asistencial, 2002; 17 (5): 305-11.

ciudadanas, la gran innovación de tecnologías y el marco económico en los servicios públicos.

Para hacer GC, es necesario investigar y mejorar la eficacia y efectividad de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos, analizar y optimizar los procesos de atención a los enfermos y dotarse de la estructura organizativa y de control adecuada.

La metodología de implantación incluye el análisis de la práctica clínica, el estudio de la producción asistencial de la unidad y de utilización de recursos, el análisis organizativo, el desarrollo de un sistema de evaluación y la elaboración de criterios de atención ética y de calidad.

Este concepto entronca con los fundamentos éticos de la medicina, puesto que persigue el máximo beneficio para el paciente y la sociedad en su conjunto.

3.3.2. Niveles en la Gestión Clínica

En la GC se delimitan tres niveles:

- *Gestión de la asistencia sanitaria individual.* Se refiere a la elección de un determinado tratamiento o de una indicación quirúrgica. Es sin duda el aspecto más relevante de la GC, puesto que ésta se basa en la eficacia -mejorar el diagnóstico, el tratamiento y el cuidado de los pacientes- de esta primera decisión profesional. Se entiende por eficacia, los beneficios obtenidos por un paciente cuando sobre él se aplican, en condiciones ideales, los conocimientos clínicos. En este nivel se puede decir que “la mejor gestión es una buena medicina”. La Medicina Basada en la Evidencia, la Epidemiología Clínica y las técnicas de Evaluación Clínica, aportan información para la selección de la pauta más adecuada para el enfermo.

Es importante considerar, en este nivel de decisiones, el aumento de la demanda de cuidados de enfermería motivado por la evolución demográfica y los cambios en los patrones epidemiológicos que han modificado el perfil de pacientes del hospital. Las características de los ancianos y de los pacientes crónicos, hacen que la eficacia de la terapia individual dependa, junto a una buena medicina, de un buen plan de cuidados de enfermería, elaborado a partir de información sobre la capacidad de autocuidado del paciente, necesidades básicas, de los aspectos educativos y de las características de las redes de apoyo familiares.

- *Gestión de los procesos asistenciales.* Este segundo aspecto de la GC tiene que ver con la efectividad clínica -mejora de los resultados de la práctica clínica- y con la mejora en la gestión de los procesos, tanto asistenciales como administrativos. La efectividad mide los beneficios obtenidos por un paciente, o un conjunto de pacientes, cuando los conocimientos o la tecnología se aplican en condiciones reales, es decir, la medida en que se consiguen los objetivos deseados. Lo esencial es garantizar la atención integral al paciente. De nada sirve aplicar una técnica quirúrgica correctamente en una patología oncológica si el diagnóstico se ha retrasado en la atención desde Atención primaria o el hospital. El análisis y la mejora continuada de los procesos asistenciales - lo que viene denominándose “reingeniería”- es una herramienta esencial. La ventaja de

la gestión por procesos, es que refuerza la continuidad asistencial al integrar, actividades asistenciales y no asistenciales, de Atención primaria y especializada.

- *Gestión de la Unidad o de la utilización de los recursos.* Dentro de la gestión clínica es imprescindible asumir este nivel de decisiones, para poder hablar de responsabilidad sobre la eficiencia -optimización de costes-. Se entiende por eficiencia, la relación entre los beneficios obtenidos y los costes que se han empleado en obtenerlos. Es un término relativo y por tanto, debe analizarse en términos comparativos. En este momento existen suficientes experiencias sobre presupuestos clínicos, sistemas de control de gestión, medida de la actividad de los servicios asistenciales, sistemas de información de costes, etc., que pueden ayudar a la gestión de la unidad. Independientemente de los instrumentos que se utilicen, la unidad puede optar por modelos organizativos innovadores como las cooperativas sanitarias u otras formas de asociación profesional que puedan mejorar la capacidad de gestión.

Las decisiones que se toman en cualquiera de estos niveles tienen un reflejo en los costes de la asistencia que se ponen de manifiesto en la cuenta de resultados de la unidad, así como en los estándares de calidad del servicio. Los profesionales que se incorporen a una unidad con autonomía de gestión tendrán que plantearse de qué forma consiguen optimizar la eficacia, la efectividad y la eficiencia de sus decisiones para lograr mejores resultados.

Ahora bien, el proyecto de descentralización a través de la gestión clínica pretende maximizar la calidad; no se trata simplemente de ahorrar, sino de optimizar los recursos y mejorar la calidad de los servicios.

Como hemos visto, existen métodos y sistemas de información para mejorar la toma de decisiones en cada uno de los niveles delimitados para la gestión clínica. La unidad debe desarrollar guías de actuación para mejorar la eficacia, la efectividad y la eficiencia. En un primer momento, las comparaciones sólo podrán hacerse con los resultados de la misma unidad en otros períodos, pero más adelante, será posible compararse con unidades similares y con los estándares publicados.

3.3.3. Puntos débiles en la implantación de las Unidades de Gestión Clínica

La creación de las Unidades de Gestión Clínica (UGC), se inicia hace más de 30 años con la “Clinical Governance” en el NHS inglés; posteriormente en el INSALUD, apareció una guía de gestión clínica, precursora del desarrollo posterior llevado a cabo por las Comunidades Autónomas. En el plano teórico, son indudables las ventajas del modelo de Unidades de Gestión Clínica, liderado por profesionales y centrado en el paciente. No obstante lo anterior, existen puntos débiles para su implantación y generalización en el Sistema Nacional de Salud:

- El modelo es más fácil de implantar en Atención primaria. Los intentos de implantación en Atención especializada –hospitales- choca con las viejas estructuras existentes de Servicios asistenciales, jerarquizados y con parcelas de poder en la organización del centro, muy definidas, tanto formalmente como informalmente. Es complicado cambiar de un modelo organizativo compartimental -vertical- a uno

horizontal, existiendo dificultades por las pérdidas de “poder fáctico” de determinados Jefes de Servicio con el correspondiente nombramiento -“plaza en propiedad”-. Así mismo, las UGC, coexisten con las estructuras paralelas de Enfermería, y personal no sanitario; estas tipologías de personal, adscritas funcionalmente a las UGC, conservan, superiores jerárquicos diferentes a los responsables de las nuevas Unidades, quedando como estructuras en paralelo, con funcionamiento independiente, en lo referente a la gestión de personal -turnos, absentismo, sustituciones, etc.-, produciéndose muchas distorsiones.

Las dificultades surgen de la coexistencia de estos nuevos modelos -UGC-, caracterizados por la transversalidad, con la estructura jerárquica tradicional, en Departamentos y Servicios, propia de los centros sanitarios -hospitales-, especialmente en cuanto al personal sanitario se refiere.

- El modelo de Gestión Clínica pretende mayores cotas de autonomía para el profesional en la toma de decisiones de gestión, vinculadas a la eficiencia, eficacia y mejor evidencia clínica. Sin embargo en la práctica, se ha demostrado la escasa autonomía de los profesionales, que inicialmente pactan objetivos de gestión, pero progresivamente se produce un deslizamiento, acabando siendo impuestos por la dirección gerencia de los centros sanitarios, quedando la supuesta autonomía de los profesionales en un plano casi testimonial.

- Se parte de la idea de incentivar a los profesionales, ligando el cumplimiento de los objetivos “pactados” entre la Dirección de la UGC y la Dirección del Centro Sanitario, con una parte de variable de la retribución -Complemento al Rendimiento Profesional ,CRP-. Este sistema en principio pretendía, discriminar entre Unidades de Gestión Clínica, y entre profesionales, dentro de cada una de ellas, creando un sistema competitivo. Sin embargo, este método incentivador cambió, apartándose de su finalidad inicial, hasta irse convirtiendo en un complemento retributivo casi lineal, llegando casi a desaparecer con los ajustes presupuestarios relacionados con la crisis económica.

- Se construye un modelo de competencias necesarias para desempeñar cada uno de los puestos que componen la UGC, pero no hay herramientas reales para mejorar las competencias de los profesionales a través de formación. Por otra parte, la selección de los profesionales de nueva incorporación, sigue siendo ajena los responsables de la UGC, al seguir reguladas por las normas del personal estatutario -bolsas de empleo, etc.-, ajenas a los planteamientos del modelo.

- La oposición de las organizaciones sindicales a la implantación de las UGC, ha ido minando el impulso inicial dado a las mismas por los Servicios Públicos de Salud, hasta casi homogeneizar la mayor parte de las UGC, con los Servicios asistenciales tradicionales. En materia de prestación de servicios, se han ido diluyendo gran parte de las ventajas de la Gestión Clínica, al mantener encuadrado al personal sanitario en el Estatuto Marco, que no ha sufrido las modificaciones legislativas suficientes para adaptarse al nuevo modelo, y mantener el impulso, más entusiasta que efectivo, de los responsables de las políticas sanitarias. La precariedad laboral de los profesionales de los Servicios de Salud, sobre todo personal de nueva incorporación, con un progresivo recorte salarial y aumento de la jornada, abuso de las contrataciones a tiempo parcial, y

el envejecimiento de las plantillas, dificulta una reforma organizativa de gran calado, no existiendo suficiente masa crítica para su implantación.

- Al no existir apenas regulación, sobre todo en el ámbito hospitalario, el nombramiento de los directores de las UGC, ha sido de dudosa legalidad, habiéndose utilizado, en algunos casos, de manera arbitraria para sustituir a Jefes de Servicio, que eran vistos como un obstáculo a los intereses organizativos de la dirección de los centros. Incluso se llegó a mantener, en ciertos casos, en paralelo, las UGC y los Servicios Asistenciales originales, pero ya residuales.

- Hasta ahora no ha existido un impulso legislativo en la mayoría de las Comunidades Autónomas. Pocas de éstas, han regulado en su legislación sanitaria el Modelo de Gestión Clínica; a lo sumo, en algunas de ellas, se han dictado normas infralegales, sobre todo en el ámbito de la Atención primaria, habiéndose traducido la resistencia a la implantación de las UGC, por determinados colectivos, en recursos ante los Tribunales de Justicia.

La Ley 3/2003, de 6 de febrero, de la Generalitat, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad Valenciana, en sus arts. 41 a 45 se refiere a las fórmulas organizativas de integración de recursos asistenciales; así, la Agencia Valenciana de Salud podrá autorizar en sus centros la creación de nuevas unidades/fórmulas organizativas como son las áreas clínicas y las unidades de gestión clínicas. No tienen personalidad jurídica.

- Las funciones de gestión de asistencia sanitaria, pueden atribuirse, en régimen de desconcentración, además de a los órganos especializados -centros y establecimientos sanitarios-, a cualquier estructura específica que se cree por la Administración sanitaria, para la gestión de un establecimiento, un servicio público o el ejercicio de una función específica, pudiendo tener diversas denominaciones. En este grupo se incluirían, entre otras, las Áreas Clínicas (Comunidad Valenciana) y Unidades de Gestión Clínica (Castilla La Mancha, Comunidad Valenciana), las Estructuras de Gestión Integrada (Galicia) y las Áreas de Gestión Sanitaria (Andalucía). El régimen jurídico de estos órganos desconcentrados es íntegramente de Derecho público, ya que, al no tener personalidad jurídica propia, se integran en la estructura administrativa y se les aplican en su totalidad las disposiciones relativas a la Administración Pública a que pertenecen.

El IV Plan Andaluz de Salud 2013, publicado por la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales, establece como “Compromiso 5: Situar el Sistema Sanitario Público de Andalucía al servicio de la ciudadanía con el liderazgo de los y las profesionales”. Este compromiso, en uno de sus puntos de desarrollo, se refiere a la Organización del Sistema Sanitario Público de Andalucía (SSPA); dice “Así el SSPA debe incorporar ya, formas de organización más horizontales, que cuente con la ciudadanía como parte del modelo y que faciliten estos retos. Esta organización consolidada en el SSPA, se articula en base al modelo denominado Gestión Clínica.....La nueva organización estará basada en las unidades de gestión clínica que serán el elemento nuclear. Estas unidades se conciben como el mejor escenario de confluencia de las expectativas y necesidades de la ciudadanía con el desempeño y el desarrollo de profesionales.....El SSPA orientará la organización de las unidades de

gestión clínica como estructuras nodales que permitan el desempeño en redes de conocimiento, y establecerá la metodología y las herramientas que faciliten su descentralización y autonomía para la gestión de los recursos disponibles contribuyendo a la sostenibilidad del sistema sanitario”.

La reconversión del actual modelo organizativo en el nuevo Modelo de Gestión Clínica, desde el punto de vista de la legislación básica, deberá constar de dos áreas fundamentales: una sobre creación, constitución, financiación y estructura de las UGC y otra, sobre incorporación y dotación de recursos humanos, al nuevo modelo.

Por consiguiente, en el ámbito estatal, es necesario, la modificación y/o adaptación de los preceptos correspondientes que son parte de la legislación básica estatal. En las Comunidades Autónomas, facilitando las modificaciones normativas en al ámbito de sus competencias, para hacer viable la propuesta.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

1. Concepción legal del Sistema Nacional de Salud

Enjuiciar y valorar el ambicioso diseño de la concepción legal del Sistema Nacional de Salud realizado por la Ley General de Sanidad y la plural forma de prestación –gestión- de servicios que contempla, y la evolución legislativa posterior, exigiría un ambicioso y dilatado esfuerzo investigador multidisciplinar. Este trabajo aborda el tema, desde una perspectiva jurídica.

De entrada, los dos componentes a considerar son: “Organización Administrativa” y “gestión de la asistencia sanitaria en el Sistema Nacional de Salud (SNS)”.

La organización administrativa, desde el punto de vista jurídico, puede ser estimada como el conjunto de normas que regulan la estructura y la atribución de facultades y obligaciones (competencias o funciones) de un determinado ente (órgano).

Respecto al segundo componente, la técnica jurídica, financiera y administrativa, suele distinguir entre gestión y administración. La primera es considerada como social y política, en tanto que la segunda es una función técnica que requiere pericia y capacidad de aproximación hacia los beneficiarios para poderlos servir bien.

Centrándonos en la gestión, ésta, conceptualmente puede entenderse en dos acepciones, objetiva y subjetiva, es decir, como actividad encaminada a realizar las diligencias conducentes al logro de un negocio cualquiera, o bien por traslación, el órgano, único o plural, encargado de llevar a la práctica esa tarea. Los modelos organizativos son sólo herramientas de gestión.

Por tanto cuando se habla de “gestión de la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud”, nos estamos refiriendo, tanto al conjunto de operaciones o labores propias de los verbos gestionar y administrar dicha institución, como al sujeto o sujetos activos de ese complejo operativo, personificados en las Entidades Gestoras.

El núcleo central de esta investigación consiste en analizar como se organiza actualmente la gestión de la asistencia sanitaria en el Sistema Nacional de Salud, valorando las innovaciones y la implantación de nuevas formas de gestión. Para ello es necesario previamente, conocer los antecedentes históricos de las instituciones de gestión sanitaria en España. También es preciso conocer los problemas de los Sistemas Sanitarios de los países desarrollados, muchos de ellos comunes con los de nuestro país, las reformas emprendidas, y ver como han influido en nuestro Sistema de Salud.

La asistencia sanitaria está comprendida en la acción protectora del Sistema de Seguridad Social. Tras el debate doctrinal sobre si se debía considerar ésta como una prestación de la Seguridad Social o como una realidad política y jurídica distinta y con propia autonomía, se concluyó, que tanto la Constitución como el legislador adoptaron un criterio complejo, considerando la asistencia sanitaria como una prestación de la Seguridad Social, pero su actuación se llevará a cabo por la normativa de la esfera de la Sanidad. No obstante, el concepto de asistencia sanitaria hay que enmarcarlo en el derecho a la protección de la salud – *ex art. 43 CE*- y su desarrollo legislativo posterior.

En materia de gestión sanitaria, debe diferenciarse por tanto, la normativa de Seguridad Social, que integra la prestación de la asistencia sanitaria, y la normativa específica reguladora del servicio sanitario público- legislación sectorial básica del Estado que desarrollan las Comunidades Autónomas-, cuyo conjunto nos da los

posibles "modelos o sistemas de gestión y prestación de la Sanidad pública". Nunca han estado disociados esos dos ámbitos.

2. El Sistema Nacional de Salud, marco de la gestión de la asistencia sanitaria: tensiones institucionales y financieras

El Sistema Nacional de Salud, es el modelo organizativo elegido por el legislador –Ley General de Sanidad- para hacer efectivo el derecho a la protección de la salud. Es el resultado de un complejo proceso histórico, a lo largo del cual se ha ido produciendo una migración progresiva de un modelo vinculado a la Seguridad Social y financiado por cuotas, hacia otro inspirado en los Servicios Nacionales de Salud de orientación poblacional y financiado por impuestos. Debe ser visto como el fruto del dinamismo del Sistema de Seguridad Social acorde con la naturaleza dinámica que la protección de la salud tiene, siendo el más acabado, desarrollado e importante de los servicios sociales, en tanto está llamado a proveer prestaciones sanitarias para la totalidad de la población.

Es por tanto, la Ley General de Sanidad, la norma central o básica en materia organizativa que diseña y conforma el Sistema Nacional de Salud, fiel reflejo de la Teoría de Sistemas. El SNS queda articulado en torno a un rasgo institucional clave: la integración de múltiples redes sanitarias públicas.

El modelo sanitario español- Sistema Nacional de Salud-, está sustentado – descentralizado- en la actividad de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas. Entre las ventajas de ser un modelo descentralizado, destacan los mayores incentivos a la innovación organizativa y de gestión, así como la posibilidad de desarrollar enfoques más orientados al paciente y a las necesidades sanitarias locales. Sin embargo, la gestión de un modelo descentralizado plantea importantes retos, tanto desde el punto de vista de la eficiencia como de la equidad.

En el campo de la eficiencia, la descentralización puede suponer una pérdida de las economías de escala en ámbitos muy relevantes del control del gasto, como la gestión de compras. Igualmente, desde el punto de vista de la equidad y la cohesión, es preciso definir más claramente una cartera común de servicios básicos y establecer la validez asistencial de la tarjeta sanitaria en todo el territorio del Estado, para evitar que la articulación de políticas sanitarias diversas, impliquen un grado de cobertura y acceso diferente en función del territorio. Se planteó de este modo como necesario, un avance en los mecanismos de cooperación y coordinación del Sistema. Alcanzar esos retos, es el objetivo de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

Los consensos políticos para la construcción del Sistema Nacional de Salud, no han sido fáciles. Fruto de ellos son las dos leyes que lo definen - la Ley General de Sanidad y la Ley de Cohesión y Calidad del SNS- y la de financiación - no finalista- de las Comunidades Autónomas -Servicios Autonómicos de Salud-.

El Sistema Nacional de Salud ha sido uno de los grandes logros de nuestro “Estado del Bienestar”, dado su carácter integral, calidad, vocación universal, amplitud de sus prestaciones, su sustentación en un esquema progresivo de impuestos y de solidaridad con los menos favorecidos, lo que le ha situado en la vanguardia sanitaria y como un modelo de referencia mundial; sin embargo está amenazada su sostenibilidad a causa de situaciones no resueltas, agudizadas por la grave crisis económica de los últimos años.

Desde su creación, el SNS, empezó a dar señales de una debilidad institucional, que fue amortiguada por el fuerte crecimiento económico en la década 1998-2008, vinculado a la burbuja urbanística. Sin embargo, la crisis económica posterior, ha supuesto una ruptura abrupta en la trayectoria histórica del Sistema, aflorando las debilidades institucionales y poniendo en riesgo su sostenibilidad.

Un tercer paso legislativo se ha dado con el RD ley 16/2012, de 20 de abril – denominado por algunos sectores, contrarreforma sanitaria-, que pretende, precisamente, garantizar la sostenibilidad del SNS y la mejora de la calidad. Entre las medidas más controvertidas que introduce están, en materia de aseguramiento sanitario, la vuelta a la condición de asegurado –debilitando el principio de universalidad en el aseguramiento de la asistencia sanitaria-; la desagregación de la cartera de servicios del SNS –establece tres modalidades: básica, suplementaria y accesorio, éstas dos últimas sometidas a copago, penalizando a los enfermos crónicos y a las rentas más bajas-; y cambios en la prestación farmacéutica -incrementando copagos y excluyendo de la financiación a un grupo importante de medicamentos-. Se inicia una senda contraria al lento avance experimentado en los consensos básicos que han conformado la trayectoria histórica del SNS.

En el SNS, hay que distinguir la sostenibilidad externa -política y financiera- y la sostenibilidad interna - gestora y profesional- debiendo existir sinergias entre ambas, pero con la crisis económica, cada vez es más difícil conciliarlas.

El gasto sanitario público en España es bajo, en comparación con los países de nuestro nivel socioeconómico, creciendo moderadamente, y más, el gasto privado que el público. No se justifican, por lado del gasto, las visiones alarmistas sobre la sostenibilidad del SNS. Sin embargo, existe una insuficiente financiación, que se ve agravada por los efectos de la crisis económica y las políticas de recorte del gasto público. Un problema a tener en cuenta, además, es el actual modelo de financiación de las CCAA –no finalista-, que permite a estas, decidir la cuantía que dedican a Sanidad, sin garantizar ninguna cantidad mínima; de esta manera se ha producido una gran disparidad en la financiación sanitaria pública según cada Comunidad Autónoma.

Por ello, en el contexto de la necesaria reforma fiscal, la Sanidad Pública deberá tener suficiencia financiera, por impuestos, que garantice la naturaleza equitativa de las aportaciones de los ciudadanos.

Cuando la sostenibilidad externa falla, las medidas duras –recortes- que se adoptan, como las limitaciones en la cobertura de prestaciones, causan un gran descontento social, al haber disfrutado hasta entonces la ciudadanía, de una cobertura sanitaria universal y de calidad, generando tensiones sobreañadidas en la sostenibilidad interna –gestión-.

El Partido Socialista buscó fórmulas temporizadoras basadas en la austeridad y tras las elecciones de noviembre de 2011, el Partido Popular pone en marcha cambios que se apartan de los consensos básicos que se habían consolidado en las tres décadas anteriores. Una parte de sus medidas pueden ser atribuibles a la lucha contra la crisis económica y el déficit público; sin embargo, otras revelan preferencias de modelo de gestión sanitaria diferentes, que no habían sido explicitadas anteriormente.

Las iniciativas de colaboración público-privada emprendidas en varias Comunidades Autónomas –Comunidad Valenciana y de Madrid-, por las que se externaliza la asistencia sanitaria de grupos homogéneos de población, pueden tener un impacto negativo sobre el aseguramiento sanitario, público, universal y gratuito. Es necesario, como se realiza en este trabajo, investigar las consecuencias jurídicas de esos

modelos de gestión indirecta sobre el aseguramiento sanitario, que pueden causar desigualdades entre los ciudadanos en su derecho a la protección de la salud.

De la conjunción de la crisis económica y de los problemas estructurales y debilidades institucionales del Sistema Nacional de Salud, surgen problemas de cierre del modelo de universalización y definición positiva de “ciudadanía sanitaria”, problemas de buen gobierno y buena gestión, y de subdesarrollo de la gestión clínica e integración asistencial.

Para evitar las decisiones drásticas, cabría reconducir y reforzar constitucionalmente, el derecho a la protección de la salud, de manera que tuviera encaje en los derechos fundamentales.

Ahora bien, el RD ley 16/2012 de 20 de abril, no ha afectado a la gestión administrativa de la asistencia sanitaria, establecida por la legislación sanitaria de carácter básico.

3. El servicio público sanitario en el modelo social de la UE- estándar internacional de Servicios de Salud-

La estructura de los Sistemas Sanitarios de los países democráticos europeos está en relación con la resultante del encuentro entre las tendencias liberalizadoras o privatizadoras y las tendencias estatalizantes o de publicación de la Sanidad. En nuestro continente existen dos grandes modelos sanitarios: Sistema de Seguros Sociales y Servicio Nacional de Salud –España-, que se diferencian por las fuentes de financiación, el sistema de aseguramiento y la provisión de servicios.

No obstante lo anterior, el modelo social de la UE es el referente de lo que se podría considerar “El estándar internacional de Servicios de Salud”, que incluye: cobertura universal de toda la población con un sistema de seguro/s públicos y obligatorio/s; financiación pública de este seguro/s, de acuerdo con el nivel de renta; cobertura amplia de prestaciones; y mecanismos de control de costes que aseguren la sostenibilidad del sistema. Por consiguiente, dentro del estándar común, coexisten una gran diversidad de esquemas organizativos de la Sanidad, resultado de combinar de diferente forma los tres elementos básicos con los que están contruidos los Sistemas Sanitarios: fuentes de financiación -recursos económicos-, proveedores de asistencia sanitaria -profesionales sanitarios, centros sanitarios- y mecanismos de asignación de recursos –compra de servicios-.

El art. 43 de la CE, prejuzga la organización de un Servicio Público de Salud en sentido amplio, que nos sitúa ante una actividad administrativa de prestación, también denominada actividad de servicio público. Será la LGS, la que declare a la Sanidad como servicio público, siendo esto corroborado, por el artículo único de la Ley 15/1997, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud. Tanto si se opta por la gestión pública o por la gestión privada, siempre debe quedar garantizado el servicio público sanitario.

Los principios diferenciadores de los modelos de organización administrativa -modelos clásicos, entre los que se encuentra el modelo burocrático centralizado y los modelos descentralizados-, se centran en la descentralización y la desconcentración. Del análisis de sus ventajas e inconvenientes, se deduce que dentro de una organización estatal eficiente, deberían coexistir jerarquías descentralizadas y burocráticas, es decir la gestión pública deberá ser burocrática en unos casos y descentralizada en otros, y

sujeta en todos a un adecuado control de legalidad que no constituya una rémora para la toma de decisiones.

El Derecho Administrativo conoce tradicionalmente el fenómeno de constituir centros personalizados -entes descentralizados- como descentralización y los motores de ese proceso organizativo singular, están en la necesidad de una mayor autonomía de gestión, financiera y jurídica.

La Administración, en cuanto titular del servicio público sanitario, ostenta en principio, un alto grado de discrecionalidad para optar entre las diversas alternativas de gestión. Desde el punto de vista jurídico, esta libertad se encuentra limitada por la técnica organizativa a emplear y el régimen jurídico al que debe someterse la prestación del servicio.

En cuanto a la primera -técnica organizativa a emplear-, la organización de la prestación de los servicios públicos puede efectuarse en régimen de gestión directa o indirecta.

La gestión directa o propia del servicio público sanitario, se lleva a cabo desde la propia Administración, con sus propios recursos humanos y materiales, pudiendo utilizar para ello, las diversas fórmulas previstas en el Derecho de organización (artículo único -punto 1- Ley 15/1997). En estos supuestos, la Administración asume el riesgo económico de la actividad. En la gestión indirecta o contractual, la Administración sanitaria responsable, lleva a cabo la prestación de los servicios con medios ajenos a ella, es decir, la prestación del servicio se encomienda a un tercero a través del correspondiente concierto, convenio o contrato administrativo.

Aparte de estas formas de gestión, directas e indirectas, estaría el consorcio, que no es una forma de gestión, sino un Organismo público personificado.

Las modalidades de gestión sanitaria -directas e indirectas- están, en principio, tasadas -no hay más formas que las previstas en las leyes-. Los supuestos previstos en la legislación sectorial, cualquiera que sea su denominación, deben ser reconducibles a alguno de los previstos en la legislación administrativa general. Pero ello no impide que las leyes sectoriales, al tener el mismo rango, puedan introducir formas específicas de gestión -por ejemplo los convenios de vinculación o las fundaciones públicas sanitarias-

En cuanto al régimen jurídico al que debe someterse la prestación del servicio público, es decir, si dicho régimen debe (o puede ser) de Derecho público o de Derecho privado, existe confusión. El cómo y con que reglas habrá de gestionarse un servicio público sanitario es algo que tiene que determinar el legislador, pero hay que hacer algunas precisiones. No hay ningún servicio público que pueda ni deba ser prestado en absoluta sumisión a normas de Derecho público, sin mácula alguna de Derecho privado; ni a la inversa. En todo servicio deben coexistir normas de Derecho público y de Derecho privado; el problema radica en qué proporción respectiva y a qué extremos deben extenderse unas y otras.

Los ámbitos más propicios a ser ocupados por el Derecho privado son los referentes a los aspectos instrumentales de la organización prestadora del servicio -personal, bienes, contratos y régimen financiero-.

Las reglas de funcionamiento del servicio y las relaciones con los usuarios, están llamadas a ser regulados por el Derecho Administrativo de forma mayoritaria, teniendo el Derecho privado un alcance residual. Ello deriva de la necesidad de garantizar a los usuarios un trato en condiciones diversas a las que resultarían de la lógica del mercado y del Derecho privado.

La principal justificación, aunque no la única, del hecho de que la Administración Sanitaria acuda a formas de Derecho privado, es el principio de eficacia, que debe regir la totalidad de la actuación administrativa, y en concreto la sanitaria. Ahora bien, hay que distinguir entre la utilización del Derecho privado por la Administración, sólo en la “forma de actuación”, que se refiere a la situación en que una persona jurídico-pública, de naturaleza territorial o institucional, lleva a cabo una determinada actividad de acuerdo con el Derecho Privado, y la utilización del Derecho Privado en la “forma de organización”, que hace referencia a los supuestos en los que las personas jurídico-públicas se valen de las formas organizativas que ofrece el Derecho privado (sociedades mercantiles o fundaciones, por ejemplo) para llevar a cabo las tareas que le corresponden.

No obstante lo anterior, existen límites o limitaciones que, derivados del Derecho público, se aplican a la actuación de la Administración bajo fórmulas jurídico-privadas.

4. Reformas de la gestión sanitaria

En la mayoría de los países occidentales los servicios sanitarios forman parte, de una u otra forma, del sector público, por lo que los cambios en los modelos de gestión sanitaria deben ser enmarcados dentro del marco general de la gestión pública. Esta puede utilizar los conceptos y técnicas manejados en las organizaciones privadas pero sin olvidar que la gestión pública tiene las restricciones impuestas por el marco jurídico-político; es decir la gestión pública no se puede desenvolver con plena autonomía. No es conveniente privatizar la gestión allí donde existen fallos de mercado, metas de cohesión social o garantías de acceso que atender, como ocurre en la Sanidad.

Los argumentos favorables a la privatización sanitaria se han fundamentado, generalmente, en la conveniencia o necesidad de conseguir fuentes de financiación alternativas para la construcción de infraestructuras y en la supuesta mejor gestión del sector privado.

Hablar de reformas en la gestión sanitaria, exige un análisis previo de los problemas de los servicios sanitarios. Estos se pueden ordenar en tres áreas: Financiación e incremento y control del gasto, racionalidad de los sistemas relacionados con la eficacia y eficiencia de los servicios sanitarios y legitimación o aceptación por la población de los propios servicios.

Parece indudable que la transición hacia un modelo de gestión más descentralizado y apoyado en mecanismos cuasicompetitivos y de mercado (MCM) ha venido acompañada de mejoras en la eficiencia productiva y en la satisfacción del ciudadano con la actuación del sector público.

En el ámbito de la economía política, se encuentra la disyuntiva gradualismo-radicalismo en las reformas de la gestión, y en concreto de la sanitaria. Las reformas en las estructuras de gestión son en muchos casos técnicamente complejas, requieren de un respaldo popular amplio, necesitan inicialmente recursos adicionales para hacer frente al coste de los incentivos monetarios o a la creación de nuevas instituciones y deben apoyarse en un cambio cultural de la burocracia liderado políticamente; estas circunstancias sugieren una estrategia gradual de “radicalismo selectivo”, es decir transformaciones escogidas de gran alcance, sobre un frente clave reducido. Una

reforma plena, radical e inmediata podría ser, cuando no política y administrativamente inviable, financieramente muy costosa.

A partir de la última década del siglo XX, los Sistemas Sanitarios europeos, y el español en particular, participaron en el auge de las tres grandes estrategias de reforma de la gestión pública: el gerencialismo, los mecanismos cuasicompetitivos y de mercado (MCM) y la privatización. Tras esos modelos, la nueva gestión pública es propugnada, como una cuarta vía que habría que fomentar, basada en un cambio de cultura y valores, y apoyada en los incentivos al profesionalismo -autonomía ligada a consecución de objetivos-. Se traduciría en la gestión contractual apoyada en la profesionalización y la gestión integrada por áreas de salud, iniciada en algunos Servicios de Salud –Cataluña y Comunidad de Madrid-.

La Constitución no impone un determinado modelo de gestión y prestación de la asistencia sanitaria. La LGS se decantó por una forma organizativa, caracterizada por la gestión directa de los Servicios de Salud, llevada a cabo sin entes instrumentales intermedios dotados de personalidad jurídica, sin perjuicio de admitir la vinculación de los hospitales generales de carácter privado mediante convenios singulares y conciertos para la prestación de los servicios sanitarios con medios ajenos -externalización-, dándose prioridad a los establecimientos, centros y servicios sin carácter lucrativo. Es decir, la LGS permite la utilización de las formas de gestión admitidas con carácter general, con arreglo a los principios y criterios en ella establecidos

Las propuestas gerencialistas y de MCM tuvieron su primera plasmación política en nuestro país en el “Informe Abril” (1991). Otra iniciativa parlamentaria con recomendaciones muy parecidas, fue el Informe de la Subcomisión para la modernización y consolidación del Sistema Nacional de Salud de 1997. Fruto de las mismas, en la década de los noventa del pasado siglo, tanto en el ámbito del INSALUD como en los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas que habían asumido competencias de gestión de la asistencia sanitaria, se fueron implantando nuevas formas de gestión en las instituciones sanitarias que pretendían superar la rigidez del modelo burocrático. Precisamente, la Ley 15/1997, de 25 de abril, titulada “Habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud”, trae causa de las recomendaciones de esos Informes, constituyendo un importante instrumento de flexibilización y autonomía en la gestión sanitaria para hacer más eficiente la asistencia sanitaria pública -impulsó el desarrollo de cualquier forma jurídica para la gestión de centros sanitarios siempre que estos mantengan la naturaleza y titularidad pública, y respeten el carácter de servicio público de la asistencia-.

Sin embargo, frente al carácter coherente y sistemático de la legislación básica estatal, contenido en la Ley General de Sanidad y en la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, la Ley 15/1997 constituye un auténtico “verso suelto” dentro del modelo de regulación de la Sanidad pública en España. El consenso político fue menor en la reforma de las formas de gestión, que en las anteriores leyes básicas sanitarias.

Al hilo de lo anterior, hay que distinguir entre innovaciones de gestión de servicios sanitarios que no implican personificación jurídica específica y lo que se consideran específicamente nuevas formas de gestión, más ligadas a la personificación jurídica, tanto públicas como privadas –fundaciones y sociedades mercantiles-.

La diversificación de formas de gestión ha sido objeto permanente de controversia. El debate durante los últimos años ha venido auspiciado en buena parte por la ausencia de una evaluación sistemática y objetiva, en términos de eficiencia relativa, equidad e

igualdad de acceso, del complejo panorama de la gestión sanitaria en el SNS por parte de los organismos encargados de garantizar la calidad y la coordinación del Sistema, tanto en el nivel estatal como en el autonómico.

La evaluación de la eficiencia de las distintas formas de gestión sanitaria entronca con la propia eficiencia de las Administraciones Públicas como garantes de servicios públicos esenciales. En ausencia de un esfuerzo sistemático de información y evaluación técnica del conjunto del proceso, se ha reconducido el debate al terreno de la polarización política.

Encontrar soluciones a los problemas organizativos de la Sanidad desde una perspectiva económica y jurídica, es fácil; las dificultades están en la implantación.

Sin embargo, el propio Gobierno –preámbulo del Real Decreto 840/2002, de 2 de agosto, por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Consumo– dio por culminada la búsqueda de fórmulas para lograr una mayor agilidad y calidad en la gestión de las prestaciones sanitarias. Esta consideración, no ha sido pacífica por la controversia despertada en la implantación de las “nuevas formas de gestión” y la externalización de la asistencia sanitaria impulsada por algunas Comunidades Autónomas.

Las opciones organizativas de la gestión de la asistencia sanitaria, no son en absoluto excluyentes, sino que en la realidad se produce una combinación de las mismas. Pueden y deben combinarse estas, para distribuir las funciones prestación de asistencia sanitaria de la forma que se considere más eficiente. Así ocurre en casi todos los ámbitos de la actuación administrativa y, desde luego, en la Sanidad.

5. Ordenación de los Servicios Sanitarios

Dadas las semejanzas, aunque con matices, de las opciones organizativas utilizadas en el sector sanitario, tanto por el Estado como por las Comunidades Autónomas, el régimen jurídico básico de las personas jurídico-públicas y jurídico-privadas, y la legislación de contratación administrativa en la legislación del Estado, sirve como marco teórico de referencia común a todas.

Las Comunidades Autónomas, titulares de las competencias sanitarias, están capacitadas para la creación de entes institucionales en base a su potestad organizativa, connatural con el principio de autonomía. El régimen jurídico de la organización administrativa en la legislación de las Comunidades Autónomas, es el marco normativo en el que, dentro de los límites derivados de la legislación estatal –general y sectorial-, se han de insertar las opciones organizativas de configuración de sus Servicios de Salud respectivos y además, sirve para encuadrar las formas jurídicas utilizadas en la configuración de otras entidades gestoras de asistencia sanitaria pública y de centros sanitarios proveedores de la misma.

En el ámbito de las Comunidades Autónomas, al igual que en el estatal, hay tres niveles de organización, con independencia de las denominaciones que se les quiera dar: en primer lugar, la estructura central de cada una de estas Administraciones; en segundo lugar, los fenómenos de personificación pública, ya ajuste su actuación principalmente al Derecho público o al Derecho privado; y, por último, los fenómenos societarios de personificación y las fundaciones en mano pública.

La clave de la ordenación sanitaria de las Comunidades Autónomas es el Sistema Sanitario Público de las mismas. Casi todas las Leyes de Salud/Ordenación sanitaria, salvo Asturias, Murcia y Navarra, lo definen y regulan, de manera similar. El órgano

de dirección del Sistema Sanitario Público de cada Comunidad Autónoma es la Consejería competente en materia de Salud.

Con carácter general, el Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas, ejerce la competencia de ordenación de los servicios sanitarios y regula la participación de los ciudadanos, la Consejería competente en materia de Salud, ejerce la función de asistencia sanitaria, ostentando en concreto la titularidad de los servicios sanitarios, mientras que la gestión se reserva a organismos, entes y entidades dedicados exclusivamente a la provisión de asistencia sanitaria, o bien a órganos –sin personalidad jurídica- especializados. Es decir, en el Sistema Sanitario Público de cada Comunidad Autónoma, se diferencian Funciones propias de la Consejería competente en materia de salud -Autoridad sanitaria, planificación, aseguramiento, financiación, asignación de recursos, ordenación de prestaciones, concertación de servicios ajenos e inspección- y Funciones de gestión y provisión de asistencia sanitaria asumidas por los organismos, entes y entidades dedicados exclusivamente a la misma y adscritos a la Consejería de Salud.

6. Orientación de los Servicios Sanitarios al ciudadano y participación en la gestión

Los ciudadanos, en el Sistema Sanitario Público de cada una de las Comunidades Autónomas, tienen derecho a participar en la política sanitaria, en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de vida o al bienestar en general y en la gestión del propio Sistema.

Desarrollando la legislación básica del Estado -LGS-, se han creado en cada Comunidad Autónoma, el Consejo de Salud -máximo órgano consultivo y de participación ciudadana- y, a su vez, en cada Área de Salud, se han constituido los órganos de participación en los servicios sanitarios.

Es frecuente también, que por el Consejo de Gobierno, se establezcan órganos de participación ciudadana a otros niveles de la organización territorial y funcional del Sistema Sanitario Público. Un ejemplo está, en los Consejos de Salud de Zona, que se han establecido en Asturias, Canarias, Castilla y León, Extremadura, Islas Baleares, Murcia (de manera excepcional), Navarra y La Rioja.

Entre otras peculiaridades de las Comunidades Autónomas, en materia de participación, resaltamos las siguientes: La Comisión Consultiva de Área de Gestión Sanitaria y la Comisión Consultiva de Agencia pública empresarial (Andalucía), Comisiones de participación hospitalaria (Aragón, Canarias), Comisiones de participación ciudadana (Galicia), participación del voluntariado en la Sanidad (Castilla y León, Galicia), Foros virtuales en el Sistema Sanitario (Castilla y León), Consejo Asesor Científico Técnico de Sanidad (Castilla y León), Consejo Regional de Pacientes (Extremadura), Foro de Participación Institucional de Sanidad (Galicia) y participación ciudadana en centros asistenciales (La Rioja).

En la Comunidad de Madrid, para hacer efectivo el derecho de participación, se crean los órganos de participación ciudadana y se regulan las Comisiones de participación de profesionales sanitarios. En esta Comunidad, se ha constituido el Consejo Superior de Sanidad.

No obstante los esfuerzos legislativos realizados por el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de participación, aún se está lejos de que la participación sea real y efectiva, tanto de los ciudadanos como de los profesionales. Es necesario buscar indicadores de funcionamiento y de calidad de cada centro sanitario,

que deben estar disponibles para la ciudadanía. Hay que impulsar los derechos colectivos de los pacientes y el reconocimiento de las asociaciones de pacientes como agentes sociales, incorporándolos en los procesos de rendición de cuentas por parte de los gestores sanitarios.

7. El principio de gestión unitaria: Las Áreas de Salud

Surge el interrogante de saber, si la LGS ha establecido ciertos condicionantes o limitaciones a la capacidad de organización de los Servicios de Salud por las Comunidades Autónomas. La única previsión contenida en esa Ley, es el mandato para que delimiten y constituyan en su territorio demarcaciones denominadas Áreas de Salud, que son las estructuras fundamentales del Sistema Sanitario Público.

Junto al principio descentralización, la LGS establece el principio de gestión unitaria por Áreas de Salud –desconcentración-, las cuales desarrollarán sus actividades en los ámbitos de la Atención primaria de salud y de la Atención especializada. Son responsables de la gestión unitaria de los centros y establecimientos sanitarios del Servicio de Salud, en su demarcación territorial.

La concentración de servicios sanitarios y su integración en el nivel político y administrativo de las Comunidades Autónomas, que sustituyen a las Corporaciones Locales en algunas de sus responsabilidades tradicionales, fenómeno que se denominó “neocentralismo regional frente a los municipios”, podría haber provocado una fuerte centralización de servicios a ese nivel; sin embargo la LGS neutraliza ese posible efecto, estableciendo las Áreas de Salud y otorga a las Corporaciones Locales un efectivo derecho a participar en el control y en la gestión de dichas Áreas.

La LGS no prejuzga la forma de organización de las Áreas de Salud. En ningún caso las Comunidades Autónomas les han atribuido personificación jurídica propia, sino que se ha mantenido su configuración como estructura especializada.

En cuanto a la ordenación de las Áreas de Salud –que se han denominado de diferente forma en algunas Comunidades Autónomas-, en la mayoría de las Comunidades, el Sistema Sanitario Público se ordena en Áreas de Salud, salvo las Comunidades Autónomas de Canarias, Islas Baleares y Navarra, en las que son sus respectivos Servicios de Salud los que se ordenan en Áreas de Salud. Estaría a caballo entre esas dos tipologías, el Principado de Asturias.

En la Región de Murcia y en el País Vasco, no se especifica si las Áreas de Salud son las demarcaciones del Sistema Sanitario Público, o bien del Servicio de Salud.

Habría que criticar la determinación de las funciones de las Áreas de Salud; por ejemplo, para poder llevar a cabo la función de “compra de servicios” -asignación presupuestaria- tendrían que tener un funcionamiento autónomo y con funciones mucho más precisas de las que tienen, en la medida en que su función es actuar como intermediarios, entre los financiadores y los proveedores de servicios sanitarios, contratando con éstos.

8. La opción organizativa general del Sistema Nacional de Salud: Gestión directa mediante formas sin personalidad diferenciada

La opción organizativa generalizada en el SNS para la actividad prestacional, son los órganos especializados no personificados -Áreas de Salud, centros y

establecimientos sanitarios, tanto de Atención primaria como especializada-, que gestionan la asistencia sanitaria en régimen de desconcentración.

También pueden asumir dichas funciones, cualquier estructura específica que se cree por la Administración sanitaria, para la gestión de un establecimiento, un servicio público o el ejercicio de una función específica, pudiendo tener diversas denominaciones. En este grupo se incluirían, entre otras, las Áreas Clínicas (Comunidad Valenciana) y Unidades de Gestión Clínica (Castilla La Mancha, Comunidad Valenciana), las Estructuras de Gestión Integrada (Galicia) y las Áreas de Gestión Sanitaria (Andalucía).

El régimen jurídico de estos órganos desconcentrados es íntegramente de Derecho público, ya que, al no tener personalidad jurídica propia, se integran en la estructura administrativa.

9. Gestión directa mediante Organismos públicos de la asistencia sanitaria de determinados Regímenes Especiales de la Seguridad Social

Pese al protagonismo en la gestión de la asistencia sanitaria de las Comunidades Autónomas, la LGS establece que el SNS integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que son responsabilidad de los poderes públicos. Ello implica que la asistencia sanitaria comprendida en la acción protectora de determinados Regímenes Especiales de la Seguridad Social, está también integrada en el SNS, siendo gestionada por Organismos y Entidades del Estado. Es el supuesto de MUFACE, ISFAS, MUGEJU configurados como Organismos autónomos. También es el caso del Instituto Social de la Marina - Entidad de Derecho público-. El INGESA -Entidad Gestora de la Seguridad Social- gestiona las prestaciones sanitarias en el ámbito de las ciudades de Ceuta y Melilla.

10. Gestión directa mediante Organismos públicos: forma elegida para configurar los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas

Los Servicios de Salud, se han configurado como el principal gestor y proveedor de asistencia sanitaria pública de cada Comunidad Autónoma. No obstante, se pueden clasificar en dos grupos. En un primer grupo están los Servicios de Salud, gestores de la asistencia sanitaria pública, siendo también, los principales proveedores de la misma, aunque pueden no ser, los únicos; incluiría este grupo, la mayoría de ellos.

El segundo grupo engloba los Servicios de Salud que desarrollan funciones de autoridad sanitaria y también funciones de gestión de centros, servicios y establecimientos sanitarios; coexisten con otros proveedores, públicos y privados - vinculados por conciertos, convenios u otras fórmulas contractuales-. Es el caso de los Servicios de Salud Canario, Catalán y Madrileño. Estos Servicios de Salud acumulan, quizás, demasiadas funciones, en las que se entremezclan contenidos típicos de la Autoridad Sanitaria con otras puramente prestacionales; en la realidad, no existe una separación efectiva funciones.

Aunque no era un condicionante impuesto por la LGS, los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, en todo caso, se han organizado, en régimen de

descentralización funcional, a través de Organismos públicos –personificaciones jurídico-públicas-. En ningún caso se ha optado por personificaciones de Derecho privado para su configuración.

La personalidad jurídico-pública permite obviar los aspectos más engorrosos de la legislación mercantil: el control de la competencia desleal, legislación sobre abuso de posición dominante, que sí son de aplicación a las sociedades mercantiles; además permite ostentar potestades administrativas.

Dentro de los Organismos públicos, el Organismo autónomo autonómico es la tipología más utilizada para configurar los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas. Su régimen jurídico es de Derecho público. Se han constituido los siguientes Organismos autónomos: Servicio Cántabro de Salud, Servicio de Salud de Castilla la Mancha, Servicio de Salud de Castilla y León (Gerencia Regional de Salud), Servicio de Salud de las Islas Baleares, Servicio Riojano de Salud. Como Organismos autónomos de carácter administrativo están los siguientes: Servicio Aragonés de Salud, Servicio Canario de Salud, Servicio Extremeño de la Salud, Servicio Gallego de Salud, Servicio Navarro de Salud y Agencia Valenciana de Salud.

Otra tipología utilizada es las Agencia; esta se rige por el Derecho público en el supuesto de ser Agencia administrativa y en el caso de Agencias públicas empresariales, se rigen por el Derecho público y por el Derecho privado. En el sector sanitario, ha sido Andalucía, la única Comunidad Autónoma que ha utilizado la forma jurídica de Agencia para la gestión de servicios sanitarios. Concretamente el Servicio Andaluz de Salud, se ha configurado como Agencia administrativa.

También se pueden configurar los Servicios de Salud como Entidades autonómicas de Derecho público cuya actuación se rige por el Derecho privado y por el Derecho público. En este supuesto, el régimen jurídico es dual, si bien la sujeción al Derecho público suele ser en un grado menor. Las modalidades que pueden distinguirse en el conjunto de las Comunidades Autónomas son las siguientes:

- Las denominadas *Entidades de derecho público cuya actividad se sujeta al derecho privado*, que mantienen el modelo anterior a la LOFAGE (el de la Ley General Presupuestaria de 1977): Cataluña - Ente Público Servicio Catalán de la Salud/ Entidad de Derecho Público Instituto Catalán de la Salud-; Comunidad de Madrid - Ente de Derecho público Servicio Madrileño de Salud, que tiene actividad de asignación presupuestaria (compra de servicios sanitarios) y actividad asistencial (provisión de servicios sanitarios); País Vasco -Ente Público de Derecho Privado Servicio Vasco de Salud-.

- Entidades de las Comunidades que han seguido el modelo LOFAGE en su integridad, y que adoptan la denominación de *Entidades públicas empresariales*. Es el caso de la Región de Murcia: Entidad Pública Empresarial Servicio Murciano de Salud.

- Entidades de las Comunidades que han seguido solo parcialmente el modelo LOFAGE, y que mantienen la denominación de *Entidad de derecho público*. Es el supuesto de Asturias: Ente de Derecho Público, Servicio de Salud del Principado de Asturias.

En definitiva, el modelo organizativo de los Servicios de Salud, aplicado por las Comunidades, además de por una gran uniformidad, se caracteriza porque ha existido un gran parecido respecto del modelo estatal previo -modelo INSALUD-.

Junto al prestador principal -Servicio de Salud-, en algunas Comunidades Autónomas, se han constituido otras formas de personificación a las que se les encomiendan la prestación de servicios sanitarios. Es el caso de las Agencias públicas empresariales en Andalucía, Entidades públicas de Derecho privado -con diferente denominación-, e incluso en algún caso, se ha recurrido al Organismo autónomo – Canarias-.

11. Gestión directa mediante Organismos con personalidad jurídica privada: Sociedades y Fundaciones

El concepto que la normativa de las Comunidades Autónomas aporta de las sociedades mercantiles autonómicas (calificadas genéricamente de empresas públicas, aunque este concepto es más amplio al incluir también otras entidades –Entidades de Derecho público, en Cataluña y Comunidad de Madrid-) es, en la mayor parte de los casos, idéntico al contenido en la legislación estatal: se trata de sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación de la Comunidad o de sus Organismos públicos.

Como notas características comunes a las sociedades mercantiles, tanto públicas como privadas, resaltamos las siguientes:

- La vinculación existente entre la Administración -estatal/autonómica- y las Sociedades mercantiles creadas por ella misma, es de carácter patrimonial, al participar total o parcialmente en el capital de estas Sociedades.
- La utilización por la Administración de la forma de sociedad anónima en la que entra como socio único, excede el funcionalismo propio de esta forma de personificación. En vez del principio corporativo, se pone en marcha el principio institucional de personificación, apareciendo la sociedad como una simple forma o método para encubrir la creación de un ente filial en el sentido de los entes institucionales, esto es, una organización convencional con fines instrumentales de gestión de algo que es propio y no de un conjunto de personas.
- Las Empresas públicas, y en concreto las sociedades mercantiles públicas, pueden gestionar un servicio público como el sanitario, de forma directa o indirecta. La gestión directa se refiere a los casos en que el capital pertenece íntegramente a la entidad fundante. Por el contrario, hay gestión indirecta, cuando la participación no sea íntegra, con independencia de que ésta sea mayoritaria o minoritaria, y esto, aunque haya otros partícipes públicos. En este último caso, se deberá celebrar para ello, un contrato administrativo de gestión de servicios públicos –sociedad de economía mixta-.
- Debe resaltarse la distinción entre las sociedades de capital totalmente público –gestión directa-, cuyas operaciones terminarán computando en las cuentas de la Administración Pública titular, y la creación de una empresa mixta –gestión indirecta-, o a través de la toma de control de una empresa pública existente por parte del sector privado, modificando una entidad existente, en las que la consolidación depende del cumplimiento de los criterios establecidos por Eurostat y SEC-95 para la modalidad de colaboración público-privada institucionalizada (CPPI).

La Ley 15/1997, de 25 de marzo, de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, concreta para el ámbito sanitario, lo que el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público contempla con carácter general, en referencia

a las empresas públicas –sociedades mercantiles-, en los centros, servicios y establecimientos sanitarios.

En el sector sanitario, las sociedades mercantiles autonómicas han tenido un uso muy restringido en relación con la gestión de urgencias, emergencias y transporte sanitario: Canarias (Sociedad mercantil autonómica: Gestión de Servicios para la Salud y Seguridad en Canarias S.A.); Cantabria (112 Cantabria S.A.); Cataluña (Empresa pública con forma de sociedad mercantil autonómica que colabora con el Servicio Catalán de la Salud: Sistema de Emergencias Médicas, S.A. y Energética de Instalaciones Sanitarias S.A.).

En todo caso, la utilización de la forma societaria para llevar a cabo la prestación de los servicios sanitarios públicos no implica que exista un "mercado de la sanidad". Más parece que optar por esta figura persigue, únicamente, una vez más, la flexibilización de las formas jurídicas y del Derecho por el que se rige, sin más. La forma societaria mercantil debería quedar reservada a los supuestos en que exista una actuación sometida a real y efectiva competencia, dado que las sociedades públicas mercantiles son, con carácter general, inadecuadas para llevar a cabo actividades que no se desarrollan en régimen de mercado.

El auge experimentado por las Fundaciones públicas autonómicas -en mano pública- en el sector público, y en concreto, en el sector sanitario, se debe a que gozan de gran flexibilidad, capacidad de adaptación a distintas situaciones, facilidad de organizar el control posterior de sus actividades y, finalmente, por el hecho de que su prestigio social las convierte en un instrumento idóneo para la obtención de recursos ajenos. La ventaja que supone la elusión de determinados controles, el establecimiento de cajas especiales, y la personificación de fines concretos para lograr su mejor consecución, es lo que ha llevado a los sujetos públicos a utilizar la institución fundacional. Su uso también se ha visto incentivado por la "empresarialización" que de las fundaciones hizo, primero la Ley de Fundaciones de 1994 y después, la vigente Ley de Fundaciones de 2002.

A diferencia de las sociedades y los consorcios, la utilización de las fundaciones con una pretensión instrumental por las Administraciones públicas es relativamente reciente. Pero esta nueva práctica no pasará inadvertida, y la utilización de las fundaciones por las Administraciones será objeto de fuertes críticas por la doctrina jurídico-administrativa, que mayoritariamente las descalificará en tanto que último episodio del fenómeno de la huída del Derecho administrativo. En términos análogos a aquellas entidades, alcanzan a las fundaciones en mano pública, las exigencias derivadas de los principios de objetividad, publicidad y concurrencia en los ámbitos de contratación administrativa y selección de personal, y ello sin perjuicio de que se extienda su aplicación a la concesión de subvenciones u otras actuaciones.

No obstante lo anterior, hay que realizar una serie de matizaciones, que reflejan la dificultad de encajar a los sujetos públicos en un esquema organizativo de Derecho privado, como son las fundaciones.

Las fundaciones no tienen titular dominical, porque a nadie pertenecen, a diferencia de las sociedades mercantiles. No son, ni de naturaleza ni de titularidad pública, tal y como exige la Ley 15/1997, de habilitación de nuevas formas de gestión en el Sistema Nacional de Salud. Para poder salvar la posibilidad de crear fundaciones privadas por entidades públicas en el ámbito sanitario al amparo de ésta Ley, habría que forzar la interpretación del texto legal para entender que no se refiere a titularidad dominical, sino organizativa, referida por ello no a la propiedad sobre la fundación,

sino a la capacidad/competencia para su creación o a la iniciativa en constituir la fundación.

No se entiende tampoco que el organismo que cree una fundación, continúe siendo titular de la misma, cuando el fundador, sea persona física o jurídica, en ningún caso aparece como titular de la fundación, ya que ésta es un sujeto independiente, con vida propia. Si se admitiera que el organismo público que las constituye pasa a ser titular de la fundación una vez creada, estaríamos diciendo que la fundación no es autónoma en la práctica. Frente a esto, puede defenderse la superación de una concepción puramente patrimonialista de las fundaciones, que identifica titularidad con titularidad patrimonial, y se podría defender un concepto de titularidad que se identifique con titularidad política, por la que se permite el control de la fundación por parte de un tercero -en este caso, una Administración Pública-, a través de su patronato y de la manifestación sucesiva de la voluntad del fundador.

Entra en contradicción con el Derecho de fundaciones, en los supuestos en el que el fundador sea una entidad pública, que la separación entre instancia de gobierno -patronato- y de control -protectorado- sea meramente formal. Choca también con el nuevo modelo de gestión sanitaria, en el sentido que éste busca la separación entre funciones de autoridad -regulación, control e inspección-, financiación y compra del servicio sanitario, y las de provisión por otro.

La Administración, no se limita al ejercicio del protectorado, sino que los entes públicos aparecen como promotores o patronos de fundaciones, empleando la segregación de recursos patrimoniales como técnica habitual de gestión de actividades incluidas dentro de sus esferas competenciales.

Los principios que en el pasado constituían las señas de identidad de las fundaciones -ausencia de ánimo de lucro y el carácter gratuito del cargo de patrono-, con la nueva legislación, tanto estatal como autonómica, han sido, cuando menos, matizados al admitirse tanto que desarrollen actividades económicas, participen en sociedades mercantiles y obtengan ingresos destinados al cumplimiento de los fines que le son propios; así como que los patronos sean reembolsados de sus gastos o retribuidos si prestan servicios distintos de los que implica el desempeño como miembro del Patronato, previa autorización del Protectorado. Estas previsiones, unidas al hecho de que se admita con normalidad la existencia de cargos directivos de la fundación (gerentes o administradores, obviamente retribuidos), la han homologado como instrumento de gestión y de ahí el recurso a utilizarla como personificación instrumental autonómica. Se llega al extremo de la externalización de la gerencia de la fundación, como ha ocurrido con la última modificación de los Estatutos de la Fundación Hospital de La Calahorra, que abre la posibilidad de que la gerencia de la Fundación pueda ser encomendada a una persona física como se regulaba en los Estatutos o, como nueva opción, a una persona jurídica. Con ello, se abre la posibilidad de transferir la gestión de la Fundación Hospital de Calahorra a una entidad privada, mediante contrato administrativo.

Como conclusión, la utilización de las fundaciones públicas autonómicas -en mano pública- como forma de gestión de centros sanitarios hospitalarios ha sido muy escasa (Fundación Marqués de Valdecilla, Fundación Hospital de la Santa Cruz i San Pau, Fundación Hospital de Alcorcón, Fundación Hospital de Calahorra), utilizándose también, en algunas Comunidades, para funciones accesorias de la asistencia sanitaria -gestión de Bancos de Sangre y de Tejidos, investigación, etc.-.

La fundación creada por persona, física o jurídica, privada, puede -y en muchas ocasiones así sucede- ser prestadora de servicios sanitarios. Puede hacerlo a título privado o como provisor de servicios públicos mediante la vinculación a la Administración pública mediante concierto o convenio u otra modalidad de contrato administrativo –gestión indirecta-.

No hay que confundir las fundaciones públicas autonómicas –en mano pública- con las fundaciones públicas sanitarias. Estas son personificaciones jurídico-públicas y su régimen jurídico es de Derecho público y Derecho privado. Aunque muy parecidas a las Entidades públicas empresariales, el legislador buscó una mayor flexibilidad en dos cuestiones: en cuanto a su creación -Real Decreto-, y en lo referente al régimen jurídico del personal -reconocen la relación estatutaria como regla general, sin cerrar las puertas a la vinculación de personal laboral o funcional-. Con al creación de esta modalidad organizativa, se pretendía dotar a los centros sanitarios existentes en el Sistema Sanitario público, de un marco similar de organización y funcionamiento al establecido a través de fundaciones creadas al amparo de la Ley de Fundaciones, en los centros de nueva creación.

Se ha producido la extinción e integración en los respectivos Sistemas Sanitarios Públicos, de las fundaciones públicas sanitarias, que gestionaban centros hospitalarios de las Comunidades Autónomas de Galicia e Islas Baleares. Ha sido muy corto el recorrido de estas entidades, impulsadas en las últimas etapas del INSALUD.

12. El mito caído de la personificación jurídica de centros sanitarios

Valorando en conjunto el Sistema Nacional de Salud, se concluye que dejando aparte la personificación mediante Organismos públicos de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, la utilización de organismos, entes y entidades jurídico-públicas –con personalidad jurídica-, y estructuras específicas –sin personalidad jurídica- para la gestión directa de la asistencia sanitaria, ha sido muy escasa; siendo aún menor la utilización de personificaciones jurídico-privadas como Fundaciones públicas autonómicas -en mano pública- y Sociedades mercantiles autonómicas. Como consecuencia, el debate de la gestión de la asistencia sanitaria pública está centrado actualmente, en la gestión indirecta -externalización- .

Excepto en las Comunidades Autónomas de la Región de Murcia, Navarra y La Rioja, en el resto, se han utilizado órganos administrativos, formas jurídico-públicas (Entidades de Derecho público) y formas jurídico-privadas (Fundaciones y Sociedades mercantiles) para gestionar aspectos conexos a la asistencia sanitaria: Docencia, investigación, infraestructuras sanitarias, evaluación de tecnologías sanitarias, calidad y acreditación, etc.

13. Gestión indirecta de la Asistencia Sanitaria: La colaboración de los sujetos privados

La opción por formas de gestión indirecta se plantea en los casos en los que la Administración necesite la colaboración de los sujetos privados para el cumplimiento de sus obligaciones o bien, por decisión política, se pretenda dejar más espacios a los agentes privados proveedores de asistencia sanitaria. La aportación de la colaboración

público-privada a incrementar la eficiencia y calidad de los servicios públicos, exige un alto grado de aceptación social de la gestión privada del servicio público y un compromiso del sector privado con el interés general. El sector privado deberá cambiar del modelo cliente-proveedor al de socio público.

Hay que diferenciar la externalización de los servicios públicos, de los términos liberalización y privatización que, en ocasiones, se emplean erróneamente como sinónimos. Se identifica el término externalización con la institución de la gestión indirecta, inserta en las normas de organización y contratación pública, en sus distintas magnitudes e intensidades, dependiendo de la esencialidad del servicio objeto de prestación. Las nuevas formas de gestión no son supuestos de privatización de servicios públicos, pues no se trata de reducir la actividad pública de producción y distribución de servicios sanitarios mediante su traspaso a la iniciativa privada. Consiste, por el contrario, o bien en la privatización de la gestión o en lo que se ha denominado privatización de la organización de los servicios sin cambio de titularidad. Las nuevas corrientes de la colaboración público-privada, son, más bien, actualizaciones de la técnica de financiación privada mediante la gestión indirecta o externalización, lo cual no está libre de polémica, cuyo principal motivo es el sustrato cultural.

Esta categoría de gestión indirecta, engloba una heterogeneidad de supuestos de ejercicio por sujetos privados de competencias asumidas como propias por la Administración Pública. Existe una sujeción de estas actividades públicas –funciones públicas-, en mayor o menor grado, a un régimen jurídico público, así como una vinculación de estos sujetos privados a la Administración por un conjunto de potestades de ordenación, de dirección y control.

Los fundamentos de la Comisión Europea para el impulso de fórmulas de colaboración público-privada se basan en tres factores. En primer lugar, el económico, relacionado con las restricciones presupuestarias; el argumento que más claramente puede explicar la expansión del fenómeno de la colaboración público-privada en los últimos tiempos, ha sido la necesidad de buscar fórmulas que no computen como déficit público a los efectos del cumplimiento de las reglas de estabilidad presupuestaria impuestas para la consecución de la convergencia europea. El segundo factor es la eficiencia-eficacia en el funcionamiento de la vida pública, a conseguir mediante el aprovechamiento de los conocimientos y métodos del funcionamiento del sector privado. El tercero versa sobre la evolución del papel del Estado en el ámbito económico, al pasar de operador directo a organizador, regulador y controlador.

Dentro de las culturas de la gestión pública, a la hora de abordar los problemas de la Administración y de los riesgos, está la cultura anglosajona y la continental europea. El esfuerzo comunitario está hoy orientado a fundir las cultura anglosajona y continental en una sola y la colaboración público-privada, como forma contractual indirecta de gestión de servicios, es un instrumento válido para la consecución de este objetivo.

En el ámbito internacional, la colaboración público-privada (CPP) carece de una definición unívoca. En concreto, en la UE debe ser entendida como el género que abarca fundamentalmente dos especies, la de tipo institucional -in house- (CPPI) y la de tipo concesional o contractual (CPPC).

En España se ha consolidado la utilización de las fórmulas de colaboración público-privada por las Administraciones Públicas, siendo el segundo país de la UE en financiación mixta de infraestructuras, sólo superada por el Reino Unido, pionero en esta campo.

La gestión indirecta, se admite siempre que los servicios “tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares” y se prohíbe expresamente en los servicios que impliquen ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos. Deberían por tanto, descartarse las modalidades de gestión indirecta que ponen el acento en el beneficio del gestor privado (concesión y sociedad mercantil con participación pública, no exclusiva) y retener preferentemente aquellas que excluyen el ánimo de lucro en la actuación de aquel -este es el criterio de la Ley General de Sanidad-. Por consiguiente, en principio las modalidades de gestión indirecta parecen recomendables cuando la Administración no tiene medios propios, por lo que recurre a empresarios privados que efectúen prestaciones análogas, que son objeto del servicio –concertos, convenios-.

Pero, ¿hasta qué punto la diferencia entre gestión pública y privada, es relevante en los procesos de mejora de los servicios públicos sanitarios?. Se puede responder, en síntesis, que la gestión privada no parece mejor por sí, pues dependerá de diversos aspectos, fundamentalmente, del control o regulación que el ente público ejerza sobre el socio privado, de las características del servicio o actividad, de la incertidumbre o la necesidad de inversión en activos específicos, de los factores del entorno, así como de las posibilidades de generar competencia. La relación de los efectos de la externalización del servicio sobre la calidad de la prestación dependerá básicamente de dos factores: las condiciones de la prestación previas a la externalización y los controles que la Administración titular del servicio ejerza sobre los operadores privados.

Se plantean objeciones de naturaleza político-ideológica y cultural en torno a la externalización de servicios públicos *versus* gestión directa. En ningún caso la externalización puede ser tomada como una solución a la incapacidad para gestionar, eludir costes, o para evitar el déficit público. Es preciso asimismo una visión global, y a medio y largo plazo del proyecto, puesto que en inicio los costes de la externalización son muy elevados.

En el marco del SNS, las razones para decantarse por una gestión pública de la Sanidad están en que las actuaciones de las Administraciones Sanitarias deben orientarse a la consecución de niveles de salud y de satisfacción para todos los ciudadanos, a corregir los fallos del mercado y a mejorar la equidad social.

Hay que hacer referencia a la gestión de la asistencia sanitaria pública por las Entidades colaboradoras de la Seguridad Social – Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales y Empresas-. Las prestaciones, asistencias y servicios objeto de la colaboración forman parte de la acción protectora de la Seguridad Social y están sujetas al régimen establecido en el TRLGSS y en sus normas de aplicación y desarrollo. Entre las prestaciones, está la asistencia sanitaria, que a su vez, se integra en el SNS.

El Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las MATEPS, publicado el 25 de julio de 2014, podría suponer que con cargo a fondos sanitarios públicos, se priorizará la asistencia de un sector de ciudadanos –los trabajadores en incapacidad temporal por contingencias comunes- frente al resto de la población, vulnerando el principio de equidad del Sistema Nacional de Salud.

Las Comunidades Autónomas, además de prever con carácter general la posibilidad de acudir a la colaboración de la iniciativa privada –gestión indirecta- para la prestación de servicios sanitarios, usualmente se han ocupado de regularla

específicamente, en el marco de la legislación básica del Estado. Esta regulación es muy similar para todas ellas, estableciendo unas previsiones muy genéricas e incluyendo exigencias de la obtención de homologación o acreditación de los centros o entidades que deseen colaborar con la iniciativa pública. Esta colaboración, en todo caso, se ha de realizar teniendo en cuenta los principios de complementariedad, optimización, necesidad de atención en cada momento y adecuada coordinación en la utilización de recursos públicos y privados. Las Comunidades Autónomas de Valencia, Madrid y Cataluña, son las que más han utilizado las fórmulas de colaboración público-privada para la realización de infraestructuras sanitarias y gestión de la asistencia sanitaria, despertando gran controversia. También en Castilla La Mancha, Castilla y León y Galicia, han iniciado la utilización de fórmulas de CPP, tipo PFI (Private Finance Initiative), para la construcción de hospitales -no se externaliza la gestión de la asistencia sanitaria-.

14. Los contratos de colaboración público- privada: Problemáticos para la gestión indirecta de la asistencia sanitaria

Actualmente en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se regulan tres contratos, que encajan en el género de colaboración público-privada, dos de tipo concesional –el de gestión de servicios públicos y el de concesión de obras públicas-, y uno, el contrato de colaboración entre el sector público y el privado, más próximo a los PFI anglosajones.

Con el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, se produce la más elevada delegación de funciones públicas a la que puede llegar la externalización, hasta ahora inasumible en las formas contractuales de gestión indirecta tradicionales, pues *ex* artículo 11 TRLCSP, el operador privado puede quedar investido de facultades tales como el diseño del proyecto, la dirección de la obra o el servicio público, así como poder realizar las subcontrataciones necesarias. No debemos olvidarnos, que uno de los requisitos establecidos por Eurostat conforme el SEC-95, para que la actuación quede fuera del cómputo de la contabilidad pública, es la traslación al operador privado del riesgo del diseño y dirección de las obras o servicios.

Los contratos de colaboración público- privada son problemáticos, por su complejidad, para cumplir con los criterios de estabilidad presupuestaria que va configurando Eurostat en aplicación del SEC 95, y en consecuencia que no computen a los efectos de la deuda pública los posibles pagos que efectúen las Administraciones públicas a los contratistas privados.

Aumenta la opacidad, el que en los procesos de configuración de esos contratos, suele estar muy involucrado el sector privado, fruto de que normalmente es preciso concretar en el propio procedimiento de adjudicación del contrato, las necesidades públicas y los mecanismos para resolverlas. Ello obliga a ser especialmente cuidadoso para minimizar los riesgos que se plantean para el interés general fruto de la captura del sector público por las ofertas poco adecuadas de los contratistas privados. Además, existe el riesgo de que las Administraciones públicas falseen la competencia favoreciendo arbitrariamente con sus encargos a unos operadores económicos privados frente a otros, o haciéndoles la competencia desleal mediante sus entes instrumentales.

En el mapa político español, los conflictos de intereses entre los gobernantes, la

industria sanitaria y el mundo financiero, que con la excusa de la crisis pretenden adueñarse del SNS, junto a la reforma constitucional “express”, aprobada por acuerdo de los dos partidos mayoritarios del arco parlamentario, en agosto 2011, que impone al conjunto de la Administración española límites de endeudamiento público muy inferiores al 3% del Tratado de Maastricht, parecen abocarnos irremediamente a estas formas de financiación/gestión privada sanitaria –contratos de colaboración público-privada-.

Tiene gran interés diferenciar entre conciertos, convenios y contratos administrativos, como la concesión administrativa, para la gestión indirecta de la asistencia sanitaria. La concesión administrativa implica cesión de la gestión a la empresa privada adjudicataria; ni en el concierto sanitario ni en el convenio singular existe gestión por la empresa privada, sino mera prestación. En consecuencia, no cabe equiparar la figura privatizadora de la concesión con los contratos aludidos en la LGS.

Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CCPP), el de concesión de obras públicas y el contrato de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión con ejecución de obra, puede existir un solapamiento, no estando claras las fronteras. Estos tres tipos de contratos, concurren en buena medida, cuando el objeto del contrato es la construcción y posterior gestión de infraestructuras o equipamientos públicos –por ejemplo, construcción y gestión de hospitales- y, en este caso, estaríamos ante opciones alternativas, y la elección dependerá de la idoneidad de cada contrato para los objetivos del interés público que pretenda la Administración.

La técnica precisa para el deslinde de los tres tipos contractuales ha de partir de la comparativa de sus características esenciales. En referencia al reparto de riesgos, éste admite una formulación más abierta en el contrato de colaboración entre el sector público y sector privado que en los de concesión de obras públicas y de gestión de servicios públicos, modalidad concesión. En este último contrato, el riesgo y ventura de la explotación es asumido íntegramente por el concesionario; no obstante el TRLCSP suaviza la aplicación del principio de riesgo y ventura tratándose del contrato de obras y del contrato de colaboración entre el sector público y sector privado. En el de obras, el contratista tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieran producido en casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por su parte. Tratándose del contrato de colaboración entre el sector público y sector privado, y como una de las estipulaciones que debe contener, el art. 136.b) se refiere a las: “Condiciones de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista”. Todo ello sin perjuicio de que si no se traslada al operador privado el riesgo, en los términos de Eurostat conforme SEC-95, no se conseguirá el objetivo de desconsolidación en las cuentas públicas. Es decir, se modula en las cláusulas del contrato el reparto de riesgo.

Como desventajas comunes a la utilización de los tres tipos de contratos administrativos que se han diferenciado, está la relativa “despatrimonialización” de los bienes y servicios de la Administración al encomendarle íntegramente al sector privado durante un largo periodo de tiempo, su gestión. Se corre el peligro de enmascarar niveles elevados de deuda pública y sobre costes al erario público. Los compromisos de gastos de futuros ejercicios limitan la financiación de nuevos proyectos en un marco de estabilidad presupuestaria, así como el encarecimiento relativo que la financiación privada puede suponer en relación con la financiación tradicional mediante deuda pública.

Requieren además, garantías y controles muy superiores a otro tipo de contratos,

para controlar y corregir desviaciones de estándares de calidad en la prestación de los servicios públicos sanitarios y en los costes económicos asociados. Es necesario instrumentar mecanismos jurídicos reguladores e indicadores de gestión, procesos, medios personales y garantías jurídicas para la evaluación, inspección y corrección de ineficiencias, así como mecanismos de financiación.

15. Las dificultades del contrato de concesión para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria

En relación con el concurso que tuvo por objeto la gestión de la atención sanitaria especializada del Área 10 del Servicio Valenciano de Salud, el Tribunal Supremo aceptó expresamente los contratos de concesión para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria. Sin embargo a raíz de las reformas externalizadoras emprendidas por la Comunidad de Madrid, el problema que se plantea, es saber si la concesión de servicios médicos de hospitales y centros de salud, encaja en nuestro Ordenamiento jurídico y con los principios esenciales del Sistema Nacional de Salud. El debate jurídico ha llegado al propio Tribunal Constitucional y se han producido importantes movilizaciones de oposición a la reforma.

Entre los principios jurídico-constitucionales posiblemente infringidos por la Ley externalizadora de la Comunidad de Madrid, estaría la alteración del sistema competencial en materia de regulación de la contratación pública y concesiones en relación con la libre competencia. También acarrearía una vulneración de la legislación básica relativa a la contratación de las Administraciones Públicas Sanitarias. Además, el establecimiento de este tipo de concesiones administrativas de la Atención especializada de la Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social/SNS genera un modelo económico dual de aseguramiento de la prestación: contractual y presupuestario, que desencadena dinámicas económicas, financieras y de asistencia sanitaria ineficientes; y que comportan desigualdades injustas entre los ciudadanos de una misma Comunidad, vulnerando el principio de igualdad.

Ninguna empresa externaliza su núcleo de negocio (competencias esenciales); si lo hace está cambiando su misión. La externalización de bata blanca a través de contratos, supone un repliegue hacia la función financiera y de control por parte de las Administraciones sanitarias. Si además la colaboración público-privada se basa en pagos capitativos poblacionales, hay un claro deslizamiento desde la externalización de la provisión -prestación- hacia el propio aseguramiento poblacional. Y, finalmente, si el contrato capitativo no tiene suficientes garantías ni controles, se trata simplemente de un abandono contumaz de las responsabilidades institucionales por parte de los políticos (el proveedor privado puede volar libremente a la distancia que más le convenga). Es necesario retomar la senda marcada por el vigente art. 90 de la Ley General de Sanidad, que regula las bases de los conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos –privados-.

Los estudios sobre economía de la salud, medicina social, políticas públicas de salud, así como los análisis empíricos sobre los costes de información y transacción en la elaboración de contratos de colaboración público-privada, acreditan que resulta mucho más fácil obtener resultados eficaces y eficientes mediante estructuras organizativas integradas. Por esto constituyen el fundamento organizativo tanto de las grandes empresas como de los organismos encargados de gestionar las principales

funciones y servicios públicos. Precisamente por eso, el SNS es público e integrado, ajeno a su estructuración contractual salvo excepciones bien delimitadas.

En contra de esa línea externalizadora de la asistencia sanitaria, en aras de la eficiencia, la doctrina jurídica ha señalado el carácter excepcional del recurso a la técnica concesional. La efectividad de los mandatos constitucionales relativos a la protección de la salud y al mantenimiento obligatorio de un Sistema público de Seguridad Social implica la existencia de una red de establecimientos de titularidad pública que deben ser gestionados directamente -con o sin personalidad jurídica propia-, sin perjuicio de la colaboración de los centros privados, fundamentalmente mediante fórmulas de concertación. También es admisible la concesión y alguna otra fórmula análoga, como el nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el privado, pero estas deben ser excepciones a la regla de la gestión directa, y por ello necesitadas de justificación concreta, sin que sea suficiente la genérica previsión legal de su admisibilidad. No puede interpretarse la Ley 15/1997 de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, como una habilitación general que permita ignorar por completo todo el marco de garantías de nuestro modelo de regulación de la Sanidad pública y de contratación del sector público.

El verdadero problema, en los supuestos de externalización de la gestión de la asistencia sanitaria, no está en los costes, sino en la garantía de la calidad asistencial. Es un lugar común, aceptar que los actuales mecanismos de control de calidad en el Sistema Nacional de Salud son débiles. Los sistemas de información pueden proporcionar un mecanismo eficaz de seguimiento y evaluación de la calidad de la prestación sanitaria, pero es imprescindible disponer de un sistema de auditorías que garantice su veracidad, validez y fiabilidad. La Inspección de Servicios Sanitarios es el órgano más apropiado para asumir esa función.

16. Consorcios

El consorcio no es una forma de gestión ni directa, ni indirecta, sino un organismo público personificado. Esta institución parece tener mayor sentido en el ámbito sanitario, para el desarrollo de actividades de investigación y docencia, en cuya realización están interesados, desde sus competencias respectivas, diversos organismos. Aunque no es una entidad muy utilizada para la gestión de asistencia sanitaria en el conjunto del Sistema Nacional de Salud, el consorcio se ha empleado en algunas Comunidades Autónomas –Andalucía, Aragón, Cataluña, Islas Baleares, Comunidad Valenciana-, siendo con diferencia Cataluña, la que más la ha empleado, al disponer históricamente de una importante base de instituciones sanitarias de titularidad municipal –Administración local-.

17. Personal del Sistema Nacional de Salud: La utilización del Derecho del Trabajo no implica una mayor eficiencia en la gestión

Uno de los argumentos utilizados para proponer y regular nuevas formas de gestión en los servicios sanitarios públicos, es precisamente, que se consiguen mayores niveles de eficiencia cuando el personal está sometido al Derecho del Trabajo, respecto al personal funcionario/estatutario, sometido al Derecho público.

En el Sistema Nacional de Salud coexiste junto al personal estatutario –el mayoritario-, personal funcionario y laboral. Los regímenes jurídicos aplicables a los

empleados públicos sanitarios están en permanente ósmosis, máxime con la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público, que es la norma clave de referencia para conocer el régimen jurídico aplicable al personal del SNS.

Las diferencias básicas, entre la relación jurídica funcional/estatutaria y la laboral, se centran en la constitución de la relación, en la negociación colectiva y, a diferencia con la norma laboral, el régimen estatutario/funcional establecido con carácter general, no puede ser modificado o alterado por la Administración en relación a un caso singular y en perjuicio o en ventaja de alguno o algunos de los funcionarios públicos/personal estatutario, ni en vía contractual ni unilateralmente, a menos que el propio instrumento normativo así lo autorice. Finalmente hay diferencias en cuanto a la jurisdicción competente.

Tiene especial interés, comparar los diferentes regímenes aplicables al personal de los Servicios de Salud y realizar una valoración, desde una perspectiva global y jurídico-organizacional, para determinar, en términos generales, las ventajas e inconvenientes que cada uno de esos universos normativos poseen a los efectos de la gestión de los recursos humanos en el ámbito de los centros sanitarios. Metodológicamente, se ha seguido la idea de la flexibilidad, tanto externa como interna.

En cuanto a la flexibilidad externa, es mayor, tanto a la entrada como a la salida en la normativa laboral que en la estatutaria/funcional. El fundamento de esa rigidez del modelo estatutario/funcional, podría pensarse que se halla en la voluntad de salvaguardar la imparcialidad, la independencia y la profesionalidad del personal estatutario, en un intento de garantizar la mejor defensa posible del interés público en juego, incluso frente al propio principio de jerarquía orgánica presente en el ámbito administrativo. Respecto a ello se puede hacer la siguiente reflexión. La estabilidad no tiene valor por sí misma, sino en cuanto se traduce en elementos como la inversión empresarial o de la institución sanitaria en formación profesional, la profesionalidad del personal, el compromiso del trabajador con la organización y con sus valores culturales, etc. Además, la estabilidad corre el riesgo de convertirse, en una medida perjudicial para la motivación del propio personal en la prestación de sus servicios; y junto a ello cabe tener en cuenta que la profesionalidad sólo puede justificar adecuadamente la estabilidad del personal cuando va acompañada de otras medidas. No se requiere la “rigidez” como presupuesto necesario para tener un personal imparcial y profesional; ejemplo de ello es que aquélla no es un presupuesto de la normativa laboral y no existen dudas sobre la profesionalidad de los trabajadores, sanitarios y no sanitarios, sometidos al Derecho del Trabajo.

En cuanto a la “flexibilidad interna”, la normativa laboral, de nuevo, resulta más flexible que la estatutaria, si bien con ciertas excepciones. En efecto, en algunos casos – tiempo de trabajo y movilidad- la flexibilidad puede ser mayor en el ámbito del personal estatutario, a través de una vía indirecta, centrada en el importante papel que en esas materias puede cumplir la discrecionalidad directiva, basada o justificada en las “necesidades asistenciales”. En efecto, la jornada –complementaria y especial-, el horario, las vacaciones, las funciones o el lugar de trabajo - movilidad por razón del servicio- del personal estatutario pueden depender de hecho, tanto en su instauración como en su eventual modificación, de la decisión última de la institución sanitaria en la que presta servicios, tomando como base las “necesidades del servicio”. No hay duda, sin embargo, de que esa discrecionalidad debe entenderse limitada por la interdicción de la arbitrariedad y del abuso del derecho así como por el principio de igualdad y de

derechos adquiridos, y debería restringirse, expresamente a través de la negociación colectiva desarrollada en ese ámbito.

Los profesionales sanitarios desempeñan un rol de importancia capital para la eficacia y calidad del Sistema Nacional de Salud. Es preciso buscar fórmulas que aumenten la autonomía de gestión, impulsar un nuevo modelo retributivo –basado en la evaluación del desempeño (resultados)- y un refuerzo en la formación en gestión, en todos los niveles del Sistema Sanitario público, para asegurar la mejor cualificación de los gestores. Hay que rediseñar los microsistemas profesionales sanitarios para desactivar o mitigar los principales conflictos de interés que erosionan el profesionalismo.

18. Gestión en Atención primaria: Mayor satisfacción de los profesionales con resultados asistenciales similares mediante fórmulas indirectas

En Atención primaria, el modelo de gestión directa tradicional, es el denominado “Autonomía de gestión”. Es el más arraigado en el Sistema Nacional de Salud, alcanzando el 90% de los Equipos de Atención primaria. Es un modelo desconcentrado, en el seno de un único proveedor público -Servicio de Salud- que se basa en la dirección por objetivos, sustentada en un contrato programa con el proveedor, o bien, contratos de gestión, gestión clínica (procesos). Pretende generar competencia entre los Equipos de Atención primaria.

A pesar de ser un modelo transparente, flexible y participativo, tiene puntos débiles: Dudas sobre la capacidad de los incentivos para producir mejoras, falta de integración entre niveles asistenciales -Atención primaria y Atención especializada-, intromisión del planificador -Consejería competente en materia de Salud, Servicio Autónomo de Salud- en la fijación de objetivos y en la evaluación de su consecución, escaso sustento epidemiológico y en planes de salud, mayor énfasis en productos intermedios que en finales -resultados-, criterios económicos -ahorro sobre todo farmacéutico y también en gestión de la incapacidad temporal-, poco peso de los conceptos variables en la retribuciones -hasta un 10%-.

El Modelo de gestión indirecta de Atención primaria es el denominado de “Entidades de profesionales” -Cooperativas sanitarias, definidas y reguladas en la mayoría de las Comunidades Autónomas, y Sociedades, Mercantiles y Laborales-.

Con esta segunda fórmula, se pretende dar un paso más, eliminando la relación de dependencia entre los profesionales y la organización, buscando un sistema diferente de vinculación de aquellos y su mayor implicación en el proceso de gestión. Se trata de una fórmula de autogestión en la empresa y auto-organización del personal sanitario, diversificándose los proveedores privados.

Es importante señalar que a diferencia de la relación de instrumentalidad -que se articulaba a través del principio de tutela- existente la Administración matriz y el organismo, ente o sociedad, en los modelos clásicos de la Administración institucional, la vinculación entre las cooperativas asistenciales y las sociedades con el Sistema Público Sanitario se realiza fundamentalmente a través de conciertos o convenios, previstos en la LGS, o bien contratos administrativos. Paralelamente, la relación funcional, de actividad y de resultados, se materializa mediante la firma de contratos-programa.

Ejemplos de esta modalidad indirecta, son las Entidades de Base Asociativa implantadas en Cataluña -incluyen cooperativas sanitarias- y las sociedades de

profesionales con personalidad jurídica propia de la Comunidad de Madrid, para la gestión indirecta de los Centros de Atención primaria. Curiosamente las primeras, implantadas hace años, no despertaron tanta controversia como ha ocurrido en la Comunidad de Madrid.

Entre los beneficios de este modelo de gestión indirecta están, la mejor utilización de los recursos -mejora de los procesos, reducción de la variabilidad clínica, uso adecuado de recursos-, se facilita el trabajo en equipo; mayor grado de incentivación profesional; mejor relación médico paciente; más receptividad ante las demandas de los usuarios; mejora de la accesibilidad; potenciación de los servicios auxiliares; reequilibrio en la relación Atención primaria-Atención especializada. Los problemas que plantea este modelo son los siguientes: desconfianza de los usuarios - conflicto de intereses entre servicios prestados e incentivos sobre los médicos y otros profesionales sanitarios-, imperativos financieros -incentivar la buena práctica versus el ahorro-, limitación de beneficios -rentas personales versus retribuciones en especie, carrera profesional, tipo de dedicación, universalidad -voluntariado y monopolios naturales-, equidad de acceso, selección de riesgos, abuso de la temporalidad laboral, falta de equidad en la atención, falta de asunción de riesgos reales, predominio casi exclusivo de la función asistencial, clientelismo, refuerzo de la calidad aparente y aumento de los costes administrativos

En realidad hay pocos datos obtenidos de la utilización de modelos organizativos distintos del modelo tradicional. No obstante, los datos apuntan a una mayor satisfacción de los profesionales en los modelos autogestionados y a unos resultados equivalentes en cuanto a actividad, eficiencia y satisfacción ciudadana; es decir los resultados asistenciales de las diferentes fórmulas de gestión son similares. Es la propia diversificación, es decir la ausencia de una situación de monopolística en la provisión, y la existencia de un cierto grado de competición entre modelos y empresas, más que las características de un determinado modelo, lo que ha estimulado la escasa mejora.

El Sistema Nacional de Salud, tiene su base en una Atención primaria de salud eficiente y de calidad. Es necesario buscar, nuevas fórmulas de financiación, organización y gestión, que refuercen su capacidad de resolución ante los nuevos retos como la atención a la cronicidad.

Una mejor coordinación -continuidad- interniveles, entre Atención primaria y Atención especializada, se puede conseguir, pasando del hospital general al conglomerado hospitalario abierto.

19. Modelo de gestión clínica: el más consensuado pero problemático en su implantación

No habiendo tenido éxito la gestión directa de la asistencia sanitaria mediante personificaciones -públicas o privadas- de titularidad pública, y siendo muy controvertidas las opciones de externalización iniciadas en algunas Comunidades Autónomas, está alcanzando altos niveles de consenso la denominada “Gestión Clínica”, la cual se enmarca en la nueva gestión pública -aplicación de los modelos gerencialistas-.

La gestión clínica plantea una descentralización de la organización. El objetivo es que los profesionales tengan capacidad para organizarse y diseñar estrategias para la mejora de los resultados de la atención a los pacientes. Puede implicar una transferencia de riesgos a las unidades clínicas con la posibilidad de ganar o perder en función de los

resultados. En ella se delimitan tres niveles: Gestión de la asistencia sanitaria individual, gestión de los procesos asistenciales, y gestión de la unidad o de la utilización de los recursos.

El modelo es más fácil de implantar en Atención primaria. Los intentos de su implantación en Atención especializada –hospitales- choca con las viejas estructuras existentes de Servicios asistenciales, jerarquizados y con parcelas de poder en la organización del centro. Pese a pretenderse mayores niveles de autonomía para el profesional en la toma de decisiones de gestión, en la práctica ha quedado la supuesta mayor autonomía de los profesionales en un plano casi testimonial, encontrándose fallos en el sistema de incentivos.

La oposición de las organizaciones sindicales a la implantación de las Unidades de Gestión Clínica (UGC), ha ido minando el impulso inicial dadas a las mismas por los Servicios Públicos de Salud, hasta casi homogeneizar la mayor parte de ellas con los Servicios asistenciales tradicionales.

Hasta ahora no ha existido un impulso legislativo en la mayoría de las Comunidades Autónomas. Pocas de éstas, han regulado el Modelo de Gestión Clínica. La Ley 3/2003, de 6 de febrero, de la Generalitat, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad Valenciana establece que la Agencia Valenciana de Salud podrá autorizar en sus centros la creación de nuevas unidades /fórmulas organizativas como las áreas clínicas y las unidades de gestión clínica; no tienen personalidad jurídica.

Otras Comunidades Autónomas, aunque no regulen este tipo de unidades en sus leyes de salud, han iniciado mediante normativa de rango menor, la implantación de las mismas, habiéndose traducido la resistencia a su establecimiento por ciertos colectivos, en recursos ante los Tribunales de Justicia.

Es preciso plantear propuestas legislativas para la implantación del Modelo de Gestión Clínica, sobre el que actualmente existe un mayor consenso como alternativa de gestión. La reconversión del actual modelo organizativo en el nuevo Modelo de Gestión Clínica, desde el punto de vista de su legislación básica, deberá constar de dos áreas fundamentales: una sobre creación, constitución, financiación y estructura de las Unidades de Gestión Clínica y la segunda, sobre incorporación de recursos humanos al nuevo modelo. En el ámbito estatal, es necesario, la modificación y/o adaptación de los preceptos correspondientes que son parte de la legislación básica estatal. En las Comunidades Autónomas, facilitando las modificaciones normativas en al ámbito de sus competencias, para hacer viable la propuesta.

20. Las claves: Mejorar la Gobernanza del Sistema Nacional de Salud y su financiación

La clave para obtener mejoras en la eficiencia y eficacia en los Sistemas de Salud, mejorando los niveles de salud en todo el mundo, tanto en países ricos como en pobres, es mejorar la calidad de su gobernanza -el buen gobierno- y financiar la asistencia sanitaria con fondos públicos y no privados.

Debe impulsarse una financiación territorial más justa, promoviendo una modificación de la financiación autonómica, con las siguientes características: Per cápita; ajustada a las necesidades; recalculada -periódicamente por cambios demográficos-; modulada -amortiguar bajadas y subidas-; finalista –garantizada-, asegurando que, tanto los ingresos potenciales, como el ahorro que se genere por una mejor gestión de los recursos sanitarios, han de destinarse exclusivamente y en su

totalidad a financiar la Sanidad pública; complementado; creando un Fondo de Inversión del SNS. Es necesario, además reconducir la utilización del presupuesto sanitario, para que sea un auténtico instrumento de gestión.

Es necesario mejorar la gobernanza del Sistema Nacional de Salud, con el fin de facilitar los procesos de toma de decisiones para el conjunto del mismo, asegurando la cohesión, coordinación, equidad y calidad del Sistema. Ello, también incrementará su eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y, en definitiva, la calidad democrática y técnica de gobierno y gestión, a todos los niveles del Sistema Nacional de Salud: órganos horizontales nacionales, Servicios Autonómicos de Salud, así como de sus instituciones y centros sanitarios. Es necesaria una mayor profesionalización de los gestores sanitarios –despolitización-.

Basándose en el desarrollo de las líneas de investigación propuestas, habría que impulsar una ley de buen gobierno y gestión del SNS que avance en una mayor autonomía de gestión, en el fomento de la gestión clínica, en la introducción de órganos colegiados de participación a todos los niveles ante los que deban responder los gestores, en la obligatoriedad de la transparencia, en la regulación de los conflictos de interés o en la definición de mecanismos eficaces contra el fraude y la corrupción. En resumen, hay que plantear un marco legal habilitante y regulatorio que establezca un Estatuto de Servicio Público de Salud.

Finalmente, es necesario avanzar en medidas que sirvan para deslindar la Sanidad Pública y la Sanidad Privada. En nuestro actual modelo organizativo, la Sanidad privada debe tener un rol complementario con el Sistema Nacional de Salud y no debe parasitarlo.

BIBLIOGRAFÍA

ACUERDO MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD-FORO DE LA PROFESIÓN MÉDICA, Madrid, 11 de febrero 2013. <http://www.icomem.es/verDocumento.ashx?Id=1227>

ALBALADEJO GARCÍA, M., “Curso de Derecho Civil, I”, Bosch, 7ª, Barcelona, 1980.

ALBI, E., CONTRERAS, C., GONZÁLEZ-PÁRAMO, J.M., ZUBIRI, I., “Teoría de la Hacienda Pública”, 2ª Edición, modificada y ampliada, d. Ariel, Barcelona. 1994.

ALMANSA PASTOR. J.M. , “Principios de Reforma de la Gestión de la Seguridad Social”, Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón, Editorial Tecnos, Madrid, 1980.

ALONSO OLEA, M., “Las Bases de la Seguridad Social (Consideración en conjunto de la Ley de 28 de diciembre de 1963)”, Revista de Política Social, enero-marzo, nº 61, 1964.

ALONSO OLEA, M., “Las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social”, Civitas, 1994.

ALONSO OLEA, M., “Los límites de la aplicación del Derecho del Trabajo al personal laboral de las Administraciones Públicas”, en VVAA, Libro homenaje al Profesor Villar Palasí, Madrid, 1989.

ALONSO OLEA, M., “Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud”, Editorial Civitas, Madrid, 1999.

ALONSO-OLEA GARCÍA, B., MEDINA GONZALEZ, S., "El Sistema Sanitario Español", en Derecho de los Servicios Públicos Sociales, Editorial Thomson Reuters, Aranzadi, S.A., 2011.

APARICIO TOVAR, J., “La Seguridad Social y la protección de la salud”, Editorial Civitas, Madrid, 1989.

APARICIO TOVAR, J., “El derecho a la protección de la salud. El Derecho a la asistencia sanitaria”, en “Comentario a la Constitución Socio-Económica de España”, Dirs. MONEREO PÁREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C, MORENO VIDA, M.N, Ed. Comares, Granada, 2002.

ARCE MATEOS, F.P., TEMES MONTES, J.L., “Los Sistemas Sanitarios”, en “Gestión Hospitalaria”, J.L. Temes; Editorial MC. Graw-Hill, Interamericana, 2002.

ARIÑO ORTIZ, G., SALA ARQUER, J.M., “La gestión de los Servicios Sanitarios mediante formas personificadas: especial referencia a empresas públicas y sociedades”, Actas del III Congreso Derecho y Salud, organizado por la Asociación de Juristas de la Salud, Pamplona, 1994.

ARQUÉS I SUVIRACH, J., “Modelos de gestión en las Comunidades Autónomas: evolución reciente y perspectivas de futuro”, Mesa redonda, Cataluña, En: VVAA, “La gestión de los servicios sanitarios: modelos alternativos”, Actas del III Congreso “Derecho y Salud”. Gobierno de Navarra, Departamento de Salud, Pamplona, 1995.

ARROYO YANES, L.M., “La carrera administrativa de los funcionarios públicos”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

ARROYO YANES, L.M., “Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público”, dir. Del Rey Guanter, Madrid, 2008.

AXELSSON, R., MARCHILDON, G.P., REPULLLO LABRADOR, J., “*Decentralization in health care*, European Observatory on Health Systems and Policies Series”, 2007, cit. en DESARROLLO AUTONÓMICO, COMPETITIVIDAD Y COHESION SOCIAL EN EL SISTEMA SANITARIO, nº 01/2010, Consejo Económico y Social, Madrid, 2010.

BEATO ESPEJO, M., “Nuevo modelo económico en la prestación de servicios sanitarios: Privatización en la gestión y técnicas gerenciales, fomento de la libre elección por el usuario y ejercicio libre de la actividad empresarial”, Revista de Administración Pública, nº 131, mayo-agosto, 1993.

BESTARD PERELLÓ, J.J., “Fundaciones públicas como experiencia de gestión”, en Federación Española de Gestión Sanitaria, Jornadas de Gestión Sanitaria, Córdoba, 1994.

BLANCO, J. E., “Planificación de la Seguridad Social Española”, Ediciones Marte, Barcelona, 1964.

BLANQUER CRIADO, D., “La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Guía Práctica”, Tirant lo blanch, Valencia, 2007.

BOLETIN O.M.S., “Alianzas público-privadas para los hospitales”, Volumen 84, Noviembre de 2006.

BORRAJO DACRUZ, E., “El derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social”, Revista de Seguridad Social, nº 8, 1980.

BORRAJO INIESTA, I., “La huida hacia fórmulas de gestión de derecho privado en la prestación de servicios sanitarios: la supuesta crisis del Derecho Administrativo”, en VVAA, La gestión de los servicios sanitarios: modelos alternativo, Actas del III Congreso de Derecho y Salud, Gobierno de Navarra, Departamento de Salud, Pamplona, 1995.

BRUNETE DE LA LLAVE, M.T, “Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de contratos del sector público. Especial aplicación a las entidades locales”, Ed. La Ley, Madrid, 2009.

CARLÓN RUIZ, M., “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 140, 2008.

CASTILLO BLANCO, F.A., “Los Derechos individuales de los empleados públicos”, en “Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”, Dir. Miguel Sánchez Morón, Editorial Lex Nova, 2ª Edición, Valladolid, 2008.

CAVAS MARTÍNEZ, F., “Adquisición y pérdida de la relación de servicio”, en “El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008”, Ed. Comares, Granada, 2008.

CHINCHILLA MARÍN, C., “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”, Revista de Derecho Administrativo, número 132, 2006.

CLAVERO ARÉVALO, M., “Personalidad jurídica, Derecho General y Derecho Singular en las Administraciones Autónomas”, Documentación Administrativa, 58, 1962.

COLON DE CARVAJAL, B., “Nueva oportunidad para la gestión eficiente de la sanidad pública: el contrato de colaboración entre el sector público y el privado (II)”, Actualidad del Derecho Sanitario, nº 157, febrero 2009.

CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS MEDICOS, "Profesión médica y reforma sanitaria. Propuestas para una acción inmediata", Diciembre 2012.

COSCULLUELA MONTANER, L., "Manual de Derecho Administrativo. Parte General", Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2012.

COSCULLUELA MONTANER, L.; LOPEZ BENITEZ, M., "Derecho Público Económico", 4ª edición, Iustel, Madrid, 2011.

COSSIO DÍAZ, J.R., “Estado Social y derechos de prestación”, CEC, Madrid, 1989.

CRUZ VILLALÓN, P., “Los Derechos sociales y el Estatuto de Autonomía” en CÁMARA VILLAR, G., CANO BUESO, J. (Eds.), “Estudios sobre el Estado social. El Estado social y la Comunidad Autónoma de Andalucía, Parlamento de Andalucía, Ed. Tecnos, Madrid, 1993.

DEFENSOR DEL PUEBLO, “Informe Anual 2012”, 2013.

DE LA SERNA BILBAO, M. N., “La privatización en España. Fundamentos Constitucionales y Comunitarios”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995.

DESARROLLO AUTONÓMICO, COMPETITIVIDAD Y COHESION SOCIAL EN EL SISTEMA SANITARIO, nº 01/2010, Consejo Económico y Social, Madrid, 2010.

DIARIO MEDICO, 21-11-2003.

DOMINGUEZ MARTIN, M., “Formas de gestión de la sanidad pública en España”, Ed. La Ley, Madrid, 2006.

DURÁN LÓPEZ, F., SAEZ LARA, C., “El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales”, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Ed. Civitas, Madrid, 1997.

ESCRIHUELA MORALES, F.J., “La Contratación del Sector Público. Especial referencia a los contratos de suministro y de servicios”, La Ley, Madrid, 2007.

EUROSTAT, Manual del SEC 95 sobre déficit público y la deuda pública, 2002.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., “Régimen jurídico de la prevención de riesgos laborales en las Administraciones públicas”, Monografía, Ed. Comares, Granada, 2009.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., “Los expedientes de regulación de empleo en las Administraciones Públicas”, en AA.VV., “Crisis Económica y Función Pública”, Ed. Aranzadi, 2012, págs. 309-351.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., “Los profesionales altamente cualificados en el Derecho Migratorio”, *Justicia Laboral*, núm. 55, 2013, págs. 39-92.

FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M., “La Administración de la Seguridad Social: Análisis de una reforma”, *Revista de Seguridad*, número 3, 1979.

FREIRE CAMPO, J.M., “El Sistema Nacional de Salud español en perspectiva comparada europea: diferencias, similitudes, retos y opciones”, *Revista Claridad*, 7, 2006.

FRIEDMAN, L., “Microeconomic policy analysis”, Ed. MacGraw-Hill, Nueva York, 1984.

GALA VALLEJO, C., “Gestión Institucional de la Seguridad Social”, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, Madrid, 1980.

GALINDO MEÑO, C., “Estatuto Básico del Empleado Público”, dir. Ortega Álvarez, L., Madrid, 2007.

GALLEGO ANABITARTE, A., “La acción concertada: nuevas y viejas técnicas jurídicas de la Administración. Contribución a la distinción entre resolución y contrato administrativo”, en el Libro Homenaje al Profesor Juan Galván Escutia, 1980.

GALLEGO CORCOLES. I., ROMERO REY, C., “Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones”, en “Estatuto Básico del Empleado Público”, La Ley-El Consultor, Madrid, 2007.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., “Técnicas de control y de integración administrativa de las nuevas fundaciones de gestión sanitaria”, XIII Congreso Italo-español de Profesores de Derecho Administrativo, Universidad de Salamanca, 9 y 10 octubre de 2000.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 2, 1950.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., RAMÓN FERNÁNDEZ, T., “Curso de Derecho Administrativo.V. 1”, Ed. Civitas, Madrid, 2013.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., RAMÓN FERNÁNDEZ, T., “Curso de Derecho Administrativo.V. 2”, Ed. Civitas, Madrid, 2013.

GARCÍA NINET, J.I., “Las entidades gestoras de la previsión social italiana”, *Revista de Seguridad de Social*, nº 4, 1979, págs. 157-208.

GARCÍA NINET, J.I., “La Seguridad Social en la Constitución: aproximación al art. 41 C.E”, en “Historia y derecho: estudios jurídicos en homenaje al profesor Arcadio García Sanz”, coord. MARTINEZ VAZQUEZ DE CASTRO, L., 1995, págs. 343-374.

GARCÍA NINET, J.I., “Antecedentes o precedentes del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud”, *DS: Derecho y salud*, Vol. 14, Nº. Extra 2, 2006, págs. 1-22.

GARCÍA NINET, J.I., DE VICENTE PACHÉS, F., GARRIGUES JIMÉNEZ, A., “Configuración técnica de los servicios sociales y régimen jurídico”, en “La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras: homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación” / coords. MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M.N., 2008, págs. 1157-1184.

GARCIA NINET, J.I., VICENTE PALACIO, A., “Provisión de puestos de trabajo y movilidad”, en “El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008”, Ed. Comares, Granada, 2008.

GARCIA NINET, J.I., “Trabajo nocturno y a turnos y protección de la salud”, Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral, nº 234, 2010, págs. 5-8.

GARRIDO FALLA, F., “Tratado de Derecho Administrativo. Vol. I (Parte General)”, Ed. Tecnos, Madrid, 2010.

GARRIDO GAMEZ, L., MORÁN LLANES, J., “La otra privatización del Sistema Nacional de Salud”, Diario Médico, 12 de mayo de 2014.

GARRORENA, A., “El Estado social y democrático de Derecho”, Ed. Tecnos, Madrid, 1987.

GOIG MARTÍNEZ, J.M., “La libertad de empresa”, en ALZAGA VILLAMIL, O., Dir. “Comentarios a la Constitución Española de 1978”, T. III, Cortes Generales, Ed. EDERSA, Madrid, 1996.

GÓMEZ de HITA, J.L., “Formas jurídicas de la organización sanitaria. Derecho Público y Derecho Privado en la provisión pública de servicios sanitarios”, Serie Monografías nº 25, Escuela Andaluza de Salud Pública, Granada, 2000.

GOMEZ SORIANO, G., “El papel de la Inspección en los modelos de gestión privada”, en V Congreso Nacional de la Inspección de Servicios Sanitarios, 9 al 12 de octubre, Úbeda, 2013.

GONZALEZ GARCÍA, J.V., “Contrato de colaboración público-privada”, Revista de Administración Pública, nº 170, Madrid, mayo agosto, 2006.

GONZÁLEZ-PÁRAMO, J.M., “Cambios organizativos al servicio de la gestión pública”, Conferencia presentada en el Seminario “La gestión del cambio en los Servicios Sanitarios”, celebrado en la Escuela Andaluza de Salud Pública, Granada, 1998.

HALONEN, M., PROPPER, C., “Competition and decentralization in government bureaucracies”, Fifth European Workshop on Econometrics and Health Economics, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 1996.

HERNANDEZ PASCUAL, J., “La reforma del sistema sanitario en España”, Estudios de Política Sanitaria, nº2, OCDE, Ministerio de Sanidad y Consumo, BOE, 1998.

HORM, M. J., “The political economy of public administration. Institutional choice in the public sector”, Cambridge University Press, Nueva York, 1995.

HUFTY, M., “Gobernanza en salud pública: hacia un marco analítico”, Revista de Salud Pública. Volumen 12 sup (1), Abril 2010.

INFORME DE LOS EQUIPOS TÉCNICOS ASOCIACIÓN FACULTATIVOS ESPECIALISTAS DE MADRID (AFEM) Y LOPEZ RODÓ & CRUZ FERRER ABOGADOS, “Sobre la constitucionalidad de la concesión de los servicios sanitarios de hospitales y centros de salud por la Comunidad de Madrid”, Madrid, 19 marzo de 2013.
<http://www.asociacionfacultativos.com/images/comunicados/inconstitucional.pdf>

IRIGOYEN SÁNCHEZ-ROBLES, J., “La crisis del sistema sanitario en España: una interpretación sociológica”, Biblioteca de Ciencias Políticas, Serie de Estudios 12, Universidad de Granada, 1996.

JIMENEZ ASECIO, R., “Directivos públicos”, Oñate, 2006.

LANE, J.E., “The public sector. Concepts, models and approaches”, Sage, Londres, 1993.

LANDA ZAPIRAIN, J.P., “La reforma de la Sanidad pública y del régimen jurídico de su personal”, CES, Madrid, 1999.

LEDESMA, A., “Entidades de base asociativa: un modelo de provisión asistencial participado por los profesionales sanitarios. Valoración actual y retos del futuro”, Revista de Administración Sanitaria, 2005; 3 (1).

LE GRAND J., MAYS, N., “Learning from the NHS Internal Market”, London. King’s Fund, 1998.

LOPEZ I CASAS, G., “Una guía de navegación para ordenar y clarificar el debate sanitario”, Gaceta Sanitaria, 13, 1999.

LORENZO DE MENBIELA, J.B., “Derechos fundamentales de los funcionarios en la Administración: Nuevos en las organizaciones burocráticas”, Ed. Thompson Aranzadi, Navarra, 2007.

LORENZO DE MENBIELA, J.B., “Permisos y licencias de los Funcionarios públicos”, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.

LORES AGUÍN, M.L., “Los hospitales en España”, en “Las cuestiones clave de la sanidad pública: Un diagnóstico comparado de los sistemas públicos sanitarios de España y Reino Unido”, Fundación 1º de Mayo, 2012. www.1MAYO.CCOO.es.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, “Derecho de Asociación”, en “Comentario a la Constitución Socio-Económica de España”, Dirs. MONEREO PÁREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C, MORENO VIDA, M.N, Ed. Comares, Granada, 2002.

MANZANA LAGUARDA, R., “Derechos y Deberes de los funcionarios públicos”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

MANZANA LAGUARDA, R., “La nueva función pública”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013.

MARTÍN, J.J., LOPEZ DEL AMO, M., PEREZ, M.C., “Nuevas fórmulas jurídicas y de gestión en las organizaciones sanitarias”, en J.L. TEMES: “Gestión hospitalaria”, Editorial Mc. Graw-Hill Interamericana, 2002.

MARTIN MARTIN, J.J., “Nuevas formas de gestión en las organizaciones sanitarias”, Fundación Alternativas y serie Documentos de Trabajo, número 14/2003.

MARTIN MARTIN, J.J., DEL PUERTO LÓPEZ DEL AMO, M, “Innovaciones organizativas y de gestión en el SNS”, en J.L. TEMES, (ed.), “Gestión Hospitalaria”, 4ª ed., Mac Graw-Hill, Interamericana de España, SAU, Madrid, 2007.

MARTINEZ FAGÚNDEZ, G., “Régimen disciplinario de los funcionarios. Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Ed. Thompson Aranzadi, Pamplona, 2006.

MARTÍNEZ OLMOS, J., “Reformas sanitarias en Europa: elementos comunes y diferencias”, Cuadernos de Gestión, Vol. 4, nº 4, octubre-diciembre, 1998.

MARTINEZ-ALONSO CAMPS, J.L., RUIZ ORTEGA, M.J.; MARTÍNEZ-ALONSO RUIZ, H., “Las personificaciones instrumentales autonómicas: organismos autónomos, entidades públicas, consorcios, sociedades mercantiles y fundaciones públicas autónomas”, VII Congreso Español de Ciencia Política y de la Administración. Democracia y Buen Gobierno, 2005.

MENÉNDEZ REXACH, A., “Las fórmulas de gestión sanitaria indirecta de servicios sanitarios: especial referencia al concierto sanitario”, En: VVAA, “La gestión de los servicios sanitarios: modelos alternativos”, Actas del III Congreso de “Derecho y Salud”, Gobierno de Navarra. Departamento de Salud, Navarra, 1995.

MENENDEZ REXACH, A., “Formas jurídicas de gestión de los servicios sanitarios”, en VVAA: “La organización de los servicios públicos sanitarios”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2001.

MENENDEZ REXACH, A.; DOMINGUEZ MARTIN, M., “Estudio sobre las posibles opciones organizativas del Servicio de Salud del Principado de Asturias”, Madrid, 2002 (inédito).

MENENDEZ REXACH, A., “La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública. Reflexiones en torno al debate sobre la privatización de la sanidad”, Revista de Administración Sanitaria, 2008/2.

MENEU, R., ORTÚN, V. y PEIRÓ, S., “Medicina basada en la evidencia. Posibilidades y limitaciones para la compra de servicios”, en VVAA, G. LÓPEZ (dir): “La contratación de servicios sanitarios, Barcelona, Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña, 1999.

MESTRE DELGADO, J.F., “La extinción de la concesión de servicio público”, La Ley, Madrid, 1992.

MIGUEZ MACHO, L.; “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho Español”, Revista de Administración Pública, núm. 175, Madrid, enero-abril “, 2008.

MIR PUIGPELAT, O., “La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización , imputación y causalidad”, Civitas, Madrid, 2000.

MOLINA NAVARRETE, C., “Derechos de los empleados públicos”, en “El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008”, Ed. Comares, Granada, 2008.

MONEREO PÉREZ, J. L., “Los orígenes de la Seguridad Social en España, José Maluquer y Salvador”, en Colección de Trabajo y Seguridad Social, Dir. José Luis Monereo Pérez, Editorial Comares, Granada, 2007.

MONEREO PEREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M.N. (Dirs.), “Comentario a la legislación reguladora de la Sanidad en España: régimen jurídico de la organización sanitaria, personal sanitario y prestaciones sanitarias”, Editorial Comares, Granada, 2007.

MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., “Gobernanza y políticas de buena Administración: El Estatuto Básico del Empleado Público”, en “El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008”, Ed. Comares, Granada, 2008.

MONEREO PÉREZ, J.L., NAVARRETE MOLINA, C., “Clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas (artículos 8 a 13)”, en “El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008”, Ed. Comares, Granada, 2008.

MONEREO PÉREZ, J.L., “Protección de la salud”, en VV.AA. “La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, MONEREO ATIENZA, C., MONEREO PÉREZ J.L. (Dirs.), Ed. Comares, Granada, 2012.

MONTOYA MELGAR, A. , “La Seguridad Social española: notas para una aproximación histórica”, Revista de Trabajo, números 54-55, 1975.

MORELL OCAÑA, L. “La organización y las formas de gestión de los servicios en los últimos cincuenta años”, Revista de Administración Pública, núm 150, septiembre-diciembre 1999.

MORENO MOLINA, J.A., “La nueva Ley de contratos del Sector Público”, La Ley, Wolters Kluwer, S.A., 2008, coautor con PLEITE GUADAMILLAS, F.

MORENO VIDA, M.N., “La situación jurídica del personal sanitario. El régimen estatutario de los profesionales de la Sanidad”, en “Comentario práctico a la legislación reguladora de la Sanidad en España”, págs. 145- 171, Editorial Comares, Granada, 2007.

MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), SUAREZ LÓPEZ, J.M. (Coord.), “Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios”, Dykinson, 2009.

MORILLO-VELARDE PEREZ, J.I., “Las situaciones administrativas”, en “Estatuto Básico del Empleado Público”, Ed. La Ley-El Consultor, Madrid, 2007.

MUÑOZ MACHADO, S.,”La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos”, Alianza, Madrid, 1995.

MUÑOZ MACHADO, S., “Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración sanitaria (algunas reflexiones de las funciones actuales de la responsabilidad civil)”, en “Responsabilidad del personal del personal sanitario”, Madrid, 1995.

MUÑOZ MACHADO, S., “La organización, las prestaciones y otros problemas jurídicos actuales de los servicios sanitarios”, Revista de Administración Pública, nº 57, 2000.

NIETO GARRIDO, E.M., “El consorcio administrativo”, CEDECS Ediciones, S.L., Barcelona, 1997.

NIETO GARRIDO, E.M., “La financiación privada de obras públicas y servicios públicos en el Reino Unido”, Revista de Administración Pública, núm.164, 2004.

- NORTH, D., "Institutions, institutional change and economic performance", Cambridge University Press, 1990.
- OCDE, "Administration as service, the public as client", Paris, 1987.
- OCDE, "Managing with market-type mechanisms", Public Management Studies, Paris 1993.
- OCDE, "La reforma de los Sistemas Sanitarios. Una voluntad de cambio", Estudios de Política Sanitaria, nº 8, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1998.
- OCDE, "La reforma del Sistema Sanitario. Análisis comparativo de siete países de la OCDE", Estudios de Política Sanitaria, nº 2, Ministerio de Sanidad y Consumo, B.O.E., 1998.
- OJEDA AVILÉS, A., "El Cuerpo Médico de la Seguridad Social", Inédito.
- OLARTE ENCABO, S., "Derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional. Derecho de reunión", en "El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008", Editorial Comares, Granada, 2008.
- OLMEDO GAYA, A., "Deberes e incompatibilidades de los Funcionarios Públicos", en "Lecciones de Función Pública", Ed. CEMCI, Granada, 2002.
- OMRUBIA, J., "El modelo organizativo-institucional del sector público: la necesaria complementariedad de los aspectos micro y macroeconómicos", Congreso Nacional de Economía, Las Palmas de Gran Canaria, 1995.
- ORTEGA BERNALDO, J., "Competencias, servicios públicos y actividad económica", Revista de Administración Pública, núm. 169/2006.
- ORTÚN RUBIO, V., "Medicina Basada en la evidencia: posibilidades y limitaciones para la gestión sanitaria", en "Los retos directivos ante la gestión de la efectividad", Documentos Técnicos, Escuela Andaluza de Salud Pública, Granada, 2000.
- ORTÚN RUBIO, V., "Organización de los Servicios Sanitarios en el Estado del Bienestar", en "La organización de los Servicios Sanitarios Públicos", Monografías Jurídicas, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Barcelona, 2001.
- OSBORNE, D., GAEBLER, T., "Reinventing government. How the entrepreneurial spirit is transforming the public sector", Addison-Wesley, 1992.
- OXLEY, H., "El sector público en los 80 y experimentos de política pública para los 90", Fundación BBVA, Programa de estudios sobre Economía Pública, Documentos de Trabajo, abril, 1993.
- PALOMAR OLMEDA, A., VAZQUEZ GARRANZO, J., "Personal estatutario del Sistema Nacional de Salud", Editorial Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- PALOMAR OLMEDA, A., "Derecho a la carrera y promoción interna", en "Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público", Dir. Miguel Sánchez Morón, Editorial Lex Nova, 2ª Edición, Valladolid, 2008.

PALOMAR OLMEDA, A., VAZQUEZ GARRANZO, J., “Los médicos internos residentes: régimen jurídico del MIR”, editorial Dykinson, Madrid, 2009.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “Estado Autonómico y Constitución Social: Las políticas autonómicas de bienestar social”, en “Comentario a la Constitución Socio-Económica de España”, Dirs. MONEREO PÁREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C, MORENO VIDA, M.N, Ed. Comares, Granada, 2002.

PALOMO, L., “La Atención primaria española aún se puede mejorar”, en “Un diagnóstico comparado de los sistemas públicos sanitarios de España y Reino Unido”, Fundación 1º de Mayo, 2012. www.1MAYO.CCOO.ES

PARADA VAZQUEZ, J. R., “Derecho Administrativo I, Introducción, Organización administrativa, Empleo público”, Madrid: Open, 2013.

PARADA VAZQUEZ, J. R., “Derecho Administrativo II, Régimen jurídico de la actividad administrativa”, Madrid: Open, 2013.

PAREJO ALFONSO, L., “Constitución, Sistema Nacional de Salud y formas de organización”, en VVAA, En: La organización de los servicios públicos sanitarios, Marcial Pons, Madrid, 2000.

PAREJO ALFONSO, L., “Constitución, Sistema Nacional de Salud y formas de organización”, en “La organización de los servicios públicos sanitarios”, Actas de las Jornadas de Estudio celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid, 10 y 11 de abril de 2000, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2001.

PARRY, R., “Concepts and Assumptions of Public Management”, en C. Duncan, “The Evolution of Public Management”, Ed. Macmillan, Londres, 1992.

PAZ-ARES, C., ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación” en “Comentario a la Constitución Socio-Económica de España”, Dirs. MONEREO PÁREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C, MORENO VIDA, M.N, Ed. Comares, Granada, 2002.

PEMÁN GAVÍN, J., “La reforma sanitaria en Italia”, Revista de Administración Pública, nº 106, 1985.

PEMÁN GAVÍN, J., “Derecho de la Salud y Administración Sanitaria”, Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989.

PENDÁS DÍAZ, B., “Organización administrativa de la Seguridad Social española”, Colección de Tesis doctorales de la Universidad Complutense de Madrid, 1983.

PÉREZ FERNÁNDEZ, M., “La carrera administrativa: nuevas perspectivas”, Estudios de Relaciones Laborales, CEMICAL, Barcelona, 2006.

PEREZ GALVEZ, J.F., “Creación y regulación de centros y establecimientos sanitarios”, Bosch, Barcelona, 2003.

PEREZ, J.J., GARCÍA, J., TEJEDOR, M., “Gestión Clínica: conceptos y metodología de implantación”, Rev. Calidad Asistencial, 2002; 17 (5).

PICH, V., citado por LABIANO J., en “Doctor, ¿cómo puedo financiarme?”, Diario Ideal, 26.02.2012.

PIÑAR MAÑAS, J.L., “Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones”, REDA, núm. 97, 1998.

PLAN ANDALUZ DE SALUD IV, Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales, Junta Andalucía, 2013.

http://www.andaluciasana.es/PAS/links/IV_PAS_v9.pdf

PORTELL SALOM, N, “El contrato de colaboración entre el sector público y el privado”, Revistas@iustel.com, Revista General de Derecho Administrativo, 18, 2008.

PROFESIÓN MEDICA Y REFORMA SANITARIA, “Propuestas para una acción inmediata”, diciembre 2012.

https://www.cgcom.es/sites/default/files/profesion_medica_reforma_sanitaria.pdf

QMEMENTO EMPLEADO PÚBLICO, Ed. Francis Lefebvre, http://acceso.qmemento.com/seleccionProducto.do?producto=P4114#pestanas_mementos, 1 agosto 2013.

QMEMENTO SOCIAL, Ed. Francis Lefebvre, http://acceso.qmemento.com/seleccionProducto.do?producto=P4114#pestanas_mementos, 15 agosto 2013.

QUESADA LUMBRERAS, J.E., “Régimen disciplinario”, en “El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008”, Ed. Comares, Granada, 2008.

QUESADA SEGURA, R., MÁRQUEZ PRIETO, A., “Pensiones, salud y servicios sociales en torno a las personas mayores inmigrantes comunitarias: un ejemplo sobre la necesaria convergencia europea en materia de protección social”, en “El lugar europeo de retiro: indicadores de excelencia para administrar la gerontoinmigración de ciudadanos de la Unión Europea en municipios españoles”, dir. ECHEZARRETA FERRER, M.T., 2005, págs. 239-257.

QUESADA SEGURA, R., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIerno, F., ROMERO PARDO, P., SALAS PORRAS, M., PERÁN QUESADA S., “La ordenación jurídica del tiempo de trabajo (1980-2005)”, en “Veinticinco años de Estatuto de los Trabajadores: balance y perspectivas para un nuevo Estatuto”, coords. RODRÍGUEZ- PIÑERO ROYO, M. C., PÉREZ GUERRERO, M.L., 2006, págs. 133-162.

REPULLO, J.R., FREIRE, J.M., “Gobernabilidad del SNS: mejorando el balance entre los beneficios y los costes de la descentralización”, en “Informe SESPAS: Mejorando la efectividad de las intervenciones públicas sobre la salud, Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria”, 2008.

REY del CASTILLO, J., “El futuro de la sanidad española. Un proyecto de reforma”, en VVAA, Colección Exlibris Salud Pública, Ed. Exlibris Ediciones, S.L., Madrid, 1999.

DEL REY GUANTER, S.; GALÁN DURÁN, C., “Modelo estatutario versus modelo laboral en el ámbito de las instituciones sanitarias: una aproximación jurídica al debate”, Seminario: “Nuevas perspectivas en la gestión estratégica de los recursos humanos en organizaciones sanitarias”, Conferencias y Debates del Seminario celebrado en Granada, el 19 y 20 de noviembre de 1999, Edita: Escuela Andaluza de Salud Pública, 1999.

REBOLLO PUIG, M., en “Las estructuras del bienestar. Derecho, economía y sociedad en España”, MUÑOZ MACHADO, S., GARCÍA DELGADO, J. M., GONZALEZ SEARA, L. (Dirs.), Escuela Libre Editorial – Civitas, Madrid, 1997.

REPULLO, ORTÚN, GONZALEZ PÁRAMO, OTEO, MARTIN, cit. en DESARROLLO AUTONÓMICO, COMPETITIVIDAD Y COHESION SOCIAL EN EL SISTEMA SANITARIO, nº 01/2010, Consejo Económico y Social, Madrid, 2010.

REPULLO LABRADOR, J.R., “Retos de los Sistemas Sanitarios Públicos para garantizar su calidad, equidad y sostenibilidad“, en „La Inspección Sanitaria ante los retos del Sistema de Salud“, V Congreso Nacional Federación de Asociaciones de Inspección de Servicios Sanitarios, Úbeda, 9-12 octubre, 2013.

RIVERO LAMAS, J., “Protección de la Salud y Estado Social de Derecho”, Zaragoza, 2000.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., “Proyecto docente para la primera prueba del concurso para la provisión de la Plaza de Profesor Titular de la Universidad Autónoma de Madrid”, inédito, Madrid, 1998.

RODRIGUEZ LOPEZ, S., “Nuevas formas de gestión hospitalaria y responsabilidad patrimonial de la Administración”, Ed. Dykinson, 2004,

RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., “El Derecho a la participación en la empresa y en la Seguridad Social”, en “Comentario a la Constitución Socio-Económica de España”, Dirs. MONEREO PÁREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C, MORENO VIDA, M.N, Ed. Comares, Granada, 2002.

ROMERO REY, C., “Los derechos individuales de los empleados públicos”, en “Estatuto Básico del Empleado Público”, La Ley-El Consultor, Madrid, 2007.

ROQUETA BUJ, R., “La negociación colectiva en la función pública”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

ROQUETA BUJ, R., “La Administración y el personal a su servicio. Notas que definen y diferencian la relación funcionarial, la estatutaria, la laboral, y la contratación administrativa”, en VVAA, La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. Convenio único para el personal laboral de las Administraciones Públicas, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

ROQUETA BUJ, R., “El derecho a la negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público”, Ed. La Ley, Madrid, 2007.

ROSE-ACKERMAN, S., “Reforming public bureaucracy through economic incentives?”, Journal of Law, Economics and Organization, 2, 1986.

RUANE, S., SANCHEZ BAYLE, M., GURUCELAIN, J.S., PALOMO, L., LORES, M.L., SÁNCHEZ LLOPIS, E., “Un diagnóstico comparado de los sistemas públicos sanitarios de España y Reino Unido”, FUNDACIÓN PRIMERO DE MAYO, 2012.
www.1MAYO.CCOO.ES

SALA FRANCO, T., “Incidencia de la legislación laboral en el marco de la función pública”, Ed. INAP, Madrid, 1989.

SALA FRANCO, T., “Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas”, Vol I.XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ed. Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001.

SALA FRANCO, T., “El personal laboral. La relación laboral especial en el empleo público”, en “Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”, Dir. Miguel Sánchez Morón, Editorial Lex Nova, 2ª Edición, Valladolid, 2008.

SANCHEZ BAYLE, M., “La privatización de la asistencia sanitaria en España”, Laboratorio de Alternativas, Fundación Alternativas, Documento de Trabajo 182/2014.

SÁNCHEZ-CARO, J., “Régimen jurídico de las nuevas formas de gestión en la sanidad española”, en VVAA, “La organización de los servicios públicos sanitarios”, Rd. Marcial Pons, Madrid, 2000.

SÁNCHEZ-CARO, J., “Régimen jurídico de las nuevas formas de gestión en la sanidad española (la perspectiva del Instituto Nacional de la Salud)”, Revista de Administración Sanitaria, IV, 14, 2000.

SANCHEZ MORON, M., “Objeto y ámbito”, en “Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”, Dir. Miguel Sánchez Morón, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2ª Edición, 2008.

SANCHÍS, J.A., “Privatización y eficiencia en el sector público español”, Revista de Economía Aplicada, IV, 10, 1996.

SANTAMARÍA PASTOR J.A., “Principios de Derecho Administrativo General I”, Iustel, Madrid, 2009.

SANTAMARÍA PASTOR J.A., “Principios de Derecho Administrativo General II”, Iustel, Madrid, 2009.

SEMPERE NAVARRO, A., LUJÁN ALCARAZ, J., “Objeto y ámbito de aplicación”, en “El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008”, Ed. Comares, Granada, 2008.

SHEPHERD, G., VALENCIA, S., “Modernizing the public administration in Latin america: Common problems, no easy solutions”, Conferencia sobre la Reforma del Estado en América Latina y el Caribe, Madrid, octubre, 1996.

SCHMIDT-ASSMANN, E., “La teoría general del Derecho Administrativo como sistema”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2003.

SORIANO GARCÍA, J.E., “Desregulación de los Servicios públicos. Posición del Tribunal de la Competencia”, en Seminario: “Oportunidades de Gestión Empresarial en los Servicios Públicos”, Escuela Andaluza de Salud Pública, Granada, 1999.

STIGLITZ, J., “The economic role of the State”, Basil Blackwell, Oxford, 1989.

TORTUERO PLAZA, J.L., “Personal estatutario de la Seguridad Social: La prescripción de acciones para la reclamación de derechos económicos”, en “Manuales de formación continuada”, nº 11, 2000, págs. 367-385.

TORTUERO PLAZA, J.L., ALONSO OLEA, M., “Instituciones de Seguridad Social”, Ed. Aranzadi, 2002.

TORTUERO PLAZA, J.L., “El texto refundido de accidentes de trabajo de 1956 y la formación del sistema de Seguridad Social”, en “Legislación histórica de previsión social”, dirs. GARCÍA MURCIA, J., CASTRO ARGÜELLES, M.A., Ed. Aranzadi, 2009, págs. 235-261.

TORTUERO PLAZA, J.L., “Cómo, cuándo y qué reformar en la Seguridad”, Temas para el debate, nº 225-226 (ag.-sept.), Fundación Sistema (<http://www.fundacionsistema.co...>), 2013, págs. 33-35.

TOSCANI GIMÉNEZ, D., “Situaciones Administrativas”, en en “El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008”, Ed. Comares, Granada, 2008.

VAQUER CABALLERIA, M. , “Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano Pública. La reforma de los servicios sanitarios públicos”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1999.

VAN LEERDAM, J. Y KERTZMAN, E., “The choice of organizational form”, Ways of Public Goods Production, IIPF, 51 Congress, Lisboa, 1995.

VENTURI, A., “Il fondamenti scientifici della Sicurezza Sociale », Milano, Dott. A.,Giuffré Editore, 1954.

VICENT CHULIÁ, F., “El tercer sector: Las sociedades cooperativas y otras formas de economía social”, en “Comentario a la Constitución Socio-Económica de España”, Dirs. MONEREO PÁREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C, MORENO VIDA, M.N, Ed. Comares, Granada, 2002.

VIDA FERNÁNDEZ, J., “Derecho a la carrera profesional y a la promoción interna. La evaluación del desempeño”, en “El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008”, Ed. Comares, Granada, 2008.

VIDA SORIA, J., “Aspecto Jurídico de la Gestión de la Previsión Social”, Revista de Política Social, nº 61, 1964.

VIDA SORIA, J., “La Seguridad Social en la Constitución de 1978”, Jornadas Técnicas sobre Seguridad Social Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1983.

VIDA SORIA, J., MONEREO PEREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C.: “Manual de Derecho del Trabajo”, Editorial Comares, Granada, 2013.

VILLA GIL. L.E. y DESDENTADO BONETE, A., “Manual de Seguridad Social”, Ed. Aranzadi, 1977.

VILLAR ROJAS, F. J., “La huida al Derecho privado en la gestión de los Servicios de Salud”, Revista Derecho y Salud, julio-diciembre, 1994.

VILLAR ROJAS, F.J., “La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: fundamentos y límites”, en “Derecho y Salud”, vol. 2, Ed. Praxis, Barcelona, 1996.

VILLAR ROJAS, F.J., “La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales”, en Revista de Administración Pública, nº 172, 2007.

WALDO, D. C., “Introduzione alla Scienza dell’ Amministrazione publica”, Zanichelli, Bologne 1957.

GESTIÓN ADMINISTRATIVA DE LA ASISTENCIA SANITARIA EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

INDICE SISTEMÁTICO

Página

<u>ABREVIATURAS</u>	9
<u>INTRODUCCIÓN</u>	13
1. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA.....	13
1.1. El órgano y sus funciones	13
2. GESTIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD.....	14
2.1. El vocablo gestión	14
2. 2. Asistencia sanitaria	15
2.2.1. Debate doctrinal	15
2.2.2. Concepto de asistencia sanitaria	15
2.2.3. Sujetos protegidos.....	17
2.2.4. Contingencia	18
2.2.5. Dinámica de la prestación.....	18
2.2.6. Contenido de la prestación.....	18
2.2.7. Derechos específicos.....	19
2.2.8. Obligaciones	19
2.3. Sistema Nacional de Salud	19
3. OBJETIVOS DE LA TESIS	20
<u>CAPÍTULO PRIMERO: EXPOSICIÓN HISTÓRICO-LEGISLATIVA DE LA ASISTENCIA SANITARIA CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS INSTITUCIONES DE GESTIÓN</u>	25
I. ETAPA ANTERIOR A LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978	25
1. SERVICIOS DE ASISTENCIA SANITARIA INDIVIDUALIZADA DEPENDIENTES DE LA BENEFICENCIA PÚBLICA	25
2. SERVICIOS DE SANIDAD PÚBLICA.....	25
3. SERVICIOS SANITARIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL.....	27
3.1. Etapa anterior a la Reforma Institucional de la Gestión de la Seguridad Social de 1978	28
3.1.1. Gestión de la Seguridad Social	28

3.1.2. Gestión de los Servicios Sanitarios de la Seguridad Social.....	32
3.2. Reforma de la Gestión Institucional de la Seguridad Social y su desarrollo jurídico	35
3.2.1. Principios de la reforma.....	36
3.2.1.1. Gestión publicitada	36
3.2.1.2. Centralización-descentralización	36
3.2.1.3. Principio de unidad de gestión.....	37
3.2.1.4. Participación de los interesados en la gestión.....	38
3.2.1.5. Colaboración complementaria.....	39
3.3. Resultados sobre la gestión de la asistencia sanitaria.....	39
3.3.1. Competencias del INP que son asumidas por el INSALUD.....	39
3.3.2. Competencias de las Mutualidades Laborales traspasadas al INSALUD	39
3.3.3. INSS.....	39
3.3.4. AISNA.....	39
3.3.5. Prestaciones recuperadoras	40
3.3.6. Mutualidades no adscritas al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.....	40
3.3.7. La Medicina Preventiva Laboral	40
4. LOS PROBLEMAS DE LA ORGANIZACIÓN SANITARIA PÚBLICA ESPAÑOLA AL LLEGAR 1978	40
4.1. Centralización y dispersión.....	40
4.2. Problemas organizativos.....	41
4.3. Deficiente atención primaria de salud y hospitalocentrismo	41
4.4. Desigual distribución de los profesionales sanitarios	41
4.5. Indefinición del sector público frente al privado.....	42
4.6. Dificultad para identificar los principios rectores del Sistema Sanitario.....	42
4.7. Inexistencia de garantías de los derechos individuales frente las intervenciones públicas limitadoras	42
II. ETAPA POSTERIOR A LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978	42

1. LA ORGANIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS SANITARIOS EN EL MARCO CONSTITUCIONAL	42
1.1. Reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas y la organización de los Servicios Sanitarios	45
1.2. La competencia sobre las Bases de la Sanidad	46
1.3. Otros conceptos constitucionales utilizados para la delimitación de competencias sanitarias	47
1.3.1. La Coordinación.....	47
1.3.2. Alta Inspección	47
1.4. Conceptos constitucionales y posiciones jurisprudenciales con trascendencia en la organización de los servicios sanitarios	48
1.4.1. Competencias sanitarias y de orden público	48
1.4.2. Productos farmacéuticos	48
1.4.3. Sanidad Exterior.....	48
2. LA ORGANIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS SANITARIOS: EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD COMO MODELO ORGANIZATIVO	48
2.1. Ideas básicas del Sistema.....	48
2.1.1. Reintegración de la Sanidad.....	49
2.1.2. Reparto de competencias sanitarias	49
2.1.3. Organización integrada de servicios sanitarios.....	50
2.1.4. Modelo organizativo: Sistema Nacional de Salud	50
2.1.5. Separación entre planificación y gestión.....	51
2.1.6. Formas organizativas de gestión	51
2.2. Elementos del Sistema Nacional de Salud	51
2.2.1. La doble perspectiva del Sistema.....	51
2.2.2. El principio de gestión unitaria	52
2.2.3. Otros principios del SNS	53
2.2.3.1. Universalidad de la asistencia sanitaria pública.....	53
2.2.3.2. Igualdad.....	53
2.2.3.3. Autonomía de las Administraciones públicas	53

2.2.3.4. Participación comunitaria y social en la formulación y control de la política sanitaria.	53
2.2.4. Derechos de los ciudadanos	53
2.2.5. Actuaciones	55
2.2.6. Sistema Nacional de Salud y Sistema Sanitario Público	56
2.2.7. Técnicas al servicio de la integración	56
2.2.7.1. Coordinación	56
2.2.7.2. Planificación	57
2.2.7.3. Alta Inspección	57
3. LA DESCENTRALIZACIÓN DE LA GESTIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA A LAS COMUNIDADES AUTONOMAS	57
3.1. Traspasos a las Comunidades Autónomas de las funciones y servicios del INSALUD	58
3.1.1. Funciones y servicios traspasados	61
3.1.2. Reserva a favor de la Administración del Estado	63
3.1.3. Funciones concurrentes	63
3.2. El Instituto Social de la Marina y el traspaso a las Comunidades Autónomas de sus funciones y servicios	64
3.2.1. Instituto Social de la Marina	64
3.2.1.1. Régimen jurídico	64
3.2.1.2. Naturaleza y dependencia orgánica	64
3.2.1.3. Competencias y funciones	64
3.2.1.4. Órganos en el ámbito nacional y provincial	65
3.2.2. Traspaso a las Comunidades Autónomas de las funciones y servicios en materia de asistencia sanitaria del ISM	65
3.2.2.1. Funciones y servicios traspasados	66
3.2.2.2. Reserva a favor de la Administración del Estado	67
3.2.2.3. Funciones concurrentes	67
3.3. Transferencia a las Comunidades Autónomas de los servicios e instituciones sanitarias dependientes de Instituciones Penitenciarias	68
4. LA GESTIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA POR ORGANISMOS Y ENTIDADES DEL ESTADO	68
4.1. Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE)	69

4.1.1. Régimen jurídico y mecanismos de cobertura del Régimen Especial de los Funcionarios Civiles del Estado.	69
4.1.2. Naturaleza jurídica y régimen jurídico de MUFACE	69
4.1.3. Adscripción y competencias	69
4.1.4. Gobierno y organización de MUFACE.....	70
4.1.5. Personal.....	70
4.1.6. Gestión de la asistencia sanitaria	70
4.2. Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS).....	71
4.2.1. Régimen jurídico y mecanismos de cobertura del Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.....	71
4.2.2. Régimen jurídico y naturaleza jurídica del ISFAS.....	71
4.2.3. Adscripción y competencias	71
4.2.4. Gobierno y organización.....	71
4.2.5. Gestión de la asistencia sanitaria	72
4.3. Mutualidad General Judicial (MUGEJU)	73
4.3.1. Régimen jurídico y mecanismos de cobertura del Régimen Especial de la Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia	73
4.3.2. Régimen jurídico y naturaleza jurídica de MUGEJU	73
4.3.3. Adscripción y competencias	73
4.3.4. Gobierno y organización.....	73
4.3.5. Gestión de la asistencia sanitaria	74
4.4. El Instituto Nacional de Gestión Sanitaria	75
4.4.1. Régimen jurídico y naturaleza jurídica	75
4.4.2. Adscripción y competencias	75
4.4.3. Gobierno y Organización.....	76
4.4.4. Órganos de Dirección y Gestión	76
4.4.5. Órganos de Participación en el Control y Vigilancia de la Gestión.....	76

5. GESTION DE LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA POR ENTIDADES COLABORADORAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL	76
5.1. Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (MATEPs).....	77
5.1.1. Régimen jurídico.....	77
5.1.2. Concepto	77
5.1.3. Caracteres de las MATEPs.....	77
5.1.4. Órganos de las MATEPs	78
5.1.5. Gestión de la asistencia sanitaria	79
5.2. Empresas.....	82
5.2.1. Régimen jurídico.....	82
5.2.2. Formas de colaboración	83
5.2.3. Gestión de la asistencia sanitaria por las empresas.....	83
6. COHESIÓN Y CALIDAD DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD	84
6.1. Cohesión y calidad en la organización de los servicios sanitarios	85
6.1.1. Sistema de información sanitaria del SNS.....	89
6.1.2. La mejora de la calidad en el SNS	90
6.1.3. Los planes integrales de salud.....	91
6.1.4. La gestión de la prestación farmacéutica	91
6.1.5. La participación social	92
6.2. El personal al servicio del Sistema Nacional de Salud y la gestión de la asistencia sanitaria.....	93
6.2.1. El régimen jurídico de la prestación de servicios	93
6.2.2. El ejercicio de las profesiones sanitarias	94
7. LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD.....	99
7.1. Análisis de situación del Sistema Nacional de Salud: Un nuevo diagnóstico de problemas.....	99
7.2. Planteamiento de más reformas y adopción de medidas.....	100
7.3. Las medidas aplicadas para la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud
7.3.1. Aseguramiento sanitario: El retorno a la condición de asegurado.....	100

7.3.2. La introducción de la cartera común de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud y sus modalidades	104
7.3.3. Medidas de cohesión y garantía financiera del Sistema Nacional de Salud: el Fondo de Garantía Asistencial	105
7.3.4. Medidas sobre la prestación farmacéutica: la extensión del copago	105
7.3.5. Medidas en materia de recursos humanos	106
7.3.6. Medidas de eficiencia en el ámbito del Sistema Nacional de Salud: Compras conjuntas y centralizadas, modelos de servicios compartidos y ahorro energético.....	108
8. RECAPITULACIÓN	109
<u>CAPÍTULO SEGUNDO: LOS PROBLEMAS DE LOS SERVICIOS SANITARIOS Y LAS REFORMAS EMPRENDIDAS EN LA GESTIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA</u>	111
1. LOS PROBLEMAS DE LOS SERVICIOS SANITARIOS	111
1.1. Problemas de incremento y control del gasto y de financiación	111
1.2. Problemas de “racionalidad” de los sistemas relacionados con la eficacia y eficiencia de los servicios sanitarios.....	117
1.2.1. Tecnología sanitaria	117
1.2.2. Acceso a las prestaciones sanitarias	117
1.3. Problemas de “legitimación” o “aceptación” por la población de los propios servicios	118
2. ALTERNATIVAS DE REFORMA	122
3. PERSPECTIVA ECONÓMICA DE LAS REFORMAS DE LA GESTIÓN PÚBLICA Y DE LA GESTIÓN SANITARIA	123
3.1. Las reformas de la gestión pública	123
3.1.1. Aspectos generales	123
3.1.2. Modelos de gestión pública	124
3.1.3. La relación de agencia	124
3.1.4. Modelos de diseño interno de organizaciones	125
3.1.5. Eficacia y eficiencia	126
3.1.6. Reformas de la gestión pública en países de la OCDE.....	127
3.1.7. Economía política de la reforma de las estructuras de gestión en el sector público.....	130

3.2. Las reformas de la gestión sanitaria.....	132
3.2.1. Tipos de gestión sanitaria.....	132
3.2.2. Los modelos de la Sanidad en Europa y las reformas emprendidas.....	132
4. REFORMAS EMPRENDIDAS EN ESPAÑA.....	141
4.1. La década de los ochenta.....	142
4.2. Los años noventa.....	144
4.2.1. El Informe Abril.....	144
4.2.2. El Informe de la Subcomisión para la modernización y consolidación del Sistema Nacional de Salud.....	148
4.2.3. Innovaciones en gestión y nuevas formas de gestión en el Sistema Nacional de Salud.....	150
5. RECAPITULACIÓN.....	156
<u>CAPÍTULO TERCERO: FORMAS JURÍDICAS DE LA GESTIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS SERVICIOS SANITARIOS</u>.....	159
1. ASPECTOS GENERALES.....	159
1.1. Servicio Público y Servicio Público Sanitario.....	159
1.2. Las Administraciones Públicas titulares del Servicio Público Sanitario.....	162
1.2.1. Administraciones Públicas y personalidad jurídica.....	163
1.2.2. Los entes descentralizados.....	164
1.2.3. Ordenación de los entes administrativos.....	165
1.2.4. Tipología de los entes públicos.....	166
1.2.5. La Administración institucional.....	170
1.3. Formas de gestión de los servicios públicos.....	175
1.4. Formas jurídicas de organización del sector público sanitario y de provisión pública de asistencia sanitaria.....	176
1.4.1. Gestión directa.....	176
1.4.2. Gestión indirecta.....	177
1.5. La utilización del Derecho privado en la gestión de la asistencia sanitaria pública: Sus límites.....	179
2. GESTIÓN DIRECTA DE LOS SERVICIOS SANITARIOS.....	195

2.1. Las formas sin personalidad diferenciada:	
Estructuras administrativas ordinarias y órganos especializados	195
2.1.1. Concepto	195
2.1.2. Regulación	196
2.1.3. Organización	196
2.1.4. Gestión de personal	196
2.1.5. Utilización en el sector sanitario	197
2.2. Gestión directa a través de organismos públicos	197
2.2.1. Organismo autónomo	199
2.2.1.1. Concepto	199
2.2.1.2. Regulación	199
2.2.1.3. Organización	200
2.2.1.4. Gestión de personal	201
2.2.1.5. Utilización en el sector sanitario	
2.2.2. Entidad pública empresarial	201
2.2.2.1. Concepto	201
2.2.2.2. Regulación	201
2.2.2.3. Organización	201
2.2.2.4. Gestión de personal	202
2.2.2.5. Utilización en el sector sanitario	203
2.2.3. Las Agencias Estatales	203
2.2.3.1. Concepto	203
2.2.3.2. Naturaleza y régimen jurídico	204
2.2.3.3. Organización	204
2.2.3.4. Personal	205
2.2.3.5. Utilización en el sector sanitario	205
2.2.4. Fundaciones públicas sanitarias	205
2.2.4.1. Concepto	205
2.2.4.2. Regulación y régimen jurídico	207
2.2.4.3. Utilización en el ámbito sanitario	210
2.3. Gestión directa de la asistencia sanitaria a través de personificaciones jurídico-privadas.....	210
2.3.1. Sociedad (mercantil) pública	211
2.3.1.1. Concepto	211
2.3.1.2. Regulación y régimen jurídico	215
2.3.1.3. Organización	217
2.3.1.4. Gestión de personal	217

2.3.1.5. Utilización en el sector sanitario	217
2.3.2. Fundaciones privadas en mano pública	218
2.3.2.1. Concepto	218
2.3.2.2. Regulación y régimen jurídico	220
2.3.2.3. Organización	222
2.3.2.4. Gestión de personal	223
2.3.2.5. Contratación y régimen económico-presupuestario	224
2.3.2.6. Utilización de las fundaciones en mano pública por la Administración sanitaria	226
3. GESTIÓN INDIRECTA DE LOS SERVICIOS SANITARIOS: COLABORACIÓN DE LOS SUJETOS PRIVADOS EN LA PRESTACIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA.....	230
3.1. Externalización, liberalización y privatización de servicios sanitarios.....	232
3.2. La colaboración público-privada.....	234
3.3. El marco normativo general de los contratos del sector público con entidades privadas para la provisión de asistencia sanitaria pública	243
3.3.1. Clases de contratos celebrados por las Entidades del Sector Público.....	247
3.3.2. Régimen aplicable a los contratos administrativos del sector público	252
3.4. La gestión indirecta de la asistencia sanitaria en la Legislación sanitaria	253
3.5. El Convenio.....	255
3.5.1. Concepto y naturaleza jurídica.....	255
3.5.2. Regulación	256
3.6. El Concierto.....	258
3.6.1. Concepto	258
3.6.2. Regulación	258
3.6.3. Diferencias entre convenio y concierto.....	261
3.7. Concesión y concesión de obras públicas.....	262
3.7.1. Concepto y régimen jurídico.....	262
3.7.2. Utilización en el sector sanitario.....	265
3.8. Empresa mayoritariamente pública.....	267
3.9. El contrato de servicios	267
3.9.1. Concepto	267

3.9.2. Deslinde entre el contrato de gestión de servicios públicos y el contrato de servicios	268
3.10. El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado	270
3.10.1. Antecedentes	270
3.10.2. Regulación	273
3.10.3. Concepto	274
3.10.4. Objeto.....	278
3.10.5. Duración.....	282
3.10.6. Retribución al contratista	284
3.10.7. Reparto de riesgos.....	284
3.10.8. Facultades del contratista.....	286
3.10.9. Actuaciones preparatorias: Documento de evaluación previa, Programa funcional y Clausulado del contrato.....	287
3.10.9.1. Documento de evaluación previa.....	287
3.10.9.2. Programa funcional	290
3.10.9.3. Contenido: Clausulado del contrato.....	290
3.10.10. Adjudicación	294
3.10.11. Régimen jurídico.....	298
3.10.12. Ventajas e inconvenientes del contrato de colaboración entre el sector público y el privado	301
3.10.13. Diferenciación del contrato de colaboración público-privada de otros tipos contractuales del sector público: contrato de concesión de obra pública y contrato de gestión de servicios públicos	306
3.10.14. Conclusiones.....	309
3.11. La Cooperativa sanitaria.....	310
3.11.1. Concepto y naturaleza jurídica.....	310
3.11.2. Regulación y régimen jurídico	311
3.11.3. Constitución	313
3.11.4. Organización	313
3.11.5. Gestión de personal.....	314
3.11.6. Utilización en el ámbito sanitario	314
3.12. La Sociedad laboral	315

3.12.1. Concepto	315
3.12.2. Regulación	315
3.12.3. Organización y funcionamiento	315
3.12.4. Gestión de personal	316
3.12.5. Utilización en el sector sanitario	316
3.13. Fundación creada por persona física o jurídico-privada	316
4. CONSORCIOS	317
4.1. Concepto y naturaleza jurídica.....	317
4.2. Regulación de los consorcios	320
4.3. Régimen jurídico.....	321
4.3.1. Control contable.....	322
4.3.2. Régimen de responsabilidad patrimonial.....	323
4.3.3. Régimen de contratación de los consorcios administrativos	324
4.3.4. Gestión de personal.....	324
4.4. Utilización en el sector sanitario.....	324
5. FORMAS JURÍDICAS DE GESTIÓN Y PERSONAL DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD	326
5.1. Regímenes jurídicos aplicables al personal del Sistema Nacional de Salud.....	326
5.2. Clasificación del personal del Sistema Nacional de Salud.....	336
5.2.1. Personal estatutario	337
5.2.2. Personal funcionario	340
5.2.3. Personal laboral.....	341
5.2.4. Comparación entre los regímenes jurídicos.....	344
5.3. Adquisición y pérdida de la condición de personal estatutario/funcionario y laboral.	
Provisión de plazas, selección y promoción interna.....	346
5.3.1. Personal estatutario/funcionario.....	346
5.3.2. Personal laboral.....	350
5.3.3. Comparación entre los regímenes jurídicos del personal	352

5.4. Derechos y deberes del personal del Sistema Nacional de Salud.....	354
5.4.1. Derechos	355
5.4.1.1. Derechos individuales.....	355
5.4.1.2. Derechos colectivos	356
5.4.1.3. La carrera profesional en el Sistema Nacional de Salud.....	366
5.4.2. Deberes	368
5.5. Condiciones de trabajo del personal del Sistema Nacional de Salud	370
5.5.1. Retribuciones	370
5.5.2. Tiempo de trabajo y régimen de descansos.....	376
5.5.3. Movilidad del personal	382
5.6. Situaciones del personal del Sistema Nacional de Salud	386
5.7. Régimen disciplinario e incompatibilidades del personal del Sistema Nacional de Salud.....	390
5.7.1. Régimen disciplinario	390
5.7.2. Incompatibilidades.....	391
5.8. Jurisdicción competente	393
5.9. Ventajas, inconvenientes y conclusiones sobre los regímenes aplicables al personal del Sistema Nacional de Salud a efectos de la gestión sanitaria.....	395
6. RECAPITULACIÓN.....	399
<u>CAPITULO CUARTO: ORDENACIÓN DE LOS SERVICIOS SANITARIOS Y GESTIÓN ADMINISTRATIVA DE LA ASISTENCIA SANITARIA POR LAS COMUNIDADES AUTONOMAS</u>	405
1. ORDENACIÓN DE LOS SERVICIOS SANITARIOS POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS	405
2. GESTIÓN ADMINISTRATIVA DE LA ASISTENCIA SANITARIA POR LAS COMUNIDADES AUTONOMAS.	416
ANDALUCIA.....	418
1.1. Sistema Sanitario Público de Andalucía	418
1.1.1. Ordenación de los servicios sanitarios del Sistema Sanitario Público de Andalucía.....	418
1.1.2. Participación de los ciudadanos en el Sistema Sanitario Público de Andalucía	419
1.2. Régimen jurídico de los órganos, organismos y entidades públicas con competencias en gestión directa y prestación de servicios sanitarios.....	420

1.2.1. Servicio Andaluz de Salud	420
1.2.2. Agencias Públicas Empresariales.....	423
1.3. Otras entidades públicas dependientes de la Junta de Andalucía y adscritas a Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales	426
1.4. Colaboración de la iniciativa privada	426
2. ARAGÓN.....	428
2.1. Sistema de Salud de Aragón.....	428
2.1.1. Ordenación del Sistema de Salud de Aragón	428
2.1.2. Participación ciudadana	428
2.2. Régimen jurídico de los órganos, organismos y entidades públicas con competencias en gestión directa y prestación de servicios sanitarios.....	429
2.2.1. Servicio Aragonés de Salud	429
2.2.2. Consorcio Aragonés de Sanitario de Alta Resolución	431
2.2.3. Consorcio Hospitalario de Jaca.....	432
2.2.4. Entidad Pública Aragonesa del Banco de Sangre y Tejidos.....	432
2.3. Instituto Aragonés de Ciencias de la Salud.....	433
2.4. Colaboración con la iniciativa privada	434
3. ASTURIAS	435
3.1. Sistema Sanitario del Principado de Asturias	435
3.1.1. Ordenación de los servicios sanitarios.....	435
3.1.2. Participación ciudadana	436
3.2. Régimen jurídico de los órganos, organismos y entidades públicas con competencias en gestión directa y prestación de servicios sanitarios.....	437
3.2.1. Servicio de Salud del Principado de Asturias	437
3.3. Sociedad de Gestión de Infraestructuras Sanitarias del Principado de Asturias S.A.	439
3.4. Colaboración con la iniciativa privada	439
4. CANARIAS	440
4.1. Sistema Canario de Salud	440

4.1.1. Órganos de dirección y participación.....	440
4.2. Régimen jurídico de los órganos, organismos y entidades públicas con competencias en gestión directa y prestación de servicios sanitarios.....	441
4.2.1. Servicio Canario de Salud.....	441
4.2.2. Gestión de Servicios para la Salud y Seguridad en Canarias.....	444
4.2.3. Instituto Canario de Hemodonación y Hemoterapia.....	444
4.3. Gestión de Servicios para la Salud y Seguridad en Canarias, S.A.....	446
4.4. Entidades en materia de investigación y docencia.....	446
4.4.1. Escuela de Servicios Socio Sanitarios de Canarias.....	446
4.4.2. Fundación Canaria de Investigación y Salud.....	446
4.4.3. Fundación Canaria del Instituto Canario de Investigación del Cáncer.....	446
4.5. Colaboración con la iniciativa privada.....	446
5. CANTABRÍA.....	447
5.1. Sistema Sanitario Público de Cantabria.....	447
5.1.1. Organización del Sistema Sanitario Público de Cantabria.....	447
5.1.2. Participación de los ciudadanos en el Sistema Sanitario de Salud.....	448
5.2. Régimen jurídico de los órganos, organismos y entidades públicas con competencias en gestión directa y prestación de servicios sanitarios.....	448
5.2.1. Servicio Cántabro de Salud.....	448
5.2.2. Otras entidades de gestión.....	450
5.2.2.1. Fundación Marqués de Valdecilla.....	451
5.2.2.2. Ciento doce (112) Cantabria S.A.....	453
5.3. Entidades en materia de promoción de la salud e infraestructuras sanitarias.....	454
5.3.1. Fundación cántabra para la salud y el bienestar social.....	454
5.3.2. Gestión de Infraestructuras Sanitarias de Cantabria S.L.....	454
5.4. Colaboración con la iniciativa privada.....	454
6. CASTILLA LA MANCHA.....	455
6.1. Sistema Sanitario de Castilla-La Mancha.....	455

6.1.1. Ordenación del Sistema Sanitario de Castilla-La Mancha	455
6.1. 2. Participación comunitaria	456
6.2. Régimen jurídico de los órganos, organismos y entidades públicas con competencias en gestión directa y prestación de servicios sanitarios.....	456
6.2.1. Servicio de Salud de Castilla La-Mancha.....	456
6.3. Empresa pública Gestión de Infraestructuras de Castilla-La Mancha	459
6.4. Colaboración con la iniciativa privada	459
7. CASTILLA y LEÓN.....	462
7.1. El Sistema Público de Salud de Castilla y León.....	462
7.1.1. Ordenación del Sistema Público de Salud de Castilla y León.....	462
7.1.2. Participación y asesoramiento en el Sistema de Salud de Castilla y León	463
7.2. Régimen jurídico de los órganos, organismos y entidades públicas con competencias en gestión directa y prestación de servicios sanitarios.....	464
7.2.1. Servicio de Salud de Castilla y León (Gerencia Regional de Salud).....	464
7.2.2. Fundación de Hemoterapia y Hemodonación.....	456
7.3. Otras entidades no gestoras de asistencia sanitaria relacionadas con la salud	466
7.3.1. Fundación del Instituto de Estudios de Ciencias de la Salud de Castilla y León	466
7.3.2. Fundación Centro Regional de Calidad y Acreditación Sanitaria	466
7.4. Colaboración con la iniciativa privada	466
8. CATALUÑA.....	467
8.1. Organización y ordenación del Sistema Sanitario de Cataluña: El Servicio Catalán de la Salud..	467
8.2. Régimen jurídico de los órganos, organismos y entidades públicas con competencias en gestión directa y prestación de servicios sanitarios.....	472
8.2.1. Instituto Catalán de la Salud	472
8.2.2. Otros proveedores de asistencia sanitaria del Servicio Catalán de la Salud	474
8.2.2.1. Otros proveedores de Atención primaria.....	474
8.2.2.2. Empresas públicas	475
8.2.2.3. Fundaciones	475
8.2.2.4. Consorcios	475

8.3. Agencia de Calidad y Desarrollo Profesional en Salud	476
8.4. Portal Salut i Qualitat de Vida, S.A.....	476
8.5. Colaboración con la iniciativa privada	476
9. EXTREMADURA.....	482
9.1. Sistema Sanitario Público de Extremadura	482
9.1.1. Ordenación del Sistema Sanitario Público de Extremadura	482
9.1.2. Participación en el Sistema Sanitario Público de Extremadura	483
9.2. Régimen jurídico de los órganos, organismos y entidades públicas con competencias en gestión directa y prestación de servicios sanitarios.....	484
9.2.1. Servicio Extremeño de Salud.....	484
9.3. Fundación para la Formación y la Investigación de Profesionales de las Ciencias de la Salud de Extremadura (FUNDESALUD)	485
9.4. Colaboración con la iniciativa privada	486
10. GALICIA.....	487
10.1. Sistema Público de Salud de Galicia	487
10.1.1. Ordenación del Sistema Público de Salud de Galicia.....	487
10.1.2. Participación social	487
10.2. Instrumentos de gestión de la Consellería de Sanidad y de los organismos dependientes de la misma y contratos de gestión.....	488
10.3. Régimen jurídico de los órganos, organismos y entidades públicas con competencias en gestión directa y prestación de servicios sanitarios.....	490
10.3.1. Servicio Gallego de Salud.....	490
10.3.2. Otras entidades de gestión	492
10.3.2.1. Fundaciones	492
10.4. Otras Entidades del sector sanitario que gestionan aspectos conexos de la asistencia sanitaria...493	493
10.4.1. Sociedades mercantiles autonómicas.....	493
10.4.2. Fundaciones	493
10.5. Colaboración con la iniciativa privada	493
11. ISLAS BALEARES.....	496

11.1. Sistema Sanitario Público de las Illes Balears	496
11.2. Régimen jurídico de los órganos, organismos y entidades públicas con competencias en gestión directa y prestación de servicios sanitarios.....	496
11.2.1. Servicio de Salud de las Illes Balears	497
11.2.2. Otras entidades de gestión sanitaria	500
11.2.2.1. Fundaciones públicas sanitarias.....	500
11.2.2.2. Fundaciones del sector público.....	501
11.2.2.3. Entidad pública empresarial Gestión Sanitaria de Mallorca.....	501
11.2.2.4. Consorcios	501
11.3. Colaboración con la iniciativa privada	502
12. COMUNIDAD DE MADRID	503
12.1. Sistema Sanitario de la Comunidad de Madrid.....	503
12.2. Régimen jurídico de los órganos, organismos y entidades públicas con competencias en gestión directa y prestación de servicios sanitarios.....	504
12.2.1. Servicio Madrileño de Salud.....	504
12.2.2. Otras entidades de gestión	509
12.2.2.1. Empresas públicas con forma de entidad de derecho público	509
12.2.2.2. Fundación Hospital de Alcorcón.....	510
12.3. Central de compras.....	511
12.4. Colaboración con la iniciativa privada	512
12.4.1. El avance de la externalización -gestión indirecta-.....	513
13. REGIÓN DE MURCIA	517
13.1. Organización del Sistema Sanitario de la Región de Murcia.....	517
13.2. Régimen jurídico de los órganos, organismos y entidades públicas con competencias en gestión directa y prestación de servicios sanitarios.....	519
13.2.1. Servicio Murciano de Salud.....	519
13.2.2. Otras entidades de gestión	521
13.3. Colaboración con la inactiva privada	521
14. NAVARRA.....	522
14.1. Ordenación territorial sanitaria de la Comunidad Foral de Navarra y órganos de participación	522

14.2. Régimen jurídico de los órganos, organismos y entidades públicas con competencias en gestión directa y prestación de servicios sanitarios.....	523
14.2.1. Servicio Navarro de Salud	523
14.2.2. Órganos sin personalidad jurídica.....	525
14.2.2.1. Banco de Sangre y Tejidos de Navarra.....	525
14.2.2.2. Dirección de Salud Mental del Servicio Navarro de Salud	525
14.3. Colaboración con la iniciativa privada: la red asistencial de utilización pública	526
15. PAIS VASCO	526
15.1. Ordenación del Sistema Sanitario de Euskadi.....	526
15.2. Régimen jurídico de los órganos, organismos y entidades públicas con competencias en gestión directa y prestación de servicios sanitarios.....	528
15.2.1. Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.....	528
15.2.2. Organizaciones de Servicios Sanitarios del Servicio Vasco de Salud-Osakidetza	531
15.2.2.1. OSATEK-Tecnología Sanitaria de Euskadi, S.A.....	531
15.2.2.2. Emergencias.....	532
15.3. Fundaciones del sector público adscritas al Departamento de Salud	532
15.3.1. Fundación Vasca para la Innovación Sociosanitaria	532
15.3.2. La Fundación Centro Nacional de Investigación en Envejecimiento-CNIE	532
15.4. Colaboración con la iniciativa privada	532
16. LA RIOJA	534
16.1. Sistema Público de Salud de La Rioja.....	534
16.1.1. Ordenación del Sistema Público de Salud de La Rioja.....	534
16.1.2. Participación comunitaria en el Sistema Público de Salud de La Rioja	534
16.2. Régimen jurídico de los órganos, organismos y entidades públicas con competencias en gestión directa y prestación de servicios sanitarios.....	535
16.2.1. El Servicio Riojano de Salud	535
16.2.2. Otras entidades de gestión	540
16.2.2.1. Fundación Hospital de Calahorra	540
16.2.2.2. Fundación Rioja Salud.....	542

16.3. Colaboración del Sistema Público de Salud de La Rioja con la iniciativa privada	543
17. COMUNIDAD VALENCIANA	545
17.1. Sistema Sanitario Valenciano.....	545
17.1.1. Ordenación	545
17.1.2. Participación ciudadana	545
17.2. Régimen jurídico de los órganos, organismos y entidades públicas con competencias en gestión directa y prestación de servicios sanitarios.....	546
17.2.1. La Agencia Valenciana de Salud.....	546
17.2.2. Consorcios.....	552
17.3. Gestión de la docencia e investigación	552
17.4. Instituto para la Acreditación y Evaluación de las Prácticas Sanitarias, S.A.	552
17.5. Colaboración de la iniciativa privada	552
3. ANÁLISIS DE LAS FORMAS JURÍDICAS DE ORGANIZACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO SANITARIO Y DE LA PROVISIÓN PÚBLICA DE ASISTENCIA SANITARIA EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.....	555
3.1. Ordenación del Sistema Sanitario Público de las Comunidades Autónomas. La participación	555
3.1.1 Ordenación del Sistema Público de las Comunidades Autónomas.....	555
3.1.2. La participación	560
3.2. Gestión administrativa directa de la asistencia sanitaria.....	564
3.2.1. Los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas como principales gestores y proveedores de asistencia sanitaria pública	565
3.2.1.1. El Organismo autónomo autonómico como tipología más utilizada para configurar los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas.....	566
3.2.1.2. Configuración de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas como Entidades autonómicas de Derecho público cuya actuación se rige por el Derecho privado y por el Derecho público.....	570
3.2.1.3. Agencias de las Administraciones sanitarias de las Comunidades Autónomas.....	574
3.2.2. Otros Órganos administrativos y Personificaciones instrumentales gestoras de asistencia sanitaria pública.....	578
3.2.2.1. Otros Órganos administrativos especializados: Formas sin personalidad diferenciada	578
3.2.2.2. Otras personificaciones instrumentales gestoras de asistencia sanitaria pública.....	579
3.3. Gestión indirecta de la asistencia sanitaria en las Comunidades Autónomas: La Colaboración de la iniciativa privada.....	603
3.4 Otras Entidades y órganos administrativos especializados en ámbitos funcionales conexos con la asistencia sanitaria	608

<u>CAPITULO V: BALANCE Y VALORACIÓN CRÍTICA DE LA ACTUAL ORGANIZACIÓN DE LOS SERVICIOS SANITARIOS Y GESTIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA, CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS POSIBLES CRITERIOS ATINENTES A SU ORDENACIÓN EN EL FUTURO</u>	611
1. TENSIONES EN EL MARCO DE LA GESTIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA: EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD TRAS LA CONTRARREFORMA DE 2012.....	611
2. ANÁLISIS GLOBAL DE LA ORDENACIÓN DE LOS SERVICIOS SANITARIOS Y DE LA GESTIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD	614
2.1. Gestión administrativa directa de la asistencia sanitaria pública	619
2.2. Gestión indirecta de la Asistencia Sanitaria. Colaboración de los sujetos privados en la gestión de la asistencia sanitaria pública	630
2.2.1. Problemática de la colaboración pública-privada como fórmula para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria	633
2.2.2. Diferencias entre conciertos, convenios y contratos administrativos para la gestión indirecta de la asistencia sanitaria	637
2.2.3. Problemática del contrato de concesión para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria....	642
2.2.3.1. El contrato de concesión para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria: aceptación por el Tribunal Supremo	642
2.2.3.2. El problema del ajuste de los contratos de concesión para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria al Ordenamiento Jurídico y a los principios del Sistema Nacional de Salud.....	644
2.2.3.3. La calidad de la asistencia sanitaria prestada mediante gestión indirecta y su control.....	658
2.3. Consorcios	660
3. TENDENCIAS EN LA GESTIÓN DE LA ATENCIÓN PRIMARIA DE SALUD Y LA GENERALIZACIÓN DEL MODELO DE GESTIÓN CLÍNICA	662
3.1. Gestión de la Atención primaria de salud	662
3.2. Mejor coordinación interniveles: Del hospital general al conglomerado hospitalario abierto	667
3.3. La implantación del modelo de gestión clínica	667
3.3.1. Concepto de Gestión Clínica	668
3.3.2. Niveles en la Gestión Clínica.....	669
3.3.3. Puntos débiles en la implantación de las Unidades de Gestión Clínica.....	670
<u>CONCLUSIONES Y PROPUESTAS</u>	675
<u>BIBLIOGRAFÍA</u>	703
<u>INDICE SISTEMATICO</u>	719