

La gestión de la asistencia sanitaria en una encrucijada Healthcare management at a crossroads

BRAULIO GIRELA MOLINA

MÉDICO INSPECTOR DE SERVICIOS SANITARIOS, JUNTA DE ANDALUCÍA

PROFESOR ASOCIADO DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE GRANADA

Resumen

Este trabajo realiza un análisis y valoración de la gestión, directa e indirecta, de la asistencia sanitaria en el Sistema Nacional de Salud. Se estudian las innovaciones e implantación de nuevas formas de gestión, así como las controvertidas iniciativas externalizadoras llevadas a cabo en algunas Comunidades Autónomas. Se plantean los puntos fuertes y débiles del nuevo modelo de gestión clínica, como salida de la encrucijada en la que se encuentra la gestión sanitaria en nuestro país.

Abstract

This paper analyses and assesses direct and indirect management of healthcare at the National Health System. Innovations and introduction of new management techniques will be analysed, as well as controversial outsourcing initiatives undertaken in some Autonomous Communities. Strengths and weaknesses of the new model of clinical management will also be proposed as a solution for the crossroads of healthcare management in our country.

Palabras clave

Gestión; asistencia sanitaria; gestión directa; gestión indirecta; gestión clínica

Keywords

Management; health care; direct management; indirect management; clinical management.

1. INTRODUCCIÓN

La asistencia sanitaria está comprendida en la acción protectora del Sistema de Seguridad Social. 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. Refiriéndonos a la gestión de ésta prestación, deben diferenciarse, la normativa de Seguridad Social, que integra la prestación de la asistencia sanitaria, y la normativa específica reguladora del servicio público sanitario, cuyo conjunto nos da los posibles "modelos o sistemas de gestión de la Sanidad pública"; nunca han estado disociados esos dos ámbitos.

En las últimas décadas del siglo XX, para afrontar sus problemas, 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 una cuarta vía que basada en un cambio de cultura y valores, y apoyada en los incentivos al profesionalismo, es decir, autonomía ligada a consecución de objetivos. Los modelos organizativos sanitarios son sólo herramientas de gestión, cuyo objetivo es hacer efectivo el derecho a la asistencia sanitaria.

Estando aún en curso la implantación del Sistema Nacional de Salud (SNS) establecido en la Ley General de Sanidad (LGS), 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”¹ y del “Informe de la Subcomisión Parlamentaria para la Consolidación y Modernización del Sistema Nacional de Salud”².

La Ley 15/1997, constituye un importante instrumento de flexibilización y autonomía en la gestión sanitaria, que amplió las formas de gestión establecidas en la LGS. Entre otras formas jurídicas, la Ley ampara la gestión directa, a través de entes interpuestos dotados de personalidad jurídica, buscándose una mayor autonomía de gestión –financiera y jurídica–, exigiendo que se mantenga la naturaleza o titularidad pública de los mismos, y se respete el carácter de servicio público de la asistencia. Ahora bien, con anterioridad a la Ley 15/1997, algunas Comunidades Autónomas, se adelantaron con innovaciones en la gestión.

Es preciso distinguir entre fórmulas jurídicas para la configuración de los Servicios de Salud y otras entidades gestoras de asistencia sanitaria, y fórmulas para la configuración de centros sanitarios.

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.

En el preámbulo del Real Decreto 840/2002, por el que desarrolla la estructura orgánica del Ministerio de Sanidad y Consumo, se dio por culminada la búsqueda de fórmulas para lograr una mayor agilidad y calidad en la gestión sanitaria. Esta consideración no ha sido pacífica, por la controversia despertada con la implantación de las “nuevas formas de gestión” y con la externalización de la gestión de la asistencia sanitaria impulsada por algunas Comunidades Autónomas.

La profusión de diferentes fórmulas de gestión de la asistencia sanitaria pública, en nuestro país, se ha llevado acabo en ausencia de herramientas de seguimiento e información que logran visibilizar la gestión desarrollada en el conjunto del Sistema Nacional de Salud.

Además, no ha existido una evaluación sistemática y objetiva, en términos de eficiencia relativa, equidad e igualdad de acceso, de la gestión sanitaria del SNS.

El núcleo central de este trabajo consiste en analizar como se organiza actualmente la gestión de la asistencia sanitaria en el SNS, valorando las innovaciones organizativas, la implantación de nuevas formas de gestión y los avances en externalización, obteniendo

¹ Las propuestas gerencialistas y de MCM tuvieron su primera plasmación política en nuestro país en el Informe Abril. Este realiza el primer diagnóstico de situación del Sistema Sanitario, siendo fruto del trabajo realizado por la Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional de Salud, creada en 1991 por acuerdo parlamentario.

² El Acuerdo de la Subcomisión fue aprobado por la Comisión de 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. Sus recomendaciones son muy parecidas al Informe Abril.

conclusiones y formulando propuestas. En definitiva, se trata de buscar la mejor salida a la encrucijada en que se encuentra actualmente la gestión sanitaria³.

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 prestación de los servicios públicos sanitarios, puede efectuarse en régimen de gestión directa o indirecta (contractual).

Refiriéndonos al régimen jurídico al que debe someterse la prestación del servicio público sanitario, es decir, si dicho régimen debe, o puede ser, de Derecho público o de Derecho privado, existe confusión, siendo algo que tiene que determinar el legislador. En todo servicio, deben coexistir normas de Derecho público y de Derecho privado; el problema radica en qué proporción 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.

La principal justificación, aunque no la única, del hecho de que la Administración Sanitaria acuda a formas de Derecho privado, son los principios de eficacia y eficiencia, que deben regir la totalidad de la actuación administrativa, y en concreto la sanitaria. 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.

Dadas las semejanzas 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 del Estado, sirve como marco teórico de referencia común a todas.

La ordenación de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, principales protagonistas de la gestión, requiere conocer el régimen jurídico de la organización administrativa en la legislación de las Comunidades Autónomas. Este 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 la configuración de otras entidades gestoras.

El Sistema Nacional de Salud, es el modelo organizativo elegido por el legislador –LGS–, para hacer efectivo el derecho a la protección de la salud. Es un fiel reflejo de la

³ GIRELA MOLINA, B., Tesis Doctoral “Gestión administrativa de la asistencia sanitaria en el Sistema Nacional de Salud”, Universidad de Granada, 2014.

Teoría de Sistemas, quedando articulado en torno a un rasgo institucional clave: la integración de múltiples redes sanitarias públicas. Es un modelo descentralizado en los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas. Como marco en el que se desenvuelve la gestión de la asistencia sanitaria, está sometido a tensiones institucionales y financieras.

El RD ley 16/2012, de 20 de abril –denominado por algunos sectores, contrarreforma sanitaria–, pretende, precisamente, garantizar la sostenibilidad del SNS y la mejora de la calidad, pero con las medidas que introduce, se inicia una senda contraria al lento avance experimentado en los consensos básicos, que han conformado su trayectoria histórica. Ahora bien, el RD ley 16/2012 de 20 de abril, no ha afectado a la gestión administrativa de la asistencia sanitaria.

2. GESTIÓN DIRECTA DE LA ASISTENCIA SANITARIA

La opción organizativa general del Sistema Nacional de Salud realizada por la LGS, es la gestión directa mediante formas sin personalidad diferenciada, es decir, mediante Órganos especializados no personificados: Áreas de Salud, Centros y Establecimientos Sanitarios; éstos gestionan la asistencia sanitaria, en régimen de desconcentración.

2.1. 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, 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, pues 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.

2.2. Gestión directa mediante Organismos con personalidad jurídica pública

2.2.1. Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas

Surge el interrogante de saber, si la LGS, estableció ciertos condicionantes o limitaciones a la capacidad de organización de los Servicios de Salud por las Comunidades Autónomas. Junto al principio descentralización, la LGS establece el principio de gestión unitaria por Áreas de Salud. Estas son responsables de la gestión unitaria de los centros y establecimientos sanitarios del Servicio de Salud, en su demarcación territorial. Con ello trata de evitarse, lo que se denominó “neocentrismo regional frente a los municipios”.

La gestión directa mediante Organismos públicos ha sido la forma elegida para configurar los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas. Por otra parte, 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 (Mutualidad General Funcionarios Civiles

del Estado), ISFAS (Instituto Social de las Fuerzas Armadas), MUGEJU (Mutualidad General Judicial), configurados como Organismos autónomos. También es el caso del Instituto Social de la Marina –Entidad de Derecho público–. Finalmente, el INGESA (Instituto Nacional de Gestión Sanitaria) –Entidad Gestora de la Seguridad Social– gestiona las prestaciones sanitarias en el ámbito de las ciudades de Ceuta y Melilla.

Los Servicio de Salud se han constituido como principal gestor y proveedor de asistencia sanitaria de la respectiva Comunidad Autónoma. 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/Sanidad, 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.

Como se ha avanzado, y 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 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 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 Instituto Nacional de la Salud (INSALUD)–.

2.2.2. Otras personificaciones jurídicas prestadoras de asistencia sanitaria

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.

2.3. Gestión directa mediante Organismos con personalidad jurídica privada

En el SNS, se han utilizado personificaciones jurídico-privadas⁴, como Fundaciones privadas en mano pública, para la gestión de ciertos centros o establecimientos sanitarios, o bien Sociedades mercantiles autonómicas.

2.3.1. 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 público⁵, 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.

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 Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (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 –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)– 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.

⁴ DOMINGUEZ MARTIN, M., “Formas de gestión de la sanidad pública en España”, Ed. La Ley, Madrid, 2006.

⁵ 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 –Ley de Hacienda en las Comunidades Autónomas– y las específicas de contratación.

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.

2.3.2. 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 antes 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 Oftalmología, 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
- *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 Alorcón, 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.

Podríamos hablar por tanto, del mito caído de la personificación jurídica de centros sanitarios, al haberse utilizado poco esta fórmula.

En consecuencia, el debate de la gestión de la asistencia sanitaria pública, se centra actualmente, en la gestión indirecta –externalización–.

3. GESTIÓN INDIRECTA DE LA ASISTENCIA SANITARIA

La opción por formas de gestión indirecta de la asistencia sanitaria, 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 LGS admite la vinculación de centros sanitarios carácter privado mediante convenios singulares y concertos para la prestación de los servicios sanitarios con medios ajenos, dándose prioridad a los centros sin carácter lucrativo. La forma de vinculación de los medios ajenos, se amplió, a otros contratos y acuerdos, con la Ley 15/1997.

Las Comunidades Autónomas, además de prever con carácter general la posibilidad de acudir a la colaboración de la iniciativa privada 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. La 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.

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 son de tipo concesional –el de gestión de servicios públicos en la modalidad concesión 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 (Iniciativa de Financiación Privada).

Entre esos contratos puede existir un solapamiento, no estando claras las fronteras. Los tres tipos, concurren en buena medida, cuando el objeto del contrato es la construcción y posterior gestión de infraestructuras o equipamientos públicos sanitarios, 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.

No obstante, los contratos de colaboración público-privada son problemáticos para la gestión indirecta, por su complejidad para cumplir con los criterios de estabilidad presupuestaria, y porque en los procesos de su configuración, suele estar muy involucrado el sector privado.

Otras desventajas comunes a la utilización de los tres tipos de contratos, está la relativa “pérdida de patrimonio” 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.

Tiene gran interés diferenciar entre concertos, convenios –previstos en la Ley General de Sanidad–, y la concesión administrativa, para la gestión indirecta de la asistencia

sanitaria. En palabras del Tribunal Supremo⁶, “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.

En el ámbito sanitario, algunas Comunidades Autónomas han utilizado dos fórmulas concesionales: Los modelos PFI (Iniciativa de Financiación Privada) y las concesiones de gestión de servicio público –modelo Alzira–; éstas últimas, externalizan por completo la gestión, incluyendo la asistencia sanitaria. Las dos fórmulas difieren del modelo tradicional de concesión.

El contrato de concesión presenta dificultades para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria. Inicialmente, se aceptó expresamente por el Tribunal Supremo⁷. 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 sanitarios 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 Madrid⁸, 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, 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.

La polémica se ha zanjado en parte, por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de abril 2015⁹.

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.

⁶ Sentencia, de fecha 20 de diciembre 2000 (JUR\2001\160009).

⁷ Sentencia de 20 de diciembre de 2005 (RJ\2006\4212).

⁸ 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 Abogados, de 19 de marzo de 2013 (<http://www.asociacionfacultativos.com/images/comunicados/inconstitucional.pdf>).

⁹ El Pleno del Tribunal Constitucional, por unanimidad, ha estimado parcialmente el recurso de inconstitucionalidad nº 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. La sentencia declara conforme a la Constitución el artículo 62, que habilita al Servicio Madrileño de Salud a “adjudicar contratos para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada” en seis hospitales de la región; y declara inconstitucional el art. 63, que modifica la Ley de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid y otorga a determinadas sociedades médicas preferencia para ser adjudicatarias de la gestión.

4. EL CONSORCIO

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.

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–.

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. Hoy por hoy, no se ha producido una regulación generalizada de los consorcios por las Comunidades Autónomas.

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 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 SNS, como una habilitación general que permita ignorar por completo todo el marco de garantías de nuestro modelo de Sanidad

pública y de contratación del sector público. Por consiguiente, la doctrina jurídica¹⁰ ha señalado el carácter excepcional del recurso a la técnica concesional.

5. ¿ES LA GESTIÓN CLÍNICA, LA SALIDA DE LA ENCRUCIJADA?

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. De esta manera se liberarían recursos de las unidades superiores, concentrándose éstas en la evaluación y asignación de recursos. Permitirían además, introducir mecanismos de incentivos al explicitar objetivos en la formalización de los contratos, alejándose de los modelos burocráticos. 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).

5.1. Concepto de Gestión Clínica

Pero, ¿qué es la Gestión Clínica?. Se trata de 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. Es un modelo gestión contractual, apoyada en la profesionalización.

Así pues, la GC se define¹¹ 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 o centro de salud, al

¹⁰ 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.

¹¹ PEREZ, J.J., GARCÍA, J., TEJEDOR, M., "Gestión Clínica: conceptos y metodología de implantación", Rev. Calidad Asistencial, 2002; 17 (5): 305-11.

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 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.

5.2. Niveles en la Gestión Clínica

En la Gestión Clínica 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 como 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.

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 cada vez más será posible compararse con unidades similares y con estándares publicados.

5.3. Las dificultades en la implantación del Modelo de Gestión Clínica

¿Cuáles son los 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 –con “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....), produciéndose muchas disfunciones.

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 UGC y la dirección del centro sanitario, con una parte de variable de la retribución –Complemento al Rendimiento Profesional (CRP)–; sistema que en principio pretendía discriminar entre Unidades de Gestión Clínica y entre profesionales, dentro de las mismas, creando competencia. Sin embargo, este sistema incentivador cambió, apartándose de sus objetivos, 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. 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 dadas 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 retornar a encuadrar al personal en el Estatuto Marco, que no ha sufrido las modificaciones legislativas suficientes para mantener el impulso, más entusiasta que efectivo, de los responsables de las políticas sanitarias, en los últimos años. La precariedad laboral de los profesionales de los Servicios de Salud, sobre todo el personal de nueva incorporación –eventuales–, con un progresivo recorte salarial y jornadas porcentualmente reducidas, y la no reposición –cobertura– de las pérdidas de personal (jubilaciones, incapacidades, temporales y permanentes, etc.), dificulta una reforma organizativa de tal calado, no existiendo suficiente masa crítica para su implantación.

- El nombramiento de los directores de las UGC, ha sido de dudosa legalidad, habiéndose utilizado, en muchos casos, de manera arbitraria para sustituir a Jefes de Servicio, que eran vistos como un obstáculo a los intereses de la dirección de los centros. Incluso se llegó a mantener, en algunos 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. Como ya se dijo al abordar la gestión directa mediante formas sin personalidad diferenciada, las funciones de gestión de asistencia sanitaria, pueden atribuirse, en régimen de desconcentración, además de a los órganos especializados –los 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.

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.

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 implantación por ciertos colectivos, en recursos ante los Tribunales de Justicia.

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 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 de gestión clínica.

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 el ámbito de sus competencias, para hacer viable la propuesta.

6. CONCLUSIONES

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.

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.

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.

Las claves están en mejorar la Gobernanza del Sistema Nacional de Salud y su financiación, manteniendo la senda marcada por la LGS.

“Lo público, cuando se gestiona honestamente y con profesionalidad, es lo único que ampara y socorre a los más débiles –todas las personas enfermas–“.

En definitiva, este estudio pretende contribuir al debate sobre la gestión de la asistencia sanitaria, aportando propuestas de modificaciones de la actual normativa reguladora de la misma, advirtiendo además, de los riesgos inherentes a ciertas formas de externalización de la asistencia sanitaria.