

**Vaquer Caballería, Marcos: *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*. (Prólogo de Luciano Parejo Alfonso)**

Ediciones. Universidad Carlos III de Madrid-Marcial Pons, Madrid, 1999, 178 págs.

El fenómeno de las fundaciones «constituidas por entidades públicas», «de iniciativa pública», «en mano pública» o comoquiera que puedan denominarse, ha venido siendo atendido por la doctrina desde 1998, pero siempre desde la tímida y enteca perspectiva bibliográfica que proporcionan los artículos y comentarios más o menos breves. En efecto, de las cuestiones generales que suscitan estas novedosas formas de organización administrativa se han ocupado José Luis Piñar Mañas en el número 97 (1998) de la *Revista Española de Derecho Administrativo*, Francisco Sosa Wagner y yo mismo en el Libro-Homenaje al Profesor Martín Mateo; mientras que en el plano específico del empleo de estos entes para la gestión sanitaria, se puede revisar el estado de la cuestión en mi artículo publicado, junto con Oriol Mir Puigpelat, en el número 104 (1999) de la *Revista Española de Derecho Administrativo*, y, hasta donde tengo constancia, en otro más reciente de José Antonio Arratibel Arrondo, aparecido en el número 56 (2000) de la *Revista Vasca de Administración Pública*.

Sin embargo, el libro cuya recensión presento aquí no es en absoluto un «suma y sigue», ni un hito más en el tratamiento doctrinal de la materia. Se trata, si se me permite el atrevimiento, de la *primera y principal* referencia bibliográfica —por el momento— sobre las fundaciones constituidas o participadas por personas públicas. Aunque el estudio radica su origen en un informe elaborado para el Ministerio de Sanidad, y por ello contempla el fenómeno fundacional por medio de su manifestación en el aparato sanitario público, Vaquer se aventura a reflexionar sobre las implicaciones generales de este problemático fenómeno fundacional. La excusa para abordar los aspectos generales de estas figuras no podía ser más idónea, dado que donde han desplegado su mayor repercusión por el momento es en el campo de la gestión de servicios sanitarios.

---

\* Área de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza.

El éxito de esta obra se debe a varios factores: el carácter monográfico del estudio, el rigor y la capacidad de síntesis del autor en cuanto a su elaboración, el acierto generalizado del tratamiento que dispensa al problema, la amplia documentación y la calidad de la información que ofrece, así como una redacción despojada de veleidades y atenta a dejar constancia de los problemas, aportando sin perjuicio de ello soluciones precisas para los mismos. En fin, todo un cúmulo de virtudes que son fácilmente justificables glosando el índice que tan equilibrada y didácticamente nos propone Vaquer. Efectivamente, el contenido del libro hace buenas tales alabanzas, ya que el orden y el ritmo de cada una de sus secciones contribuye a formar una idea, una opinión clara y sólida acerca de los temas expuestos. El autor describe e ilustra el problema en cuestión, y seguidamente expone su tesis al respecto, no descartando sin embargo posibles alternativas, y sin ocultar ningún dato importante para la comprensión del entramado teórico, legal y jurisprudencial del asunto que nos ocupa.

En primer lugar, resulta digno de mención el prólogo audaz y digno de lectura detenida del profesor Parejo, donde se diserta sobre la legitimidad de las fundaciones en general y se aprovecha para prospectar una revisión de la dogmática en torno a la organización de los poderes públicos. La introducción de la obra se ocupa de ubicarnos en la «marea reformadora de los sistemas de salud», revelándonos la inspiración inglesa de la reforma de la organización pública sanitaria española. Vaquer historia a grandes rasgos el modelo que ha guiado esta reforma, y concluye que la figura de los *National Health Service trusts* es el referente en el que se ha fijado el Legislador español para materializar la pretendida «descentralización funcional» de la gestión sanitaria, alumbrando las fundaciones sanitarias (públicas y privadas, como distingue más adelante el autor). A su vez, Vaquer descubre la clave de la reforma, que se basa en lograr la separación entre las funciones «autoridad» y «asistencia» sanitarias para abrir la segunda (la de gestión y prestación de los servicios sanitarios a la libre competencia. Para precisar la validez del término «privatización» aplicado a esta reforma estatal todavía en curso, el autor se fija en las reformas catalana y vasca de los respectivos servicios de salud, describiendo seguidamente la génesis y gestación de la programación estatal de la reforma.

En un segundo bloque, Vaquer analiza puntualmente la evolución del marco legal que ha fructificado en la consagración de las fundaciones como entes para la prestación de servicios sanitarios, atendiendo en todo momento al debate parlamentario generado acerca del modelo funcional de gestión sanitaria en ciernes. El autor revisa cronológicamente el proceso de reforma, desde la promulgación del Decreto-Ley 10/1996 de 17 de junio, la constitución en 1996 de las fundaciones hospitalarias de Manacor y Alcorcón y la promulgación de la Ley 15/1997 de 25 de abril, hasta la institucionalización final de las «fundaciones públicas sanitarias» en la Ley 50/1998 de 30 de diciembre, que son en realidad organismos públicos adscritos al INSALUD (aunque la reforma es también aplicable al resto de servicios autonómicos del sistema nacional de salud). Como destaca acertadamente Vaquer, esta serie de

manifestaciones legales no ha sido gratuita, a pesar de que la ley estatal de fundaciones ya habilitara en 1994 a los poderes públicos para fundar en general: dicha ley regula un derecho de la capacidad jurídica de los sujetos ordinarios, que requiere, en su opinión, una recepción por la legislación sobre organización administrativa, al ser el Derecho administrativo el «Derecho estatutario» de los eventuales sujetos fundadores. De la evolución legal reflejada se extraen dos conclusiones: primera, que las fundaciones públicas sanitarias no son fundaciones privadas en sentido estricto de la ley de 1994, segunda y conectada con la anterior, que su introducción ha frustrado en cierta medida la racionalización de la organización del sector público pretendida por la LOFAGE, afectando a la armonía del sistema organizativo delineado por la Ley General de Sanidad y por la Ley General de la Seguridad Social. El autor finaliza este bloque con la precisión terminológica a partir de la cual construirá su discurso, sentando la distinción —que da título a la obra— entre «fundaciones en mano pública» (término todavía discutible, pues desnaturaliza conceptualmente a la fundación en la medida en que ésta se desvincula en el momento de su constitución del sujeto fundador, ya que alude a las fundaciones constituidas por personas públicas al amparo de la ley de 1994) y «fundaciones públicas» (entre las que se cuentan las fundaciones públicas sanitarias, auténticos entes públicos de cuyo régimen jurídico y problemática general se ocupa el autor extensamente en el libro).

Una vez expuesto el problema en su contexto legal y conceptual, VAQUER se inclina por diseñar en toda su extensión el supuesto de la gestión del servicio público sanitario por parte de la «fundación en mano pública». En este momento de análisis general trata de equipararla con las empresas públicas, descubriendo sus implicaciones iuspublicistas y dudando de la aplicación del término «privatización» con el que erróneamente se ha tildado a este fenómeno de reforma organizativa: en realidad, según afirma el autor, se trata de una manifestación de «huida del Derecho administrativo», de una privatización del estatuto jurídico del ente pero nunca de la titularidad ni del ejercicio del servicio que dicho ente va a gestionar. En este sentido, VAQUER realiza un *excursus* acerca de la imprecisión de la definición legal del sector público en el Ordenamiento jurídico español de nuestros días, debatiéndose entre la aplicación de la legislación de control contable, la presupuestaria, la de incompatibilidades del personal y la propia LOFAGE para acabar concluyendo que el concepto idóneo para la reconducción al sector público de los entes de naturaleza dudosa es el «económico-financiero», o el «funcional» o «material» importado del Derecho comunitario europeo (a tal efecto, menciona oportunamente la STJCE de 23 de abril de 1991). Por cierto, que se trata de una tarea que deberíamos abordar trascendiendo los límites de la configuración de las «fundaciones en mano pública», pero que requiere un esfuerzo y una óptica de mayor amplitud.

Lo interesante de este tercer capítulo es que el autor revela la desnaturalización del concepto de fundación cuando ésta es examinada como entidad gestora o prestadora de servicios públicos: para fundar su crítica, aparte de

identificar agudamente los problemas dogmáticos que plantean estos entes, VAQUER examina las figuras fundacionales desde el punto de vista finalista, subjetivo y objetivo. En este sentido, descubre las causas de esta desnaturalización: a pesar de servir a fines de interés general, la fundación no participa de la potestad de *imperium* que es natural y cualifica a las Administraciones públicas; en el gobierno, control y extinción de la fundación las funciones de patronato y protectorado revelan un amplio poder de dirección y tutela de los entes matrices; el elemento objetivo o patrimonial de estas fundaciones no es el clásico patrimonio estático, sino que se admite un carácter dinámico del patrimonio (que puede incluso generar lucro siempre y cuando no retribuya al fundador), lo cual hace quebrar funcional y económicamente los principios financieros que inspiran el régimen general de la Seguridad Social. Tras una premonitoria cita del efecto que supuso para la proliferación de entidades mercantiles públicas la publicación de la ley de sociedades anónimas de 1951, y una disertación sobre el encaje constitucional del derecho de fundación con la salud pública (donde afirma que del tenor literal del artículo 43 de la Constitución se deduce que la prestación del servicio sanitario público bajo formas privadas de organización no está proscrita), Vaquer pasa a concretar su discurso estudiando en concreto la nueva categoría de la «fundación pública sanitaria» introducida por la «ley de acompañamiento» de 1998.

La perspectiva adoptada por el autor en este examen es extremadamente rigurosa: el análisis se ciñe a los aspectos legales de estos nuevos entes, de los cuales predica una naturaleza de *tertium genus* dentro de la tipología de los organismos públicos, sólo asimilables en vía supletoria a las entidades públicas empresariales. En este sentido, y para demostrar sus afirmaciones, Vaquer estudia los aspectos que atañen a los perfiles subjetivo (la constitución, modificación y extinción) y objetivo (bienes, recursos económicos y presupuesto), revelando la estrecha relación que las fundaciones públicas sanitarias mantienen con sus entes matrices.

Pero el apoyo a sus tesis no se frena aquí, sino que el autor continúa dedicando un capítulo aparte a la contratación de las «pseudofundaciones», y lo hace de manera esquemática y ordenada: del examen de la contratación con sus entes matrices deduce que no es tal contratación, sino más bien una manifestación del ejercicio de potestades directivas por parte de éstos hacia aquéllas. Seguidamente, Vaquer desdobra su óptica al analizar la contratación con terceros de las «fundaciones en mano pública» y la de las «fundaciones públicas sanitarias», lo cual resulta más que ilustrativo: de las primeras, descubre la exclusión del ámbito subjetivo de la legislación sobre contratación administrativa, pero intenta reconducir brillantemente la materia gracias a diversos criterios (el encaje de ciertas actividades contractuales de las fundaciones en el ámbito objetivo de la ley, la aplicación a las fundaciones del concepto funcional de «poder público» importado del Derecho comunitario, el alcance y significado de los principios de publicidad y concurrencia aplicables a la contratación de las fundaciones...). En el segundo supuesto, el de las «fundaciones públicas sanitarias», las dificultades se difuminan, ya que el autor mantiene su

carácter de organismos públicos de nuevo cuño, concluyendo su sujeción incondicional a la legislación contractual administrativa.

No debía faltar un aspecto fundamental del giro o tráfico de las fundaciones sanitarias, cual es el del estatuto jurídico del personal a su servicio, y de hecho no rehúsa el autor la ocasión para tratarlo. También aquí distingue los dos supuestos, la condición laboral del personal para las fundaciones hospitalarias «en mano pública» y el carácter «a la carta» del régimen de personal de las «fundaciones públicas sanitarias», puesto que cabe en ellas tres categorías: personal estatutario, laboral y funcionarial. Se trata de un buen pretexto para, al hilo de la exposición, reflexionar acerca de las especialidades del régimen estatutario del personal sanitario del INSALUD, inclinándose Vaquer por la deseable transferencia de este tipo de personal a las «fundaciones públicas sanitarias» bajo los presupuestos de la voluntariedad. El autor analiza además la situación administrativa que se deriva de esa eventual transferencia, calificándola de excedencia voluntaria pero apuntando agudamente las singularidades que concurren en la misma. Además, Vaquer examina los efectos que dicha situación produce a efectos de la valoración de la antigüedad del personal transferido, realizando un apunte comparativo de los regímenes jurídicos prototípicos de ambas fundaciones (el régimen estatutario y el laboral) y denunciando las desigualdades —ventajas e inconvenientes— que separan a ambos sistemas en cuanto a política salarial y negociación colectiva. Se trata de una tarea poco grata por lo inextricable de la legislación que la regula, no obstante lo cual el autor hace un ejercicio de síntesis y comprensión para extraer la normativa aplicable a cada caso y ofrecer una panorámica depurada sobre la materia.

Tras una valoración global —y terminológicamente muy afortunada— de los efectos de la introducción de la fórmula organizativa fundacional para la gestión de los servicios sanitarios, ya no a la luz de la legislación específica sino considerando el Ordenamiento de modo sistémico (y, en especial, contemplando dicha introducción a la luz del Derecho comunitario europeo), Vaquer se pronuncia acerca del carácter de «servicio esencial reservado al sector público» de los servicios sanitarios, a pesar de sus posibles connotaciones y proximidades al Derecho privado. El autor destaca la incidencia de tal opinión sobre el campo de la organización administrativa, inclinándose por configurar la gestión de los servicios sanitarios como necesariamente directa, sin perjuicio de las especialidades instrumentales de dicha gestión. De este modo, interesa resaltar el postulado final que enarbola Vaquer con sus propias palabras: «las fundaciones públicas sanitarias encajan por su status jurídico-público (...) en el modelo aquí defendido (se refiere el autor al modelo constitucional de esencialidad pública del servicio sanitario), pero no así las precedentes fundaciones en mano pública». El dibujo de las coordenadas del modelo constitucional y europeo —público— por el que apuesta Vaquer para la prestación del servicio sanitario, abona todavía una última parte, en la que se dedica el autor a conjeturar cuál será el desarrollo del modelo español de organización de los servicios sanitarios a la luz de los documentos conocidos como *Informe Abril* y

*Plan Estratégico del Insalud.* En este apartado final se apuntan las virtuales consecuencias que puede suscitar la definitiva implantación de un modelo de organización de sesgo anglosajón y, por lo tanto, ajeno a la cultura continental del servicio público, como pueden ser la desintegración del sistema integrado de servicios propugnado por la ley general de sanidad, y la necesaria aplicación del Derecho comunitario de la competencia a los nuevos entes: nuevamente, en expresivas palabras del autor, esta opción privatizadora en las formas supone un riesgo, ya que «la creación de un mercado impone su apertura en el seno de la Comunidad Europea».

En definitiva, el autor augura una posible reforma integral del modelo de asistencia sanitaria, articulada por la modificación del aspecto organizativo de dicho modelo. De este modo, y concluido su estudio, estamos en situación de poder opinar al respecto, de considerar la conveniencia o no de dicha reforma subrepticia, o de rechazarla sin más estrépito, estimando que se trata de una simple vehículo más para la huida del constrictor Derecho administrativo en la gestión de unos servicios determinados (en este caso, los sanitarios). Para resumir cuanto ha demostrado audazmente hasta el momento, Vaquer finaliza el libro con una serie de acertadas conclusiones, presentadas de modo breve pero rotundo y perfectamente hilado, conclusiones que por sí solas animan a leer el texto y dan una cumplida idea del esfuerzo y perspicacia vertidos en la obra.

En suma, considero que este libro de Marcos Vaquer será punto de partida obligado para cualquier futura investigación sobre las fundaciones de iniciativa pública, así como una valiosa referencia para ilustrar el proceso de evolución y reforma de nuestros servicios sanitarios públicos, e incluso de la propia reforma organizativa del sector y acaso la Administración públicos en España. El libro, además de oportuno y magnífico en su brevedad, está escrito con maestría y por ello su lectura se hace amena. Sin perjuicio de ello, la obra presenta de manera útil unos contenidos informativos fiables y valiosos, sea para gestores, personal al servicio de fundaciones hospitalarias (públicas o privadas) o público en general iniciado en los problemas de la organización del sector público, lo que le hace merecedor de toda alabanza por más que ésta pueda parecer exagerada. Si la ulterior evolución del fenómeno fundacional sugiere al autor una revisión o actualización de su estudio, esperemos que se anime a tal empeño. De otro modo, la obra no corre peligro de sufrir obsolescencia, puesto que contiene unas reflexiones plenamente exportables para el análisis de las eventuales figuras con que nos quieran regalar los artífices de la «ingeniería de la organización» del sector público. Sólo advierto un punto de divergencia en general con la obra de VAQUER, y se refiere a los términos que la titulan, pero esto ya obedece a una oposición que sostengo cordialmente con el autor, debate para el cual reconozco la carencia de una solución exclusiva válida.