

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIALEN LA GESTION INDIRECTA DE LOS SERVICIOS PUBLICOS SANITARIOS: CONCESIONES Y CONCIERTOS (*)

Manuel Rebollo Puig

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Córdoba

I. Presentación. Las tres cuestiones clave. II. Ámbito de consideración: supuestos de gestión indirecta de los servicios públicos sanitarios. III. La regla general es la responsabilidad del concesionario y demás gestores privados de los servicios públicos. IV. Los intentos de invertir la regla general. Crítica y rechazo. V. Tendencia a consagrar la responsabilidad subsidiaria de la Administración. VI. Los supuestos en que, por excepción, la Administración será responsable. Su aplicación en el ámbito sanitario. VII. Posibles ampliaciones de las excepciones: ejercicio de potestades públicas por delegación y actuación negligente y anormal de la Administración contratante. VIII. Régimen sustantivo de la responsabilidad del gestor privado de servicios públicos: reglas iguales a las que rigen para la Administración. IX. Vía previa administrativa y competencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa. X. Confirmación de lo mantenido y recapitulación final.

I. PRESENTACIÓN. LAS TRES CUESTIONES CLAVE

Para quien conoce la Asociación de Juristas de la Salud y ha leído las Actas de sus anteriores Congresos y su revista, resulta difícil tener un honor mayor que el de estar aquí invitado como ponente. Pero también sería difícil sentir una responsabilidad mayor. Me gustaría estar a la altura de todo ello, pero como sé que eso me sería imposible pretenderé, al menos, ser claro y breve en la exposición del tema que me ha sido asignado.

Y, la verdad, es que de eso sí me siento capaz porque, según creo, pese a que la doctrina legal y científica no ofrezca un panorama pacífico ni tranquilizador en lo que se refiere a la responsabilidad de los daños causados por los servicios públicos gestionados indirectamente, me parece que nuestro Derecho, en general, resuelve las cuestiones planteadas con relativa claridad. Así lo creo sinceramente, por más que se haya hecho casi todo lo posible por introducir confusión y por hacer prevalecer las opiniones personales sobre lo que se piensa que sería la solución más justa o razonable frente a la que se desprende de nuestro Derecho positivo. Pero permítaseme

adelantar que, a mi parecer, la solución que luce en nuestro Derecho positivo es, además, más justa y razonable que la mayoría de las que se ofrecen como alternativas.

La responsabilidad por los daños causados en la gestión indirecta de los servicios sanitarios, como, en general, en cualquier gestión indirecta de cualesquiera servicios públicos, suscita varios tipos de cuestiones que, a efectos expositivos, podemos reducir a estas tres:

-La primera, es la relativa al sujeto responsable, que puede ser, en principio, la Administración titular del servicio o el sujeto -normalmente, un empresario privado que gestiona el servicio público, por lo general, en virtud de un contrato administrativo. Anticipemos, con todos los matices que después se introducirán, que el Derecho español opta por esto segundo, es decir, por hacer responsable al contratista o gestor indirecto de los servicios públicos, salvo algunas excepciones que luego se referirán.

-En segundo lugar, si el responsable es el gestor indirecto de los servicios públicos, hay que determinar cuál será su régimen material o sustantivo de responsabilidad: si el propio de la Administración pública, en cuya posición se coloca para prestar un servicio público, o el general o común de todos los sujetos privados, como es y sigue siendo, pese a todo, ese empresario que presta el servicio. O dicho de otra forma, se trata de decidir si su responsabilidad será la propia del Derecho administrativo -responsabilidad que tiene su máxima consagración en el

* Este trabajo corresponde a la ponencia presentada por el autor en el marco del VII Congreso "Derecho y Salud": Nuevas perspectivas sobre la responsabilidad (Santiago de Compostela, noviembre de 1999), con alguna pequeña modificación respecto a la ponencia original, para hacer referencia a la más reciente normativa sobre contratación de las Administraciones Públicas.

Art. 106.2 de la Constitución-, o la del Derecho privado, regulada sobre todo en los arts. 1902 y siguientes del Código Civil, pero también en otras Leyes como, por lo que aquí interesa, la Ley General para la Protección de los Consumidores y Usuarios. Nuestra conclusión será que el empresario gestor indirecto de los servicios sanitarios responderá conforme a las mismas reglas del Derecho administrativo.

-Por último, hay que resolver cómo se podrá hacer valer esa responsabilidad, esto es, cuáles son los cauces para ejercer la acción de responsabilidad frente al gestor indirecto de los servicios públicos sanitarios. Las opciones, a este respecto, son básicamente dos: o bien habrá que exigir la indemnización ante los jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil o, por el contrario, la competente será la jurisdicción contencioso-administrativa a la que se accederá impugnando una resolución administrativa dictada tras un procedimiento administrativo ante la Administración titular del servicio. Como, a diferencia de las novelas policíacas, no está aquí prohibido contar al principio el desenlace, afirmo ya que, en mi opinión, es ésta segunda solución, la de la vía administrativa primero y la contencioso-administrativa después la que consagra actualmente el Derecho español.

II. AMBITO DE CONSIDERACION: SUPUESTOS DE GESTIÓN INDIRECTA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS SANITARIOS

Antes de exponer con mayor detención cada una de estas tres cuestiones y sus respuestas, se impone una precisión sobre nuestro ámbito de consideración. Hasta ahora he venido hablando de gestión indirecta de servicios públicos, en particular, de servicios públicos sanitarios. En realidad, cuanto aquí se expondrá no es exclusivo de los servicios sanitarios sino común a todos los servicios públicos gestionados indirectamente. Más aún: la mayoría también es extensible a los daños causados por otros contratistas de la Administración, aunque no gestionen un servicio público sino que, por poner el ejemplo más destacado, realicen una obra pública con ocasión de lo cual causa daños a un tercero.

Pero circunscritos, como corresponde aquí, a la gestión indirecta de los servicios públicos sanitarios, importa destacar desde ahora que incluimos todas las formas posibles de tal gestión indirecta. Desde luego, la del concierto, que es la más tradicional y todavía la más frecuente en el ámbito de la sanidad pública. Pero también

la concesión o la gestión interesada en la medida en que son empleadas en la sanidad.

Asimismo, incluimos a los *hospitales vinculados a la red pública mediante convenios singulares* (arts. 66, 67, 93 y 94 de la Ley General de Sanidad y concordantes de las diversas Leyes autonómicas) pues, si bien la legislación apunta respecto a ellos un mayor control y dependencia de la Administración sanitaria, no llega a haber tampoco en estos casos una integración orgánica sino una relación jurídica cuya naturaleza es más bien asimilable a la de los contratistas en los contratos de gestión de servicios públicos. Como ha dicho Villar Rojas (en su fundamental libro *La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: fundamento y límites*, Madrid, 1996), "el convenio singular con hospitales privados reúne los elementos para calificarlo de contrato administrativo de servicio público en su modalidad de concierto"; si acaso, hay "una diferencia cuantitativa, no cualitativa". Con todo, he de reconocer que la situación de estos "hospitales vinculados" puede presentar aspectos *sui generis*, que está por ahora confusamente regulada e insuficientemente estudiada y que, tal vez, cuando la legislación autonómica vaya perfilando mejor esta figura, haya que matizar o corregir para ellos las soluciones que aquí se darán con carácter general. Por ahora, sólo me atrevo a decir que, aunque las reglas generales y las excepcionales o particulares que aquí se van a formular sean las mismas para estos hospitales vinculados y para los demás centros privados que gestionen indirectamente los servicios públicos sanitarios, tales hospitales vinculados, por su misma posición jurídica -más intenso sometimiento a los poderes de la Administración sanitaria, mayores posibilidades de que actúen como delegados de ésta, superior relación o incluso integración en la red pública, etc.-, es posible que tengan mayor tendencia a caer en las excepciones y, por tanto, a comprometer más frecuentemente la responsabilidad directa de la Administración.

Aunque algunos de los preceptos que se ocupan de la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios prestados mediante gestión indirecta hablen específicamente sólo de los concesionarios o sólo de los contratistas, a falta de otra regulación, deben aplicarse a todas las demás formas de gestión indirecta. Por otra parte, no tendría ningún sentido que el régimen de responsabilidad frente a terceros de estos gestores de servicios públicos variara según cual fuera su relación con la Administración titular del servicio.

Por el contrario, hay que excluir a los centros públicos -organismos autónomos, entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles o fundaciones de titulari-

dad pública incluso en el caso de que, conforme a las nuevas tendencias y técnicas que se imponen de un tiempo a esta parte en la sanidad pública, realicen contratos-programa con la Administración matriz pues de ninguna forma eso permite hablar de gestión indirecta, según ha explicado con especial acierto Villar Rojas; es sólo una forma de gestión directa, aunque con un sistema peculiar de financiación y relación con la Administración sanitaria que, según se piensa, puede estimular la eficiencia. Situación distinta se produce si una persona jurídico pública realiza la prestación de los servicios sanitarios en virtud de un verdadero contrato de gestión de servicios, por ejemplo, en la modalidad de concesión. En tal caso, sí cabría plantear su responsabilidad como la de un gestor indirecto de servicios, pero no es esto lo que está imponiéndose en el panorama actual del Sistema Nacional de Salud.

Tras estas aclaraciones, volvamos a las tres cuestiones centrales enunciadas. Las abordaremos en el mismo orden en que antes las formulamos.

III. LA REGLA GENERAL ES LA RESPONSABILIDAD DEL CONCESIONARIO Y DEMÁS GESTORES PRIVADOS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Por lo que respecta al sujeto responsable, es decir al obligado ante el lesionado a satisfacer la indemnización por los daños y perjuicios causados, el punto de partida estaba -y sigue estando, pues no hay argumentos para entenderlo derogado en el art. 121.2 de la Ley de Expropiación Forzosa (en lo sucesivo, LEF):

"En los servicios públicos concedidos correrá la indemnización a cargo del concesionario, salvo en el caso de que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste".

Conviene ponerlo en relación con el art. 123 de la misma Ley que establece que la Administración resolverá "tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre *quien deba pagarla* de acuerdo con el párrafo 2 del art. 121 ": o sea, que la misma Ley cree que el art. 121.2 LEF ha establecido una regla sobre quien debe pagar la indemnización al lesionado y no sobre eventuales acciones de regreso, como luego algún autor y alguna sentencia ha querido ver.

En la misma línea, el art. 128.1.3:' del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, también todavía vigente. estableció como una de las obligaciones del concesionario la de "indemnizar a terceros los

daños que les ocasionara el funcionamiento del servicio. salvo si se hubiere producido por actos realizados en cumplimiento de una cláusula impuesta por la Corporación con carácter ineludible".

Con sólo alguna variación menor, el art. 72.3 de la Ley de Contratos del Estado de 1965 -e igualmente el art. 218.3 de su Reglamento incluyó también la obligación del concesionario de "indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio", salvo en "el caso de que tales perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración".

Esta Ley de Contratos de 1965 sí está expresamente derogada, pero la Ley que ha venido a sustituirla, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, mantiene idéntica solución en los dos primeros apartados de su art. 98¹:

1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.
2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación.

Si bien las excepciones son referidas en este art. 98 LCAP con alguna modificación (en parte desconcertante, como es esa alusión a "los límites señalados en las leyes" cuyo sentido y alcance son dudosos), la regla general sigue siendo la misma.

Todos estos preceptos fueron entendidos por la doctrina mayoritaria y por la jurisprudencia dominante en el siguiente sentido:

- a) Como regla general, el concesionario -y cualquier otro gestor privado, de los servicios públicos y cualquier contratista es responsable directo y único ante el perjudicado por los daños que, en la gestión del servicio, le cause;

¹ Con posterioridad a pronunciar esta conferencia ya redactar este texto, se ha aprobado por el Real Decreto Legislativo 212000, de 16 de junio, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. El art. 98 pasa a ser el art. 97 pero sin que haya ningún cambio en los dos primeros apartados que son los que ahora interesan.

b) A la Administración titular del servicio -o, en general, a la Administración contratante-no le es imputable la causación de esos daños ni surge para ella ninguna obligación de indemnizar;

c) Excepcionalmente, la Administración será la única y directa responsable de los daños causados por estos contratistas -incluidos especialmente los encargados de la gestión de un servicio público que tengan su origen en alguna cláusula u orden administrativa de ineludible cumplimiento, daños entre los que hay que incluir los que tengan su origen en vicios del proyecto que el contratista ha de ejecutar;

d) En ningún caso se reconoce una acción de regreso de la Administración pagadora contra el contratista o gestor responsable ni, al revés, de este contratista contra la Administración, porque en todos los casos coincidirá el sujeto obligado a pagar la indemnización y el responsable. Tampoco en ningún caso se prevé una responsabilidad subsidiaria de la Administración o del gestor o contratista.

Esta interpretación puede y debe seguir manteniéndose porque los preceptos legales son y siguen siendo inequívocos, porque es teóricamente más correcta y porque, además, conduce a una solución razonable y justa, mucho más que la de intentar hacer siempre responsable a la Administración por el simple hecho de ser la titular del servicio o de la obra públicos. Todo esto es aplicable a los servicios públicos sanitarios prestados por concesión o en virtud de cualquier otra modalidad de gestión indirecta.

IV. LOS INTENTOS DE INVERTIR LA REGLA GENERAL. CRITICA Y RECHAZO

Forzoso es reconocer, sin embargo, que un sector doctrinal minoritario y algunas sentencias del Tribunal Supremo han mantenido esta otra postura: que el perjudicado tiene en todo caso acción directa frente a la Administración titular del servicio, que es ésta la obligada a pagar la indemnización y que luego, en su caso, tendrá acción de regreso contra el concesionario, que, a la postre y sólo si esa acción de regreso es ejercida por la Administración pagadora, correría finalmente con la indemnización. Esto último sería el significado de los artículos que afirman que "correrá la indemnización a cargo del concesionario" y todos aquellos que de una u otra forma le atribuyen la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que causen. Probablemente, la explicación doctrinal más representativa de esta línea sea la del Pro-

fesor González Navarro (*Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público*, publicado, en "Revista de Derecho Administrativo y Fiscal", nº 44-45, 1976); y la sentencia que más argumentadamente mantiene esta tesis sea la del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1989 (Ar. 4487) de la que fue ponente el mismo González Navarro. Otros autores (entre ellos, destacadamente, Villar Rojas, que la aplica al sector sanitario) y alguna otra sentencia e incluso algún dictamen del Consejo de Estado han optado por la misma solución que, en cualquier caso, sigue siendo minoritaria. Pero, sin perjuicio de reconocer con gusto el meritorio esfuerzo realizado para defender tal construcción y la sutileza de sus argumentaciones, no resulta convincente ni adecuada a nuestro Derecho: no sólo choca frontalmente con el clarísimo tenor literal de los preceptos que se ocupan de la cuestión y que antes referimos, sino que no tiene fundamento teórico sólido y conduce a situaciones y soluciones nada satisfactorias, sobre todo teniendo en cuenta que la acción de regreso podría ejercerse tan infrecuentemente y con tan poco éxito como ocurre con la prevista contra autoridades y funcionarios.

Llevaría más lejos de lo que es conveniente en una conferencia exponer cumplidamente la falta de fundamento de esta construcción y sus insatisfactorios resultados. Pero, al menos, quiero dejar aquí apuntado algo de ello.

Por lo pronto, conviene observar que el mismo González Navarro reconoce que las normas, salvo el art. 121.2 LEF, dicen otra cosa distinta de la que él sostiene. Según explica, ese art. 121.2 fue "mal comprendido" y "distorsionado" por la legislación posterior. De tal incomprensión y distorsión acusa a la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, al Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, a la Ley de Contratos del Estado, al Reglamento que desarrolló la anterior ya la Ley de Autopistas. Seguramente habría que añadir ahora en la lista de acusadas a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Pero me parece que, aunque se aceptara a efectos meramente dialécticos que el art. 121.2 LEF quería decir que la Administración era la que respondía en todo caso, si seis normas posteriores, entre ellas cuatro Leyes, lo "distorsionaron", es que la solución ha cambiado. y si además se afirma que el art. 121.2 LEF contenía una "enigmática expresión" (aunque esto sólo es cierto si es que uno previamente se ha propuesto que el precepto no signifique lo que claramente dice) y que ya el mismo art. 123 de la propia LEF habría interpretado mal y distorsionado al art. 121.2, la conclu-

sión es evidente: en realidad, nada ha cambiado y todo significa desde el principio lo que antes hemos sintetizado como doctrina mayoritaria, por más que uno se ponga buscarle cinco pies al gato.

De otra parte, la solución que combatimos sólo puede explicarse teóricamente por una de estas dos vías: o, primera, por hacer responsable a la Administración de un hecho ajeno, lo que como regla general no tiene justificación ni cabida en el régimen actual de responsabilidad administrativa ni es lo argüido por estas tesis; o, segunda, por entender que el concesionario o contratista imputa su actividad a la Administración, lo cual es radicalmente falso y por nadie defendido. Igualmente debe notarse que el concesionario o contratista en general no se integra en la organización administrativa.

En otro orden de consideraciones, no me resisto a llamar la atención sobre lo injusto que sería hacer responsable a la Administración de todos los daños causados por los gestores indirectos de servicios públicos que, aunque sometidos a ciertos poderes de la Administración, conservan básicamente libertad para organizar su empresa, elegir a sus trabajadores, suministradores y material, ordenar los sistemas de trabajo, etc. Creo que ello es evidente en todos los campos, incluido el de la sanidad, pero más aún en otros como el de los transportes públicos o el de las telecomunicaciones. y es que muchas veces convertir una actividad en servicio público para su posterior prestación ordinaria por empresarios privados es sólo una fórmula técnica de intervenir actividades privadas no muy distinta materialmente de las clásicas policiales de modo que no tiene justificación real hacer responsable a la Administración de los daños causados por un empresario privado por el mero hecho de que su actividad esté configurada formalmente como servicio público. En otra ocasión me he preguntado en qué se basaría la obligación de la Administración de indemnizar los daños causados por la conducta imprudente del conductor de una empresa concesionaria del servicio de transportes; o qué argumentos de equidad o justicia legitimarían que los fondos públicos respondan de los perjuicios causados por una errónea información de las llamadas televisiones privadas; o si, siguiendo la tesis que combatimos, habría también que aceptar la responsabilidad de la Administración si los daños los causa el concesionario precisamente por desobedecer las órdenes de la Administración. La respuesta a estas preguntas retóricas me sigue pareciendo evidente y, aunque se vea con menos claridad en el caso de los servicios sanitarios, el fondo es el mismo y la solución tiene que ser común para todos los casos.

Podría pensarse que, al menos, esta solución supone una simplificación para el perjudicado que, sin necesidad de dilucidar quién es realmente el causante del daño, podría dirigirse en todo caso contra la Administración. Si la tesis que rechazamos fuera la única vía para dar tales facilidades a los perjudicados estaría de buen grado dispuesto a hacer los mayores esfuerzos hermenéuticos para darle cabida. Pero esa simplificación y la consecuente seguridad que comporta puede conseguirse, como se verá luego (al establecer el régimen material y procedimental de la responsabilidad de los gestores privados de servicios públicos), por otras vías, sin necesidad de retorcer el clarísimo significado de los preceptos ni de establecer una responsabilidad administrativa completamente injusta e infundada desde todos los puntos de vista.

En suma, nada justifica convertir a la Administración en todo caso en la responsable y por más esfuerzos que se hagan por complicar las instituciones y por hacer decir a las leyes lo contrario de lo que dicen no se conseguirá una argumentación convincente ni una construcción razonable. La solución de nuestro Derecho es muy clara, guste o no guste.

V. TENDENCIA A CONSAGRAR LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DE LA ADMINISTRACIÓN

Más modestamente, partiendo de la misma solución de la regla general de la responsabilidad de concesionarios y otros contratistas por los daños que causen a terceros en la gestión del servicio público, se ha pretendido afirmar, al menos, la responsabilidad subsidiaria de la Administración en casos de insolvencia de su contratista. Esta solución me parece magnífica. Rige ya, al menos, en el Derecho francés y creo que sería muy oportuno que una Ley estatal-precisamente estatal de conformidad con el art. 149 .1.18 a de la Constitución estableciera formalmente esta regla en nuestro Derecho. No sólo aumenta las garantías de los administrados eventualmente dañados, sino que lo hace con justicia pues sigue haciendo primeramente responsable a quien ha causado de verdad el daño y compromete a la Administración sólo en el caso de que encomiende servicios públicos a sujetos insolventes.

Tan razonable es esta solución que algunos la han pretendido consagrar como si ya estuviera vigente en nuestro Derecho. Quiero destacar a este respecto el Dictamen del Consejo consultivo de Andalucía 110/96, de 17 de octubre (nº marginal 119 de la Recopilación de 1996) que, con una argumentación de gran interés, estima que

la responsabilidad del contratista, cuando la causa del daño le es imputable, es directa y objetiva, pero -y aquí está el aspecto que ahora importa-la Administración es responsable subsidiaria para el caso de insolvencia del contratista:

...podría suscitarse la hipótesis de que el usuario del servicio público viera menoscabada la garantía a obtener la indemnización que legítimamente le correspondiese en caso de insolvencia del contratista. Es evidente que tal situación no podría generarla el sistema jurídico por impedirlo la Constitución...; y es claro también que, en tal caso, la Administración no podría desentenderse de la indemnización debida, pues si bien a ésta le es dada por la Ley la facultad de encomendar a terceros la gestión de un servicio como el sanitario..., en ello no puede quedar comprendido un ilimitado poder de exoneración de responsabilidad sin otro fundamento que el propio arbitrio administrativo al decidirse por algo tan instrumental como lo es la opción por un determinado modo de gestión del servicio público. Esa facultad de opción, aunque legítima, no puede llegar a tan últimas consecuencias, y es por ello que *la garantía de cierre del sistema pasa por reconocer la responsabilidad subsidiaria de la Administración* en estos casos, esto es, una vez acreditada la insolvencia del responsable directo, mediante la oportuna excusión.

Pero, aun siendo muy relevante que un órgano consultivo de la Administración acepte ya esta responsabilidad subsidiaria sin norma expresa que la consagre, más lo es que una comunidad Autónoma haya plasmado formalmente esta regla. Me refiero, en concreto, al Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de las Entidades Locales de Cataluña (Decreto 179/1995, de 13 de junio). Tras establecer en su art. 235, con los términos habituales y que ya nos son conocidos, la obligación del contratista de "responder de los daños que se deriven del funcionamiento del servicio, salvo que hubieran sido producidos por actos realizados en cumplimiento de una cláusula impuesta por la Corporación con carácter ineludible", consagra en su art. 237 esta obligación de la Administración contratante:

e) Responder ante terceros, con carácter subsidiario, de los daños derivados del funcionamiento del servicio, en caso de insolvencia del contratista.

Estos datos demuestran que existe cierta tendencia a implantar esta solución en nuestro Derecho. Pero insisto en que, pese a todo, lo correcto sería que esta responsabilidad solidaria la consagrara una Ley estatal y que lo hiciera con carácter general para los daños causados por todo tipo de contratistas, incluidos los gestores privados de servicios públicos sanitarios. Mientras tanto es difícil aceptar esta responsabilidad subsidiaria de la Administración sanitaria.

VI. LOS SUPUESTOS EN QUE, POR EXCEPCIÓN, LA ADMINISTRACIÓN SERA RESPONSABLE. SU APLICACION EN EL ÁMBITO SANITARIO

En todo caso, aun partiendo de la regla general de la responsabilidad del gestor privado de los servicios públicos sanitarios, hemos ya aludido a la existencia de excepciones, de supuestos en que la Administración debe responder directamente. Así, cabe sostener esta responsabilidad administrativa directa en varios supuestos: como quiera que encomendar la gestión material de un servicio público a un concesionario, entidad concertada u otro contratista no supone que la Administración no contribuya a su prestación de ninguna forma, es posible que el daño se deba a la Administración, ya sea sin ni siquiera mediar materialmente el contratista, ya sea actuando éste como mero instrumento, con una figura similar, podría decirse, a la de la autoría mediata del Derecho penal. Corresponden a esta última posibilidad los supuestos de las cláusulas impuestas y de las órdenes de ineludible cumplimiento, así como los de vicios del proyecto elaborado por la Administración que el contratista está obligado a respetar, excepciones todas ellas previstas expresamente por los preceptos aplicables antes recordados. Pero cabe añadir otros casos en los que es la Administración contratante y titular del servicio la que realmente causa los daños, aunque sea, a veces, sirviéndose instrumentalmente del empresario privado; por ejemplo, si es la propia Administración la que obstruye o dificulta de cualquier forma la actuación del concesionario o entidad concertada, si el origen de la actuación dañosa está en bienes afectos o relacionados con el servicio de titularidad administrativa, si le suministra materiales defectuosos. ...

Por la misma mecánica de los servicios sanitarios y por la forma en que normalmente intervienen en el tratamiento de los pacientes los centros concertados y otros gestores privados, cabe reconocer que en este terreno puede resultar relativamente fácil comprometer la responsabilidad administrativa ante daños causados material e inmediatamente por aquellos. Con normalidad, los ciudadanos no reciben prestaciones sanitarias de los centros privados en un proceso exclusivamente dependiente de estos. Frecuentemente, por el contrario, intervienen centros de titularidad pública y de titularidad privada en un mismo tratamiento y en un mismo conjunto de prestaciones sanitarias de servicio público: puede, por ejemplo, que el diagnóstico erróneo se haya realizado en un centro público y que posteriormente se remita al enfermo a una entidad concertada en la que ya se siguen unas actuación-

nes equivocadas pero completamente determinadas por aquel diagnóstico; puede que el retraso en la atención sanitaria causante de daños irreversibles se deba a la Administración sanitaria, aunque la lesión la materialice ya un centro privado; o que el centro concertado se limite a realizar la operación ya indicada erróneamente por un centro público, etc.; o, cabe imaginar, incluso, que, habiendo intervenido centros públicos y centros privados del gestor indirecto, no sea posible determinar con exactitud cuál de ellos es realmente el causante del daño. También en estos supuestos, que no son infrecuentes, puede surgir la responsabilidad directa de la Administración sanitaria.

VII. POSIBLES AMPLIACIONES DE LAS EXCEPCIONES: EJERCICIO DE POTESTADES PÚBLICAS POR DELEGACION Y ACTUACION NEGLIGENTE Y ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN CONTRATANTE

A) Tal vez, si acaso, cabría también incluir entre las excepciones aquellos daños que causara el gestor privado de los servicios públicos cuando actúa con los poderes de la Administración y por delegación de ella. A ello se refiere el art. 203 del Reglamento de Contratos del Estado: "En la concesión administrativa de servicios podrá delegar el órgano de la Administración facultades de policía en el empresario... Contra los actos dictados por el empresario ejerciendo tales facultades podrá recurrirse en todo caso ante la Administración concedente" (en similares términos, art. 126.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales). Quizá aquí sí pueda mantenerse que el empresario, actuando como mero delegado de la Administración, imputa sus actos -que serán actos administrativos [arg. art. 2.d) de la LJCA]- a la Administración delegante y que, por ello, pese a todo, la responsabilidad a que den origen es de la Administración delegante. Con todo, además de que esta conclusión es dudosa, el supuesto es marginal, sobre todo en el ámbito sanitario.

B) Hay otro posible tipo de excepciones a la regla general. Yo mismo he explorado una vía por la que, además de en los supuestos ya analizados, también podría llegar a declararse la responsabilidad de la Administración por los daños causados por los gestores de sus servicios públicos en otro tipo de supuestos (así lo hice en *Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración por hecho de otro*, publicado en Poder Judicial nº 20, de 1990). Aunque yo estoy muy contento con esa construcción, no he convencido a nadie, que yo

sepa, y creo que es un abuso por mi parte aprovechar esta ocasión para, defraudando la confianza que los organizadores han puesto en mí, contársela a Vds. y, encima, tratar de convencerlos. La tentación, sin embargo, es más fuerte que yo. Pero me limitaré a referirla muy brevemente.

Mantengo que puede detectarse en nuestro ordenamiento un principio general según el cual es responsable de los daños causados por otro (que no imputa su actividad a aquél) quien tiene sobre éste unas facultades de vigilancia y ordenación que le permiten determinar su actividad cuando, en el caso concreto, debiendo hacerlo, no empleó la diligencia que le era exigible para prevenir y evitar el daño que el sometido causó. Aplicado este principio a la Administración supondría que ésta respondería por daños que ella no ha causado pero que podía y debía evitar. No es, por tanto, una regla que esté incluida o pueda deducirse del art. 106 de la Constitución ni del art. 139 de la Ley 30/1992 (LAP): estos artículos sólo regulan los casos en que el daño es causado por la Administración y en lo que aquí se propone la Administración responde de un daño que no ha causado; se trata, por ello, de una regla distinta y complementaria a la de los arts. 106.2 CE y 139 LAP que amplía la responsabilidad de la Administración a supuestos no contemplados allí. Pero esta otra responsabilidad administrativa sólo surge si se dan las condiciones que hemos enunciado: la Administración tiene poderes suficientes para determinar la conducta del verdadero causante del daño; estaba en su mano prevenir y evitar el daño, e incluso era su deber hacerlo; no lo ha hecho porque ha actuado negligentemente. En consecuencia, se trataría de una responsabilidad por hecho de otro (hecho de otro que es la verdadera causa del daño) pero en función de una conducta propia de la Administración, antijurídica, disvaliosa, reprochable; una responsabilidad, en suma, culposa y sólo por funcionamiento anormal de la Administración. Esto no supone contradecir lo dispuesto en los arts. 106.2 CE y 139 LAP -que desde luego deben seguir entendiéndose como consagradores de una responsabilidad objetiva que se compromete incluso ante el funcionamiento normal puesto que se trata de una responsabilidad distinta que surge en casos no cubiertos por aquellos, en los casos en que no hay nexo causal entre la actividad administrativa y el daño.

Desde luego, los Tribunales no acogen formalmente esta idea, pero, en el fondo, muchas sentencias concuerdan con ella. Razonan de otra forma: pese a que dicen aplicar los arts. 106 CE y 139 LAP, buscan -aunque no saben explicar por qué el mal funcionamiento y hasta la

culpa (normalmente aludiendo explícita o implícitamente a la culpa in vigilando) de la Administración, y luego afirman que está en ello la causa del daño. Con ello, convierten en incomprensibles, a la vez, los arts. 106 CE y 139 LAP y el mismo concepto de causa. Pero la forma más correcta de explicar estos supuestos de responsabilidad administrativa es, creo, la de ese principio general que hemos enunciado y que hace surgir una responsabilidad distinta de la contemplada en los arts. 106 CE y 139 LAP.

Tal responsabilidad administrativa cubriría sobre todo, si se dan los requisitos expuestos, daños causados por reclusos, internados en centros psiquiátricos, manifestantes a los que la policía no controla... pero también, ocasionalmente, los de concesionarios, entidades concertadas y otros prestadores privados de servicios públicos, incluidos, claro está, los sanitarios. Esto nos llevaría, en suma, a admitir ciertos casos en que la Administración sanitaria respondiera de los daños causados por las entidades concertadas u otros prestadores privados de servicios sanitarios si tuvo o debió tener los conocimientos necesarios para saber que estos actuaban irregularmente y prever que causarían daños, si tenía medios y potestades para evitarlo y si, pese a ello, por negligencia y mal funcionamiento; no lo hizo. Los supuestos serán muy reducidos y, en cualquier caso, como se comprenderá, esta idea no supone de ninguna de las maneras establecer con carácter general, como hace la doctrina que hemos rechazado radicalmente, que la Administración responda en todo caso de los daños causados por los gestores privados de servicios públicos.

VIII. RÉGIMEN SUSTANTIVO DE LA RESPONSABILIDAD DEL GESTOR PRIVADO DE SERVICIOS PÚBLICOS: REGLAS IGUALES A LAS QUE RIGEN PARA LA ADMINISTRACION

Debo entrar ahora en la segunda de las cuestiones anunciadas: suponiendo que de un daño concreto sea responsable el concesionario, entidad concertada, titular del hospital privado vinculado o cualquier otro gestor privado de los servicios públicos sanitarios, ¿cuál es su régimen material o sustantivo de responsabilidad? Las opciones, como ya dije, son dos: o responde conforme al Derecho privado, igual que cualquier otro particular, o lo hace conforme a las reglas de responsabilidad del Derecho Administrativo (básicamente, arts. 139 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento

Administrativo Común, LAP) que tienen su consagración constitucional en el art. 106.2 CE.

La primera opción no remite sólo ni fundamentalmente a los arts. 1902 y siguientes del Código Civil que, por cierto, como es sabido, son interpretados y aplicados actualmente de manera que se atenúan o matizan profundamente los más estrictos caracteres de responsabilidad culposa que los presidían inicialmente. También hay que tener en cuenta otros textos, sobre todo los arts. 25 y siguientes de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, muy en particular su art. 28 que específicamente se refiere a los "servicios sanitarios" para establecer prácticamente una responsabilidad objetiva o muy próxima a ella y, por tanto, más parecida a la de la Administración pública. Sirva esto también para comprender que las diferencias entre el régimen de responsabilidad del Derecho privado y del Derecho Administrativo no son tan radicales como en principio podría parecer y que, por tanto, las consecuencias de optar por una u otra de las soluciones posibles no son, en la práctica, tan dramáticas.

García de Enterría (en su capital libro *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, cuya primera edición es de 1956) defendió que el régimen de responsabilidad administrativa consagrado en el art. 121.2 LEF sólo podía ser aplicado a las excepcionales actuaciones de los concesionarios que, en virtud de una delegación, implicaran el ejercicio de verdaderos poderes públicos, pero no en el resto de sus actuaciones que son las más normales y en las que respondería conforme a las reglas de Derecho privado. Pero el mismo Profesor abandonó después esta tesis que, sin embargo, actualmente ha sido retornada por notabilísimos autores y con argumentos de distinto tipo, entre ellos la redacción de los arts. 139 y siguientes de la LAP y, sobre todo, del art. 98 LCAP. En la misma línea podría decirse que el Derecho Administrativo es sólo el Derecho de las Administraciones públicas y que, por tanto, el régimen de responsabilidad de esas peculiares personas no tiene que extenderse al de otros sujetos por el hecho de que realicen una actividad de servicio público sino que debe aplicárseles el común de los particulares pues eso es lo que esencialmente son y siguen siendo los contratistas, incluidos los prestadores de servicios públicos. Igual que sus relaciones con los trabajadores, con los suministradores, sus contratos, sus bienes, etc., son materias propias del Derecho privado y no objeto del Derecho Administrativo, habría que decir, en principio, de la responsabilidad extracontractual por los daños que causen.

Pero eventualmente es posible, ya veces muy razonable y justo, extender para ciertos aspectos de su actividad la aplicación de normas previstas inicialmente para la Administración. Se trata de un fenómeno más amplio que ni afecta sólo a los contratistas gestores de servicios públicos sanitarios, sino también a otros sujetos privados que realizan funciones públicas o actividades administrativas, ni se circunscribe únicamente a su responsabilidad sino que puede alcanzar a otras facetas de su régimen jurídico. Négrin (en *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, París, 1971) explica que "el régimen jurídico de las personas jurídicas de Derecho privado que intervienen en la acción administrativa no puede ser un régimen homogéneo: hay una tensión entre la naturaleza de la institución, que reclama la aplicación del Derecho privado, y el hecho de la intervención en la acción administrativa, que tiende a entrañar una sumisión al menos parcial al régimen administrativo". Esa tensión se resuelve, según creo, no extendiendo el concepto o el ámbito del Derecho Administrativo ni convirtiendo a éste en un Derecho excepcional para estos sujetos, sino conformando un régimen jurídico propio de estos sujetos en el que habrá normas más o menos semejantes a las que rigen para la Administración o quizá otras que, sin ser iguales a las de Derecho privado ni a las de Derecho Administrativo, se construyen específicamente para las necesidades que presentan. Sea cual fuere la explicación teórica más adecuada, lo cierto es que estos sujetos, aunque tienen un régimen que por lo general es el de Derecho privado, quedan también sometidos en aspectos concretos a normas iguales o más semejantes a las que rigen para la Administración.

Eso es precisamente lo que ocurre en el Derecho español en materia de responsabilidad y creo, incluso, que esa solución la impone ya la propia Constitución cuando su art. 106.2 reconoce un derecho a ser indemnizado por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos sin distinguir según los preste la Administración o sujetos privados en virtud de un contrato u otro título: si existe ese derecho de los perjudicados y si sólo se excluye en casos de fuerza mayor, según se deduce del art. 106.2 CE; y si, por otra parte, el responsable de los daños es normalmente el gestor privado del servicio público, la conclusión necesaria es que ese gestor privado habrá de responder salvo casos de fuerza mayor y que, en suma, responderá por funcionamiento normal o anormal, con o sin culpa, esto es, conforme a un régimen igual al de la Administración pública, un régimen que, por lo menos, ha de tener en común con el de las Administraciones su respeto a lo establecido en el art. 106.2 CE.

Podría completarse lo anterior con la noción de servicio público que late en ese precepto constitucional y su desarrollo legislativo, con un análisis del art. 98 LCAP que ponga de relieve que en él no hay realmente ninguna solución contraria a la aquí alcanzada y con otros argumentos adicionales. Nos conformaremos, sin embargo, con aportar otra perspectiva que confirma lo dicho. No tendría ningún sentido que la situación jurídica del perjudicado y su nivel de protección y garantías cambiara según la modalidad elegida discrecionalmente por la Administración para un determinado servicio público. Esto es especialmente obvio en materia de sanidad pues sería con toda evidencia un despropósito, incluso contrario al principio de igualdad, que los ciudadanos tuvieran o no derecho a indemnización según, por ejemplo, la zona geográfica de residencia que, a veces, puede determinar la adscripción a un centro público o a un hospital privado integrado en la red pública o a un centro concertado...

Podrá discutirse, como recientemente han hecho algunos autores -con especial brillantez, Pantaleón Prieto- la justificación de un régimen propio de responsabilidad de la Administración en vez de su sometimiento al general del Derecho privado [tal vez, partiendo de que en nuestro sistema jurídico la Administración tiene como punto de partida un Derecho propio y específico, sería preferible plantear, más bien, no si la Administración ha de tener o no un régimen de responsabilidad propio o el de Derecho privado, sino hasta qué punto ese régimen propio debe ser idéntico o distinto al de Derecho privado pues, aunque la autonomía del Derecho Administrativo es permanente, su particularismo u originalidad no tiene que serlo y sólo debe surgir cuando aconsejen las singularidades de la vida administrativa]. Pero consagrada esa dualidad de regímenes de responsabilidad de los sujetos privados y de las Administraciones públicas, como indudablemente lo está en nuestro Derecho, me parece que la solución más razonable y justa y la que, además, resulta más congruente con todo el sistema y con el resto de los aspectos de la materia (particularmente con la respuesta a las otras dos cuestiones centrales que aquí nos ocupan) es la de someter a los sujetos privados prestadores de servicios públicos a un régimen igual al de la Administración. Si acaso, podría aceptarse que esa igualdad de regímenes de responsabilidad no supusiera una identidad absoluta y total: cabría aceptar algunas diferencias menores siempre que no comportaran una inferior garantía patrimonial para el perjudicado. Esto quizá permitiría al legislador hacer algunas adaptaciones o matizaciones pero, en tanto no estén consagradas expresamente, el régimen de responsabilidad de estos sujetos por los daños causados en

la gestión del servicio público es exactamente el mismo de la Administración.

IX. VÍA PREVIA ADMINISTRATIVA Y COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Entremos ya en la tercera y última gran cuestión antes apuntada: la de los cauces procedimentales y procesales para hacer valer la responsabilidad por los daños producidos por el funcionamiento de los servicios sanitarios públicos gestionados indirectamente.

A este respecto, conforme a los arts. 123 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, 137 de su Reglamento de 1957, y 134 *in fine* del Reglamento de la Ley de Contratos del Estado de 1975, se aceptaba generalmente que, a instancia del perjudicado, había de tramitarse un procedimiento (el mismo previsto con carácter general en materia de responsabilidad, con alguna especialidad) en el que la Administración o bien desestimaba la solicitud, o reconocía su obligación indemnizatoria, o declaraba la del contratista, y, tras ello, quedaba abierta la jurisdicción contencioso-administrativa para los perjudicados o para los contratistas que quisieran impugnar la resolución.

En estos aspectos formales, sin embargo, se ha originado gran confusión en los últimos años, a partir de los arts. 1.3 del Reglamento de Procedimiento en Materia de Responsabilidad de las Administraciones Públicas (RPR) y 98 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; de hecho, estos preceptos se han entendido en los sentidos más diversos y sobre su base se han construido tesis muy diferentes. En realidad, se han formulado casi todas las imaginables: simplemente habría que demandar al contratista ante la jurisdicción civil; habría que seguir un procedimiento administrativo en el que la Administración se pronunciara sobre la responsabilidad del contratista y esa decisión, a su vez, sería impugnante ante la jurisdicción contencioso-administrativa; cabría hacerlo, a elección del perjudicado, ante la contencioso administrativa o la civil...

Entiendo, pese a todo, que la solución no ha cambiado mucho respecto a la anterior que se acaba de recordar. Es importante insistir en que la confusión se originó a partir del RPR, y no de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LAP), que no se ocupó lo más mínimo de la responsabilidad de los contratistas y que no derogó ni expresa ni implícitamente la regulación anterior de esta materia; y que la confusión se agravó dos años después con el art. 98 LCA. Pese a ello, para de-

mostrar que la situación no ha cambiado sustancialmente conviene, invirtiendo el orden cronológico, analizar primero el significado del art. 98 LCA. Después nos ocuparemos del art. 1.3 del RPR.

A) El art. 98 de la LCA aborda los aspectos procedimentales de la responsabilidad por daños a terceros en la ejecución de contratos en sus dos últimos apartados²:

3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción civil.

4. La reclamación de aquellos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto.

Lo previsto en el apartado 3 no es realmente un procedimiento de reclamación de la indemnización ni acaba con una declaración administrativa -de la responsabilidad propia o de la del contratista que tenga ejecutividad. El pronunciamiento de la Administración que allí se produce ni siquiera puede ser considerado un acto impugnante, no sólo porque no tenga un valor definitivo, sino porque ni siquiera tiene la fuerza ni la presunción de legalidad de un acto administrativo propiamente dicho (si acaso, cuando la Administración contratante se pronuncie en favor de su propia responsabilidad, podría tener el valor que se derive de la doctrina de los actos propios). El art. 98.3 LCA sólo ofrece una vía potestativa para el perjudicado de escasa utilidad en la que, a lo sumo, se le orientará sobre las causas remotas del daño y sobre quién sea probablemente el responsable. No es mucho más que una consulta, una petición de información sobre si hubo una orden de la Administración, o un vicio en el proyecto, o algún otro de los supuestos que desplazan la responsabilidad sobre la Administración. Nada impide que, sin impugnación de este pronunciamiento administrativo y

² Con posterioridad a pronunciar esta conferencia ya redactar este texto, se ha aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. El art. 98 pasa a ser el art. 97 y en los dos últimos apartados se observa una pequeña diferencia: el apartado 3 ya no habla de "... prescripción de la acción civil" sino simplemente de "prescripción de la acción". La diferencia me parece irrelevante pues ya con la redacción originaria de la LCAP se comprendía que esa calificación de la acción como "civil" no era verdaderamente significativa. Pero al menos esa supresión abunda aún más en la línea aquí defendida y debilita o dificulta un poco más las tesis que defienden que la responsabilidad de los contratistas es la del Derecho Civil y debe exigirse ante la Jurisdicción civil, tesis que en algún caso usaron como argumento precisamente esa alusión del art. 98.3 LCAP a la "acción civil".

hasta sin la más mínima consideración del mismo, el órgano judicial decida luego en sentido distinto.

Es el apartado 4 de este mismo art. 98 el que alude a la reclamación propiamente dicha, pero limitándose a una remisión genérica a la legislación aplicable sin entrar en cuál sea y probablemente sin que el legislador se planteara siquiera el resultado de esa remisión. No importa determinar lo. Lo único importante es que, con toda claridad, el art. 98.4 no tiene un contenido que introduzca ningún cambio en la materia a la que se refiere, ni que permita deducirlo: obviamente renuncia a cualquier modificación dando por bueno lo que se desprenda de la legislación vigente.

A ello hay que sumar que la LCA no deroga expresamente ni el art. 123 de la LEF, ni el 134 RCE y que, teniendo en cuenta lo que realmente significa su art. 98.3 y 4, no hay que entender que entrañe una derogación implícita de aquellos preceptos. Por tanto, habría que entenderlos vigentes salvo que otra norma, concretamente el RPR, los hubiera derogado. Pero tampoco lo ha hecho ni expresa ni implícitamente.

B) El art. 1.3 RPR, origen de casi todas las dudas, no dice en realidad nada sorprendente. Al contrario, sólo dice lo que podía decir; si acaso el problema estaría en lo que no dice o, más bien, en lo que de ello se ha deducido. En su primera parte establece:

Se seguirán los procedimientos previstos en... este Reglamento *para determinar la responsabilidad de las Administraciones públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos*, cuando sean consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma con arreglo a la legislación de contratos de las Administraciones públicas, *sin perjuicio de las especialidades que, en su caso, establece dicha legislación...*

Así, pues, aun salvando la posibilidad de especialidades previstas en la legislación de contratos, el procedimiento regulado en este Reglamento ha de seguirse siempre que se pretenda declarar la responsabilidad de la Administración, incluidos los casos en que los daños los haya causado ésta en ejecución de contratos y por mediación del contratista. Es esto lo único importante que se declara en la parte transcrita del art. 1.3. Pero no afirma ni niega si ha de seguirse también ese mismo procedimiento para determinar la responsabilidad que incumbe a los contratistas. Probablemente, y con razón, el RPR no se sentía autorizado para regular esta materia ya que la LAP, a la que pretendía desarrollar, no la había abordado. Por eso, no establece ninguna regla a este respecto, ni está justificado deducirla *sensu contrario* de su art. 13: que este apartado no se refiera a los supuestos de respon-

sabilidad del contratista no significa que los excluya, sino que no se ocupa de ello porque no tiene rango ni habilitación legal para hacerlo. Es más, según creo, el RPR quería que su procedimiento fuera aplicable a todos los casos de daños causados en ejecución de contratos administrativos, incluidos los imputables al contratista, y creía que así debía ser (Como aquí se sostiene) aunque, por no poder hacerlo, no lo declarase expresamente.

No altera nada de esto el hecho de que el RPR sí derogó expresamente los preceptos del REF sobre procedimiento para exigir responsabilidad de la Administración (arts. 134 y ss.), entre los que había uno, el del art. 137, dedicado a las especialidades en el caso de servicios concedidos. La derogación era lógica e inevitable: se derogan los preceptos sobre procedimiento de responsabilidad puesto que el RPR establece uno nuevo; y se deroga también el art. 134 REF porque sólo establecía especialidades dentro de un procedimiento derogado, y es claro que no podían subsistir las especialidades de un procedimiento cuando se deroga el procedimiento en su conjunto.

Pero el RPR no derogó -ni podía ni quería derogar al art. 123 de la LEF ni al art. 134 *in fine* RCE. Los dos quedaban vigentes y entre ambos regulaban la forma de exigir la responsabilidad de los contratistas al mismo tiempo que dejaban sentada la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Como, según hemos visto, tampoco los derogó la LCA hay que entender, hoy por hoy, que esos preceptos siguen vigentes.

C) Ahora bien, estos arts. 123 LEF y 134 RCE, que pudieran haber optado por otra solución, sólo enuncian alguna regla especial (competencia del órgano de contratación, audiencia del contratista) remitiéndose implícitamente (y explícitamente lo hacía el art. 134 REF) al procedimiento administrativo general de responsabilidad de la Administración, hasta el punto de que en tal procedimiento podía -y puede, según mantenemos acabar declarándose la obligación indemnizatoria de cualquiera de las partes contratantes. O sea, que, aunque no lo diga la LAP ni el RPR, por determinación de los arts. 123 LEF y 134 RCE, que están vigentes, la responsabilidad de los contratistas por daños a terceros en la ejecución de los contratos es competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa a la que se llega tras una vía administrativa en la que ha de seguirse, con mínimas especialidades, el mismo procedimiento de la LAP y el RPR. Lo único que ha cambiado es el procedimiento sobre el que las especialidades operan: antes el de los arts. 134 y ss. del REF; ahora el regulado en las arts. 142 y 143 LAP y en el RPR.

A lo anterior hay que añadir todavía que las especialidades que se desprenden de estos arts. 123 LEF y 134 RCE para exigir o declarar la responsabilidad del contratista no son distintas de las consagradas por el RPR para exigir o declarar la responsabilidad de la Administración en los casos de daños causados en ejecución de contratos.

Por una parte hay que tener en cuenta que el art. 1.3 del RPR termina diciendo:

...En todo caso se dará audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se determinen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios.

Se afirma esto para los casos en que se pretende declarar la responsabilidad de la Administración contratante, que son los Únicos que directamente regula el art. 1.3 RPR. Pero con mayor razón ha de observarse, claro está, si se cuestiona la responsabilidad del contratista, según, además, se desprende del art. 134 *in fine* RCE ("... oído el contratista...").

Por otra parte, hay que notar que el art. 1.3 RPR para los casos de responsabilidad de la Administración contratante y aunque declara expresamente aplicable el procedimiento que regula, salva las especialidades procedimentales previstas en la legislación de contratos. No son muchas. La más destacable es la competencia del órgano de contratación, órgano que, por tanto, al margen de lo previsto con carácter general en el RPR (art. 3) y otras normas de organización, será el competente para declarar tanto la responsabilidad de la Administración contratante como la responsabilidad del contratista.

X. CONFIRMACIÓN DE LO MANTENIDO Y RECAPITULACIÓN FINAL

Lo expuesto hasta aquí se vio reforzado -y, en mi opinión, definitivamente confirmado por la reforma de la LAP, en particular por la nueva disposición adicional duodécima introducida por la Ley 4/1999 (similar, pero no idéntica, a la disposición adicional 11~ del Reglamento de los Procedimientos de Responsabilidad de 1993):

Responsabilidad en materia sanitaria.

La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, corres-

pondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso.

Los "centros sanitarios concertados", a los que la disposición menciona expresamente, no son nada más que un tipo de contratistas de la Administración y -salvo que se quiera pensar que lo que se pretende es establecer un régimen especial para ellos, lo que no haría sino aumentar la complejidad y confusión-lo lógico es entender que esto no es más que concreción de una regla general aplicable a todos los contratistas de la Administración y, entre ellos, especialmente, los que por concesión, gestión interesada, convenio singular (para los "hospitales privados")... gestionen indirectamente servicios públicos sanitarios. Conste que hay quien afirma que esta disposición adicional es una excepción al régimen general establecido en los arts. 98 LCAP y 1.3 del Reglamento de los Procedimientos de Responsabilidad. Pero, insisto, es sólo concreción de la regla general. Ver en ella una excepción a un supuesto régimen general me parece completamente infundado y una complicación innecesaria por, partiendo de una interpretación equivocada, "mantenella y no enmendalla": ahora que hay un precepto meridianamente claro entre un conjunto de preceptos no tan claros, lo razonable es pensar que todos ellos están en la misma línea y no que el legislador haya decidido algo tan extraño como que todos los contratistas (incluidos parte de los que prestan servicios públicos sanitarios) tengan un régimen, mientras que otros muy concretos (sólo los centros sanitarios concertados) tengan el contrario. Para nosotros no se plantea ningún problema con esta disposición adicional que simplemente confirma que la tesis correcta para todos los contratistas era, ya antes de que se aprobara, la que ahora simplemente se explicita para un caso concreto con el simple fin de cerrar por completo el paso a las jurisdicciones civil y social que tanta imaginación han desplegado para atribuirse las competencias que el legislador les ha negado una y otra vez.

En suma, la situación actual puede esquematizarse así:

a) En todo caso, y con carácter potestativo, el perjudicado puede previamente usar la facultad del art. 98.3 LCA que en ningún caso constituye una verdadera reclamación ni puede terminar declarando el derecho a indemnización;

b) Tras seguir esa vía o directamente, el perjudicado debe dirigir su reclamación al órgano de contratación, tanto si considera responsable a la Administración o como si cree que lo es el contratista o ambos;

c) La Administración deberá tramitar el procedimiento según lo previsto en el RPR dando en todo caso audiencia y participación al contratista como interesado;

d) El procedimiento podrá terminar declarando la responsabilidad de cualquiera de las partes contratantes o, si procede, de ambas o de ninguna;

e) La resolución es impugnabile *por* el contratista y *por* el perjudicado ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Añadamos ya tan sólo que lo que mejor concuerda con este régimen procedimental y procesal de responsabilidad por daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos gestionados indirectamente confirmado por la transcrita disposición adicional es el régimen sustantivo o material de Derecho público pues verdaderamente extraño sería que, primero la Administración, y luego la Jurisdicción contencioso-administrativa, se pronunciaran sobre una responsabilidad de Derecho privado. No es imposible que tal cosa ocurra (de hecho, ahora puede haber casos en que ocurra de conformidad con lo establecido en el nuevo art. 9.4 *in fine* de la Ley Orgánica

del Poder Judicial) pero sí algo tan excepcional que sólo puede admitirse ante una consagración inequívoca que, desde luego, no existe en este caso. O sea, que, indirectamente, esta disposición adicional, aunque no se ocupa del régimen sustantivo de esta responsabilidad, también sirve para confirmar las respuestas que antes dimos a las otras dos grandes cuestiones planteadas. y aunque, en nuestra opinión, esa confirmación es general para todos los sectores y servicios sanitarios, lo es especial y expresamente para los sanitarios que son los que aquí han de centrar nuestra atención.

Así, en conclusión, el conjunto resulta armonioso y coherente. Es, además, según se ha tratado de explicar, un sistema razonable y justo, adecuado no sólo para los gestores privados de los servicios sanitarios sino también para otros servicios públicos y otros contratistas, un sistema que, si acaso, se perfeccionaría si se consolidara definitiva y adecuadamente por una Ley estatal la responsabilidad subsidiaria de la Administración contratante titular del servicio en caso de insolvencia del contratista.

