

# **RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN Y GESTIÓN PRIVADA DE SERVICIOS SANITARIOS**

**INCIDENCIA DE LAS LEYES 39/2015 Y 40/2015 EN EL MODELO ACTUAL**

*Miriam Cueto Pérez*

**SUMARIO:** 1. Planteamiento general. 2. Diferentes fórmulas de gestión de la asistencia sanitaria en el marco del sistema nacional de salud. 3. Responsabilidad de la Administración por la gestión sanitaria a través de personificaciones jurídico-privadas. 3.1. Sociedades mercantiles públicas como prestadoras de asistencia sanitaria. 3.2. Fundaciones del sector público y fundaciones públicas sanitarias. 3.3. Consorcios. 3.4. Responsabilidad de sociedades mercantiles, fundaciones y consorcios. 4 Gestión indirecta de la asistencia sanitaria. 4.1 El contrato de gestión de servicio público. 4.2 El contrato de concesión de obra pública. El contrato de colaboración público-privada. 4.3 Responsabilidad de la Administración por la gestión indirecta de las prestaciones sanitarias. 4.4. La responsabilidad patrimonial en supuestos de gestión indirecta de la asistencia sanitaria. 5. Bibliografía

## **RESUMEN**

Este trabajo tiene como objeto analizar la incidencia que las nuevas Leyes 39/2015 y 40/2015 pueden tener en el ámbito de la responsabilidad por asistencia sanitaria en el marco del SNS tanto cuando se gestiona por personificaciones jurídico-privadas como cuando se gestiona por medio de un contratista de la Administración.

## **PALABRAS CLAVE**

Responsabilidad patrimonial, asistencia sanitaria, gestión privada.

## **ABSTRACT**

The main aim of this paper is to analyse the impact of Laws 39 and 40/2015 on claims for damages due to Health assistance in the framework of NHS, when the health assistance is provided either by private institutions or by a contractor of Public Administration.

## **KEYWORDS**

Public liability, health assistance, private management.

## **1. PLANTEAMIENTO GENERAL**

En los últimos años, las fórmulas de gestión privada en la asistencia sanitaria han entrado con fuerza en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, amparadas por la pregonada eficacia de la gestión privada e impulsadas por las circunstancias económicas actuales. La crisis económica, pero ya con anterioridad cierta incertidumbre sobre la viabilidad del sistema, había puesto sobre la mesa la imposibilidad de mantener nuestro sistema sanitario en los mismos términos en los que se había configurado. Un sistema sanitario que constituye, sin duda, uno de los pilares básicos del Estado del Bienestar y que es pieza fundamental en la percepción de los ciudadanos sobre el funcionamiento de los servicios públicos. El derecho

a la protección de la salud contemplado en el art. 43 de la Constitución Española de 1978 (CE) señala que *compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios*, siendo la Ley la encargada de *establecer la los derechos y deberes de todos al respecto*. Por ello y como premisa, es necesario ser conscientes de que el contenido de ese derecho, encuadrado en los principios rectores de la política económica y social<sup>1</sup>, vendrá determinado por las circunstancias sociales, políticas y económicas de cada momento, y que será el legislador el que determine su extensión material, ampliando o reduciendo sus prestaciones, por ejemplo, ante una imposibilidad económica de afrontar el gasto sanitario de los servicios existentes, tal y como hemos podido apreciar con la promulgación Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud.<sup>2</sup>

Junto al alcance y extensión de las prestaciones, las formas de gestión tienen también su importancia en el desarrollo del derecho a la protección de la salud<sup>3</sup>. La Ley 14/86, de 25 de abril, General de Sanidad, (LGS), diseña un Sistema Nacional de Salud

1 FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M.: *El servicio público de la sanidad: el marco constitucional*, Civitas, Madrid, 1984, págs. 55 y ss. En los últimos tiempos con una posible reforma constitucional a la vista se han alzado voces a favor de que el derecho a la protección de la salud sea considerado un derecho fundamental. A nivel doctrinal,

2 Sobre la reversibilidad de las prestaciones sanitarias tempranamente COBREROS MENDAZONA, E.: *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud*, IVAP, 1988, pág. 173 y ss.; también MUÑOZ MACHADO, S.: *“La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos”*, Alianza Editorial, 1995, págs. 146 a 159.; PEMÁN GAVÍN, en su trabajo *“Derecho a la salud y Administración sanitaria”*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, pág. 84, BELTRÁN AGUIRRE, J.L.: *“Prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud: aspectos jurídicos”*, *Derecho y salud*, vol. 2, nº 2, 1994, pág. 91 y ss. y en *Derecho sanitario de Navarra*, Gobierno de Navarra, Instituto de Administración Pública de Navarra, pág. 330 y ss. LOPERENA ROTA, D.: *“La irreversibilidad de los Derechos sociales”*, *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 9/2012; PONCE SOLE, J.: *El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, Ed. INAP, Madrid, 2013, págs. 68-69. CANTERO MARTÍNEZ, J.: *“Las políticas sanitarias regresivas, Derecho y Salud*, n 23, 2013, págs. 107 y ss.; AGUADO I CUDOLA, V.: *“Derecho a la protección de la salud y exclusión de la asistencia sanitaria: la crisis económica como pretexto para la limitación del acceso a los servicios y prestaciones del estado del bienestar”*, *RVAP*, nº 99-100, 2014, págs. 87 y ss. Recientemente en MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M.: *La Administración al servicio de la Justicia social*, Iustel, 2016, págs. 109 y ss.

3 Baste recordar el movimiento social que se ha generado en contra de las intenciones privatizadoras del Gobierno de la Comunidad de Madrid que acabó finalmente con la renuncia a seguir adelante con el proceso.

(SNS) y configura la actividad sanitaria como un servicio público<sup>4</sup>, permitiendo fórmulas de gestión indirecta (principalmente los conciertos sanitarios) y garantizando igualmente la libertad de empresa, por lo que estaríamos ante un servicio público impropio, donde plenamente tiene cabida la iniciativa privada. Con posterioridad a esta Ley, se ha llevado a cabo la transferencia de competencias a favor de las CCAA y éstas han ido dictando sus propias Leyes autonómicas en la materia, en desarrollo de la normativa básica dictada por el Estado en importantes normas que han ido definiendo nuestro Sistema Nacional de Salud, como la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, y más recientemente, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. De este conjunto de normas, se debe destacar en relación con el objeto de estudio de este trabajo, el reconocimiento de una serie de derechos a los ciudadanos como pacientes frente a los servicios sanitarios, derechos que cómo señala el profesor PEMÁN GAVÍN *“se refieren no tanto al contenido mismo de las prestaciones como al modo en que tales prestaciones son efectivamente realizadas, con fijación por tanto del marco jurídico básico en el que han de desenvolverse las relaciones entre los servicios de salud y los ciudadanos pacientes”*<sup>5</sup>, derechos que tienen sus obligaciones correlativas y cuyo incumplimiento generará la consiguiente responsabilidad de los poderes públicos, cuando del mismo se deriven lesiones para los particulares que estos no tengan el deber jurídico de soportar.

El principio de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas consagrado en el art. 106.2 de la CE, encuadrado sistemáticamente al

4 La configuración de la asistencia sanitaria como un servicio público no planteó mayores dudas: GARRIDO FALLA, F.: *El modelo económico en la Constitución*, vol. I, IEE, Madrid, 1981; J.M. FERNANDEZ PASTRANA, *El servicio público de sanidad: El marco constitucional*, CIVITAS, 1984, y M. BEATO ESPEJO, *“El sistema sanitario español: su configuración en la Ley General de Sanidad”*, *RAP*, nº 119, 1989, pág. 403. PALOMAR OLMEDA, A.: *“El modelo de sanidad pública: consideraciones de carácter introductorio y generales sobre la conformación de un servicio público esencial”*, en *Tratado de Derecho sanitario (AAVV)*, vol. I, Aranzadi, 2013, págs. 109 y ss.

5 PEMÁN GAVÍN, J.: *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, Editorial Comares, Granada, 2005, pág. 17.

margen de los derechos y libertades públicas del Título I, entendemos que otorga a los particulares un derecho que constituye la pieza de cierre del sistema respecto a la garantía patrimonial que estos tienen frente al funcionamiento normal o anormal en la prestación de los servicios públicos. Esta pieza, sin embargo, se puede ver alterada por las diferentes fórmulas de gestión de servicios sanitarios implantadas en los últimos tiempos, tanto en lo que se refiere a la asistencia sanitaria como a los servicios parasanitarios<sup>6</sup>. La opción por una u otra fórmula de gestión no resulta inocua para el sistema de responsabilidad de la Administración titular del servicio y por ello el legislador ante la complejidad, la conflictividad y las peculiaridades del sistema sanitario trató de poner fin a las dudas existentes en su momento sobre el régimen jurídico aplicable (administrativo-objetivo/civil-culpabilístico), sobre el procedimiento de reclamación y sobre el orden jurisdiccional competente (tres órdenes jurisdiccionales han llegado a conocer sobre esta materia el orden civil, el social y el contencioso-administrativo, además del penal). En cuanto al derecho aplicable el mismo se clarificó por medio de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (Ley 30/92), que tras su reforma por la Ley 4/99, de 13 de enero, señalaba que *“la responsabilidad patrimonial de las entidades gestoras y servicios comunes de la seguridad social sean estatales o autonómicos, 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, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo y respecto a la jurisdicción competente se cerró la cuestión con la modificación de la Ley 29/98, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJ), art.2. e) y de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (art. 9.4), que extienden la competencia jurisdiccional del orden contencioso a las demandas de responsabilidad patrimonial en las que concurren en la producción del daño particulares o se demande a la aseguradora.*

Sin embargo, tras estas clarificaciones aún la jurisprudencia ha dudado en algunos supuestos tanto sobre el derecho aplicable como sobre la jurisdicción

competente<sup>7</sup>, de hecho, en los últimos tiempos se ha considerado que la responsabilidad por los daños derivados de la asistencia sanitaria prestada por las mutualidades de funcionarios de nuevo debía ser entendida como una responsabilidad civil sometida a las previsiones del CC. Igualmente, la gestión de centros sanitarios usando fórmulas contractuales como la concesión de obra pública ha venido generando dudas sobre el régimen jurídico de la responsabilidad derivada de esa asistencia sanitaria. Por todo ello, la supresión del contenido de la DA duodécima de la Ley 30/92, en las Leyes 39/2015 y 40/2015, de 1 de octubre, nos alerta de que nuevos planteamientos pueden estar por llegar y que nuevos peligros acechan a esta unidad en el régimen de responsabilidad, tanto en lo que se refiere al derecho aplicable como a la jurisdicción competente para conocer las reclamaciones de los pacientes cuando la asistencia sanitaria se preste por medio de fórmulas de gestión privada. El análisis de las reclamaciones por asistencia sanitaria en este nuevo marco normativo será el principal objeto del presente trabajo.

## 2. DIFERENTES FÓRMULAS DE GESTIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA EN EL MARCO DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Desde la publicación del Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, que más tarde se convertiría en la Ley 15/97, de 25 de abril, se estableció la posibilidad de que garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público, en el ámbito del SNS, la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o sociosanitaria podría llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho (el Decreto-Ley hablaba en cambio de cualesquiera entidades admitidas en Derecho). Señalando que, en el marco de lo establecido por las Leyes, correspondería al Gobierno, mediante Real Decreto, y a los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas -en los ámbitos de sus respectivas competencias-, determinar las formas jurídicas, órganos de dirección y control,

6 TOLIVAR ALAS, L.: “Derechos de los usuarios y pacientes ante la gestión privada de servicios sanitarios”, *Derecho y Salud*, vol. 15, número extraordinario, 2007, pág. 44.

7 YAÑEZ DE ANDRÉS, A.: “La responsabilidad de la Administración por la prestación de asistencia sanitaria en un contexto de crisis económica. Perspectiva de un abogado”, *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 11/2014

régimen de garantías de la prestación, financiación y peculiaridades en materia de personal de las entidades que se creen para la gestión de los centros y servicios mencionados. La prestación y gestión de los servicios sanitarios y socio-sanitarios podrá llevarse a cabo, además de con medios propios, mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas, en los términos previstos en la LGS. Siguiendo esta estela, la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, en su art. 111 reguló el régimen de las fundaciones públicas sanitarias y el RD 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud, estableció un régimen jurídico para estas personificaciones, insistiendo en que deberían garantizar y preservar la condición de servicio público. Esta regulación no contemplaba, sin embargo, la segunda parte de la previsión de la Ley 15/97, por la que se permitía la prestación a través de convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas. En un primer momento, se puso el acento y la preocupación en la constitución de fundaciones, consorcios e incluso sociedades mercantiles para la gestión de servicios sanitarios, pero lo cierto es que estas fórmulas en los últimos tiempos han sido claramente superadas y lo que ha imperado es la gestión indirecta a través de diversas modalidades de contratación, algunas de dudosa aplicación al ámbito de la asistencia sanitaria<sup>8</sup>.

Los modelos de colaboración público-privada y las reformas organizativas y de gestión en el SNS<sup>9</sup>, en especial las destinadas a buscar fórmulas para la construcción y gestión de infraestructuras sanitarias, han generado numerosas dudas sobre su oportunidad y sobre su acierto. Los gobiernos autonómicos responsables de la prestación de la asistencia sanitaria han buscado alternativas para la financiación de nuevos hospitales y para la gestión del servicio, que colocan de forma involuntaria al paciente en una posición jurídica nueva, con posibles consecuencias desde el punto de vista legal<sup>10</sup>. Sin embargo, sea cuál sea la fórmula de gestión existe un denominador común compartido, que no es otro que el de ser paciente

del SNS y por ello no resulta razonable defender la existencia de diferentes derechos o garantías en función del modelo de gestión o de la titularidad del centro sanitario en el cual el paciente es atendido. Desde hace unos años, ya antes de que apareciera la profunda situación de crisis económica, las CCAA ante el enorme esfuerzo presupuestario que suponía la creación de nuevas infraestructuras sanitarias y los límites de endeudamiento para cumplir con la normativa sobre estabilidad presupuestaria, buscaron nuevas opciones para la financiación, opciones que principalmente se centraron en hacer recaer en el sector privado la asunción del coste de las mismas. La colaboración público-privada, el uso de fórmulas de gestión indirecta, dentro de las que se incluyen junto a la tradicional del concierto sanitario, la concesión de gestión de servicio público o la mucho más novedosa concesión de obra pública han pasado a formar parte del SNS. Esa colaboración del sector privado, a pesar de las grandes ventajas que se le quiere atribuir, no es ni mucho menos altruista, sin duda, tiene un precio y ese precio incluye el beneficio empresarial, cuyo importe, junto con el del coste del servicio, tendrá que ser abonado de una forma u otra por el sector público. Pero además no estamos ante cualquier tipo de servicio susceptible de explotación económica, estamos ante la gestión de un servicio, la asistencia sanitaria, que es muy costoso, más si tenemos en cuenta que se configura con carácter universal y gratuito, que existe un progresivo envejecimiento de la población y un crecimiento constante de la demanda de servicios por parte de la misma, por lo que cuesta visualizar el interés económico que pueda haber en su gestión para el sector privado (salvo que al final todos los desequilibrios los acabe asumiendo de nuevo el sector público) y sobre todo las posibilidades reales de mejorar el coste del servicio, ofreciendo la misma calidad y el mismo nivel de cobertura, que es lo que debe guiar la actuación del sector público<sup>11</sup>. Todo ello ha llevado a que en países pioneros en estas fórmulas como el Reino Unido, la gestión privada, en principio más eficiente que la pública, también haya sido deficitaria, viéndose los poderes públicos en último término obligados a absorber dicho déficit como últimos responsables de la continuidad del servicio de asistencia sanitaria a los ciudadanos, con lo cual la alabada eficiencia del modelo queda puesta en entredicho<sup>12</sup>.

8 DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.: “Formas de gestión indirecta de los servicios sanitarios y “privatización” de la sanidad pública (especial referencia al plan de medidas de la Comunidad de Madrid”, *RJUAM*, nº 27, 2013-I, pp. 111-142; también en “Formas de gestión del SNS: de la LGS a las fórmulas de colaboración público-privadas”, *Tratado de Derecho Sanitario*, op. cit. págs. 401-434.

9 MARTÍN MARTÍN, J.J.: “Nuevas fórmulas de gestión en las organizaciones sanitarias”, *Fundación Alternativas, Documento de Trabajo*, 14.

10 TOLIVAR ALAS, L. (Dir.): *Gestión Privada de la salud pública*, Editorial Academia, 2012, págs. 109 y ss.

11 MENÉNDEZ REXACH, A.: “La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública. Reflexiones en torno al debate sobre la privatización de la sanidad”, *Revista Administración Sanitaria*, 2008; 6 (2), págs. 269-296.

12 LARIOS RISCO, D. y LOMAS HERNÁNDEZ, V.: “Modelos de colaboración público-privada para la construcción

En España, en cambio, estas formas de gestión han recibido el respaldo del TC en su sentencia 84/2015, de 30 de abril, sentencia que se pronuncia sobre las medidas jurídicas adoptadas para poner en marcha las acciones contempladas en el llamado Plan de Medidas de Garantía de la Sostenibilidad del Sistema Sanitario Público de la Comunidad de Madrid. En el mismo se contemplaban una serie de actuaciones que tenían como primera finalidad el ahorro en el sistema, tal como expresamente se recoge en el Plan<sup>13</sup>. Las medidas incluían la externalización de la actividad sanitaria en seis hospitales, utilizando el modelo de concesión de servicio público; la concesión de la prestación de la asistencia de Atención Primaria de un 10% de los Centros de Salud; y la externalización de servicios no sanitarios: áreas de cocina, lavandería, almacenes y mantenimiento de los centros sanitarios. La Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid concretó en los arts. 62 y 63 estas previsiones, siendo recurrido su contenido ante el TC. El art. 62 de forma abierta habilitaba al Servicio Madrileño de Salud para que pudiese de acuerdo con lo que establece el artículo único de la Ley 15/1997, de Habilidad de Nuevas Formas de Gestión del Sistema Nacional de Salud, para “*adjudicar contratos para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada*” de seis hospitales concretos de la Comunidad de Madrid. En su FJ séptimo el TC da por buena esta posibilidad y rechaza que el modelo de Seguridad Social configurado en la CE no permita fórmulas de gestión de la asistencia sanitaria por entidades privadas, recordando lo ya señalado en sus sentencias anteriores 37/94, de 10 de febrero y 213/2005, de 30 de abril. Así, considera que el art. 41 CE no exige que el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social requiera necesariamente y en todo caso un sistema de gestión pública directa. El sistema no quedaría cuestionado “*por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas, de importancia relativa en el conjunto de la acción protectora de aquél*”. Para afirmar que “*a partir de estas premisas, en este caso no puede concluirse que la solución organizativa plasmada en el art. 62 de la Ley 8/2012, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad de Madrid, transgreda los límites relativos definidos por nuestra doctrina*”. Además, incide en que se afecta solamente a

la asistencia sanitaria especializada que se presta en seis hospitales de la Comunidad de Madrid (Hospitales Infanta Cristina, Infanta Sofía, Infanta Leonor, Sureste, Henares y Tajo), de alguna forma dejando entrever, que solamente una parte del sistema se verá afectada y que no tendría la suficiente entidad como para alterar la consideración global del conjunto. El TC incide también en que “*La posible apertura a formas de gestión y responsabilidad privada se lleva a cabo preservando en todo caso la titularidad pública del servicio, refiriéndose la norma únicamente a un supuesto de externalización de la gestión del servicio público en determinados hospitales dependientes del Servicio Madrileño de Salud*”. El TC recuerda que “*la norma recurrida, de hecho, apoya la previsión en lo dispuesto en el ya mencionado artículo único de la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, que, entre otras posibilidades, dispone que la prestación y gestión de los servicios sanitarios podrá llevarse a cabo mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas. Ley que a juicio del TC “vino a disipar cualquier duda acerca de la posibilidad de acudir a técnicas de gestión indirecta del servicio público de la sanidad”*. Finalmente, se argumenta que “*La definición de las prestaciones a las que tienen derecho los ciudadanos queda en manos, en todo caso, de los poderes públicos, no habiéndose producido un traslado de esta potestad a quienes asuman la gestión —y solo la gestión— del servicio público de la sanidad; la financiación se lleva a cabo asimismo mediante fondos públicos, y, finalmente, el art. 62.1 in fine alude expresamente a la garantía de “los adecuados niveles de calidad, atención y derechos de los usuarios”*. De los extractos señalados podemos destacar que para el TC parece relevante el alcance y el volumen de la gestión sanitaria objeto de gestión privada, de forma que el carácter público del conjunto no se desvirtúe por una gestión parcial privada de determinados ámbitos, también resulta ser crucial la titularidad pública del servicio y la definición de las prestaciones a las que tengan derecho en cada momento los ciudadanos por parte de la Administración; finalmente, se debe preservar la calidad, los niveles de atención y los derechos de los pacientes sea cuál sea la forma de gestión.

De igual forma, el TC rechaza que se atente contra el principio de igualdad al prestar una parte de la asistencia sanitaria mediante fórmulas de gestión indirecta y otra de forma directa y, por lo tanto, situando a los ciudadanos en una diferente posición en función del hospital en el que reciban la asistencia

y gestión de infraestructuras sanitarias”, *Derecho y Salud*, nº 15, n 2 Julio-Diciembre, 2007, pág. 291-292

13 “*Lo primero y más importante que se pretende conseguir es un importante ahorro, en la misma medida en que han disminuido nuestros ingresos*”. Documento completo en [www.madrid.org](http://www.madrid.org).

sanitaria. Entiende el TC que el precepto “*por sí solo, no establece ninguna diferencia de trato en cuanto al contenido, alcance o calidad de la prestación sanitaria que hayan de recibir los ciudadanos asignados a esos seis hospitales. Por el contrario, la propia norma recurrida se encarga de precisar que en la contratación adjudicada se garantizarán “los adecuados niveles de calidad, atención y derechos de los usuarios”, derechos entre los que se encuentra la garantía de accesibilidad de todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud a las prestaciones sanitarias “en condiciones de igualdad efectiva” (art. 23 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud; y arts. 2 y 6 de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid)*. De esta afirmación puede deducirse que no cabe diferencia de trato en relación con los pacientes que reciben asistencia sanitaria en función de la modalidad de gestión, afirmación que a nuestro juicio es perfectamente trasladable a todos los derechos que les asisten, entre ellos al de reclamar por las lesiones que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. A pesar de las bendiciones del TC al modelo, cierto que limitadas a las impugnaciones jurídicas producidas en el contexto del propio recurso, como de alguna forma justifica el TC a lo largo de la sentencia, y vinculadas al juicio de constitucionalidad y no de oportunidad, o de posibles consecuencias de este modelo, el Auto de 11 de septiembre de 2013 del TSJ de Madrid concedió la suspensión cautelar de la Resolución de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria de la Consejería de Sanidad de 30 de abril de 2013, por la que se hizo pública la convocatoria para la licitación del contrato de servicios denominado “Gestión por concesión del servicio público de la atención sanitaria especializada correspondiente a los hospitales universitarios “Infanta Sofía”, “Infanta Leonor”, “Infanta Cristina”, del Henares, del Sureste y del Tajo”, en virtud del art. 62 de la Ley 8/2012<sup>14</sup>, revés jurídico que trajo consigo que el proceso se paralizase al menos de momento

Junto a las fórmulas indicadas de gestión indirecta, se han mantenido, aunque con menor impacto en el conjunto del sistema, fórmulas de gestión directa a través de personificaciones jurídico-privadas que, al no someterse a los rígidos controles del Derecho

Público, han permitido una mayor flexibilidad en la gestión, y hasta épocas recientes un ocultamiento de la deuda de las Administraciones públicas a las que se vinculaban.

### 3. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN POR LA GESTIÓN SANITARIA A TRAVÉS DE PERSONIFICACIONES JURÍDICO-PRIVADAS

#### 3.1. Sociedades mercantiles públicas como prestadoras de asistencia sanitaria

La técnica societaria en los últimos tiempos ha sido sistemáticamente empleada por las Administraciones Públicas como una fórmula más para la organización de servicios y actividades públicas tradicionales, por su mayor flexibilidad y sobre todo por la posibilidad que ofrece de esquivar la aplicación del Derecho Administrativo. Es más, se ha señalado que el sector público empresarial ha crecido a costa del sector público administrativo, actividades que antes eran desarrolladas por entes del sector público administrativo ahora son llevadas a cabo por entes del sector público empresarial. En estos momentos y en buena medida por los excesos y abusos que ha permitido esta fórmula organizativa, de forma considerablemente unánime se considera que la misma se ha usado indebidamente y que ha llegado la hora de desandar el camino recorrido. El sector público empresarial ha crecido de forma descontrolada y ha llegado la hora de reducir su tamaño<sup>15</sup>. Hasta la fecha las sociedades mercantiles públicas han tenido prohibido por el ordenamiento jurídico el desarrollo de facultades que implicasen el ejercicio de autoridad (DA duodécima de la LOFAGE y art. 85.3 de la LBRL antes de la reforma operada por la Ley 27/2013, de 27 diciembre), pero como ya se ha señalado en su día<sup>16</sup>, esta prohibición se incumplió de forma reiterada con consecuencias importantes para la posición jurídica de los ciudadanos, que se veían desprotegidos ante la inaplicación de las garantías que acompañan el ejercicio de poder, por parte de las Administraciones públicas. La consecuencia lógica de todo ello sería que, ante la necesidad de

14 Posteriormente, se llega a la misma conclusión en más pronunciamientos de distintas Salas del TSJ de Madrid, lo que propició que tras el Auto de 27 de enero de 2014 por el que se rechaza el recurso de reposición contra el Auto de 13 de septiembre de 2013, el propio Presidente de la Comunidad Autónoma anunciase la retirada del proceso privatizador.

15 Informe Cora 2013. Preámbulos de las Leyes 15/2014, de 16 de diciembre, de racionalización del sector público y 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

16 CUETO PÉREZ, M.: *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*, CIVITAS, 2008, pág. 43 y ss.

realización de funciones públicas, aparecería de forma indisociable la necesidad de aplicación del Derecho Administrativo, y por lo tanto, la opción por personificaciones jurídico-públicas<sup>17</sup>.

Por ello, la gestión de la asistencia sanitaria en el marco del SNS, a través de empresas públicas no se consideró la opción más adecuada, para una actividad que se encuentra en las antípodas de lo que pueda ser actividad mercantil o empresarial de las Administraciones Públicas. Si bien respecto a la asistencia sanitaria no se pueda decir que implique en sí misma el ejercicio de autoridad<sup>18</sup>, no podemos negar que sí implica un régimen de derechos, prestaciones y garantías que tienen un carácter claramente público y que en todo caso la actividad a desarrollar es un servicio público. Todo ello no impidió, como ya se ha señalado, que la utilización de la forma societaria en el ámbito sanitario fuese admitida en el Decreto-Ley 11/1996 y regulada por el RD 29/2000, de 14 de enero, para el ámbito del INSALUD. Con anterioridad el Informe Abril ya había abonado este terreno, culpando de buena parte de las deficiencias en la prestación de servicios sanitarios al propio Derecho Administrativo, apostando clara y abiertamente por formas de gestión privadas. En cuanto a su régimen jurídico vendrá dado por la legislación autonómica sobre sector público, pero a falta de ésta se ha tenido como referente la legislación estatal contenida en los arts. 54-61 del RD 29/2000 aprobada en su día para las entidades

17 De forma muy gráfica, el profesor J. PONCE SOLÉ vincula la actuación de las sociedades mercantiles en estos casos con el deber de buena administración, al afirmar que ese deber aparece “*sea ésta desempeñada o no por la propia Administración, y en el caso de que sí lo sea, se desarrolle ésta mediante la organización y la forma jurídica que sea*” en *Deber de buena Administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, 2001, pág. 170. Por su parte el prof. G. FERNÁNDEZ FARRERES, habla de una *mixtura contra natura* en alusión a las distorsiones entre la personalidad jurídica de la sociedad y el régimen jurídico que se le aplica. Reflexiona este autor “*que de observarse con rigurosidad el criterio de la LO-FAGE de que las sociedades mercantiles de titularidad pública no pueden ostentar potestades públicas, la constitución de tales sociedades bien pudiera quedar ceñida al ámbito estricto de las actividades de carácter industrial o mercantil*” en “*Administraciones Instrumentales*”, en AAVV *Estudios para la reforma de la Administración pública*, INAP, 2004, pág. 354-356.

18 Se ha entendido por la doctrina que la prestación de asistencia sanitaria no implicaba ejercicio de autoridad, MENÉNDEZ REXACH, A. *op. cit.* pág. 287 Sin embargo, a mi juicio, algunas actuaciones podrían generar ciertas dudas, sobre todo en lo que atañe a la relación de los pacientes del SNS con dichos centros (negación de acceso a las instalaciones hospitalarias, resolución de “procedimientos administrativos” y reclamaciones relativas a los derechos de los pacientes, incidentes con el personal de seguridad...).

de este tipo vinculadas al INSALUD. En el ámbito sanitario tendrán la consideración de empresas públicas las sociedades en cuyo capital sea mayoritaria o única la participación de los Servicios de Salud de las CCAA y que se constituyan para la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria. La creación de estas sociedades se hace normalmente por Ley (en el RD 29/2000 bastaba el acuerdo del Consejo de Ministros) y los actos de modificación de la participación de las Administraciones autonómicas se autorizarán por sus Consejos de Gobierno. Sus Estatutos se aprueban por Decreto y se publican en el *Boletín Oficial correspondiente*, debiendo contemplar un contenido mínimo que incluya los elementos más importantes para el funcionamiento de la sociedad.

Tempranamente se crearon por las CCAA empresas públicas destinadas a satisfacer algunos servicios como los servicios de emergencia<sup>19</sup> pero también algún hospital como en Andalucía el “Hospital Costa del Sol” (creado por la Ley 4/92, de 30 de diciembre y sus Estatutos aprobados por Decreto 104/93, de 3 de agosto)<sup>20</sup>, y posteriormente el Hospital de Poniente, Hospital Alto Guadalquivir y la Empresa Pública Sanitaria Bajo Guadalquivir<sup>21</sup>. Junto a Andalucía, donde se ha optado por asimilar estas empresas públicas a las entidades públicas empresariales del sector público estatal, la Comunidad de Madrid también ha optado por esta fórmula, con amparo en su Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria. Así al año siguiente, por medio de La Ley 13/2002, de 20 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas se crea la Empresa Pública Hospital de Fuenlabrada (art. 18),

19 Sistema de Emergencias Médicas, S.A. dependiente del Servicio Catalán de Salud o Emergencias Sanitarias dependiente del Servicio Andaluz de Salud.

20 La Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía, ha determinado que la Empresa Pública Hospital de la Costa del Sol adoptase la configuración de agencia pública empresarial pasando a denominarse Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol, así como su objeto, que lo constituye ahora la coordinación de la gestión de los servicios sanitarios de las agencias públicas empresariales que se le adscriban, así como la gestión del Hospital Costa del Sol de Marbella (Málaga) y la de los Centros Hospitalarios de Alta Resolución que se establezcan en la provincia de Málaga. Por el Decreto 98/2011, de 19 de abril, se aprueban los Estatutos de la misma.

21 La Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía, adscribe a la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol la Empresa Pública Hospital de Poniente de Almería, la Empresa Pública Hospital Alto Guadalquivir y la Empresa Pública Sanitaria Bajo Guadalquivir, y se han convertido a su vez en agencias públicas empresariales.

aprobándose inmediatamente sus Estatutos por medio del Decreto 196/2002, de 26 de diciembre. Posteriormente, la Ley 4/2006, de 22 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas creó seis hospitales más con esta fórmula, aprobándose seguidamente sus respectivos Estatutos<sup>22</sup>. Al año siguiente, se crea la empresa pública Unidad central de radio-diagnóstico de la comunidad de Madrid, por la Ley 7/2007, de 21 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas (art. 14)<sup>23</sup>. Sin embargo, el intento de dar el salto desde estas fórmulas a la gestión indirecta de la sanidad y el debate social generado en el intento, además del revés jurídico sufrido, han llevado a que la Ley 9/2015, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, en su artículo 6 prevea la extinción de estas seis empresas públicas<sup>24</sup>.

Esta decisión pone en evidencia como este tipo de personificaciones no pasan por su mejor momento como opción de gestión en el ámbito sanitario, probablemente en la línea ya señalada con carácter general para las sociedades mercantiles públicas, cuyo ámbito de actuación debería quedar relegado a las actividades que en su origen las legitimaron, actividades de carácter industrial y comercial. Al margen de estas actividades su uso solo estuvo amparado por la voluntad de las Administraciones públicas de huir de la aplicación del Derecho administrativo.

22 La Ley 4/2006, de 22 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid, en su art. 12 crea seis hospitales gestionados por empresas públicas:

“Se crean, dependientes de la Consejería de Sanidad y Consumo, las siguientes Empresas Públicas de la Comunidad de Madrid de las previstas en el artículo 2.2.c 2 de la Ley 1/1984, de 19 de enero, Reguladora de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid, bajo la denominación de:

- Empresa Pública Hospital del Sur.
- Empresa Pública Hospital del Norte.
- Empresa Pública Hospital del Sureste.
- Empresa Pública Hospital del Henares.
- Empresa Pública Hospital del Tajo.
- Empresa Pública Hospital de Vallecas.

Estos seis hospitales son a su vez los que han dado lugar a la controversia suscitada en relación con la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad de Madrid, que en su art. 62 habilitó al Servicio Madrileño de Salud para adjudicar contratos para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada en dichos hospitales y cuya impugnación dio lugar a la STC 84/2015.

23 Por Decreto 11/2008, de 21 de febrero, se aprobaron sus Estatutos.

24 Con efectos de 30 de junio de 2016, se extinguen las empresas públicas creadas al amparo del artículo 12 de la Ley 4/2006, de 22 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid, pasando los hospitales gestionados por las empresas públicas extinguidas a formar parte del Servicio Madrileño de Salud como centros de atención especializada.

Por ello no deja de llamar la atención la regulación de las sociedades mercantiles del sector público estatal, contemplada en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. Resulta difícilmente entendible que el legislador tras proclamar en su preámbulo que apuesta por las personificaciones jurídico-públicas, dificultando la creación de sociedades mercantiles, permita que éstas puedan asumir aunque sea excepcionalmente potestades públicas. En la nueva regulación (art. 113), se señala, al igual que se hacía en la LOFAGE, que las sociedades mercantiles “en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública”, añadiendo “*sin perjuicio de que excepcionalmente la ley pueda atribuirles el ejercicio de potestades administrativas*”. Respecto a este añadido final se ignoran las causas que lo han motivado, el legislador no lo justifica ni lo motiva en su preámbulo y la doctrina ya ha tenido ocasión de dejar claro la confusión que genera<sup>25</sup>. La primera dificultad viene dada por la distinción que el legislador maneja entre facultades que impliquen el ejercicio de autoridad y el ejercicio de potestades administrativas. Habría que preguntarse qué potestades administrativas no implican el ejercicio de autoridad y si realmente las categorías son distintas. Sin duda, el legislador y el Gobierno eran conscientes de que la prohibición contenida en la LOFAGE se incumplía en ciertas sociedades mercantiles<sup>26</sup> y en lugar de buscar mecanismos para lograr su cumplimiento han optado por excepcionar su aplicación, lo cual a su vez resulta contradictorio con la voluntad manifestada y presente en el texto legal de limitar la expansión y el incremento de personificaciones-jurídico privadas. Si algún límite legal existía para detener dicha expansión era precisamente la restricción en el uso de potestades administrativas<sup>27</sup>.

25 SÁNCHEZ MORÓN, M: “La regulación del sector público institucional en el proyecto de Ley de régimen jurídico del sector público”, *Documentación Administrativa*, Nueva época, nº 2; MARTÍN REBOLLO, L: “Análisis de la nueva Ley de Régimen Jurídico del sector público”, *Aranzadi digital num.1/2015*.

26 A modo de ejemplo, el Acuerdo de 16 de marzo de 2012 por el que se aprueba el Plan de reestructuración del sector público institucional reconoce abiertamente que las entidades privadas venían ejerciendo este tipo de funciones públicas a pesar de la prohibición legal.

27 Por otro lado, no podemos olvidar que en el ámbito local la Ley 27/2013 en la nueva redacción que da al art. 85.3 de la Ley de Bases de Régimen Local, suprimió la prohibición de gestión de servicios públicos que implicasen ejercicio de autoridad para las sociedades mercantiles locales.

### 3.2. Fundaciones del sector público y fundaciones públicas sanitarias

#### a) Creación de fundaciones por las Administraciones Públicas

Al lado de las sociedades mercantiles, las fundaciones han adquirido sin duda protagonismo como alternativa organizativa jurídico-privada para los poderes públicos. Aunque la existencia de fundaciones públicas regidas por Leyes especiales<sup>28</sup> no era un fenómeno desconocido en nuestra Administración institucional, lo cierto es que a raíz de la posibilidad abierta en su día por la Ley 30/94, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales, de creación de fundaciones por personas jurídico públicas, su utilización se ha generalizado por parte de las Administraciones públicas como fórmula organizativa que le permite esquivar en buena medida la aplicación del ordenamiento jurídico administrativo<sup>29</sup>. La Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, consolidó abiertamente la posibilidad de aplicar la técnica fundacional al ámbito de la gestión pública, si bien esta nueva opción organizativa también ha ido acompañada de un cierto debate<sup>30</sup>, a pesar del cual, lo cierto es que la fundación se ha instalado dentro de las fórmulas organizativas de las que disponen las Administraciones Públicas<sup>31</sup>. La Ley de Fundaciones

28 Fundación Lázaro Galdeano o las vinculadas al Patrimonio Nacional, que están expresamente excluidas de la normativa general sobre fundaciones.

29 En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Thomson-Civitas, 17ª, 2015, pág. 390-391 y 426; SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo*, Tecnos, 2015, pág. 424-426; SOSA WAGNER, F.: *La gestión de los servicios públicos locales*, THOMSON-CIVITAS, 2004, sexta edición, pág. 103-104 señala este autor que "...la fundación es hoy otro artilugio (y de que entidad!) que, bien accionado, permite a las Administraciones públicas burlar los rigores del ceñido derecho público y acometer un vuelo gayo impulsado por las alas más flexibles del ordenamiento jurídico-privado"; BERMEJO LATRE, J. L.: "Las fundaciones privadas de iniciativa pública y la "huida del Derecho Administrativo", en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI* (coord. SOSA WAGNER, F.), Tirant lo Blanch, 2000, pág. 935 y ss.; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUNIZ, J. L.: "Fundaciones privadas del sector público: problemas de constitucionalidad", en ob. col. XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, CEDECS, 2002, pág. 305 y ss.; PIÑAR MAÑAS, J.L.: "Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones", *REDA*, nº 97, 1998, pág. 37 y ss.; SOCIAS CAMACHO, J.: *Fundaciones del sector público*, Iustel, 2006, pág. 123 y ss.

30 CUETO PÉREZ, M.: *Procedimiento administrativo, sujetos privados...*, op. cit. págs. 91 y ss.

31 SOSA WAGNER, F.: *La gestión de los servicios públicos locales*, op. cit., pág. 103. Señala este autor que "se ha

del año 2002 reguló de forma separada las fundaciones del sector público estatal, en su capítulo XI, arts. 44-46, preceptos que trataron de solventar algunas de las carencias de la normativa anterior y de las cuestiones e interrogantes planteados. La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, incluye dentro de la regulación de los diferentes entes a las fundaciones, arts. 128-136, derogando expresamente los arts. 44-46 de la Ley de Fundaciones del 2002 (Disposición derogatoria). La nueva regulación, aunque sigue principalmente lo dispuesto en los preceptos derogados, sí incluye algunas novedades, como la consideración como fundaciones del sector público a aquellas en las que en su patronato la mayoría de derechos de voto corresponda a representantes del sector público institucional estatal. También se incluye la necesidad de que para la financiación de las actividades y el mantenimiento de la fundación, se prevea la posibilidad de que en el patrimonio de las fundaciones del sector público pueda existir aportación del sector privado de forma no mayoritaria. Con carácter básico (por lo tanto, afectaría a cualquier fundación de carácter autonómico) se establece el régimen de adscripción pública de las fundaciones y del protectorado. Es importante la exigencia de que la constitución de una fundación del sector público en el ámbito estatal o la adquisición de este carácter de forma sobrevenida se realice por ley que establecerá los fines de la fundación y, en su caso, los recursos económicos con los que se le dote, debiendo el anteproyecto de ley ser acompañado de una propuesta de estatutos y del plan de actuación, junto con el informe preceptivo favorable del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas o la Intervención General de la Administración del Estado, según se determine reglamentariamente. En la anterior regulación bastaba la creación mediante acuerdo del Consejo de Ministros. También se debe destacar que a diferencia de la flexibilización que se ha producido en relación con las sociedades mercantiles, las fundaciones del sector público siguen teniendo prohibido el ejercicio de potestades públicas y así se señala expresamente en el art. 128.2.

#### b) Fundaciones en el ámbito sanitario: las fundaciones públicas sanitarias

En el ámbito que nos ocupa, las fundaciones fueron expresamente permitidas por el Decreto-Ley

arbitrado con ello, a la vista de la amplitud de fines que las fundaciones pueden perseguir, una nueva técnica instrumental de personificación de servicios, o dicho con la terminología clásica, un nuevo modo de gestión de los servicios públicos".

11/96, de 17 de junio, por el que se habilitan nuevas formas de gestión en el ámbito del Sistema Nacional de Salud. Esta regulación se refería en principio a las fundaciones reguladas en la Ley 30/94, como personificaciones jurídico-privadas, sin embargo, la creación de las Fundaciones para la gestión de los hospitales de Alcorcón y Manacor incluyó en su regulación elementos claramente de Derecho Público<sup>32</sup>, que desvirtuaban la afirmación de que estamos ante personas jurídicas privadas, creando en palabras del prof. PIÑAR MAÑAS un régimen jurídico híbrido, privado y público, que no encajaba en el régimen de las fundaciones privadas<sup>33</sup>. Por este mismo camino avanzó la Ley 15/97, de 25 de abril, que sustituyó al Decreto-Ley, dejando claro, tras el abierto debate producido tanto a nivel jurídico como social<sup>34</sup>, que el Sistema Nacional de Salud preserva su condición de servicio público, lo cual a su vez constituía un obstáculo para que se utilizase en su gestión la figura de la fundación, tal y como se regulaba en el ámbito de la Ley 30/94<sup>35</sup>, pero la Ley 15/97 insiste en ello señalando que la gestión se podrá llevar a cabo a través de fundaciones “*u otras entidades de naturaleza o titularidad pública*”. En el ámbito sanitario se amplían las posibilidades de su uso con la Ley 50/98, de 30 de diciembre, que en su art. 111 crea un nuevo tipo de fundaciones que constituyen una nueva categoría de organismos públicos, que por cierto no se contemplaba en la LOFAGE, pero que se someten en un buen número de cuestiones a normas administrativas<sup>36</sup>.

32 Resolución de 21 de enero de 1997 de la Secretaría General de Asistencia Sanitaria, por la que se dio publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de noviembre de 1996, por el que se autorizaba al INSALUD a constituir determinadas fundaciones y se aprobaban sus Estatutos

33 PIÑAR MAÑAS, J.L.: “Tercer sector, sector público y fundaciones”, *XII Congreso italo-español de Profesores de Derecho Administrativo*, Cedecs, 2002, pág. 273.

34 En el momento de la publicación del Decreto-Ley 10/96 se habló de privatización de la sanidad pública y en nuestro ámbito doctrinal se han publicado numerosos trabajos en relación con la cuestión, además de los ya citados, vid. VELARDE FUERTES, J. y otros: *Reforma y liberalización económica: Los Decretos-Leyes de junio de 1996*, CIVITAS, 1996, en donde se incluye el trabajo de PEMÁN GAVÍN, J.: “Hacia nuevas formas de gestión de los servicios sanitarios”, págs. 293-330, el mismo autor también en “Reflexiones en torno a la Ley General de Sanidad: ¿desarrollo o reforma?”, *REDA*, nº 97, 1998, págs. 65/81; BERMEJO LATRE Y MIR PUIGPELAT: “Algunas notas sobre las primeras experiencias en la regulación de las fundaciones de iniciativa pública”, *REDA*, nº 104, 1999, págs. 575-593.; PAREJO, L., LOBO, F., VAQUER CABALLERÍA, M. (Coord.): *La organización de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, 2001.

35 PIÑAR MAÑAS, J.L.: “Tercer sector...”, *op. cit.*, pág. 271.

36 El art. 111 de la Ley 50/98 señalaba que las fundaciones públicas sanitarias son organismos públicos, adscritos al

Finalmente, se aprobó el RD 29/2000, de 14 de enero<sup>37</sup>, sobre nuevas formas de gestión del INSALUD, aplicable tanto a las fundaciones sanitarias del sector público constituidas al amparo del Decreto-Ley 10/96 y de la Ley 15/97 (con fundamento a su vez en la Ley 30/94), como a las constituidas al amparo del art. 111 de la Ley 50/98 (que eran organismos públicos), regulando para todas ellas un régimen jurídico común<sup>38</sup>. Por último, hay que señalar que la Ley 50/2002 expresamente excluyó de su aplicación a las fundaciones públicas sanitarias recogidas el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que seguirían rigiéndose por su normativa específica (DA Tercera) y respecto a las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre Habilitación de Nuevas Formas de Gestión del Sistema Nacional de Salud, establece que seguirían rigiéndose por su normativa específica, aplicándoseles los preceptos del capítulo XI con carácter supletorio (DA Cuarta), dejando claro como estas categorías tenían un régimen jurídico diferenciado<sup>39</sup>.

Son varios los pronunciamientos jurisprudenciales que afirman que las fundaciones creadas en el ámbito sanitario conforme a la Ley 30/94, son verdaderos organismos públicos, así la sentencia de 28 de septiembre de 2005 de la AN (Sala de lo Contencioso-administrativo), señala que “*de la regulación expuesta se deduce que las fundaciones públicas sanitarias, entre las que se encuentra la Fundación Hospital de Alcorcón, son organismos públicos, adscritos al Instituto Nacional de la Salud, con personalidad*

Instituto Nacional de la Salud, cuya constitución, modificación y extinción, así como la aprobación de sus correspondientes estatutos serán aprobados por Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Sanidad y Consumo. Su régimen de contratación respetará, en todo caso, los principios de publicidad y libre concurrencia, y se regirá por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos de las Administraciones públicas, rigiéndose en lo no previsto en su regulación por lo dispuesto para las entidades públicas empresariales en la Ley 6/1997, sobre Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

37 El RD 29/2000, de 14 de enero, fue impugnado por la «Confederación Estatal de Sindicatos Médicos» ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En el mismo recurso se instaba el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 111 de la Ley 50/98. El TS desestima el recurso y el planteamiento de la cuestión en su sentencia de 27 de enero de 2003 (Sala 4ª), RJ 1073/2003.

38 Además, esta norma se aplicaría también a las sociedades mercantiles públicas y a los consorcios que pudiesen constituirse de acuerdo con la Ley 15/1997.

39 HERNÁNDEZ BEJARANO, E. M.: “La controvertida naturaleza jurídica de la fundación sanitaria Hospital de Manacor y la modificación del régimen jurídico de su personal”, TEMAS LABORALES núm. 109/2011, págs. 207-224

jurídica propia, que aparecen diferenciados de las Instituciones sanitarias de la Seguridad Social dependientes del INSALUD”; el TSJ de Madrid en la sentencia de 27 de enero de 2000, concluye que la Fundación Hospital Alcorcón “es una entidad de Derecho Público de naturaleza pública, cuyo régimen normativo no sólo viene dado por la Ley 30/1994, sino sobre todo por disposiciones propias del Derecho estatutario de las Administraciones públicas”. Respecto a las fundaciones públicas sanitarias, el TSJ de Galicia en su sentencia de 10 de noviembre de 2010, señala que las fundaciones públicas sanitarias son “personas jurídicas pertenecientes al sector público, sin la consideración de Administraciones públicas”. Sin duda, el ámbito sanitario ha sido un claro exponente del galimatías organizativo que la capacidad fundacional de las Administraciones ha generado. Al amparo de esta normativa se crearon varios hospitales<sup>40</sup>, hospitales que más tarde se han transferido a las CCAA<sup>41</sup>, manteniendo muchos de ellos su configuración como fundaciones del sector público (como el Hospital de Calahorra en La Rioja o el Hospital de Alcorcón en Madrid) o como fundación público sanitaria<sup>42</sup>, prestando en todos los casos asistencia sanitaria en el marco del Sistema Nacional de Salud.

### 3.3. Consorcios

Para terminar con las posibilidades de personificación que ofreció en su día la Ley 15/97 para la

40 Tras la aprobación de este RD se constituyeron dos nuevas fundaciones conforme a la Ley 30/94: la Fundación Hospital de Calahorra (Resolución de 11 de abril de 2000) y la Fundación Hospital de Son Llätzer (Resolución de 12 de junio de 2001).

41 La Ley 12/2006, de 21 de diciembre, de Fundaciones, de Galicia contempla a las fundaciones públicas sanitarias como una categoría diferenciada dentro de las fundaciones del sector público (DA segunda). Por otro lado, la Ley 8/2008, de 10 de julio, establece la integración de las fundaciones públicas sanitarias en el Servicio Gallego de Salud. En Galicia se mantienen en la actualidad, la Fundación Pública Urgencias Sanitarias de Galicia 061, la Fundación Pública Gallega de Medicina Genómica y la Fundación Pública Centro de Transfusión de Galicia.

42 La Ley de Fundaciones públicas sanitarias 1/2011, de 24 de febrero, de transformación de fundaciones del sector público sanitario de las Illes Balears y de determinación del régimen jurídico de las fundaciones públicas sanitarias transformó las fundaciones del sector público Hospital Son Llätzer y Hospital de Manacor, en fundaciones públicas sanitarias con personalidad jurídica propia, que tienen por objeto la gestión y la administración de los centros sanitarios Hospital Son Llätzer y Hospital de Manacor, con el objetivo principal de que su persona pueda tener la condición de estatutario. Con anterioridad se había constituido como fundación pública sanitaria el Hospital comarcal de Inca creado por Acuerdo de 17 de marzo de 2006 del Consejo de Gobierno Balear.

gestión del SNS, debemos mencionar a los consorcios, aunque lo cierto es que el carácter público de los mismos frente a las personificaciones jurídico privadas ha llevado a que su utilización haya sido residual. El RD 29/2000 los configuraba en el ámbito sanitario del INSALUD como las organizaciones comunes, dotadas de personalidad jurídica propia y suficiente para el cumplimiento de sus fines, que se constituyesen a consecuencia de los convenios, cuyo objeto fuese la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria, que celebrase el extinto Instituto Nacional de la Salud con las Comunidades Autónomas, con las entidades que integrasen la Administración local, y con entidades privadas sin ánimo de lucro, que persiguiesen fines de interés público concurrentes con los de las Administraciones públicas o con todas ellas conjuntamente. En función de las competencias atribuidas a las entidades integrantes del convenio, los consorcios podrán tener por objeto además de finalidades sanitarias, otras de carácter socio sanitario o similares. Por lo tanto, en un primer momento el Instituto Nacional de la Salud y ahora también las CCAA en el ámbito de las competencias en materia de administración y gestión de los centros y servicios sanitarios, pueden constituir consorcios mediante la correspondiente autorización. La Comunidad Autónoma que más ha utilizado esta fórmula es Cataluña, favorecida por el hecho de que hubiese numerosos centros de titularidad local (Consortio de Salud y Social de Cataluña)<sup>43</sup>. La Ley 40/2015 los regula en los arts. 118 a 127.

### 3.4. Responsabilidad de sociedades mercantiles, fundaciones y consorcios

Expuestas de forma esquemática las fórmulas de gestión directa de las que se pueden servir las Administraciones sanitarias a la hora de prestar asistencia a los ciudadanos en el marco del SNS, procede ahora pasar a analizar el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de dichas Administraciones cuando se causan lesiones a los particulares “por o con ocasión de la asistencia sanitaria”. Hasta ahora el régimen de responsabilidad derivado de estas personificaciones había quedado clarificado a partir de lo dispuesto en la DA decimosegunda de la Ley 30/92, incorporada tras la reforma llevada

43 LAFARGA Y TAVER, J.L.: El Consorcio: un instrumento al servicio del consenso en la gestión de los servicios sanitarios. La experiencia de Cataluña”, *Derecho y Salud*, nº 2, 1994, págs. 109 y ss. MARTÍN MARTÍN, J.L.: “Nuevas fórmulas...”, *op. cit.*, pág. 10

a cabo por la Ley 4/99. El hecho de que incluyese dentro de la aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial a “entidades, servicios y organismos y del SNS” parecía tratar de abarcar todas las posibilidades organizativas de manera que se despejasen de forma definitiva las dudas y las controversias generadas en esta materia. De esta forma las reclamaciones habrían de seguir el procedimiento y el régimen jurídico de responsabilidad patrimonial regulado en la Ley 30/92 y en el RD 429/1993, de 26 de marzo, correspondiendo la competencia jurisdiccional al orden contencioso-administrativo. Por su parte, el RD 29/2000 no quiso sembrar dudas y resultó en su día un refuerzo a lo señalado en la propia Ley 30/92, ya que tras señalar en el art. 3 que la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios, en el ámbito del Instituto Nacional de la Salud, podrá llevarse a cabo a través de fundaciones constituidas al amparo de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, consorcios, sociedades estatales y fundaciones públicas sanitarias, así como mediante la constitución de cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en derecho, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público, en su art. 35 establece que las reclamaciones que formulen los ciudadanos encaminadas al resarcimiento de los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria prestada a través de las entidades recogidas en el artículo 3, se regirán por lo dispuesto en la Ley 30/1992, y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial. Tales reclamaciones se dirigirán por los interesados a la Administración responsable de los servicios sanitarios, contra cuya resolución cabe recurso contencioso-administrativo, pudiendo actuar los centros sanitarios, en virtud de su personalidad jurídica, como codemandados<sup>44</sup>. Por lo tanto, hasta ahora el hecho de que fuese un sujeto privado el llamado a prestar la asistencia sanitaria no modificó el régimen de responsabilidad patrimonial ni la competencia del orden jurisdiccional

contencioso-administrativo. La asistencia sanitaria prestada en el ámbito del SNS seguía teniendo la consideración de servicio público y, por lo tanto, los pacientes debían mantener un régimen jurídico común con independencia de la fórmula organizativa que hubiese elegido la Administración sanitaria para facilitar la asistencia. El hecho de que un hospital se constituyese como fundación o como empresa pública no alteraba el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial. Así, lo ha venido entendiendo el TS que ha condenado a indemnizar a los Servicios de Salud de las diferentes CCAA por lesiones causadas a los pacientes derivadas de asistencia sanitaria prestada en centros constituidos por medio de alguna de estas personificaciones<sup>45</sup>.

Pero lo cierto es que, en el resto de ámbitos de actuación administrativa el hecho de encontrarnos ante una fundación del sector público o ante una sociedad mercantil, sí que genera dudas sobre su régimen de responsabilidad. En principio ni las sociedades mercantiles ni las fundaciones del sector público son Administraciones (art. 2 Ley 40/2015) y la aplicación del Derecho Administrativo a las personificaciones jurídico privadas siempre ha estado limitado, aunque con las excepciones derivadas de la titularidad pública (que afecta principalmente al régimen de contratación, de selección de personal, en materia presupuestaria). En materia de responsabilidad patrimonial se ha entendido que la jurisdicción competente respecto a la actuación de estas entidades instrumentales sería la jurisdicción civil, sin necesidad de seguir el procedimiento administrativo de reclamación<sup>46</sup>. La supresión de la DA duodécima de la Ley 30/92, por lo tanto, deja sin el principal fundamento legal la defensa del régimen de responsabilidad que hasta el momento se venía aplicando, dejando igualmente sin apoyo legal el art. 35 del RD 29/2000, el cual podría resultar insuficiente, pues como se ha señalado no hacía otra cosa que aplicar lo dispuesto en la DA duodécima a todas las fórmulas de gestión que regulaba. Resulta

44 En este sentido VILLAR ROJAS, F.J.: *op. cit.*, págs. 94 y ss.; MIR PUIGPELAT, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Civitas, 2000, págs. 106 y ss. CUETO PÉREZ, M.: *La responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Tirant Lo Blanch, 1997, pág. 205 y ss; también en “Responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario”, en la *Responsabilidad patrimonial de la Administración*, QUINTANA LÓPEZ, T., CASARES MARCOS, A.B. (dir), Tirant lo Blanch, 2º ed. 2013 Tomo II, págs. 1025 y ss.

45 STS de 27 de diciembre de 2011 (RJ 2012/3102), STS de 11 de mayo de 2010 (RJ 2010/4947) sobre responsabilidad de la Fundación Hospital Alcorcón. SSTSJ de Andalucía de 18 de enero de 2013, 5 de julio de 2013 o 14 de marzo de 2014 9 de septiembre de 2015 por las que se condena a la empresa pública Hospital Comarcal Costa del Sol a indemnizar junto al Servicio de Salud de Andalucía por daños causados con ocasión de la asistencia sanitaria.

46 REBOLLO PUIG, M.: “La reclamación de indemnización”, en la *Responsabilidad patrimonial de la Administración*, QUINTANA LÓPEZ, T., CASARES MARCOS, A.B. (dir), Tirant lo Blanch, 2013, 2ª ed. Tomo I, pág. 105 y ss.

evidente de todo lo expuesto que a nivel legal se ha producido un cambio, no sabemos si intencionado o no por parte del legislador, pues nada manifiesta en relación con esta supresión, pero lo cierto es que en ausencia de la disposición derogada vuelve a ser necesario interpretar del conjunto normativo la necesidad de que se mantenga en los mismos términos el régimen de responsabilidad patrimonial derivado de la asistencia sanitaria cuando esta se preste en centros constituidos bajo la forma de una personificación jurídico privada. Por otro lado, el régimen de responsabilidad patrimonial tiene carácter básico por lo que no cabe la intervención de las CCAA en su regulación. El mayor argumento a favor de que no se produzca un cambio de criterio ni por parte de las Administraciones ni por parte de los tribunales, es defender que las sociedades mercantiles o las fundaciones cuando prestan el servicio público de la asistencia sanitaria, lo hacen sometidas a un régimen jurídico público y que, por lo tanto, su responsabilidad debe someterse al procedimiento y al régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de acuerdo con las Leyes 39/2015 y 40/2015, de 1 de octubre, siendo igualmente competente la jurisdicción contencioso administrativo. Así lo ha señalado la importante STS de 8 de marzo de 2011<sup>47</sup> respecto a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, entendiendo que “*es el funcionamiento de los servicios públicos, o mejor dicho, que la lesión sea consecuencia de ese funcionamiento, lo que determina la responsabilidad patrimonial de la Administración pública*”<sup>48</sup>. Además, hay que tener en cuenta que tanto la Ley 39/2015 como la Ley 40/2015 (art. 2.2 en ambos casos), al establecer su ámbito subjetivo de aplicación entienden que las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas que específicamente se refieran a ellas, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas. A mi juicio, la prestación de un servicio público podría entenderse que

supone el ejercicio de ciertas potestades públicas y de ahí derivarse la aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Por supuesto, ello exigiría, como viene ocurriendo hasta ahora que se presentase la oportuna reclamación de responsabilidad ante los Servicios de Salud correspondientes y que estos la resolviesen, sin derivar a los pacientes para que reclamen de forma exclusiva contra el centro. Lo contrario supondría volver a la ruptura del régimen jurídico aplicable y de la unidad jurisdiccional conseguida en la materia en un ámbito que presenta un número de reclamaciones muy elevado y en el que el legislador había afortunadamente resuelto la cuestión. Entender que una sociedad mercantil o una fundación del sector público sanitario que prestan asistencia sanitaria en el marco del SNS se someten a un régimen de responsabilidad de carácter privado supondría considerar de forma diferente las reclamaciones de los pacientes en función de la forma de gestión utilizada<sup>49</sup>, solución que a mi juicio no sería justa y no sería conforme a lo señalado en el art. 106.2 CE, sin perjuicio de que lo adecuado sería que la propia legislación sobre responsabilidad patrimonial lo estableciese de forma expresa. Respecto a la responsabilidad de las Administraciones por actividades sometidas a Derecho privado en el art. 35 de la Ley 40/2015 sí se clarifica la cuestión incluso cuando se actúa mediante personificaciones. Así, se señala que cuando las Administraciones Públicas actúen, *directamente o a través de una entidad de derecho privado*, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con el régimen de responsabilidad patrimonial, incluso cuando concurra con sujetos de derecho privado o *la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad*. Este precepto en todo caso puede reforzar la argumentación aquí defendida en el sentido de que si cuando la Administración actúa en relaciones sometidas a Derecho privado el régimen de responsabilidad es público, con mayor razón habría que entender lo mismo cuando se trate de actividad sometida al Derecho administrativo como ocurre con la prestación de asistencia sanitaria.

47 RJ 2011/2014

48 Postura que se defiende en CUETO PÉREZ, M: *Procedimiento administrativo*, op. cit. pág. 91 y 109 y en “La responsabilidad patrimonial de la Administración por asistencia sanitaria” en la *Responsabilidad patrimonial de la Administración*, op. cit. pág. 1041. También REBOLLO PUIG, M.: “La reclamación...”, op. cit. pág. 105, señala que “*esta solución tiene cierta lógica si estas entidades de Derecho privado causan el daño como consecuencia de una actividad de servicio público*” En el mismo sentido el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de abril de 2008 que considera incompetente a la jurisdicción civil para resolver una reclamación de responsabilidad por la actuación de una sociedad mercantil perteneciente íntegramente a la Generalidad.

49 Cuestión que a el TC ha de alguna forma ha limitado en su STC 84/2015

## 4 GESTIÓN INDIRECTA DE LA ASISTENCIA SANITARIA

### 4.1 El contrato de gestión de servicio público.

#### a) Régimen jurídico y posición de los usuarios

Sin duda, la forma con mayor tradición y más impacto en la gestión indirecta de la asistencia sanitaria es el concierto, como así se recoge en la LGS que contempla la posibilidad de que servicios sanitarios integrados en el Sistema Nacional de Salud sean prestados a través de centros concertados de carácter privado (art. 90) y se reitera en la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (art. 9). Por ello, la regulación contenida en la LGS dada su especialidad habrá de ser tenida en cuenta, a nuestro juicio, en el resto de modalidades de contrato de gestión de servicio público que se utilicen en el ámbito sanitario<sup>50</sup>.

Con carácter general la Administración ostenta una potestad organizativa que le permite en relación con la gestión de los servicios públicos, optar por fórmulas de carácter indirecto, que se materializan a través de la celebración de un contrato de gestión de servicio público, contrato regulado entre los contratos administrativos en el TRLCSP, aprobado por RD Leg 3/2011, de 14 de noviembre, en sus arts. 8 y 275-289<sup>51</sup>. El primero de estos preceptos en su apartado segundo excluye de forma expresa de su ámbito de aplicación “*los supuestos en que la gestión de servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea en su totalidad, de titularidad pública*”. Las sociedades mercantiles de capital íntegramente público darán lugar a formas de gestión directa, sin embargo, aquellas sociedades de carácter mixto, es decir, donde concurren tanto sujetos públicos como privados, aunque la Administración pública ostente la posición mayoritaria, darían lugar a una forma de gestión indirecta<sup>52</sup>.

50 DOMÍNGUEZ SIMÓN, A.: “El contrato de gestión de servicio público en la modalidad de concierto”, *Derecho y Salud*, n 21, extraordinario, págs. 141 y ss.

51 En el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector público se suprime este característico contrato administrativo reconduciéndose a una única modalidad que se denomina contrato de concesión de servicios.

52 En la primera redacción de este precepto dada por la Ley 13/95, de 18 de mayo, este último supuesto se consideraba igualmente gestión directa, pero tras la reforma de la Ley se incluiría en los supuestos de sociedades de economía mixta.

La gestión indirecta queda reservada por el legislador a los servicios de competencia administrativa, siempre que tengan un *contenido económico* que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares, señalándose una prohibición expresa en relación con el ejercicio de facultades administrativas: “*En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos*” (art. 251.1). La limitación se perfila por el legislador en los mismos términos que señalaba en la DA duodécima de la LOFAGE para las sociedades mercantiles estatales (y que ahora se reitera por la Ley 40/2015 en los términos que ya se han señalado), por lo que no cabe entregar a un contratista la gestión de un servicio que implique el ejercicio de autoridad<sup>53</sup>.

En cuanto al objeto del contrato de gestión, éste consistirá en la gestión de un servicio que tenga contenido económico que lo haga susceptible de explotación por empresarios particulares<sup>54</sup>. Respecto al contenido de las prestaciones, al menos en el ámbito sanitario, está meridianamente claro que el mismo se fija por la legislación sanitaria, al igual que la condición de beneficiario del sistema<sup>55</sup>. La Ley exige entre las actuaciones preparatorias del contrato de gestión de servicios públicos, el establecimiento de su régimen jurídico, que se declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia, atribuya las competencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio (art. 132). Por tanto, el contratista pasaría a gestionar un servicio previamente delimitado por la Administración (o en su caso por el legislador), las prestaciones a las que se obliga el contratista serán las que fije el ordenamiento jurídico para un determinado servicio y las que además queden establecidas en el contrato por la Administración (art. 279.1).

53 En el apartado dedicado a las sociedades mercantiles se ha hecho alguna consideración sobre la asistencia sanitaria y el ejercicio de autoridad.

54 El contenido económico de la asistencia sanitaria plantea ciertas dudas al encontrarnos ante un servicio universal y gratuito, en el que los pacientes no abonar tarifas, que es la forma tradicional de retribución del concesionario. Ello obliga a que las CCAA que han optado por esta fórmula hayan tenido que asumir ellas el pago al contratista de sus derechos económicos por la prestación del servicio.

55 Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y calidad del SNS y Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, junto a las normas autonómicas que respetando la cartera de servicios comunes pueden añadir más prestaciones.

Además, le son de aplicación los principios que rigen la prestación de servicios públicos como el principio de igualdad, continuidad y mutabilidad. Señala el art. 280 de la LCSP que:

*“El contratista estará sujeto al cumplimiento de las siguientes obligaciones, con carácter general:*

*a) Prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas.*

*b) Cuidar del buen orden del servicio, pudiendo dictar las oportunas instrucciones, sin perjuicio de los poderes de policía a los que se refiere el artículo anterior.*

*c) Indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración.*

*d) Respetar el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, respecto de las empresas de Estados miembros de la Comunidad Europea o signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, en los contratos de suministro consecuencia del de gestión de servicios públicos”.*

Y en cuanto a la posibilidad de variar el contenido del contrato el art. 282 dispone: *“La Administración podrá modificar, por razones de interés público, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios”*, sin que el contratista tenga derecho a ningún tipo de compensación cuando *“los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio carezcan de trascendencia económica”*.

La Administración, por su parte, conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate (art. 279.2). No puede ser de otra forma porque a ella corresponde la titularidad del servicio, pero a la vez y aunque la legislación de contratos no lo dice, el contratista se coloca en el lugar que le correspondería a la Administración si fuese ella la que gestionase el servicio de forma directa. En este sentido, se ha señalado que la

situación del contratista gestor de servicios públicos, es peculiar en relación con la de otros contratistas, ya que de alguna forma ese gestor está inserto en la esfera doméstica u organizativa de la Administración de una forma más intensa que el resto. Prueba de ello es que el art. 184 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre, señala que en la concesión administrativa de servicios públicos el órgano de contratación podrá atribuir al concesionario *determinadas facultades de policía, sin perjuicio de las generales de inspección y vigilancia que incumban a aquél, siendo revisables los actos que dicte el concesionario en el ejercicio de tales facultades ante la Administración concedente*<sup>56</sup>. El concesionario siempre ha aparecido frente a los usuarios con una serie de privilegios vinculados al ejercicio del servicio público que le adjudica la Administración y que se aproximan bastante al “ejercicio de autoridad”, ya que le otorgan principalmente poderes de policía (inspección, comprobación, corte de suministros en caso de incumplimiento, sanción...). Éste puede ostentar potestades administrativas delegadas por la Administración, si bien ésta mantiene los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate (art. 255.2 de la LCSP)<sup>57</sup>.

Cuando estamos ante una gestión indirecta de un servicio público nos encontramos con varios tipos de relaciones jurídicas. Por un lado, está la relación jurídica que vincula al contratista con la Administración y que se define principalmente en el propio contenido del contrato (art. 255.1 LCSP); en segundo lugar, nos encontramos con la relación jurídica que une al contratista con el usuario del servicio; finalmente, estaría la relación que une al usuario con la Administración titular del servicio, porque no olvidemos que el contenido de la prestación viene definido por la propia Administración y que es ella quien mantiene frente al usuario la obligación de prestar el servicio en unas determinadas condiciones. El concesionario, conforme al art. 280 del LCSP, tiene la obligación de prestar el servicio de modo regular y continuo, con la extensión que determine el régimen jurídico del servicio previamente determinado y conforme al alcance de las prestaciones a favor de los administrados que se

<sup>56</sup> Igual cláusula se recoge en el art. 126.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, donde dada la importancia de la gestión indirecta en el ámbito local se establece una detallada regulación del papel del concesionario en los arts. 114-137.

<sup>57</sup> MESTRE DELGADO, J. F.: “Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión”, en *Tratado de Derecho Municipal* dirigido por MUÑOZ MACHADO, S., CIVITAS, 2ª ed. 2003, pág. 1446.

recojan en la normativa vigente (así un centro sanitario concertado deberá prestar la asistencia sanitaria en los términos previstos en la normativa que regule las prestaciones a las que tienen derecho los pacientes en el Sistema Nacional de Salud). Por ello, cualquier interrupción en el servicio pasa a ser responsabilidad del contratista, salvo que estemos ante un supuesto de fuerza mayor, incluso el incumplimiento de las obligaciones por parte de la Administración en relación con el contratista no le permiten la dejación de sus obligaciones frente a los usuarios, salvo que se considere que el incumplimiento de la Administración haga imposible la realización del contrato<sup>58</sup>. Por ello, ante cualquier incumplimiento por parte del contratista de las normas de acceso entendemos que los usuarios podrán reclamar a la Administración e igualmente podrán reclamar a la Administración si se diese una denegación en el intento de acceso al servicio. Todo usuario que reúna las condiciones exigidas en la reglamentación del servicio podrá acceder al mismo, por tanto, una denegación arbitraria por parte del contratista podría ser objeto de impugnación. Por último, quedaría una última posibilidad de impugnación frente a la Administración en los supuestos en los que ésta no ejercitase las potestades de vigilancia y control sobre el contratista, ya que claramente estaríamos en un supuesto de inactividad de la Administración, perfectamente recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa, tal y como señala el art. 29.1 de la LJCA<sup>59</sup>.

### **b) Modalidades de contrato de gestión de servicio público en el ámbito sanitario. El concierto sanitario.**

El art. 277 de la LCSP establece como modalidades de contratación de la gestión de servicio público las siguientes:

- a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.
- b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.
- c) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones manálogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.

<sup>58</sup> SOSA WAGNER, F.: *La gestión de los servicios...*, op. cit., pág. 205 y ss.

<sup>59</sup> ESCRIBANO COLLADO, P.: "El usuario ante los servicios públicos", *RAP*, 82, 1977, pág. 132 y ss.

- d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.

Conforme el art. 278 del TRCSP el contrato de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, fijándose necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto, sin que pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas, de los siguientes períodos:

- a) Cincuenta años en los contratos que *comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio público*, salvo que éste sea de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedad de economía mixta municipal, en cuyo caso podrá ser hasta 60 años.
- b) Veinticinco años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.
- c) *Diez años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no estén comprendidos en la letra a)*<sup>60</sup>.

Aunque la concesión ha sido sin duda la modalidad preferentemente utilizada para la gestión de servicios públicos, en el ámbito sanitario en cambio la modalidad pro excelencia siempre ha sido el concierto<sup>61</sup>, si bien desde hace algún tiempo, como ya se ha señalado, se viene utilizando la concesión de servicio público, normalmente acompañada de obras de

<sup>60</sup> Vemos como a la hora de fijar la duración del contrato son varias las referencias a la prestación de servicios sanitarios, que resultan así con un tratamiento diferenciado, su duración será de 10 años salvo que impliquen obras que pueden ser de primer establecimiento, en cuyo caso su duración se podría extender hasta los 50 años.

<sup>61</sup> Con anterioridad a la LGS conviene tener presente que la Ley General de Seguridad Social de 30 de mayo de 1974 (art. 209), recogió la posibilidad de que los organismos de la Administración de la Seguridad Social, de acuerdo con sus competencias, concertasen con entidades públicas o privadas, la mera prestación de servicios administrativos sanitarios o de recuperación profesional, estableciendo que los conciertos que al efecto se establezcan serán aprobados por los Departamentos ministeriales competentes. En cuanto a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social existe una Resolución de 11 de abril de 1980 de la Secretaría de Estado para la Sanidad, que regula la prestación de la misma en centros ajenos, y cuyo contenido ha sido tenido en cuenta a la hora de redactar los preceptos de la LGS, que básicamente reproducen lo establecido en dicha Resolución.

primera instalación. La sociedad de economía mixta no es frecuente pero también podría darse si junto a una o varias Administraciones concurren empresas privadas como titulares de una empresa que prestase asistencia sanitaria y la gestión interesada no tiene encaje en este ámbito. Sin embargo, la legislación sanitaria sigue regulando solamente las especificidades de los conciertos, y de los convenios singulares que serían una modalidad de concierto, por lo que entendemos debe ser la principal legislación a tener en cuenta en este ámbito<sup>62</sup>.

### **i. Los conciertos sanitarios**

La LGS establece en su artículo 66, en el que se regula la creación de una red integrada de hospitales del sector público, que los hospitales generales del sector privado que lo soliciten serán vinculados al Sistema Nacional de Salud, siempre que por sus características técnicas sean homologables, cuando las necesidades asistenciales lo justifiquen y si las disponibilidades económicas del sector público lo permiten. Los centros que se vinculen al Sistema Nacional de Salud mantendrán su titularidad privada, y el personal que en ellos preste sus servicios estará vinculado al centro mediante relación laboral que también será de titularidad privada (art. 66.3). La vinculación se llevará a cabo de acuerdo con un protocolo definido que será objeto de revisión periódica (art. 66.2). Junto a estos protocolos existirán convenios singulares que establecerán los derechos y obligaciones recíprocas en cuanto a la duración, prórroga, suspensión temporal, extinción definitiva del mismo, régimen económico, número de camas hospitalarias y todas las condiciones inherentes a la asistencia sanitaria (art. 67.1 y 2). La LGS establece cuáles son las causas de denuncia del Convenio por parte de la Administración competente, señalando que será causa de denuncia prestar atención sanitaria objeto del Convenio contraviniendo el principio de gratuidad, establecer sin autorización servicios complementarios no sanitarios o percibir por ellos cantidades no autorizadas, infringir las normas relativas a la jornada u horario del personal del hospital (que habrá de ser el mismo que el de los hospitales públicos de análoga naturaleza en el correspondiente ámbito territorial), la lesión de los derechos establecidos en los artículos 16, 18, 20 y 22 de la Constitución o cualquier otra causa que suponga incumplimiento de las obligaciones que se derivan de la LGS (art. 67.4). Los hospitales privados vinculados al Sistema

Nacional de Salud estarán sometidos a las mismas inspecciones y controles sanitarios, administrativos y económicos que los hospitales públicos, aplicando criterios homogéneos y previamente reglados (art. 67.5). Se trata de acuerdos por medio de los cuales se establece la vinculación al sistema sanitario público de hospitales privados, integrando su actividad y objetivos en la planificación general del Sistema Nacional de Salud. Este tipo de conciertos tiene una vocación de permanencia en el tiempo, permitiendo una gestión ágil, flexible y adaptable a cambios. La singularidad de estos convenios viene dada por la asignación de una población a atender, al establecimiento de objetivos asistenciales o al desarrollo de programas asistenciales. Ejemplos de esta modalidad son la Fundación Jiménez Díaz de Madrid o el Hospital de Jove en Gijón.

Tras el análisis del contenido de la LGS en este punto, cabe plantearnos si estos convenios de carácter singular que regulan la vinculación de los centros privados al Sistema Nacional de Salud tienen la naturaleza jurídica de un contrato de gestión de servicios públicos o si su naturaleza jurídica es otra diferente, la duda se hace más patente por el hecho de que la propia Ley se refiere más adelante a los conciertos entre establecimientos, centros o servicios ajenos. Habrá que ver si existe alguna diferencia entre los convenios y los conciertos entre la Administración Sanitaria y las entidades privadas, o si bien a pesar de que la ley utiliza una distinta terminología en el Título III (De la estructura del sistema sanitario público), capítulo III (De las áreas de salud), aquí habla de convenios, y, en el Título IV (De las actividades sanitarias privadas), capítulo II (De las entidades sanitarias), donde habla de conciertos, en realidad se refiere a una única forma de contratación o cooperación entre las entidades privadas y el Sistema Nacional de Salud.

La LGS una vez reconocido el derecho al ejercicio libre de las profesiones sanitarias (art. 88) y la libertad de empresa en el sector sanitario (art. 89), establece la posibilidad de que las Administraciones públicas sanitarias establezcan conciertos para la prestación de servicios con medios ajenos a ellas, teniendo en cuenta la utilización óptima de sus recursos sanitarios propios (art. 90.1). La Ley impone una serie de condiciones de homologación y un control para que estos conciertos se puedan llevar a cabo. En primer lugar, se exige que cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y costes, se dé preferencia a aquellos centros o establecimientos sanitarios de los que sean titulares entidades que

<sup>62</sup> CUETO PÉREZ, M.: *Responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria, op. cit.*, págs. 304 y ss.

no tengan carácter lucrativo (art. 90.2). Los planes de salud tendrán que ser respetados y mediante los conciertos con terceros no podrán contradecirse los objetivos sanitarios, sociales y económicos establecidos en los mismos (art. 90.3), es decir, el concierto con entidades privadas no podrá en ningún momento apartarse de los objetivos establecidos en función del interés general de los usuarios. Las Administraciones dentro de sus competencias fijarán los requisitos y condiciones mínimas, básicas y comunes, aplicables a estos conciertos, siendo establecidas las condiciones económicas en base a módulos de costes efectivos, previamente establecidos y revisables por la Administración (art. 90.4), igualmente en este caso los centros sanitarios susceptibles de ser concertados han de ser previamente homologados (Art. 90.5). En cada concierto se establecerán las obligaciones y derechos recíprocos de las partes, y se asegurará que la atención sanitaria que se preste a los usuarios afectados por el concierto será la misma para todos, sin otras diferencias que las inherentes a la naturaleza de los distintos procesos sanitarios, así como que no se establecerán servicios complementarios respecto de los que existan en los centros sanitarios públicos dependientes de la Administración concertante (art. 90.6). Por otro lado, en el artículo 93 se establece que no se podrán realizar conciertos con centros sanitarios privados cuando en alguno de sus propietarios o trabajadores concurren las circunstancias de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Finalmente, al igual que en los convenios singulares, los hospitales privados vinculados en la oferta pública estarán sometidos a las mismas inspecciones y controles sanitarios, administrativos y económicos que los hospitales públicos, correspondiendo a la Administración Pública el ejercicio de funciones de inspección sobre aspectos sanitarios, administrativos y económicos, relativos a cada enfermo atendido por cuenta de la Administración Pública en los centros privados concertados.

Tras analizar estos dos bloques de preceptos podemos señalar que la Ley no está distinguiendo dos formas jurídicas distintas de relación con las entidades privadas, para la prestación de asistencia sanitaria en el marco del Sistema Nacional de Salud. Tanto en el caso de los convenios singulares, como de los conciertos se exige la homologación previa de los centros llamados a prestar servicios sanitarios en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, mediante un protocolo que tendrá carácter revisable; igualmente, en los dos supuestos la Administración habrá de valorar previamente la conveniencia de acudir a la gestión indirecta; en ambos casos, la Administración

establecerá las condiciones de prestación de la asistencia; finalmente, tanto en uno como en otro caso, los centros están sujetos a la inspección y supervisión de la Administración como titular del servicio público. La principal diferencia viene dada por la intensidad de la relación, ya que mientras en el supuesto de convenio singular los hospitales privados se integran con carácter permanente para atender a una determinada población en la planificación del SNS, en el caso de los conciertos no existe esa vocación de permanencia y más bien el concierto se articula para complementar la asistencia de la red pública en relación con una determinada prestación que no puede ser satisfecha con medios propios<sup>63</sup>. La jurisprudencia como inmediatamente veremos no distingue entre ambas figuras, considerando que estamos, en todo caso, ante una forma de gestión indirecta de un servicio público. A nuestro juicio tanto los conciertos como los convenios singulares, constituyen una modalidad contractual, que tiene como fin la prestación de servicios sanitarios a través de entidades privadas<sup>64</sup>. El concierto, y la práctica así lo demuestra, es la forma de contratación habitual entre la Administración sanitaria y las entidades privadas que prestan sus servicios en el marco del Sistema Nacional de Salud, mientras que el convenio singular tendría un carácter más residual, como demuestra el hecho de que mientras que los artículos que regulan el concierto en la LGS tengan carácter básico, los que se refieren al convenio tienen carácter supletorio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 de la LGS.

El sistema de concertación sanitaria ha evolucionado en los últimos años experimentando modificaciones importantes que tratan de corregir errores anteriores. En un principio, la modalidad de retribución de los servicios concertados era el pago por estancia

63 DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.: "Formas de gestión indirecta...", *op. cit.* pág. 119

64 En contra A. MENÉNDEZ REXACH, para quien solamente constituiría una modalidad contractual el concierto, mientras que el convenio singular constituiría una resolución administrativa necesitada de aceptación. Sin embargo, una vez hecha esta afirmación sobre la naturaleza jurídica de ambas modalidades, admite la posibilidad de considerar que el convenio singular constituya un concierto total, y así distinguiría entre conciertos generales (convenios) y conciertos específicos o parciales en "Las fórmulas de gestión indirecta de los servicios sanitarios", *op. cit.* En cambio, para F.J. VILLAR ROJAS ambas figuras podrían ser calificadas de "contrato administrativo de servicio público en su modalidad de concierto", diferenciando ambas figuras en cuanto a la publicación de la actividad, que en el convenio sería "singular frente al régimen ordinario de los conciertos", *La responsabilidad de las Administraciones sanitarias...*; *op. cit.*, pág. 103 y ss.; PAREJO ALFONSO, L., LOBO, F., VAQUER CABALLERÍA, M.: *La organización de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, 2001.

en cualquier centro previamente homologado, este tipo de pago propiciaba que las entidades privadas buscaran la prolongación de las estancias con el fin de incrementar sus beneficios, haciendo subir los costes del servicio público. En la actualidad se procura realizar conciertos por proceso, estableciendo el coste también por proceso, lo que ha llevado a una mayor actividad de los centros y una reducción de las listas de espera; en este tipo de conciertos los problemas se pueden derivar de una reducción de la calidad de las prestaciones, por lo que la Administración sanitaria deberá realizar los oportunos controles e inspecciones para evitar que tal cosa ocurra<sup>65</sup>.

## ii. La concesión de servicio público

La concesión de servicio público en el ámbito sanitario se da cuando la Administración es titular del hospital, sin embargo, decide entregar la gestión del servicio a un privado. Los supuestos en los que se utiliza esta fórmula son mucho menos numerosos que los conciertos, pero en los últimos tiempos han ido en aumento a pesar de que su uso ha producido un rechazo que no se había generado en relación con los conciertos (vid supra el caso de la Comunidad de Madrid en el que finalmente se optó por abandonar la licitación para externalizar la gestión sanitaria en seis hospitales)<sup>66</sup>. Este rechazo tiene su fundamento en el hecho de que a diferencia del concierto aquí no existe un sujeto privado que viene realizando de forma previa la actividad objeto del contrato con sus propios medios, sino que aquí tenemos una empresa que se incorpora a prestar un servicio público, de forma que la Administración le entrega la gestión sanitaria que hasta el momento venía ejerciendo. Sobre este contrato se ha de tener en cuenta todo lo dispuesto en el TRLCSP sobre el contrato de gestión de servicio público, señalado más arriba con carácter general. La concesión se realiza por el empresario a su riesgo y ventura y está pensada principalmente para actividades de claro contenido económico. La utilización de la concesión en el ámbito sanitario se ha producido en los últimos tiempos cuando va acompañada de obras de primera instalación, es decir, cuando el contrato incluye junto a la gestión de la asistencia sanitaria la construcción del hospital o del centro o centros

sanitarios precisos para la prestación. Las infraestructuras en estos casos se construyen sobre suelo público y las mismas una vez construidas pasan a ser de titularidad pública y se integran desde el primer momento en la red de hospitales públicos<sup>67</sup>. Esta posibilidad hace que en ocasiones sea difícil diferenciar los supuestos en los que estamos ante concesiones de gestión de servicios con obras accesorias al mismo o ante un contrato de concesión de obra pública, en el que la obra constituye la razón de ser del contrato, cuestión sobre la que se volverá al tratar del contrato de gestión de obra pública. En la Comunidad Valenciana han optado por esta modalidad en los hospitales de La Ribera (Alcira), claro paradigma del modelo<sup>68</sup>, Denia, Manises, Torrevieja, Elche y Vinalopo. En virtud de estos contratos administrativos la empresa concesionaria (que suele ser una UTE del sector) se compromete a financiar y construir el centro hospitalario, así como a su posterior gestión no limitada a los servicios de carácter parasanitario, sino también a la asistencia sanitaria. En estos casos, la prestación de la totalidad de los servicios que ofrece toda institución hospitalaria pública es asumida por el sector privado y la financiación pública se articula a través de un sistema de pago capitolativo, en virtud del cual la Comunidad Autónoma paga un tanto anual al concesionario por cada uno de los habitantes incluidos en la zona sanitaria a la que da cobertura el hospital. El control de la Administración se hace por medio de la figura del Comisionado que es un funcionario o personal estatutario designado por la Administración Autónoma y que representa a la misma ante la empresa concesionaria y entre sus cometidos tiene el de recibir las sugerencias, quejas y reclamaciones

65 ALVAREZ NEBREDÁ, C.: *Administración sanitaria y sistemas de salud*; op. cit., pág. 195.

66 En este sentido MENÉNDEZ REXACH, A.: "La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública...", op. cit. pág. 278. Igualmente, LARIOS RISCO, D., LOMAS HERNÁNDEZ, V.: "Modelos de colaboración público-privada...", op. cit. pág. 304; GIRELA MOLINA, B.: "Situación actual y tendencias en la gestión de la asistencia sanitaria en el SNS", *Revista General del Derecho del Trabajo*, nº38, págs. 166 y ss.

67 Sobre las prestaciones que se pueden incluir vid. *Modelos de colaboración...* En virtud de este contrato administrativo es la empresa concesionaria la que se compromete a financiar y construir el centro hospitalario, así como a su posterior gestión no limitada a los servicios de carácter parasanitario, sino también a la asistencia sanitaria. En estos casos la prestación de la totalidad de los servicios que ofrece toda institución hospitalaria pública es asumida por el sector privado, siendo la financiación pública a través de un sistema de pago capitolativo en virtud del cual la Comunidad Autónoma paga al concesionario una cantidad anual por cada uno de los habitantes incluidos en la zona sanitaria a la que da cobertura el hospital. El control de la Administración se hace por medio de la figura del Comisionado que es un funcionario o personal estatutario designado por la Administración Autónoma y que representa a la misma ante la empresa concesionaria. Entre sus cometidos tiene el de recibir las sugerencias, quejas y reclamaciones de los usuarios del hospital informando a éste.

68 BLASCO CASTANY, R. (coord.): *Las nuevas formas de gestión sanitaria "modelo Alzira"*, Instituto de Estudios Económicos, 2007. VILLAR ROJAS, F.J.: "La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales", *RAP*, nº 172, 2007, págs. 141 y ss; "La privatización de los servicios sanitarios públicos: Las experiencias de Valencia y Madrid", *Derecho y Salud*, vol 17, 2009, págs. 1-22.

de los usuarios del hospital informando a éste. Sin embargo, el modelo aunque se ha expandido no ha resultado tan rentable como se esperaba, el hospital de la Ribera que abrió sus puertas en 1999, tuvo que ser rescatado por la Generalidad Valenciana en 2003 viéndose obligada a aumentar el pago por habitante de forma considerable (de 262 € a 379), ya que se habían producido pérdidas importantes<sup>69</sup>. Con el hospital de Manises volvió a ocurrir lo mismo en 2012, sin que en este caso la Generalidad procediera a restaurar el equilibrio económico-financiero del contrato mediante una nueva inyección de dinero público.<sup>70</sup> En la Comunidad de Madrid se ha seguido este modelo en el Hospital de Valdemoro, Collado Villalba, Torrejón de Ardoz y en Móstoles habiendo optado el nuevo gobierno por mantener el modelo de gestión. Igualmente, se ha seguido esta modalidad en el Hospital de Burgos en la Comunidad de Castilla y León.

La STS de 20 de diciembre de 2005<sup>71</sup> validó esta opción apoyándose en las posibilidades de gestión indirecta de la asistencia sanitaria en el marco del SNS al amparo del Decreto Ley 11/96 y de la Ley 15/97, afirmando que los artículos 41 y 43 de la Constitución no imponen la gestión pública directa y exclusiva del sistema de salud, sin embargo, la doctrina ha advertido que aun siendo admisible la concesión como forma de gestión indirecta, esta opción debe tener carácter excepcional y debe justificarse y motivarse en el interés general, pues las formas de gestión tienen incidencia en la prestación del servicio y por lo tanto, la opción por una u otra debe justificarse en criterios objetivos. Además, se llama la atención en el hecho de que la concesión de servicio público con carácter general implica que el servicio se sufraga por los usuarios, requisito que no puede darse en el marco del SNS en el que las prestaciones sanitarias

se financian por la Administración que las presta, por lo que los esquemas de beneficio empresarial son difícilmente encuadrables en el modelo. Por ello en su día la LGS contempló el concierto (y el convenio singular) pero no los modelos concesionales<sup>72</sup>.

## 4.2 El contrato de concesión de obra pública. El contrato de colaboración público-privada

Otra modalidad de contratación que se viene utilizando de forma reciente en la gestión de servicios públicos sanitarios es la concesión de obra pública, cuya empleo en el ámbito sanitario ha sembrado aún más dudas que el modelo anterior. Este contrato se regula por primera vez en nuestro ordenamiento por medio de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, y tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones que se recogen en el contrato de obras, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio. En la primera regulación de este contrato cabía que su objeto fuese sólo la explotación de la obra, sin embargo, tras la LCSP de 2007 su objeto ha de ser la realización de una obra y posteriormente la explotación.

El contrato se ejecutará en todo caso a riesgo y ventura del contratista, teniendo éste la obligación de explotar la obra pública, asumiendo el riesgo económico de su gestión con la continuidad y en los términos establecidos en el contrato u ordenados posteriormente por el órgano de contratación. En el ámbito sanitario este tipo de contrato ha permitido financiar la construcción de nuevas infraestructuras hospitalarias por parte de las Administraciones autonómicas, debiendo luego proceder al abono de las mismas mediante la entrega de la explotación económica de la infraestructura al contratista, y en la mayor parte de los casos, además un precio. Las ventajas financieras que en un primer momento pueda tener para las Administraciones públicas prestadoras del servicio son evidentes, ya que permite incorporar nuevas infraestructuras hospitalarias sin incurrir en endeudamiento, pero el coste que tiene a la larga para las arcas

69 Se convocó un nuevo concurso con nuevas condiciones y se añadió al objeto del contrato (la atención hospitalaria y especializada), la atención primaria de toda la zona modificándose la duración de la concesión de 10 a 15 años. Tras esta modificación la gestión del hospital parece dar beneficios, en 2010 la Generalidad ha pagado por cada paciente del área sanitaria 607 euros y el hospital y los 35 centros de salud dan servicio a unos 250.000 habitantes, más los que puedan estar desplazados (por estos pacientes se cobraría aparte). Desde 2007 se ha convertido además en hospital universitario y también ha entrado a desarrollar proyectos de investigación con fondos del FIS.

70 Si bien el precio que se abonaba por persona comenzo siendo de 494,72 euros para el ejercicio 2006, cantidad que para el año 2012 quedó fijada en 639,1 euros. Desde la dirección del hospital se anunciaron pérdidas por un importe de 76 millones de euros.

71 RJ 2006/ 4212, confirma la sentencia del TSJ de Valencia de 20 de diciembre de 2000.

72 MENÉNDEZ REXACH, A.: “La gestión indirecta de la asistencia sanitaria...”, *op. cit.*, pág. 291 y ss. En el mismo sentido DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.: *op. cit.*, pág. 134 y ss. VILLAR ROJAS, F.J.: “La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios...”, *op. cit.*, pág.

públicas pone también en entredicho desde el punto de vista financiero la elección de este sistema. Desde el punto de vista jurídico, la cuestión que se plantea es que la actividad principal de la infraestructura hospitalaria es la asistencia sanitaria y que ésta en el marco del SNS no es susceptible de explotación económica (como ya se ha señalado), lo cual cuestiona la utilización de esta figura para la gestión indirecta de servicios sanitarios<sup>73</sup>. El uso del contrato de concesión de la obra pública se ha considerado por la doctrina inadecuado para la construcción y gestión de infraestructuras hospitalarias cuya función principal es la prestación de servicios sanitarios<sup>74</sup>, no susceptibles de explotación, ya que los pacientes no pagan una tarifa. Por lo tanto, la explotación económica que forma parte de este tipo de contratos consiste en la utilización de los bienes resultantes de la obra por el contratista para fines complementarios (conservación, mantenimiento integral del edificio, lavandería, catering, limpieza, desinfección, vigilancia, gestión de residuos sanitarios...) y en la prestación de los servicios comerciales (cafetería, tiendas, aparcamiento, televisiones de las habitaciones). Esta realidad desvirtúa el objeto del contrato, al no ser posible la explotación de la obra para su fin principal, siendo la Administración el único usuario. Con anterioridad a la LCSP de 2007 se contemplaba la posibilidad de que el contrato de obra cuando diese lugar a una obra que por su naturaleza y sus características (lo que ocurre en el caso de las infraestructuras hospitalarias), no fuese susceptible de explotación económica, pudiese ser financiado mediante el otorgamiento de una concesión demanial<sup>75</sup>. Esta posibilidad resultaba sin duda más acorde con las características de este tipo de contrato, sin embargo, la LCSP de 2007 la

eliminó, por lo que las obras que no podrían ser retribuidas de esta forma.

Las concesiones de obra pública otorgan la explotación de espacios demaniales por períodos largos de tiempo que pueden alcanzar los 40 años (el art. 268 del TRLCSP) y consisten, además de la explotación de los servicios parasanitarios, en el abono de un canon por la Administración, que acabaría siendo el usuario principal de la infraestructura, en el que se incluiría tanto el uso de la misma como el abono de la inversión hecha por el contratista. Esto implicaría que no hay una verdadera asunción de riesgos de explotación por el concesionario lo que, como se ha señalado, es una característica esencial del contrato. Una vez finalizada la concesión, el inmueble revertiría la obra pública a la Administración sin derecho a indemnización (art. 272 del TRLCSP). En todo caso no podemos dejar de apuntar que salvo el beneficio que obtiene la Administración por abordar con inmediatez la construcción de infraestructuras hospitalarias, por lo demás la ventaja de esta fórmula de gestión es nula, ya que la Administración queda muy atada frente al concesionario y sus posteriores reclamaciones, reivindicaciones y/o incumplimientos<sup>76</sup>, a nadie se le escapa, que asumir de forma repentina la gestión de esa infraestructura sería difícil de asumir por la Administración.

### 4.3 Responsabilidad de la Administración por la gestión indirecta de las prestaciones sanitarias

#### a) Responsabilidad de la Administración derivada los servicios públicos concedidos

La responsabilidad de la Administración por servicios públicos concedidos ha sido una cuestión compleja y discutida a lo largo del tiempo, que sigue sin contar con una regulación satisfactoria en nuestra legislación. Tras la aprobación de las Leyes 39 y 40/2015 se le presta una mínima atención al asunto en el marco de la regulación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, si bien hay que señalar que el precepto incluido no ayuda especialmente a clarificar el asunto, y tal vez, complica aún más el logro de una solución adecuada. El primer tratamiento jurídico sobre la responsabilidad de la Administración por los daños producidos a los

73 La JCCA también se ha manifestado en contra de que se pueda utilizar el contrato de concesión de obra pública si el resultado de la obra no es susceptible de explotación económica, por todos su Informe 61/2003 sobre la construcción de un edificio para albergar los servicios centrales de la Universidad de Burgos.

74 VILLAR ROJAS, F. J.: “La concesión administrativa de obra pública como nueva forma de gestión de servicios sanitarios”, *Derecho y Salud*, vol. 14, número extraordinario, 2006, pásg. 1-16; TOLIVAR ALAS, L.: “Derechos de los usuarios y pacientes ante la gestión privada de servicios sanitarios”, *Derecho y Salud*, vol. 15, número extraordinario, 2007 págs. 43 y ss. Con carácter general sobre la concesión de obra pública vid. A. RUIZ OJEDA, *La concesión de obra pública*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, 814 págs. y P. VALCARCEL FERNÁNDEZ, *Ejecución y financiación de obras públicas. Estudio de la obra pública como institución jurídico-administrativa*, Fundación Caixagalicia / Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, prólogo de J.L. Piñar Mañas; REYES SANTÍAS, F.: “Concesión de obra y financiación de hospitales: análisis jurídico para España”, *Revista de Derecho*, nº 34, 2010, pág. 116 y ss.

75 LARIOS RISCO, D y LOMAS HERNÁNDEZ, V: “Modelos de colaboración...”, *op. cit.* pág.309.

76 En Madrid ya se han reclamado cantidades por parte de las concesionarias vinculadas en unos casos a la interpretación de los criterios retributivos o al volumen de servicios objeto de retribución. SSTSJ de Madrid de 10 de junio de 2015, 11 de mayo de 2015 y 15 de octubre de 2014.

particulares, cuando se trate de un servicio público gestionado por un contratista, se recogió como es bien sabido en los arts. 121.2 y 123 de la Ley Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954, atribuyendo la responsabilidad al concesionario gestor del servicio, con la excepción de que el daño tuviese su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al mismo, de ineludible cumplimiento para éste. El art. 123 obligaba al particular a dirigir la reclamación a la Administración titular del servicio, la cual resolvería tanto sobre la procedencia de la indemnización, como sobre quién debía satisfacer el importe de la indemnización en función de los criterios ya señalados. Esta resolución dejaba abierta la vía contencioso-administrativa, tanto para el particular como para el concesionario en su caso<sup>77</sup>.

Esta regulación fue interpretada por la doctrina mayoritaria entendiendo que el concesionario respondía de forma directa frente al lesionado<sup>78</sup> y que la Administración sólo respondería en los casos en los que se estuviese ante el supuesto excepcional señalado (cláusula impuesta por la Administración de ineludible cumplimiento), siendo competente la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de estos asuntos y debiendo ser exigida dicha

77 Algunos autores entienden que los preceptos de la LEF deben entenderse derogados por la legislación de contratos que sí regula el supuesto. Así, MARTÍN REBOLLO, L.: *Leyes Administrativas*, Manual y normas básicas, Thomson Reuters.; MÍGUEZ MACHO, L.: *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*, CEDECS, 1999, pág. 204; VILLALBA PÉREZ, F.: “Responsabilidad extracontractual del contratista por los daños causados a terceros en la ejecución del contrato”, *REALA*, 296-297, septiembre 2004-abril 2005, pág. 88-89;

78 BOCANEGRA SIERRA, R.: “Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros”, *REDA*, nº 18, 1978, pág. 398; LEGUINA VILLA, *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, TECNOS, 1983, pág. 325; JIMÉNEZ-BLANCO, A.: “Responsabilidad administrativa por culpa in vigilando o in omittendo”, *Poder Judicial*, n.º 2, 1986, pág. 127 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Derecho Administrativo: la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, CEURA, 1989, pág. 737; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II Thomson Reuters, 13 ed. 2013, pág. 388. En contra, consideró que la Administración respondía de forma directa también por los daños causados por los servicios concedidos, sin perjuicio de la posibilidad de repetir contra el concesionario la cuantía indemnizatoria, el prof. F. GONZÁLEZ NAVARRO: “Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público”, *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, nº 44-45, 1976. También han apoyado esta tesis GÚAYO CASTIELLA, I. del: “Responsabilidad de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos concedidos”, *Actualidad Administrativa*, nº 17, 1990, pág. 197 y ss; GARCÍA ALVAREZ, G.: *Derecho Administrativo, Parte especial: op. cit.*, pág. 954; VILLAR ROJAS, F.J.: *La responsabilidad de las Administraciones sanitarias...*; *op. cit.*, pág. 110 y ss.

responsabilidad no conforme al Código Civil<sup>79</sup>, sino conforme a la administrativa teniendo, por lo tanto, carácter objetivo. Con ello se conseguía que fuese cual fuese la forma de gestión de un determinado servicio público la responsabilidad patrimonial tendría un tratamiento unitario conforme a lo dispuesto en el artículo 106.2 de la CE, ya que tanto en un caso como en otro, se está en presencia del funcionamiento de un servicio público<sup>80</sup>. Solamente en aquellos casos en los que se produjese la insolvencia del gestor del servicio público, cabría entender que la Administración indemnizase de forma subsidiaria a los particulares<sup>81</sup>.

La Ley 30/92, incomprensiblemente no entró a tratar esta materia<sup>82</sup>, como tampoco lo hizo la Ley

79 La jurisdicción civil pese a lo dispuesto en el artículo 123 de la LEF se declaró competente en numerosas ocasiones para conocer de estos supuestos de responsabilidad administrativa derivada de un servicio concedido, aplicando sin más la normativa civil, exigiendo negligencia o culpa por parte de la Administración conforme al artículo 1902 del CC, sin hacer ningún reparo en la existencia de una regulación administrativa que resultaba bastante más adecuada y que imponía el carácter objetivo a la responsabilidad de la Administración (STS de 22 de noviembre de 1985, Arz. 5632; 2 de febrero de 1987, Arz. 673; 19 de diciembre de 1987, Arz. 9589; 10 de abril de 1988, Arz. 3116).

80 En este sentido REBOLLO PUIG, M.: “Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por hecho de otro (Comentario a la STS de 9 de mayo de 1989)”, *Poder Judicial*, nº 20, 1990, pág. 28; CARBONELL PORRAS, E.: “Algunas reflexiones sobre la empresa pública como concesionaria de servicios públicos: régimen de responsabilidad”, *Administración Instrumental, Libro Homenaje al Profesor Clavero Arévalo*, Civitas, 1994, pág. 1076; BOCANEGRA SIERRA, R.: “La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas de la Administración por daños causados a terceros”, *Documentación Administrativa*, nº 237-238, 1994, pág. 217.

81 Defender la responsabilidad directa de la Administración, probablemente nos llevaría a la misma situación que existe frente a los empleados públicos, pues a pesar de que la Administración viene obligada a ejercer la acción de regreso, en la inmensa mayoría de los supuestos esta obligación no se ejercita, con el resultado de que en último término siempre es la Administración quien indemniza. En este sentido MUÑOZ MACHADO, S.: *La responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas*, Civitas, 1992, pág. 135.; BELADIEZ ROJO, M.: *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, TECNOS, 1997, pág. 354; REBOLLO PUIG, M.: “La reclamación de la indemnización”, *op. cit.*, pág.

82 MARTÍN REBOLLO, L.: “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica”, *Documentación Administrativa*, nº 237-238, pág. 12; SERRERA CONTRERAS, P.L.: «La responsabilidad del contratista en la novísima legislación de contratos del Estado», *RAAP*, nº 23, 1995, pág. 13.; BELADIEZ ROJO, M.: *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, *op. cit.*; CUETO PÉREZ, M.: “Avances y retrocesos en la responsabilidad de las Administraciones públicas tras la reforma de la Ley 30/92”, *RAP*, nº 152, 2000, pág. 270; más recientemente en “Responsabilidad de la Administración en el

4/99, de 13 de enero, de reforma de la misma, a pesar de su clara intención de agotar el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y de lograr un tratamiento uniforme tanto desde el punto de vista del régimen jurídico aplicable, como desde el procedimental y procesal<sup>83</sup>. Si lo hizo el Reglamento regulador del procedimiento de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/93, de 26 de marzo (RRP) en su art. 1.3 al señalar que se seguiría el procedimiento de responsabilidad patrimonial para determinar la responsabilidad de las Administraciones por daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos, cuando fuesen 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. A sensu contrario este precepto nos podría llevar a deducir que en los supuestos en los que no se hubiese dado esta circunstancia, se entendería que la responsabilidad sería del contratista. Sin embargo, la redacción de este artículo del Reglamento siembra ciertas dudas, en cuanto que parece dejar entrever que sólo en los supuestos en los que la responsabilidad correspondiese a la Administración se seguiría el procedimiento establecido en dicho Reglamento. ¿Qué ocurriría en el resto de supuestos, cuando la responsabilidad correspondiese al contratista? A mi juicio, tanto en uno como en otro caso, la opción más adecuada sería defender un único procedimiento de responsabilidad patrimonial, un único régimen jurídico aplicable y un solo orden jurisdiccional competente<sup>84</sup>. Y en este sentido se pronunció en su día el Consejo de Estado en el dictamen emitido en relación con este Reglamento, Dictamen de 11 de febrero de 1993, en el que indicó que la redacción del precepto no era excesivamente afortunada y que podría generar confusión. Señalando que a su juicio todas las formas de gestión de los servicios públicos directas o indirectas deberían seguir el procedimiento regulado en el Reglamento<sup>85</sup>.

ámbito sanitario”, en *Responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio General y ámbitos sectoriales* (dir. T. QUINTANA LÓPEZ), 2013 (segunda edición), Tirant lo Blanch, VOL.II, pág. 1044.

83 VILLALBA PÉREZ, F.: *op. cit.*, pág. 101.

84 En este sentido GARCÍA ÁLVAREZ, G.: *Derecho Administrativo, Parte especial; op. cit.*, pág. 956; REBOLLO PUIG, M.: “La reclamación de indemnización...”, *op. cit.*, págs. 115-116

85 Dictamen “La otra cuestión atinente al artículo 1ª (ahora en su regla tercera), suscitada por la Subsecretaría del Ministerio del Interior, revela, ciertamente, que puede ser fuente de dudas e inconcreciones. Si lo que se pretende es que todas las formas de gestión de los servicios públicos, no sólo las de

En cuanto a la regulación que de la responsabilidad del contratista contenida en la normativa sobre contratación pública hay que señalar que ésta tampoco ha sido excesivamente afortunada, por las cuestiones que ahora comentaremos Tanto la Ley 13/95, de 18 de mayo, de Contratos LCAP<sup>86</sup>, como posteriormente el Texto Refundido del año 2000, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2000, de 16 de junio<sup>87</sup>, se separaron de la regulación fijada en la LEF, apuntando hacia una responsabilidad del contratista diferenciada de la responsabilidad patrimonial de la Administración. La Ley de Contratos del Sector Público de 2007 y ahora su TRLCSP mantienen esta

*gestión directa por las Administraciones Públicas, sino también las diversas de gestión indirecta, queden comprendidas en el ámbito del precepto, como debiera ser a juicio del Consejo de Estado, ha de darse al mencionado artículo 1.3 una nueva redacción que precise bien su alcance sobre todo dada la tendencia actual a las formas indirectas de prestación de los servicios públicos”.*

86 En un primer momento la Ley 13/95, de 18 de mayo, de Contratos LCAP señalaba en el artículo 98 la obligación del contratista de indemnizar todos los daños y perjuicios, que se causasen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiriese la ejecución del contrato, sin embargo, cuando esos daños fuesen consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración sería ésta la responsable. Señalaba el artículo 98.3 de la LCAP:

*“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”.*

Respecto a este precepto, habría que resaltar, en primer lugar, el carácter facultativo con el que la Ley establecía la reclamación ante el órgano de contratación, frente al carácter obligatorio del artículo 123 de la LEF, y en segundo lugar, se señalaba que la reclamación ante el órgano de contratación interrumpía el plazo de prescripción de la acción civil, con lo cual parecía que la Ley consideraba que los terceros que ejerciesen su reclamación frente al contratista debían hacerlo ante la jurisdicción civil y de acuerdo con la normativa del CC. Por su parte, el apartado 4 de ese artículo 98 de la LCAP de 1995 establecía que la reclamación de los terceros se formularía de acuerdo con el procedimiento establecido en la legislación aplicable (la civil en los casos que corresponda responder al contratista y la administrativa en los que la responsabilidad sea de la Administración). Así ha sido ya interpretado dicho precepto, *vid* SOSA WAGNER, F.: *La gestión de los servicios...; op. cit.*, pág. 210 y ss.; HORGÚE BAENA, C.: “La responsabilidad del contratista por daños causados a terceros en la ejecución de los contratos administrativos”, *RAP*, nº 147, pág. VILLALBA PÉREZ, F.: “Responsabilidad extracontractual del contratista por los daños causados a terceros en la ejecución del contrato”, *op. cit.*, pág. 88-89; SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo, op. cit.*, pág. 905; MÍGUEZ MACHO, L.: *op. cit.*, pág. 204; FUERTES LÓPEZ, M.: *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, (ob. col.), CEDECS, 1995, pág. 85.

87 El art. 97 del TRLCAP señalaba sustancialmente lo mismo que la LCAP, aunque con alguna matización. La más importante venía dada por el hecho de que en el apartado 3 del mismo, ya no se hacía referencia a la acción civil, sino que simplemente se decía “Que el ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción”.

posición en su art. 214 (para el contrato de gestión de servicios públicos en el art. 280). El contratista tiene la obligación de indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de la ejecución del contrato. Sólo cuando los mismos se hayan ocasionado como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración o sean consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación será ésta la responsable frente a quien haya sufrido las lesiones. Los terceros podrán dirigirse a la Administración (órgano de contratación) para que oído el contratista se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. También se señala la interrupción del plazo de prescripción de la acción y que la reclamación de los mismos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto.

Y con esta regulación vigente, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, señala en su art. 32.9 lo siguiente:

*“Se seguirá el procedimiento previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas 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 inmediata y directa de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma sin perjuicio de las especialidades que, en su caso establezca el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”.*

Cómo fácilmente se puede comprobar, este precepto reproduce lo hasta ahora recogido en el Reglamento regulador del procedimiento de responsabilidad patrimonial, lo que genera las mismas dudas que el reglamento en su día, con el agravante de que ahora se recoge en la Ley y dentro de la regulación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas<sup>88</sup>. Ante esta regulación debemos reconocer que el problema del procedimiento a seguir y de la jurisdicción competente dista mucho de estar claro, sin embargo, creemos que la lógica del sistema ha de prevalecer y ella nos lleva a seguir defendiendo la conveniencia de que la responsabilidad del contratista se solvete conforme al régimen administrativo

de la responsabilidad y ante la jurisdicción contencioso administrativa, en otro caso, correremos el riesgo de que se produzcan sentencias contradictorias sobre supuestos idénticos<sup>89</sup>, y por otro lado, podría dar lugar a resoluciones injustas, pues no tiene mucho sentido que la cobertura con la que cuentan los particulares sea distinta, dependiendo de que la responsabilidad sea atribuible al particular que presta el servicio público o a la Administración, dando lugar a una quiebra del principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la CE.

Otro problema que surgirá para el particular será determinar en un primer momento a quién corresponde la obligación de indemnizar, pues hasta la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, esa duda la resolvía el órgano de contratación ante el que en todo caso había que presentar la reclamación, sin embargo, en estos momentos el carácter facultativo con que el artículo 214.3 de la TRLCSP mantiene este requerimiento, hace que el particular pueda optar por uno u otro procedimiento con alto número de posibilidades de equivocarse. Para salvar el escollo que la redacción de este precepto y del nuevo art. 32.9 de la Ley 40/2015 supone, se ha propuesto interpretar el término acción en el sentido de acción indemnizatoria lo que haría que fuese compatible su ejercicio ante la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>90</sup>. A nuestro juicio, la unidad en cuanto al régimen de Derecho sustantivo, como desde el punto de vista de la jurisdicción competente debe mantenerse en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas<sup>91</sup>. La opción que ofrece el art. 214.3 de dirigir un requerimiento previo al órgano de contratación para que se pronuncie sobre a quién corresponde la responsabilidad de los daños o la presentación de la propia reclamación de indemnización frente a la Administración abre la vía contencioso administrativa. Además, una reciente línea jurisprudencial, ante el elevado número de supuestos en los que la Administración no da respuesta al requerimiento,

89 SERRERA CONTRERAS, P. L.: “La responsabilidad del contratista en la novísima legislación de contratos del Estado”, *op. cit.*, pág. 17. En el mismo sentido, VILLALBA PÉREZ, F. “Responsabilidad extracontractual del contratista por los daños causados a terceros ...”, *op. cit.*, pág. 89

90 *Ibidem.*

91 SUAY RINCÓN, J.: “Ejecución del contrato administrativo. La cesión del contrato y la subcontratación” en *Comentarios a la Ley de contratos de las Administraciones*, coord. R. GÓMEZ FERREZ MORANT, CIVITAS, 1996, pág. 415; también en “La responsabilidad patrimonial de los contratistas y de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos”, en *Estudios Jurídicos a la memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, págs. 1311 y ss.

88 Cuestión criticada en el Dictamen del Consejo de Estado 275/2015 sobre el anteproyecto de Ley.

viene condenando a la Administración<sup>92</sup>. Lo que no ofrece dudas en estos momentos es que la Administración no puede ser demandada ante la jurisdicción civil, también está claro que si se demanda a la Administración y al concesionario se deberá residenciar ésta ante la jurisdicción contencioso-administrativo (art. 2 e) LJCA y art. 9.4 LOPJ). Sin embargo, nada impide que el concesionario sea demandado ante la jurisdicción civil cuando la reclamación se dirige contra él a título individual, dando de nuevo lugar a que supuestos de responsabilidad por funcionamiento de los servicios públicos acaben en manos de la jurisdicción ordinaria. Del apartado 4 del art. 214 del TRLCSP y ahora también del art. 32.9 de la Ley 40/2015 parece que hay un procedimiento diferente y una legislación diferente en función de quién esté llamado a responder, la Administración o el contratista, la primera conforme a regulación y ante la jurisdicción contencioso administrativa y el segundo conforme al CC y ante la jurisdicción civil. A nuestro juicio, resulta poco apropiado que se siga manteniendo la posibilidad de acudir a la vía civil para demandar al concesionario de un servicio público y que al mismo se le aplique la responsabilidad civil regulada en el art. 1902, por más que ésta en los últimos tiempos haya tendido a la objetivación. El régimen jurídico de la responsabilidad debe ser el mismo tanto cuando la gestión es directa, como cuando ésta es indirecta. El contratista al asumir la gestión del servicio público lo hace en los mismos términos que lo haría la Administración contratante y así lo ha reconocido en algunos casos el Consejo de Estado<sup>93</sup> y también la jurisprudencia<sup>94</sup>. La doctrina, por su parte, también ha

hecho nuevos planteamientos en los últimos tiempos, defendiendo que la responsabilidad del contratista en lo que se refiere a la prestación del servicio objeto del contrato ha de ser objetiva y así debe ser interpretada la legislación contractual cuando se refiere a la obligación del contratista de indemnizar “todos los daños y perjuicios que se causen a terceros”<sup>95</sup>. Todo lo dicho hasta aquí adquiere una especial importancia en el ámbito sanitario a raíz de la supresión de la Disposición Adicional 12ª de la Ley 30/92.

#### 4.4. La responsabilidad patrimonial en supuestos de gestión indirecta de la asistencia sanitaria

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en el ámbito sanitario por gestión indirecta puede surgir de un sinfín de situaciones. La más frecuente es que se derive de la propia asistencia sanitaria, pero igualmente se puede derivar del funcionamiento de la infraestructura tecnológica que acompaña al hacer médico en la actualidad, del incumplimiento de un derecho del paciente (como el consentimiento informado) o del incumplimiento de las previsiones del catálogo de prestaciones. Igualmente, todos los servicios parasanitarios (servicios de limpieza, esterilización, documentación clínica, lavandería, catering, mantenimiento, gestión de residuos, seguridad...) pueden dar lugar a responsabilidad, no olvidemos que estos son accesorios y complementarios a la propia asistencia sanitaria que recibe el paciente, por lo tanto, difícilmente dissociables de la misma. Las reclamaciones de responsabilidad por asistencia sanitaria han ido en aumento en los

92 SSTS 22 de mayo de 2007 (RJ 4954), 11 de febrero de 2013 (RJ 2084)

93 Así el Consejo de Estado en su dictamen 778/2004, de 20 de mayo, donde se plantea una reclamación a la Administración por un accidente ocurrido por el mal estado de una carretera cuya conservación estaba encargada a una empresa concesionaria. El Consejo de Estado lo considera como un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración y aplica la Ley 30/92, señalando que: “No empece la pertinencia de esta declaración la previsión contenida en el art. 97.1 de la Ley de Contratos de que será “obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato”, puesto que este precepto no comporta la exoneración de responsabilidad de la Administración frente al particular lesionado. Antes, al contrario, ésta está obligada frente al perjudicado, si bien, por aplicación del referido precepto, el montante de la indemnización corre de cuenta del contratista”. En otros incluso opta por recoger la responsabilidad directa de la Administración (Dictamen 986/2008) considerando, además, que procede ejercer la acción de repetición contra la empresa.

94 Así en la STS de 25 de febrero de 1998 (RJ 1998/1810) se señala, que la responsabilidad de un concesionario en la gestión del servicio es una cuestión de “carácter estrictamente administrativo”, “que afecta a la organización de un servicio

y a su gestión, cuyo directo control sigue correspondiendo a quien ostenta la titularidad del servicio, por lo que no son los Tribunales Civiles, los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de los conflictos que pudieran surgir, sino que al tratarse de una cuestión en que la Administración ha de actuar en el ámbito de sus competencias, no se trata de una relación estricta de carácter contractual entre el concesionario y usuario, sino de una relación que afecta a la prestación del servicio público”. Incluso la Sala Primera del TS ha atribuido la competencia jurisdiccional al orden contencioso administrativo en algún supuesto, así la STS 20 de febrero de 2003 (RJ 2003/1179) respecto a una reclamación de un particular a un contratista por un contrato de obras.

95 BELADIEZ ROJO, M.: *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, op. cit., pág. 223. GARCÍA MACHO, R. (DIR): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch Valencia, 2003, VILLALBA PÉREZ, F.: “Responsabilidad extracontractual del contratista por los daños causados a terceros en la ejecución del contrato”, op. cit., pág. 99; CASARES MARCOS, A.B.: “Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños causados a terceros con motivo de la ejecución de contratos”, en *La responsabilidad de la Administración Pública...*, op. cit. pág. 1486 y ss.

últimos años y su repercusión en las arcas públicas está siendo importante, lo que hace que en la práctica exista una contención del carácter objetivo de la responsabilidad y de los supuestos que se consideran indemnizables, a pesar de ser una actividad de riesgo. A la vez como es bien sabido la asistencia sanitaria se configura como una actividad de medios y no de resultados. Las nuevas fórmulas de gestión nos llevan a plantearnos quién será en último término el responsable ante estas reclamaciones<sup>96</sup>, qué derecho se aplicará, cuál será la jurisdicción competente lo que dependerá en buena medida de la posición de los pacientes en los nuevos centros del Sistema Nacional de Salud.

Como se ha señalado, la Ley 30/92 no entró en su momento a regular la responsabilidad de la Administración cuando ésta presta servicios públicos de forma indirecta por medio de un contratista, pero sí lo hizo tras la reforma llevada a cabo por la Ley 4/99, de 13 de enero, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial surgida “*por o con ocasión de la asistencia sanitaria*”. Probablemente el legislador quiso clarificar este ámbito debido a toda la polémica jurídica surgida en torno a las reclamaciones, así como el importante volumen que éstas suponen respecto al total de reclamaciones frente a la Administración, junto a la sensibilidad social surgida en relación con estos casos. En un primer momento, tras la aprobación de la Ley 30/92, la Disposición Adicional Primera del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial aprobado por RD 429/93, de 26 de marzo, había intentado arrojar luz estableciendo de forma clara y rotunda la atribución de competencia a la jurisdicción contencioso administrativa, por la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria. El hecho de que no se hubiese incluido en la Ley suscitó una dura crítica desde el orden social (STS de 10 de julio de 1995)<sup>97</sup>, y desde la doctrina laboralista, desde la que se calificó el precepto de

*ultra vires*<sup>98</sup>, por entender que contradecía las leyes laborales de atribución de competencias a la jurisdicción social. Con la reforma de la Ley 30/92, llevada a cabo por la Ley 4/99, se zanjó la cuestión en la Disposición Adicional Duodécima, la tramitación administrativa de estas reclamaciones seguiría lo dispuesto en la Ley 30/92 “*correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso administrativo en todo caso*”. Además, en este precepto se hacía referencia expresa al régimen de responsabilidad para los supuestos en los que la asistencia sanitaria se prestase en centros sanitarios concertados, con lo que las reclamaciones de responsabilidad por la asistencia sanitaria prestada por centros concertados (con igual fundamento también la prestada por centros vinculados por convenio singular) seguían el procedimiento de responsabilidad administrativa, el régimen jurídico de la misma y en su caso conocería de ellas la jurisdicción contencioso-administrativa. Así cualquier reclamación presentada por los lesionados en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, debería compartir el mismo régimen jurídico y contar con idénticas garantías. Manteniéndose así la lógica del sistema de responsabilidad patrimonial derivado del art. 106.2 de la CE, que obliga a que el derecho a ser indemnizado de los particulares sea el mismo con independencia de cuál sea la forma de gestión por la que opte la Administración en relación con los servicios públicos. Por ello, en este ámbito, a pesar de lo dispuesto en la legislación de contratos, las reclamaciones se han venido presentando contra los Servicios de Salud de las CCAA con independencia de la forma de gestión.

Pero aunque la lógica del sistema, a nuestro juicio, es sólo una, lo cierto es que a medida que fueron surgiendo nuevas fórmulas de gestión indirecta diferentes del concierto (concesión de gestión de la asistencia sanitaria y concesión de obra pública principalmente), las dudas sembradas por la legislación de contratos de las Administraciones públicas y el hecho de que la Ley 30/92 no hubiese regulado con carácter general el asunto volvió a generar dudas, y no se tardó en plantear que en aquellos supuestos en los que la gestión indirecta se lleve a cabo por medio de una modalidad diferente al concierto, el régimen jurídico derivado de la responsabilidad sería conforme a los preceptos del CC y la jurisdicción competente sería

96 CANTERO MARTÍNEZ, J.: “La responsabilidad patrimonial por actuaciones sanitarias realizadas por contratistas o concesionarios de la administración en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* n.º 47, 2009, págs. 199 y ss.

97 RJ 1995/5488. *Vid.* el comentario a esta sentencia de A. de PALMA, en “El lamentable peregrinaje jurisdiccional entre el orden social y el contencioso-administrativo en materia de reclamaciones de indemnización por daños derivados de la deficiente atención sanitaria de la Seguridad Social”, *REDA*, n.º 89, 1996, pág. 141 y ss.

98 ALONSO OLEA, M.: *Las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social*, CIVITAS, 1994, pág. 52 en nota 83; también en “Responsabilidad del hospital por el acto del médico”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, n.º 79, 1996, pág. 777 y ss.

la civil<sup>99</sup>. Con apoyo en el régimen jurídico contemplado en el TRCSP, se consideraría que la previsión de la DA duodécima de la Ley 30/92 sería una excepción al régimen general de responsabilidad de los contratistas regulada en la legislación de contratos, que no podría ser interpretada de forma extensiva.

Sin negar el fundamento de dicha afirmación, defendida por una parte de la doctrina, con la Disposición Adicional 12ª todavía vigente, podría ser planteada una interpretación que entendiéndose que el contenido de misma debe aplicarse de forma analógica al resto de modalidades de contratación, conforme a los siguientes argumentos:

- La regulación contenida en la DA duodécima claramente se dicta para clarificar el régimen jurídico de la responsabilidad para *los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria*, tanto la gestionada por Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales y autonómicos, como por las demás entidades, servicios y organismos del SNS, por lo que legislador trató de abarcar toda la asistencia prestada en el ámbito público (en un momento en el que todavía no se habían concluido las transferencias competenciales a todas las CCAA).
- Al lado de la gestión directa a través de todas las fórmulas contenidas en la Ley 15/97 y en la Ley 30/98 (fundaciones públicas sanitarias), se incluyen los centros concertados, única modalidad de contrato de gestión de servicio público que se utilizaba en el momento de aprobación de la Ley 4/99. Por lo tanto, el hecho de que no se mencionen expresamente otras modalidades de gestión no avala que ante una misma categoría contractual (el contrato de gestión de servicio público), una modalidad (el concierto) tenga un régimen de responsabilidad y las restantes otro (parece poco coherente).
- Finalmente, los pacientes como ya se ha reiterado en diversas ocasiones no pueden tener diversa cobertura, ni aplicárseles un régimen jurídico diferente, ni acudir a una vía jurisdiccional distinta en función de la modalidad de gestión por la que opte la Administración en el ejercicio

de su potestad de autoorganización, porque ello sería en último término contrario a la garantía patrimonial que recoge el art. 106.2 de la CE a favor de los particulares cuando sufran lesiones como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos<sup>100</sup>.

La jurisprudencia reciente en estos supuestos es clara, considerando que la asistencia sanitaria prestada en un centro concertado, vincula a la Administración sanitaria pública que será en último término responsable, ya que se considera que tiene condición de representante o mandatario de la sanidad pública en el ejercicio de sus funciones (SSTS 23 abril de 2008<sup>101</sup>, 30 de noviembre de 2010<sup>102</sup>, 19 de mayo de 2011<sup>103</sup>, 30 de abril de 2013<sup>104</sup>). También hay que señalar que la jurisdicción contencioso administrativa ha venido conociendo hasta la fecha de las reclamaciones por responsabilidad patrimonial derivadas de la asistencia sanitaria prestada en hospitales gestionados mediante la fórmula de concesión de servicio público (SSTSJ de Valencia de 2 de octubre de 2014 y de 11 de mayo de 2015 y STSJ de Madrid de 11 de abril de 2014).

Tras esta descripción del modelo de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria, se puede afirmar que hasta ahora la tramitación de las reclamaciones por responsabilidad derivada de la asistencia sanitaria prestada en el marco del SNS era pacífica y la aplicación de la DA duodécima de la Ley 30/92 (en la que se apoyan la mayor parte de las sentencias) había facilitado la clarificación del sistema y permitido la unidad del procedimiento, del régimen jurídico y de la jurisdicción competente. Por todo ello, cuesta entender las razones que han llevado al legislador a suprimir su contenido del articulado de las Leyes 39/2015 y 40/2015. Se podría entender que asentado el sistema se ha considerado que ya no procedía una mención específica a las reclamaciones de responsabilidad en un determinado ámbito de actuación administrativa. Pero también es cierto que si el contenido de la Ley se ha alterado es porque ha habido una voluntad del legislador en ese sentido y no se trata de un olvido involuntario. El hecho de que la nueva normativa hubiese recogido el precepto

100 VILLAR ROJAS, F.: *op. cit.*, pág. 84. y ss.; MIR PUIGPELAT, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, *op. cit.* págs.124-138 y 154 y ss.

101 RJ 2008/2731

102 RJ 2010/8765

103 RJ 2011/4465

104 RJ 2013/4058

99 LARIOS RISCO, D y LOMAS HERNÁNDEZ, V: "Modelos de colaboración..."; *op. cit.* pág.309; TOLIVAR ALAS, L.: "Derechos de los usuarios y pacientes..."; *op. cit.*, pág. 54 y ss. DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.: "Formas de gestión indirecta..."; *op. cit.*, pág. 128.

actualizado garantizaba que no se diese ningún paso atrás, más si tenemos en cuenta que la normativa que se incorpora sobre la responsabilidad de los concesionarios y contratistas puede generar más dudas, dudas que hasta ahora había sido posible disipar con el apoyo que ofrecía la DA duodécima de la Ley 30/92.

El temor expuesto no es infundado, de hecho, la quiebra de la unidad del régimen de responsabilidad ya se ha producido en el ámbito sanitario en relación con las reclamaciones por la asistencia sanitaria prestada a los pacientes que reciben su cobertura sanitaria por las mutualidades de funcionarios MUFACE e ISFAS a través de centros concertados. En estos casos la jurisprudencia venía entendiendo que la reclamación podía dar lugar a la responsabilidad de la Administración y así lo afirmó en diferentes sentencias (STS 20 de febrero de 2007<sup>105</sup>, 24 de mayo de 2007<sup>106</sup> y 3 de julio de 2003<sup>107</sup>), considerando que al tratarse de una asistencia sanitaria prestada en el ámbito de un concierto, no excluía la existencia de una posible responsabilidad patrimonial de la Administración y además entendía que la DA duodécima de la Ley 30/92 venía a sujetar a la revisión de la Jurisdicción contencioso-administrativa, de manera unitaria, las reclamaciones por daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria en el ámbito del SNS. Sin embargo, el hecho de que la LCSP del año 2007 estableciese en su DA vigesimotercera que *los conciertos que tuviesen por objeto la prestación de servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica y que, para el desarrollo de su acción protectora, celebrasen la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas con entidades públicas, entidades aseguradoras, sociedades médicas, colegios farmacéuticos y otras entidades o empresas, cualquiera que sea su importe y modalidad, tendrían la naturaleza de contratos de gestión de servicio público regulándose por la normativa especial de cada mutualidad y, en todo lo no previsto por la misma, por la legislación de contratos del sector público* (con el mismo contenido se recoge ahora en la DA vigésima del TRLCSP), llevó a que la jurisprudencia reconsiderase su posición, a mi juicio sin justificación suficiente para ello, vigente como estaba la DA duodécima de la Ley 30/92, ya que el hecho de que se considerasen dichos contratos como contratos de gestión de servicios públicos, en nada entorpecía que se hubiese mantenido en materia de responsabilidad patrimonial el criterio seguido en

este trabajo. Así, en las sentencias de la Audiencia Nacional de 16 de febrero de 2011<sup>108</sup>, 9 de marzo de 2011<sup>109</sup>, 4 de mayo de 2011<sup>110</sup>, 15 de junio de 2011<sup>111</sup>, 24 de octubre de 2011<sup>112</sup>, 10 de diciembre de 2014<sup>113</sup>, se señala lo siguiente:

*Con esta disposición (la DA vigesimotercera de la LCSP), el legislador considera expresamente sometidos los conciertos del tipo del que trae causa la asistencia prestada a la parte actora, celebrado entre el Instituto Social de las Fuerzas Armadas y ADESLAS, al régimen del contrato de gestión de servicio público, del que el concierto constituye una de sus modalidades de contratación [artículo 253.a) de la nueva Ley y artículo 156.c) de la precedente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, figurando entre las obligaciones del contratista la de “indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración” (artículo 256 .c) de la nueva Ley y artículo 161 .c) de su precedente).*

*Esta idea, que ya se deducía de la normativa anterior, se hace ahora explícita, cobrando todo su vigor el sistema de responsabilidad al que se acaba de aludir, de manera que “la responsabilidad de la Administración solo se impone cuando los daños deriven de manera inmediata y directa de una orden de la Administración [...], modulando así la responsabilidad de la Administración en razón de la intervención del contratista que interfiere en la relación de causalidad de manera determinante, exonerando a la Administración, por ser atribuible el daño a la conducta y actuación directa del contratista en la ejecución del contrato bajo su responsabilidad, afectando con ello a la relación de causalidad, que sin embargo se mantiene en lo demás, en cuanto la Administración es la titular del servicio y del fin público que se trata de satisfacer; así como en los casos indicados de las operaciones de ejecución del contrato que responden a órdenes de la Administración.*

105 RJ 2007/843

106 RJ 2007/5088

107 RJ 2003/5431

108 RJ 2011/68293

109 RJ 2011/94844

110 RJ 2011/184913

111 RJ 2011/245755

112 RJ 2011/406846

113 RJ 11029

*La proyección de lo que se acaba de exponer al supuesto de autos acredita la conformidad a Derecho de la Resolución impugnada, ya que no se ha probado que el daño derive de actuación administrativa alguna”.*

De lo afirmado en estas sentencias se comparte fácilmente que se está ante un contrato de gestión de servicios públicos y que en primer término el llamado a responder es el centro concertado que ha prestado la asistencia sanitaria, lo que ya no es tan fácilmente asumible es que se afirme tan alegremente que no hay actuación administrativa alguna, tratándose de asistencia sanitaria que facilitan las mutualidades a sus beneficiarios y contratada desde dichas mutualidades (de hecho el aseguramiento que tienen los mutualistas es diferente en alcance y prestaciones que los pacientes privados). Más graves son las consecuencias que la AN infiere a continuación del hecho de que sea el contratista el llamado a responder, ya que automáticamente considera que la legislación aplicable es la contenida en el CC y no en la Ley 30/92 como venía exigiendo la DA duodécima de la Ley 30/92, por lo tanto, exige negligencia para el reconocimiento de la responsabilidad del hospital. Se señala en las sentencias citadas que:

*“tanto la entidad aseguradora como el hospital que prestó la asistencia sanitaria tiene legitimación ad causam para responder de los daños que se hubiesen podido ocasionar a los mutualistas por la inadecuada prestación de asistencia sanitaria de los facultativos o centros sanitarios que figuran en su cuadro médico. Nos encontramos ante la responsabilidad del art. 1903 del CC (...).*

*Es por ello que, para que exista responsabilidad de estas entidades es necesario acreditar la actuación negligente en base a la responsabilidad extracontractual de los facultativos o centro sanitarios que la atendieron, cuestión que a continuación pasamos a analizar”<sup>114</sup>.*

Tras estas afirmaciones de la Audiencia Nacional solo cabe mostrar un rotundo desacuerdo, el hecho de que responda el contratista no necesariamente ha de

implicar que se aplica el régimen de responsabilidad contenido en el CC, ya que estamos prestando asistencia sanitaria en el marco de un contrato de gestión de servicio público. El hecho de que estemos ante un contrato de gestión de servicios públicos y de que se aplique la responsabilidad derivada de la legislación de contratos no tiene necesariamente que llevarnos a la no aplicación de lo hasta ahora dispuesto en la DA Duodécima de la Ley 30/92, donde se determina con claridad el régimen de responsabilidad de la asistencia sanitaria prestada por los centros concertados y de toda la asistencia prestada en el marco del SNS. Por todo ello, resulta especialmente preocupante la situación que se producirá a partir de ahora, pues ya no contamos con el apoyo que brindaba la DA duodécima, para seguir defendiendo la argumentación expuesta. Si se sigue la estela seguida en relación con los conciertos de la mutuas funcionariales, podría ocurrir, que los Servicios de Salud de las CCAA empezasen a entender que las reclamaciones presentadas por los daños causados como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada a través de centros concertados o empresas concesionarias deberían ser presentadas directamente ante ellas, correspondiendo a la jurisdicción civil pronunciarse sobre las mismas y sometiéndolas a la regulación sobre responsabilidad del CC.

Esto supondría un claro retroceso en las garantías de los pacientes, que como se viene reiterando, deben ser las mismas con independencia de la forma de gestión utilizada. El volumen de reclamaciones puede haber empujado al legislador a tratar de evitar un importante número de indemnizaciones, sin tener en cuenta las consecuencias que podía traer para los pacientes. Como en otros ámbitos, la crisis económica ha propiciado soluciones precipitadas, como en este caso, en el que la opción del legislador está poniendo en juego veinte años de consenso sobre un ámbito jurídico, donde ya conocimos épocas de inseguridad jurídica en el tratamiento, a las que mucho me temo podríamos regresar.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO I CUDOLA, V.: “Derecho a la protección de la salud y exclusión de la asistencia sanitaria: la crisis económica como pretexto para la limitación del acceso a los servicios y prestaciones del estado del bienestar”, *RVAP*, nº 99-100, 2014, págs. 87-110.

<sup>114</sup> Este asunto ha estado acompañado de una gran conflictividad judicial, la aplicación de esta interpretación se extendió incluso a supuestos que se habían producido sin que hubiese entrado todavía en vigor la DA vigesimotercera de la LCSP de 2007, lo que acabó en varias sentencias del TS dictadas para la unificación de doctrina en las que claramente se consideró que a los casos anteriores no se podía aplicar, dando por buena, sin embargo, su aplicación a los supuestos posteriores a la entrada en vigor de la disposición STS 18 de octubre de 2011 (RJ 2012/1207) 9 de diciembre de 2015 (RJ 1016/149).

- ALONSO OLEA, M.: *Las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social*, CIVITAS, 1994, pág. 52 en nota 83; también en “Responsabilidad del hospital por el acto del médico”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, nº 79, 1996, pág. 777 y ss.
- ALVAREZ NEBREDA, C.: *Administración sanitaria y sistemas de salud*; pág. 195.
- BEATO ESPEJO, “El sistema sanitario español: su configuración en la Ley General de Sanidad”, *RAP*, nº 119, 1989.
- BELADIEZ ROJO, M.: *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, TECNOS, 1997
- BELTRÁN AGUIRRE, J.L.: “Prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud: aspectos jurídicos”, *Derecho y salud*, vol. 2, nº 2, 1994, págs. 91 y ss.
- *Derecho sanitario de Navarra*, Gobierno de Navarra, Instituto de Administración Pública de Navarra, 2005
- BERMEJO LATRE, J. L.: “Las fundaciones privadas de iniciativa pública y la “huida del Derecho Administrativo”, en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI* (coord. SOSA WAGNER, F.), Tirant lo Blanch, 2000, pág. 935 y ss.;
- BERMEJO LATRE, J.L. Y MIR PUIGPELAT, O.: “Algunas notas sobre las primeras experiencias en la regulación de las fundaciones de iniciativa pública”, *REDA*, nº 104, 1999, págs. 575-593.
- BLASCO CASTANY, R. (coord.): *Las nuevas formas de gestión sanitaria “modelo Alzira”*, Instituto de Estudios Económicos, 2007.
- BOCANEGRA SIERRA, R.: “Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros”, *REDA*, nº 18, 1978.
- “La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas de la Administración por daños causados a terceros”, *Documentación Administrativa*, nº 237-238, 1994.
- CANTERO MARTÍNEZ, J.: “La responsabilidad patrimonial por actuaciones sanitarias realizadas por contratistas o concesionarios de la administración en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* nº 47, 2009, págs. 199 y ss.
- “Las políticas sanitarias regresivas”, *Derecho y Salud*, nº 23, 2013, págs. 107 y ss
- CARBONELL PORRAS, E.: “Algunas reflexiones sobre la empresa pública como concesionaria de servicios públicos: régimen de responsabilidad”, *Administración Instrumental, Libro Homenaje al Profesor Clavero Arévalo*, Civitas, 1994.
- CASARES MARCOS, A.B.: “Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños causados a terceros con motivo de la ejecución de contratos”, en *La responsabilidad de la Administración Pública* QUINTANA LÓPEZ, T., CASARES MARCOS, A.B. (dir), Tirant lo Blanch, 2º ed. 2013 Tomo II, págs. 1486 y ss.
- COBREROS MENDAZONA, E.: *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud*, IVAP, 1988.
- CUETO PÉREZ, M.: *La responsabilidad de la Administración sanitaria*, Tirant Lo Blanch, 1997
- “Avances y retrocesos en la responsabilidad de las Administraciones públicas tras la reforma de la Ley 30/92”, *RAP*, nº 152, 2000.
- *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*, CIVITAS, 2008.
- “La responsabilidad patrimonial de la Administración por asistencia sanitaria” en la *Responsabilidad patrimonial de la Administración*, QUINTANA LÓPEZ, T., CASARES MARCOS, A.B. (dir), Tirant lo Blanch, 2º ed. 2013 Tomo II, págs. 1025 y ss.
- DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.: “Formas de gestión indirecta de los servicios sanitarios y “privatización” de la sanidad pública (especial referencia al plan de medidas de la Comunidad de Madrid”, *RJUAM*, nº 27, 2013-I, pp. 111-142; “Formas de gestión del SNS: de la LGS a las fórmulas de colaboración público-privadas”, *Tratado de Derecho Sanitario*, págs. 401-434.

- DOMÍNGUEZ SIMÓN, A.: “El contrato de gestión de servicio público en la modalidad de concierto”, *Derecho y Salud*, n 21, extraordinario, págs. 141 y ss.
- ESCRIBANO COLLADO, P.: “El usuario ante los servicios públicos”, *RAP*, 82, 1977, pág. 132 y ss.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G.: “Administraciones Instrumentales”, en AAVV *Estudios para la reforma de la Administración pública*, INAP, 2004.
- FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M.: *El servicio público de la sanidad: el marco constitucional*, Civitas, Madrid, 1984
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I Thomson-Civitas, 17ª ed, 2015 y vol. II 13ª ed, 2013.
- GARRIDO FALLA, F.: *El modelo económico en la Constitución*, vol. I, IEE, Madrid, 1981
- GIRELA MOLINA, B.: “Situación actual y tendencias en la gestión de la asistencia sanitaria en el SNS”, *Revista General del Derecho del Trabajo*, nº38, págs. 166 y ss.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F.: “Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público”, *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, nº 44-45, 1976.
- GUAYO CASTIELLA, I. del: “Responsabilidad de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos concedidos”, *Actualidad Administrativa*, nº 17, 1990, pág. 197 y ss
- HERNÁNDEZ BEJARANO, E. M.: “La controvertida naturaleza jurídica de la fundación sanitaria Hospital de Manacor y la modificación del régimen jurídico de su personal”, *TEMAS LABORALES* núm. 109/2011, págs. 207-224
- HORGÚE BAENA, C.: “La responsabilidad del contratista por daños causados a terceros en la ejecución de los contratos administrativos”, *RAP*, nº 147, págs. 337-367
- JIMÉNEZ-BLANCO, A. “Responsabilidad administrativa por culpa in vigilando o in omitendo”; *Poder Judicial*, n 2. 1986, pág. 127 y ss.;
- LAFARGA Y TAVER, J.L.: El Consorcio: un instrumento al servicio del consenso en la gestión de los servicios sanitarios. La experiencia de Cataluña”, *Derecho y Salud*, nº 2, 1994, págs. 109 y ss.
- LARIOS RISCO, D. y LOMAS HERNÁNDEZ, V.: “Modelos de colaboración público-privada para la construcción y gestión de infraestructuras sanitarias”, *Derecho y Salud*, nº 15, n 2 Julio-Diciembre, 2007.
- LEGUINA VILLA, *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, TECNOS, 1983.
- LOPERENA ROTA, D.: “La irreversibilidad de los Derechos sociales”, *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 9/2012
- MARTÍN REBOLLO, L.: “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica”, *Documentación Administrativa*, nº 237-238.
- *Leyes Administrativas*, Manual y normas básicas, Thomson Reuters, 2015.
- “Análisis de la nueva Ley de Régimen Jurídico del sector público”, *Aranzadi digital* num. 1/2015.
- MARTÍN MARTÍN, J.J.: “Nuevas fórmulas de gestión en las organizaciones sanitarias”, *Fundación Alternativas*, Documento de Trabajo, 14.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L.: “Fundaciones privadas del sector público: problemas de constitucionalidad”, en ob. col. XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, CEDECS, 2002, pág. 305 y ss.;
- MENÉNDEZ REXACH, A.: “La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública. Reflexiones en torno al debate sobre la privatización de la sanidad”, *Revista Administración Sanitaria*, 2008; 6 (2), págs. 269-296.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M.: *La Administración al servicio de la Justicia social*, Iustel, 2016.

- MESTRE DELGADO, J. F.: “Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión”, en *Tratado de Derecho Municipal* dirigido por MUÑOZ MACHADO, S., CIVITAS, 2ª ed. 2003,
- MÍGUEZ MACHO, L.: *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*, CEDECS, 1999
- MIR PUIGPELAT, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Civitas, 2000
- MUÑOZ MACHADO, S.: *La responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas*, Civitas, 1992
- “*La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*”, Alianza Editorial, 1995.
- PALMA, A. de: “El lamentable peregrinaje jurisdiccional entre el orden social y el contencioso-administrativo en materia de reclamaciones de indemnización por daños derivados de la deficiente atención sanitaria de la Seguridad Social”, *REDA*, nº 89, 1996, pág. 141 y ss.
- PALOMAR OLMEDA, A.: “El modelo de sanidad pública: consideraciones de carácter introductorio y generales sobre la conformación de un servicio público esencial”, en *Tratado de Derecho sanitario (AAVV)*, vol. I, Aranzadi, 2013, págs. 109 y ss.
- PAREJO, L., LOBO, F., VAQUER CABALLERÍA, M. (Coord.): *La organización de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, 2001.
- PEMÁN GAVÍN, J.: *Derecho a la salud y Administración sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989
- “Hacia nuevas formas de gestión de los servicios sanitarios”, págs. 293-330 en *Reforma y liberalización económica: Los Decretos-Leyes de junio de 1996*, CIVITAS, 1996.
- “Reflexiones en torno a la Ley General de Sanidad: ¿desarrollo o reforma?”, *REDA*, nº 97, 1998, págs. 65-81.
- *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, Editorial Comares, Granada, 2005,
- PIÑAR MAÑAS, J.L.: “Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones”, *REDA*, nº 97, 1998, pág. 37 y ss.
- Tercer sector, sector público y fundaciones”, *XII Congreso italo-español de Profesores de Derecho Administrativo*, Cedecs, 2002.
- PONCE SOLE, J.: *Deber de buena Administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, 2001.
- *El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, Ed. INAP, Madrid, 2013.
- REBOLLO PUIG, M.: “Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por hecho de otro (Comentario a la STS de 9 de mayo de 1989)”, *Poder Judicial*, nº 20, 1990.
- “La reclamación de indemnización”, en la *Responsabilidad patrimonial de la Administración*, QUINTANA LÓPEZ, T., CASARES MARCOS, A.B. (dir), Tirant lo Blanch, 2013, 2ª ed. Tomo I.
- REYES SANTÍAS, F.: “Concesión de obra y financiación de hospitales: análisis jurídico para España”, *Revista de Derecho*, nº 34, 2010, pág. 116 y ss.
- RUIZ OJEDA, A.: *La concesión de obra pública*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, 814 págs. prólogo de J.L. Piñar Mañas.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: “La regulación del sector público institucional en el proyecto de Ley de régimen jurídico del sector público”, *Documentación Administrativa*, Nueva época, nº 2, 2015
- *Derecho Administrativo*, Tecnos, 2015.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Derecho Administrativo: la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, CEURA, 1989.
- SERRERA CONTRERAS, P.L.: “La responsabilidad del contratista en la novísima legislación de contratos del Estado”, *RAAP*, nº 23, 1995.
- SOCIAS CAMACHO, J.: *Fundaciones del sector público*, Iustel, 2006, pág. 123 y ss.

- SOSA WAGNER, F.: *La gestión de los servicios públicos locales*, THOMSON-CIVITAS, 2004, sexta edición.
- SUAY RINCÓN, J.: “Ejecución del contrato administrativo. La cesión del contrato y la subcontratación” en *Comentarios a la Ley de contratos de las Administraciones*, coord. R. GÓMEZ FERREZ MORANT, CIVITAS, 1996
- “La responsabilidad patrimonial de los contratistas y de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos”, en *Estudios Jurídicos a la memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, págs. 1311 y ss.
- TOLIVAR ALAS, L.: “Derechos de los usuarios y pacientes ante la gestión privada de servicios sanitarios”, *Derecho y Salud*, vol. 15, número extraordinario, 2007.
- *Gestión Privada de la salud pública*, Editorial Academia, 2012.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: *Ejecución y financiación de obras públicas. Estudio de la obra pública como institución jurídico-administrativa*, Fundación Caixagalicia / Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006.
- VILLALBA PÉREZ, F.: “Responsabilidad extracontractual del contratista por los daños causados a terceros en la ejecución del contrato”, *REALA*, 296-297, septiembre 2004-abril 2005.
- VILLAR ROJAS, J.F.: *La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: Fundamento y límites*, Praxis, 1996.
- “La concesión administrativa de obra pública como nueva forma de gestión de servicios sanitarios”, *Derecho y Salud*, vol. 14, número extraordinario, 2006, págs. 1-16;
- “La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales”, *RAP*, nº 172, 2007, págs. 141 y ss.;
- “La privatización de los servicios sanitarios públicos: Las experiencias de Valencia y Madrid”, *Derecho y Salud*, vol 17, 2009, págs. 1-22.
- YAÑEZ DE ANDRÉS, A.: “La responsabilidad de la Administración por la prestación de asistencia sanitaria en un contexto de crisis económica. Perspectiva de un abogado”, *Revista Aranzadi Doctrinal num.11/201*.