

## 6.10 La responsabilidad jurídico-sanitaria en las nuevas formas de gestión. Especial referencia a las fórmulas PFI-PPP.



Los desafíos de la responsabilidad jurídico-sanitaria como consecuencia de la implantación de las fórmulas CPP en la sanidad pública.

**Autor: Vicente Lomas Hernández**

*Jefe de Servicio de Régimen Jurídico de Instituciones Sanitarias  
(SESCAM)*

Se recomienda imprimir 2 páginas por hoja

### **Citación recomendada:**

Lomas Hernandez V. La responsabilidad jurídico-sanitaria en las nuevas formas de gestión [Internet]. Madrid: Escuela Nacional de Sanidad; 2012 [consultado día mes año]. Tema 6.10. Disponible en: [direccion url del pdf.](#)



TEXTOS DE ADMINISTRACION SANITARIA Y GESTIÓN CLÍNICA  
by UNED Y ESCUELA NACIONAL DE SANIDAD  
is licensed under a Creative Commons  
Reconocimiento- No comercial-Sin obra Derivada  
3.0 Unported License.



### **Resumen:**

Hace ya más de dos décadas desde que se iniciara en nuestro país el aún inacabado debate sobre la gestión de la sanidad pública, y si es o no posible implantar otro modelo de gestión que responda de forma satisfactoria a las exigencias derivadas de la correcta aplicación de los principios de eficacia, eficiencia y economía. Durante todos estos años hemos asistido a la formulación de un gran número de propuestas, si bien en todas ellas se puede apreciar un común denominador, el creciente protagonismo otorgado a la colaboración del sector privado en la prestación y gestión de los servicios sanitarios.

Sin embargo en esta última década hemos sido testigos de una redefinición del papel desempeñado por el sector privado en la gestión de los servicios públicos a través del empleo de las conocidas como "fórmulas de colaboración público-privada". El socio privado se convierte así en el único aliado de la Administración capaz de aportar el ingente capital económico que demanda la construcción y explotación de numerosas infraestructuras sanitarias.

La puesta en marcha de este tipo de proyectos tiene importantes repercusiones en múltiples ámbitos, financieros –presupuestarios y contables–, contratación pública, recursos humanos...pero también en el plano de la responsabilidad que deben asumir este tipo de entidades como consecuencia del defectuoso funcionamiento del servicio sanitario, lo que constituye precisamente el objeto de estudio del presente tema.

## Introducción

Dentro de los distintos servicios que presta la Administración Pública ocupa un lugar preeminente el servicio sanitario. Como tal es uno de los que están incluidos en la expresión empleada en el artículo 106.2

*I. Introducción. Consideraciones generales.*

*II. Las Alternativas tradicionales a la gestión directa de los servicios sanitarios públicos.*

*III. Marco normativo de la gestión, directa e indirecta, de los servicios sanitarios públicos.*

*IV. La irrupción de las fórmulas de colaboración público-privada para la construcción y explotación de infraestructuras sanitarias en el Sistema Nacional de Salud.*

*V. Repercusión de las fórmulas de gestión indirecta de los servicios sanitarios públicos en el régimen de responsabilidad.*

*1. Planteamiento.*

*2. Prestación de servicios sanitarios por empresa privada en hospitales de titularidad pública.*

*3. Responsabilidad por prestación de servicios sanitarios en hospitales de titularidad pública con servicios no sanitarios privados.*

*El artículo 43 de la CE "reconoce el derecho a la protección de la salud" y ordena a los "poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios*

*La práctica sanitaria, desde la perspectiva de la responsabilidad, ofrece una serie de supuestos que pueden ser generadores de responsabilidad*

de la Constitución de "servicio público". Cosa distinta es determinar cuál es el alcance de dicha expresión, cuestión ésta que ha sido resuelta tanto por la doctrina jurisprudencial y legal, como por la doctrina científica al darle un sentido amplio que engloba tanto la gestión, la actividad, inactividad o mera pasividad de la actuación administrativa.

Nuestro Ordenamiento, empezando por la Constitución- en adelante CE-, establece unos criterios que constituyen el punto de partida en esta materia, por lo que resulta obligado referirse a ellos aunque solo sea para hacerse una idea del marco de la prestación de dicho servicio.

En efecto, el artículo 43 de la CE "reconoce el derecho a la protección de la salud" y ordena a los "poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios". El desarrollo legal de tal previsión se contiene en la Ley General de Sanidad -en adelante LGS- en la que se recogen importantes principios relacionados con la responsabilidad patrimonial, y así:

- 1.- Se configura un sistema que garantiza la asistencia sanitaria pública a toda la población -art. 3.2-
- 2.- Se proclama el principio de igualdad tanto para el acceso como para la calidad del servicio
- 3.- Se prevé una atención integral de la salud- art. 6- que comprende la promoción, la prevención, la atención primaria, la asistencia especializada, y farmacológica- art. 18-

La práctica sanitaria, desde la perspectiva de la responsabilidad, ofrece una serie de supuestos que pueden ser generadores de responsabilidad. Sintéticamente los resumimos en dos supuestos o realidades de naturaleza distinta y que dan lugar a unas consecuencias también diferentes:

- a) La realidad relativa al acto médico.
- b) La realidad relativa a los actos de gestión, organización, infraestructuras...

Y todo ello con independencia de si tales actuaciones son realizadas directamente por la Administración pública sanitaria o por entidades privadas concertadas para la prestación del servicio.

Este es precisamente el objeto del presente tema, analizar la incidencia que, en el plano de la responsabilidad por daños, tiene la implantación de nuevas fórmulas de gestión en los centros sanitarios de titularidad pública, para lo que se hace preciso realizar en los siguientes apartados unas breves consideraciones al respecto.

---

## **2.- Las alternativas tradicionales a la gestión directa de los servicios sanitarios públicos.**

---

La respuesta a los problemas estructurales de gestión y funcionamiento de los centros sanitarios del SNS se ha articulado, fundamentalmente a través de tres vías:

- a) El gerencialismo, que supone la importación de técnicas de gestión empresarial al ámbito sanitario. Estas estrategias cristalizaron en la elaboración de planes estratégicos, implantación de sistemas de información de costes, los contratos-programa/contratos de gestión, y el desarrollo del modelo de gestión clínica.
  
- b) Los cuasimercados. Mecanismos que pretenden emular el funcionamiento del mercado, y que en el ámbito del SNS, ha consistido en favorecer la competencia entre los proveedores, que asumen riesgos en su gestión.

Llegados a este punto, conviene llamar la atención sobre la gran importancia que revisten las reformas organizativas realizadas a lo largo de la década de los años 90 en nuestro país, dirigidas a aumentar la autonomía de nuestros centros sanitarios a través de la atribución a éstos de personalidad jurídica propia y sometimiento a las reglas del derecho privado.

*Gestión Indirecta se configura como fórmula para que sea un tercero particular el que asuma la realización de cometidos que tienen como destinatarios a la propia Administración contratante ó a los ciudadanos*

### c) La gestión indirecta.

En la búsqueda de una máxima eficacia y rendimiento de los recursos públicos disponibles, han proliferado las empresas privadas especializadas en gestionar diversas ramas y áreas de actividad para descargar a los poderes públicos de tareas que, o bien no tienen que ser necesariamente realizadas por ellos, o aún siendo de su competencia no pueden atender adecuadamente ante la carestía de recursos y la creciente acumulación de funciones.

La Gestión Indirecta se configura como fórmula para que sea un tercero particular el que asuma la realización de cometidos que tienen como destinatarios a la propia Administración contratante ó a los ciudadanos, y todo ello en calidad de colaboradores de aquélla en la consecución de sus propios objetivos.

En efecto, la gestión indirecta se caracteriza porque la producción de los bienes y servicios que son competencia y responsabilidad de los poderes públicos, es realizada, sin embargo, por el sector privado, y todo a través de alguno de los tipos de contratos públicos que se encuentran regulados en nuestro Ordenamiento Jurídico, reservándose la Administración la titularidad del servicio público- no su gestión-

Lo que sí es cierto es que ninguna de estas alternativas responde en puridad a lo que se conoce como "privatización"- entendida como el traspaso de la titularidad pública de un bien a manos privadas-. Lo que en cambio sí que existe en nuestro país son numerosas herramientas dirigidas a alejar de la concepción puramente pública la gestión de la sanidad, recurriendo para ello a la creación por parte de las Administraciones Públicas de entes dotados de personalidad jurídica propia y sometidos al derecho privado, a la externalización de recursos no estrictamente sanitarios, a la gestión indirecta de las prestaciones sanitarias, y más recientemente a las importadas fórmulas de colaboración público-privada para la construcción y explotación de infraestructuras sanitarias.

## **3.- Marco normativo de la gestión de los servicios sanitarios**

La Ley General de Sanidad establece un modelo de organización del Sistema Nacional de Salud basado en la gestión directa de los centros y servicios sanitarios<sup>1</sup>. La gestión directa implica, como ya hemos apuntado en el apartado anterior, que la producción de bienes y servicios se lleva a cabo directamente por la Administración, incluso cuando ésta se sirve para ello, de alguna persona jurídica interpuesta que ella misma haya creado. No obstante, la LGS no se cierra a otras opciones pues también admite la "gestión indirecta" cuando se refiere a:

- a) La vinculación de hospitales generales privados al Sistema Nacional de Salud mediante la suscripción de "convenios singulares". -art. 66 de la LGS-
- b) La prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a través de la figura del "concierto sanitario", dando prioridad a los centros y servicios que no persigan ánimo de lucro. -Art. 90 de la LGS-

*La gestión directa implica que la producción de bienes y servicios se lleva a cabo directamente por la Administración, incluso cuando ésta se sirve para ello, de alguna persona jurídica interpuesta que ella misma haya creado*

En la década de los 90, algunas de las recomendaciones recogidas en el famoso "*Informe Abril*" de 1991, quedaron plasmadas en dos importantes normas, primero el Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas Formas de Gestión del INSALUD, que constituye el embrión normativo de lo que se ha venido en llamar "*nuevas formas de gestión sanitarias*" y con las que se pretendía flexibilizar la gestión de los centros sanitarios con el propósito, en última instancia, de mejorar su eficacia. Dicho Real Decreto-Ley fue sustituido al poco tiempo por la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas Formas de Gestión del Sistema Nacional de Salud debido a las suspicacias levantadas entre las opciones políticas más progresistas por las consecuencias que se podrían derivar de su polémica redacción, abierta al empleo de cualquier entidad organizativa que estuviese admitida en Derecho, lo que para muchos constituía el primer paso hacia la privatización encubierta de la sanidad pública. En su lugar, la ya mencionada Ley 15/1997 de 25 de abril, sobre

<sup>1</sup> Concretamente el art. 50 de la LGS, establece que cada Comunidad Autónoma ha de constituir su propio Servicio de Salud, integrado por los centros, servicios y establecimientos de la Comunidad Autónoma, Diputaciones Provinciales, Ayuntamientos y demás Administraciones territoriales intracomunitarias, y todo ello gestionado bajo la responsabilidad de la respectiva Comunidad Autónoma.

*Ley 15/1997 de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas Formas de Gestión del Sistema Nacional de Salud, introdujo importantes mejoras técnicas en la redacción, así como mayores cautelas en lo que a la utilización y empleo de estas formas de gestión se refiere, al subrayar en todo caso que "se ha de preservar y garantizar el carácter de servicio público de la sanidad"*

habilitación de nuevas Formas de Gestión del Sistema Nacional de Salud, introdujo importantes mejoras técnicas en la redacción - cabe destacar la ampliación de su ámbito de aplicación, que a diferencia del anterior RD-Ley, se extiende no ya solo al INSALUD, sino al conjunto del SNS- así como mayores cautelas en lo que a la utilización y empleo de estas formas de gestión se refiere, al subrayar en todo caso que "*se ha de preservar y garantizar el carácter de servicio público de la sanidad*".

Este breve recorrido legislativo hemos de completarlo con dos disposiciones normativas, ambas también estatales, el art. 111 de la Ley 50/1998 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que crea las "fundaciones públicas sanitarias" configuradas como organismos públicos, y el RD 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud.

La disposición legal citada tiene en su haber la creación de una nueva figura jurídica específica para la gestión de los centros, servicios y establecimientos sanitarios, la "fundación pública sanitaria", dotada de personalidad jurídica propia, y con la que se pretendía compatibilizar las ventajas inherentes a los principios de descentralización y autonomía en la gestión, con el mantenimiento del régimen jurídico del personal estatutario de instituciones sanitarias.

La disposición reglamentaria, el RD 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud, representa el desarrollo obligado de las previsiones recogidas en la Ley 15/1997, así como del anterior art. 111 de la Ley 50/1998. Este Real Decreto se enmarca por tanto, en ese proceso de flexibilización, descentralización y autonomía de gestión, todo ello en aras de favorecer una mejora en la eficacia, eficiencia y satisfacción de los ciudadanos.

No obstante, el mencionado reglamento estatal, como contrapunto a esa apuesta decidida por la autonomía de gestión, introduce diversos controles que se traducen en:

a) Recursos humanos.

Respeto a los principios constitucionales del empleo público. El art. 103.3 CE establece que el acceso a los puestos de

trabajo en el sector público se ha de efectuar conforme a los mencionados principios. Por ello, y sin perjuicio de cuál sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo existente-funcionario, laboral o personal estatutario-, lo que sí es cierto es que se deben respetar escrupulosamente estos principios esenciales.

b) Control presupuestario.

Fiscalización de la gestión económico-financiera por funcionarios del cuerpo de interventores, así como sujeción a los mecanismos de control del Tribunal de Cuentas.

c) Presupuestos.

Los presupuestos de todas estas nuevas formas de gestión se integran formando parte de los presupuestos de la Administración que los ha creado.

d) Contratación de bienes y servicios.

Aplicación de los principios generales de contratación pública, en esencia, los principios de publicidad y concurrencia.

e) Patrimonio.

Resulta imprescindible recabar autorizaciones administrativas para poder realizar actos de disposición sobre bienes inmuebles.

f) Participación en la gestión.

Se incrementa la participación, tanto externa- mayor presencia en los órganos de gestión de colectivos de consumidores y usuarios- como interna- mayor protagonismo de los profesionales sanitarios-

A todos ellos habría que añadir una serie límites mínimos indisponibles propios del Derecho Administrativo, que, en todo caso, deben ser respetados por los políticos y los gestores

*na serie límites mínimos indisponibles propios del Derecho Administrativo, que, en todo caso, deben ser respetados por los políticos y los gestores públicos*

*los derechos de los ciudadanos en materia sanitaria establecidos en las normas de desarrollo del citado art. 43 CE, han de ser siempre y en todo caso, asumidos y respetados por los gestores sanitarios.*

*Aunque los entes de nueva creación se vayan a regir en cuanto a su funcionamiento por las normas de Derecho privado, no por ello las prestaciones sanitarias pierden su condición de auténtico "servicio público", y por tanto serán de aplicación las normas constitucionales y legales en materia de responsabilidad por el funcionamiento normal o anormal de los centros sanitarios.*

públicos, y ello, como ya hemos visto, con independencia de la sumisión de todos estos entes a las normas propias del Derecho civil, mercantil o laboral, como son:

### **a) Los derechos de los ciudadanos.**

El artículo 43 CE establece que compete a los poderes públicos tutelar y organizar la salud pública a través de medidas preventivas y prestaciones y servicios que se consideren convenientes, estableciendo la ley los derechos y deberes de todos al respecto.

Tales derechos y deberes se encuentran regulados a nivel estatal, en la LGS—arts 10 y 11- y en la célebre Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

En consecuencia, los derechos de los ciudadanos en materia sanitaria establecidos en las normas de desarrollo del citado art. 43 CE, han de ser siempre y en todo caso, asumidos y respetados por los gestores sanitarios.

### **b) La cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud**

El Estado, en el ejercicio de la competencia exclusiva que tiene reconocida por la Constitución en su artículo 149.1.16, ha aprobado una cartera de prestaciones que, con carácter mínimo, dispensa el SNS a todos los ciudadanos, permitiendo a las distintas Comunidades Autónomas que puedan establecer mejoras cuantitativas o cualitativas sobre tales mínimos prestacionales.

Pues bien, tanto el contenido mínimo fijado en la normativa estatal, como las posibles mejoras añadidas por las Comunidades Autónomas, deben ser respetados en todo caso.

### **c) La condición de servicio público atribuible a la sanidad.**

Aunque los entes de nueva creación se vayan a regir en cuanto a su funcionamiento por las normas de Derecho privado, tanto en sus relaciones internas como en sus relaciones externas, no por ello las prestaciones sanitarias pierden su condición de auténtico "servicio público", y por tanto serán de aplicación las normas constitucionales y legales en materia de responsabilidad por el

funcionamiento normal o anormal de los centros sanitarios.

En definitiva, la atribución de personalidad jurídica propia a través de diversas vías a los centros sanitarios persigue el objetivo de huir de las rigideces que impone el derecho administrativo, para, en su lugar, acogerse a la más flexible y benévola regulación que propia del derecho privado.

Todas estas limitaciones son trasladables a las fórmulas de colaboración público-privada, que pasamos a analizar a continuación.

#### **4.- La irrupción de las fórmulas de colaboración público-privada para la construcción y explotación de infraestructuras sanitarias del sistema nacional de salud.**

El nuevo escenario surgido tras la culminación del proceso transferencial, la insuficiencia de las infraestructuras sanitarias actuales, y el agotamiento de las fórmulas de gestión empleadas hasta la fecha, han motivado que los Servicios autonómicos de Salud se lancen a la búsqueda de nuevos modelos de gestión que permitan, con los limitados recursos financieros disponibles, afrontar las inversiones necesarias para la adecuación de la red hospitalaria del Sistema Nacional de Salud a las necesidades presentes y futuras.

Me estoy refiriendo a los sistemas de colaboración público-privada- en adelante CPP- muy empleados en los últimos años por algunas Comunidades Autónomas, aunque es la Comunidad Autónoma de Madrid la que se ha erigido en el paradigma de este modelo en el Sistema Nacional de Salud.

Para saber de qué estamos hablando, veamos muy brevemente en qué consisten estas fórmulas, y cuáles los principales atractivos que han justificado su aparente éxito.

El empleo de estas fórmulas de CPP en el sector sanitario público se traduce en que el financiador y responsable final de la prestación sanitaria es el ente público, manteniéndose la gestión de la actividad básica en manos de la Administración y encomendándose al sector privado el diseño, la construcción, la financiación y el mantenimiento de la infraestructura así como

*El empleo de estas fórmulas de CPP en el sector sanitario público se traduce en que el financiador y responsable final de la prestación sanitaria es el ente público, manteniéndose la gestión de la actividad básica en manos de la Administración y encomendándose al sector privado el diseño, la construcción, la financiación y el mantenimiento de la infraestructura así como la gestión de servicios complementarios*

la gestión de servicios complementarios tales como el servicio integral de lavandería, de seguridad, de limpieza, desinsectación y desratización, restauración, conservación de jardines, gestión de almacenes, archivo de documentación clínica y administrativa, etc..., quedando al margen la adquisición y renovación de alta tecnología.

De este modo, con el recurso a fórmulas de CPP para la construcción y explotación de hospitales, la Administración se beneficiaría de las siguientes ventajas teóricas: reducción del tiempo de construcción y garantía la entrega de la obra en el plazo estipulado; se evitan desviaciones presupuestarias en la construcción y equipamiento de centros gracias al presupuesto cerrado; se maximiza el nivel de gasto en las infraestructuras a partir de un uso responsable de los recursos y se favorece la innovación en la provisión de infraestructuras.

Pero, al margen de estas consideraciones, lo cierto es que la mayor motivación que ha llevado a muchos gobiernos autonómicos<sup>2</sup> a decantarse por el empleo fórmulas de CPP para la construcción de infraestructuras sanitarias reside en la búsqueda de nuevos sistemas de financiación.

En definitiva, podemos decir que en función del modelo elegido, las empresas privadas o públicas interpuestas, asumen la redacción de los proyectos técnicos y la dirección facultativa, la construcción y la puesta en marcha de las infraestructuras o edificio, la provisión e instalación de los equipamientos específicos, la gestión y el mantenimiento durante un período acordado de los activos inmobiliarios, y, en determinados casos, la propia prestación sanitaria.

La Administración, por su parte, decide la configuración y define funcionalmente el modelo en los correspondientes pliegos, se reserva la facultad de controlar los servicios públicos prestados a los usuarios, y afronta el pago del canon anual establecido en función de la extensión del contrato.

## **5.- La repercusión de este tipo de fórmulas de gestión en**

<sup>2</sup> En el año 2005 el 62,5% del importe total adjudicado mediante fórmulas de CPP correspondió a las Comunidades Autónomas. Por el contrario, el Ministerio de Fomento licitó obras por un importe total de 2.285,04 millones de euros durante el primer cuatrimestre del año 2006, lo que supuso un descenso del 11,56% respecto a igual periodo de 2005.

## el régimen de responsabilidad de los centros sanitarios.

### 5.1 Planteamiento

En este tipo de modelos de gestión es el contratista quién asume, en virtud del vínculo obligacional de que se trate, una serie de responsabilidades: por un lado, frente a la Administración en caso de incumplimiento y, por otro, frente a los terceros, debiendo indemnizar a éstos por los daños y perjuicios que sufran en su persona o bienes con motivo de la ejecución del contrato, excepto que el daño se deba a una orden directa e inmediata de la Administración.

Sin embargo, ¿qué tipo de responsabilidad es el exigible en relación con daños producidos con ocasión de la asistencia sanitaria en hospitales en los que conviven prestaciones sanitarias públicas con servicios no estrictamente sanitarios explotados por empresas privadas o sociedades públicas interpuestas?

La pregunta no es en absoluto ociosa, pues no podemos olvidar que, además de los supuestos de responsabilidad estrictamente derivados de la asistencia sanitaria, nos encontramos en la práctica con daños derivados de prestaciones no sanitarias (los denominados *riesgos de explotación*) y otros en los que las prestaciones no asistenciales concurren en diferentes grados de intensidad a la producción del resultado dañoso (infecciones intrahospitalarias por deficiente mantenimiento o limpieza de los conductos de ventilación, etc...).

A efectos expositivos conviene, por tanto, que distingamos ya desde el principio dos situaciones diferentes:

a) La responsabilidad por daños producidos en el marco de la actividad de un hospital explotado por una empresa privada en régimen de concesión, y

b) La responsabilidad de aquellos otros centros en los que la Administración asume directamente la prestación de asistencia sanitaria con personal propio que desempeña sus funciones en un ámbito gestionado por la empresa privada que explota el centro y sus servicios no sanitarios.

En este segundo escenario resultará decisiva la delimitación del origen del daño (actividad estrictamente asistencial, meramente

*El contratista quién asume, en virtud del vínculo obligacional de que se trate, una serie de responsabilidades: por un lado, frente a la Administración en caso de incumplimiento y, por otro, frente a los terceros, debiendo indemnizar a éstos por los daños y perjuicios que sufran en su persona o bienes con motivo de la ejecución del contrato, excepto que el daño se deba a una orden directa e inmediata de la Administración.*

*En definitiva, que en este tipo de modelos, producido un daño, el paciente debería dirigir su reclamación contra el Servicio de Salud para que sea éste el que finalmente determine quién es el sujeto responsable de los daños- si la propia Administración o la empresa contratista-, y una vez oído el contratista en el procedimiento.*

auxiliar, o concurrencia de ambas) pues de ello dependerá el tipo de responsabilidad que se deberá exigir, patrimonial frente a la Administración o civil frente a la empresa contratista.

## **5.2 Prestación de servicios sanitarios por empresa privada en hospital de titularidad pública.**

En el primero de los supuestos señalados en el apartado anterior – **responsabilidad del concesionario de servicios sanitarios**- la delimitación de la causa del daño no resulta decisiva ya que es el Servicio de Salud el que, a través del contrato suscrito, traslada al contratista el riesgo de la explotación en su totalidad.

Si partimos de lo previsto en el artículo 106.2 CE, los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. No obstante, en virtud de la existencia de un concesionario gestor de un servicio de titularidad pública, las reglas de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones- ya explicadas en el tema correspondiente- sufren una alteración importante. Podemos anticipar ya en este momento que el criterio es el de la responsabilidad del concesionario -salvo que el daño traiga causa en una orden directa de la Administración que aquel debe cumplir, caso en el que procederá la responsabilidad de la Administración titular del servicio- y que, desde un punto de vista procedimental, la reclamación se dirigirá siempre a la Administración concedente- el Servicio de Salud-.

El sistema, por tanto, obedece a la regla general de que es el concesionario el obligado a indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, siendo de cuenta del contratista todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de la ejecución del contrato salvo aquellos que sean producidos por causas directamente imputables a la Administración (**Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1974, 7 de noviembre de 1987 y Dictamen Consejo de Estado nº 3425/2001, de 20 de diciembre**).

En definitiva, que en este tipo de modelos, producido un daño, el paciente debería dirigir su reclamación contra el Servicio de

Salud para que sea éste el que finalmente determine quién es el sujeto responsable de los daños- si la propia Administración o la empresa contratista-, y una vez oído el contratista en el procedimiento.

De este modo, y sin perjuicio de la eventual responsabilidad directa de la Administración, en la resolución del procedimiento se ha de determinar también si es el contratista el que en última instancia debería hacer frente a la indemnización. En caso afirmativo, podría suceder que:

- a) el contratista se negase a realizar de forma voluntaria y directa el pago al paciente perjudicado, podrá impugnar la decisión de la Administración llevando al conocimiento de los tribunales del orden contencioso-administrativo todas las cuestiones suscitadas, con plena salvaguarda de los intereses del damnificado.
  
- b) el contratista acepte dicha declaración de responsabilidad realizada por la Administración permitiendo su firmeza, con la consiguiente asunción de la obligación de indemnizar, que deberá cumplir bien de forma directa, bien mediante repetición, lo que se producirá en aquellos casos en que haya sido la Administración quién anticipó el pago de la indemnización al paciente, en cuyo caso se dirigirá después por la vía de repetición contra la empresa contratista en ejecución de su propia resolución.

Así pues, normativa y jurisprudencia parten del principio general de que la Administración traslada al contratista, no sólo la gestión del servicio público y el beneficio empresarial asociado al mismo, sino también la responsabilidad en torno a las consecuencias dañosas que, para terceros, pudieran derivarse del funcionamiento del servicio, como recuerda la **Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 1989**, al señalar que *cuando los daños y perjuicios se derivan de una actividad técnica no cumplida directamente por la organización administrativa, sino por organizaciones privadas no integradas en la Administración, con las que ésta contrata atribuyéndoles la gestión de un servicio público, se interfiere entre Administración y particulares una empresa privada a la que materialmente le son atribuibles sus causas*, añadiendo la citada Sentencia que la

cuestión de responsabilidad en estos casos la resuelve la propia Ley haciendo correr la indemnización a cargo del contratista, con carácter general, y a cargo de la Administración en el caso de que el daño se produzca por causa imputable a ésta.

Desde el punto de vista procedimental, el paciente o usuario que sufra un perjuicio atribuible a la actividad (sanitaria o no sanitaria) desarrollada en un hospital explotado en régimen de concesión de servicios deberá presentar su reclamación frente al Servicio de Salud, quien habrá de proceder en la forma indicada en el **Real Decreto 429/1992, de 26 de marzo**, y en la **Ley 30/1992, de 26 de noviembre**, es decir: dando audiencia a la empresa contratista en el expediente de forma que pueda hacer alegaciones y aportar los medios de prueba que considere necesarios<sup>3</sup> y sin perjuicio de la facultad de impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa la resolución adoptada, tal y como ha expresado el Tribunal Supremo en **Sentencias de 25 de octubre de 1993, 10 de junio de 1995, y 3 de mayo de 1999**. En la resolución que ponga fin al procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, la Administración deberá pronunciarse con claridad sobre si procede o no la indemnización y sobre quién debe cargar con su abono (**STSJ de Navarra de 19 de mayo de 2004 y STSJ de Murcia de 30 de octubre de 2000**).

Pero, ¿qué sucedería si el Servicio de Salud, una vez presentada la reclamación por el paciente, evita pronunciarse con claridad sobre si procede o no la indemnización y sobre quien debe cargar con su abono, y se limita a inadmitir o a desestimar la reclamación sin mencionar la posible responsabilidad del concesionario?

Pues en tal caso sería el Servicio de Salud el que debería asumir las consecuencias que eventualmente se deriven del hecho dañoso ya que, si bien la Administración puede no ser la responsable de indemnizar, tiene la obligación de resolver la reclamación, tanto sobre la procedencia de la indemnización, como sobre quién debe pagarla, y esta decisión deja abierta la vía contenciosa tanto al particular como al concesionario, habiéndolo declarado así de forma reiterada la Sala de lo Contencioso-Administrativo del **Tribunal Supremo en Sentencias**, entre otras, de **9 de mayo de 1989, 11 de octubre de 1991, 6 de octubre de 1994,**

<sup>3</sup> Tal y como prevé el art. 1.3 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, al señalar que en todo caso se dará audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios.

**8 de marzo de 1997 y 30 de abril de 2001**, en las que se sienta la doctrina de que la reclamación debe dirigirse al órgano de contratación y ser resulta por la Administración decidiendo la responsabilidad que debe satisfacerse por el contratista, pues carece de sentido que, teniendo la Administración la potestad de interpretar el contrato y, por tanto, las incidencias habidas en el mismo, tenga que abrirse una nueva vía administrativa y, en su caso, procesal, para que el pago se haga efectivo.

La impugnación ante los Tribunales de Justicia de la resolución administrativa dictada por el Servicio de Salud debe realizarse ante unos órganos especializados, los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, y ello incluso si en la producción del daño ha concurrido un sujeto privado interpuesto, tal y como señala expresamente el art. 2 e) de la **Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa** (modificada por **LO 19/2003, de 23 de diciembre**) al señalar que los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa conocerán de la *responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación que se derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad civil*". En el mismo sentido, el art. 9.4 de la LOPJ (en la redacción dada por la LO 19/2003, ya citada), señala que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa *conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva. También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas*". El recurso que interponga el paciente contra la resolución desestimatoria dictada por el Servicio de Salud, debe dirigirse no sólo frente al Servicio de Salud titular del hospital donde

*La impugnación ante los Tribunales de Justicia de la resolución administrativa dictada por el Servicio de Salud debe realizarse ante unos órganos especializados, los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, y ello incluso si en la producción del daño ha concurrido un sujeto privado interpuesto*

*El recurso que interponga el paciente contra la resolución desestimatoria dictada por el Servicio de Salud, debe dirigirse no sólo frente al Servicio de Salud titular del hospital donde se produjeron los hechos, sino también frente a la empresa contratista responsable de su gestión.*

*Esta circunstancia implica, en materia de responsabilidad por el funcionamiento del servicio, que los resultados dañosos de la actividad desarrollada en el mismo hospital de la red pública podrían dar lugar a dos tipos de responsabilidad jurídica diferente en función del hecho causante:*

*a) la patrimonial de la Administración responsable de los servicios sanitarios*

*b) y la responsabilidad civil del concesionario de la infraestructura y de los servicios no sanitarios*

se produjeron los hechos, sino también frente a la empresa contratista responsable de su gestión.

Si se declarase finalmente la responsabilidad patrimonial del contratista, el Servicio de Salud únicamente debería responder del pago de la indemnización en caso de insolvencia de la empresa contratista responsable de la gestión de los servicios sanitarios del hospital.

### **5.3 Responsabilidad por la prestación de servicios sanitarios en hospital de titularidad pública con servicios no sanitarios privados.**

La claridad de la doctrina sobre la responsabilidad por la materialización del riesgo en el ámbito de los servicios sanitarios concertados que hemos expuesto exige, no obstante, una profunda revisión cuando los daños se produzcan por o con ocasión de la asistencia sanitaria prestada bajo otras fórmulas de CPP pues, si bien son aplicables a estos supuestos la mayoría de los principios generales expuestos (en virtud de los cuales la presencia de un sujeto interpuesto en la prestación de servicios públicos determina, por regla general, la responsabilidad de éste) lo cierto es que en virtud de estas fórmulas de PPP la prestación sanitaria se desarrolla merced a un complejo entramado de relaciones jurídicas y servicios convergentes de titularidad pública y privada.

Esta circunstancia implica, en materia de responsabilidad por el funcionamiento del servicio, que los resultados dañosos de la actividad desarrollada en el mismo hospital de la red pública podrían dar lugar a dos tipos de responsabilidad jurídica diferente en función del hecho causante:

- a) la patrimonial de la Administración responsable de los servicios sanitarios (por ejemplo, en un caso de luxación de prótesis de cadera implantada a un paciente)
- b) y la responsabilidad civil del concesionario de la infraestructura y de los servicios no sanitarios (por ejemplo, en caso de una intoxicación por una partida de alimentos en mal estado).

Y si bien la situación que se plantea en los hospitales gestionados

bajo este tipo de fórmulas no difiere en lo sustantivo, y por lo que se refiere al régimen de responsabilidad por daños causados en el marco de la asistencia sanitaria pública, de la que pudiera plantearse respecto a determinados servicios no sanitarios externalizados (lavandería, catering, seguridad, limpieza, etc...) en hospitales gestionados directamente por la Administración bajo el modelo tradicional, lo cierto es que la magnitud de la cesión integral a la iniciativa privada de todo el elenco de actividades no estrictamente sanitarias en los nuevos hospitales gestionados bajo este tipo de fórmulas, supone un salto cuantitativo y cualitativo muy importante

### **5.3.1. Vías de acción del paciente/usuario frente a los daños ocasionados.**

En este tipo de supuestos, el paciente o usuario que sufra un perjuicio atribuible al funcionamiento de servicios no estrictamente sanitarios en estos hospitales puede plantarse:

a) bien reclamar ante la Administración responsable del centro por la vía de la responsabilidad patrimonial –en cuyo caso entraría en juego la doctrina ya expuesta–

b) bien hacerlo frente a la empresa privada titular del servicio por la vía de la responsabilidad civil.

c) o bien interponer la demanda contra ambos conjuntamente, aunque en este caso, y tras la modificación operada por la Ley Orgánica 19/2003, la demanda se debería presentar ante los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con (...) e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aún cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.” (art. 2.e. LRJCA) Por su parte, la nueva redacción del art. 9.4 de la LOPJ viene a reforzar aún más esta declaración señalando que los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva. También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas.”

*El paciente o usuario que sufra un perjuicio atribuible al funcionamiento de servicios no estrictamente sanitarios en estos hospitales puede plantarse:*

*a) bien reclamar ante la Administración responsable del centro por la vía de la responsabilidad patrimonial*

*b) bien hacerlo frente a la empresa privada titular del servicio por la vía de la responsabilidad civil.*

*c) o bien interponer la demanda contra ambos conjuntamente*

Las reclamaciones por daños acaecidos en hospitales gestionados bajo fórmulas PPP o PFI que no se deriven de la actividad estrictamente sanitaria deberían ser sometidas al conocimiento de los juzgados civiles y, por tanto, quedarían al margen de las exigencias propias del procedimiento administrativo y contencioso-administrativo de responsabilidad patrimonial cuando el paciente opte por no demandar al Servicio de Salud responsable del centro sanitario y dirigirse exclusivamente frente a la empresa titular del servicio generador del daño

No obstante, la generalización de las fórmulas de CPP para la construcción y explotación de infraestructuras sanitarias puede reabrir la polémica sobre el orden jurisdiccional competente con ocasión de las reclamaciones que los particulares interpongan frente a las entidades privadas que gestionen los servicios no estrictamente sanitarios por los daños sufridos como consecuencia, por ejemplo, de fracturas por caídas en el interior del hospital por encontrarse el suelo húmedo, intoxicaciones alimentarias, extravío de documentación clínica, etc...

La constatación de que no estamos ante una hipótesis jurídica de laboratorio la encontramos en el **Auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2006** que atribuye al **orden civil** el conocimiento de una demanda por las lesiones sufridas por una limpiadora de una Fundación Pública Sanitaria (Fundación Hospital del Oriente de Asturias) al pincharse con una aguja infectada en un quirófano. Este pronunciamiento, que parece reabrir nuevamente una polémica que parecía ya definitivamente superada tras la modificación del 2003, resulta especialmente trascendente "ya que *los hechos debatidos, según se infiere del análisis de los escritos incorporados a las actuaciones del conflicto, no tienen relación alguna con la asistencia sanitaria pública concertada, ni aparece demandada la Administración Pública*<sup>5</sup>.

A la luz de este reciente pronunciamiento de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, las reclamaciones por daños acaecidos en hospitales gestionados bajo fórmulas PPP o PFI que no se deriven de la actividad estrictamente sanitaria deberían ser sometidas al conocimiento de los juzgados civiles y, por tanto, quedarían al margen de las exigencias propias del procedimiento administrativo y contencioso-administrativo de responsabilidad patrimonial cuando el paciente opte por no demandar al Servicio de Salud responsable del centro sanitario y dirigirse exclusivamente frente a la empresa titular del servicio generador del daño (limpieza, archivo de documentación clínica, cocina, mantenimiento, etc...)

### 5.3.2. Tipos de responsabilidad que se podrían exigir.

<sup>5</sup> La Audiencia Provincial de Oviedo se había declarado incompetente para conocer de la demanda en base a lo previsto en la DA 12ª de la Ley 30/1992 –en la redacción dada por la Ley 4/1999– en relación con la Ley Orgánica 19/2003 y con la Ley 15/1997 sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud.

Pero, al margen de cuestiones puramente procedimentales, la atribución del conocimiento de estas reclamaciones al orden civil o al contencioso-administrativo- que recordemos es el propio de la Administración- implica también otro tipo de consecuencias en relación con el tipo de responsabilidad que cabría exigir:

- a) una responsabilidad subjetiva –orden civil- en la que sería necesario acreditar algún grado de culpa para lograr la indemnización
- b) una responsabilidad objetiva o patrimonial- orden contencioso-administrativa- que, como ya se ha estudiado en otros temas, no precisa de la concurrencia de ningún tipo de culpa o negligencia por parte profesional interviniente en la producción del daño.

Recordaremos brevemente que, en términos generales, la responsabilidad patrimonial se fundamenta en criterios objetivos, si bien matizados precisamente en el campo de la responsabilidad por asistencia sanitaria<sup>6</sup> por criterios moderadores como el de la adecuación de la asistencia a la *lex artis ad hoc*<sup>7</sup>. No obstante, y aún cuando los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo puedan emplear en ciertos casos criterios moderadores como el apuntado, lo cierto es que no falta numerosos ejemplos de resoluciones judiciales sobre responsabilidad patrimonial que sustentan la condena a la Administración sanitaria en postulados netamente objetivos, tanto cuando se trata estrictamente de prestación sanitaria,

<sup>6</sup> La STS-CA de 10 de mayo de 2005 establece que “ este Tribunal Supremo tiene dicho en jurisprudencia consolidada -y que, por lo reiterada, excusa la cita- el hecho de que la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas esté configurada como una responsabilidad objetiva no quiere decir, ni dice, que baste con haber ingresado en un centro hospitalario público y ser sometido en el mismo al tratamiento terapéutico que el equipo médico correspondiente haya considerado pertinente, para que haya que indemnizar al paciente si resultare algún daño para él. Antes al contrario: para que haya obligación de indemnizar es preciso que haya una relación de nexo causal entre la actuación médica y el daño recibido, y que éste sea antijurídico, es decir: que se trate de un daño que el paciente no tenga el deber de soportar”

<sup>7</sup> La SAN-CA de 26 de noviembre de 2003: “Se hace necesario, cuando los Tribunales se enfrentan ante un problema de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, fijar un parámetro que permita determinar el grado de corrección de la actividad administrativa a la que se imputa el daño; es decir, que permita diferenciar aquellos supuestos en que el resultado dañoso se puede imputar a la actividad administrativa (es decir, al tratamiento o a la falta del mismo) y aquellos otros casos en que el resultado se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos. De esta forma, y ante la inexistencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuándo el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto se utiliza con generalidad el criterio de la “lex artis” (...)criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida (“lex artis”). En el caso de que se atendiera sólo a la existencia de la lesión, se produciría una consecuencia no querida por el ordenamiento, cual sería la excesiva objetivación de la responsabilidad al poder declararse la responsabilidad con la única exigencia de la existencia de la lesión efectiva sin la exigencia de la demostración de la infracción del criterio de normalidad representado por la “Lex Artis

*El paciente o usuario lesionado opta por una reclamación directa frente al contratista. La demanda se debe presentar ante los juzgados del orden civil, que aplicarán, lógicamente, sus propios criterios de determinación de la culpa o negligencia, exigibles en vía civil*

*El paciente/usuario decide demandar a ambos conjuntamente –Servicio de Salud responsable del hospital público y contratista. serán de aplicación las reglas o criterios propios de la responsabilidad patrimonial*

como, con más intensidad si cabe, cuando los daños no guardan relación con la actividad puramente asistencial, sino que se producen con ocasión de la estancia y permanencia de pacientes o usuarios en centros sanitarios derivados de los denominados *riesgos de explotación*.

Sea como fuere, ya hemos visto cómo al concesionario codemandado en un pleito por responsabilidad patrimonial en el orden contencioso-administrativo se le aplican los mismos criterios de responsabilidad que a la propia Administración.

Veamos los distintos escenarios posibles:

- 1.- El paciente o usuario lesionado opta por una reclamación directa frente al contratista en lugar de por una reclamación por responsabilidad patrimonial frente a la Administración.

La demanda se debe presentar ante los juzgados del orden civil, que aplicarán, lógicamente, sus propios criterios de determinación de la culpa o negligencia, exigibles en vía civil para tener acceso a una indemnización -arts. 1902 y siguientes del Código civil –

- 2.- El paciente/usuario decide demandar a ambos conjuntamente –Servicio de Salud responsable del hospital público y contratista-.

La demanda se debería presentar ante los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo, y por tanto, serán de aplicación las reglas o criterios propios de la responsabilidad patrimonial<sup>8</sup>.

- 3.- Convergencia de Responsabilidades.

Cuando la producción del daño se deba o pueda deberse a una actividad en la que hayan concurrido conjuntamente la Administración y el contratista, la dificultad se presentará a

<sup>8</sup> *Presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: a) Existencia efectiva de un daño evaluable económicamente e individualizado que el interesado no tengan obligación de soportar; esto es un daño antijurídico; b) Que la lesión sufrida sea consecuencia de la dispensación de asistencia sanitaria por la Administración sanitaria, en desarrollo de funciones de la misma naturaleza, en una relación de causa a efecto; c) La concurrencia del nexo causal entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, sin interferencias extrañas que pudieran anular o descartar aquel, como que el daño no se haya producido por fuerza mayor; y d) Ejercicio de la acción en el plazo de un año, de conformidad con las previsiones del artículo 142, 5 de la Ley 30/1992.*

la hora de determinar el grado de responsabilidad de cada uno de ellos o, en su caso, de sus respectivas aseguradoras.

En aquellos modelos en los que la participación público privada converja en la actividad desarrollada en el centro sanitario, habrá que dilucidar cual es el factor determinante en la producción del daño.

Por ejemplo, en una reclamación por enucleación de un ojo a un paciente debido a una infección intraoperatoria contraída en una intervención quirúrgica de cataratas, puede que el factor determinante haya sido el incumplimiento por parte de los profesionales sanitarios –dependientes de la Administración– de las medidas de asepsia pre-operatorias que aconsejan los protocolos; pero la infección también puede deberse a un defectuoso mantenimiento de los conductos de ventilación de los quirófanos en los que se hubiera alojado la bacteria causante de la infección –actividad de la que resultaría responsable la empresa explotadora del centro. En casos en que pueda acreditarse de forma determinante la causa productora del daño, el contratista responderá de los que se produzcan como consecuencia de los procesos de ejecución que controle de forma directa e inmediata, en tanto que esta responsabilidad se excluye respecto de la parte del proceso de la que es directamente responsable la Administración.

En este sentido, la **STS de 24 de abril de 2003** señala que la Administración sólo responde de los daños verdaderamente causados por su propia actividad o por sus propios servicios, no de los daños imputables a conductas o hechos ajenas a la organización o a la actividad administrativa, pues la responsabilidad de la Administración no puede ser tan amplia que alcance a los daños derivados de actos puramente personales de otros sujetos de derecho que no guardan relación alguna con el servicio.

En apoyo a esta postura “restrictiva”, cabría citar el Dictamen del Consejo de Estado 3283/1998, de 3 de diciembre, según el cual la actividad de los facultativos y de un centro sanitario de Adeslas no resulta imputable a la Administración, y en el mismo sentido se pronuncia el Dictamen 1494/2000, de 27 de julio, también del Consejo de Estado con relación a Muface y Asisa. En definitiva, según esta corriente doctrinal y jurisprudencial, no

*Convergencia de Responsabilidades. Cuando la producción del daño se deba o pueda deberse a una actividad en la que hayan concurrido conjuntamente la Administración y el contratista, la dificultad se presentará a la hora de determinar el grado de responsabilidad de cada uno de ellos*

*Por tanto, y sin perjuicio de las múltiples variantes que puedan suscitarse en orden a la determinación de la responsabilidad, sí podemos afirmar que el modo de gestión no "anula" el régimen de responsabilidad del titular del servicio, sino más bien lo "modula". La Administración Pública no puede exonerarse de su condición de responsable del correcto funcionamiento de un servicio público como es la sanidad, sin perjuicio de su facultad de repetir contra aquel que asumió la cobertura patrimonial de los daños.*

se puede asumir una concepción amplia de la responsabilidad pues el contratista no forma parte de la organización administrativa, y por tanto, su actuación no se puede considerar imputable a la Administración.

Resulta muy discutible esta afirmación pues, como ya se ha indicado en epígrafes anteriores de este mismo tema, la responsabilidad legal de la Administración constituye uno de los límites que no se pueden sortear a través del recurso a este tipo de fórmulas de gestión indirecta.

Recordemos que el art.106 CE establece que los particulares tienen derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, *"siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos"*, sin que se haga mención alguna a que se trate necesariamente de una actuación de las Administraciones Públicas.

Por tanto, y sin perjuicio de las múltiples variantes que puedan suscitarse en orden a la determinación de la responsabilidad, sí podemos afirmar que el modo de gestión no "anula" el régimen de responsabilidad del titular del servicio, sino más bien lo "modula". La Administración Pública no puede exonerarse de su condición de responsable del correcto funcionamiento de un servicio público como es la sanidad, sin perjuicio de su facultad de repetir contra aquel que asumió la cobertura patrimonial de los daños.

Dos recientes sentencias<sup>9</sup> se han pronunciado sobre la eventual responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado por la defectuosa asistencia sanitaria prestada a pacientes mutualistas en centros privados concertados.

¿Tiene la Administración del Estado obligación de responder por una supuesta "mala praxis médica" cuando la asistencia sanitaria prestada al paciente lo ha sido por una entidad privada libremente escogida por el mutualista (ya sea, Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado -MUFACE-, Mutualidad General de Justicia- MUGEJU- o Instituto Social de las Fuerzas Armadas -ISFAS)?

¿Podemos dar por válidos los argumentos de la Administración

<sup>9</sup> Sentencias de la Audiencia Nacional de 16 de febrero y 5 de mayo de 2011.

de que no procede exigir responsabilidad alguna al Estado ya que en estos casos ninguna de las entidades mutualistas- MUFACE/ MUGEJU/ISFAS- presta ningún tipo de asistencia sanitaria, sino que es la propia entidad concertada elegida libremente por el mutualista la que los ha prestado?

Pues bien, la respuesta a estas interrogantes viene de la mano de lo previsto en la **Ley de Contratos del Sector Público**, y en concreto en su **Disposición Adicional Vigésimo Tercera**, en la que se dice textualmente que *“ los conciertos que tengan por objeto la prestación de servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica y que, para el desarrollo de la su acción protectora, celebren 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, tendrán la naturaleza de contratos de gestión de servicio público regulándose por la normativa especial de cada mutualidad, y en todo lo no previsto por la misma, por la legislación de contratos del sector público”*.

La Sala, siguiendo el criterio fijado por el TS en su sentencia de 25 de marzo de 2009, afirma que *“con esta disposición, la Ley considera expresamente sometidos los conciertos del tipo del que trae causa la asistencia prestada a la parte actora, celebrado entre el ISFAS y ADESLAS, al régimen del **contrato de gestión de servicio público** (...) figurando entre las obligaciones del contratista la de indemnizar los daños que se causen a terceros... (art. 256.c) de la LCSP*).

Procede portanto aplicar **el régimen general de responsabilidad previsto en la LCSP**, de modo que como establece el TS en su sentencia de 20 de junio de 2006 para los casos de prestación sanitaria concertada. *“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...”*.

En definitiva, la generalización del empleo de fórmulas de CPP para la construcción y explotación de infraestructuras sanitarias plantea nuevos desafíos a los Tribunales a la hora de determinar, procesal y sustantivamente, los criterios de imputación de la responsabilidad derivada de la actividad sanitaria y auxiliar de

estos nuevos hospitales.

## Referencia bibliográficas

- 1.- *Abogacía General del Estado. Dirección del Servicio Jurídico del Estado.: "Manual sobre Responsabilidad Sanitaria", Aranzadi, 2009.*
- 2.- *Domínguez Luelmo, A.: Derecho sanitario y responsabilidad médica (comentario a la Ley 41/2002 de 14 de noviembre sobre derechos del paciente) Editorial Lex Nova, Valladolid, 2007.*
- 3.- *Galán Cortés, J.L.: "Responsabilidad Civil Médica, Thomson Civitas, 2007.*
- 4.- *Gallardo Castillo, M.J.: "La responsabilidad jurídico-sanitaria", La Ley, 2011.*
- 5.- *Larios Risco, D. y Lomas Hernández, V.: "Modelos de colaboración público-privada para la construcción y gestión de infraestructuras sanitarias", Volumen 15, Número 2 de Revista Derecho y Salud, 2007.*
- 6.- *Villar Rojas, F.J.: "La Concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales", nº 172 de Revista de Administración Pública.*