

## LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS CENTROS SANITARIOS CONCERTADOS. INCIDENCIA DE LOS ASPECTOS PROCESALES EN LA REAPERTURA DE UNA POLÉMICA

**Antonio Evaristo Gudín R-Magariños**

*Doctor en Derecho. Secretario Judicial del Juzgado Central nº 6 de la Audiencia Nacional. Coordinador del programa Lex-Net en la Audiencia Nacional.*

Recepción: 15 de mayo de 2010

Aceptación por el Consejo de Redacción: 8 de junio de 2010

### **RESUMEN:**

La tendencia a ampliar la legitimación en vía contencioso administrativa a fin de conseguir la ansiada exclusividad de la jurisdicción contenciosa en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas ha determinado un cambio de orientación jurisprudencial en una materia en el que los cambios jurisprudenciales han sido continuos. Se analiza la controversia surgida entre la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo y las eventuales consecuencias que se derivan del nuevo marco normativo que surge con la nueva Ley de Contratos del Sector público.

**Palabras clave:** Responsabilidad de la Administraciones Públicas, centros sanitarios concertados. Exclusividad de la jurisdicción contencioso-administrativa.

### **ABSTRACT:**

The tendency to expand «locus standi» in order to achieve the desired exclusivity of administrative jurisdiction about liability of public administrations has identified a shift in case law, in a matter in which jurisprudential changes have been continuous. Is analyzed the dispute between the National Court (Audiencia Nacional) and the Supreme Court (Tribunal Supremo) and the possible procedural consequences of the new regulatory framework raised with the new Law on Public Sector Contracts.

**Keywords:** Liability of Public Authorities. Health facilities. Exclusive to the administrative courts.



***La reponsabilidad patrimonial de los centros sanitarios concertados.  
Incidencia de los aspectos procesales en la reapertura de una polémica***

**Sumario:** I. El origen del cambio de criterio jurisprudencial: la extensión de la legitimación en vía contencioso administrativa. II. El régimen de responsabilidad patrimonial de las sociedades concertadas en la Ley de Expropiación Forzosa. III. Responsabilidad de la Administración por la gestión de servicios públicos por las sociedades concertadas en la Ley de Contratos del Estado de 1995. IV. La nueva configuración de la responsabilidad de las sociedades concertadas como consecuencia de la instauración del principio de unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. V. El criterio adoptado por la Audiencia Nacional. VI. La posición del Tribunal Supremo. Las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2007 y 24 de mayo de 2007. VII. La gestión de servicios públicos concertados en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. VIII. Alcance de la distribución de responsabilidad en los conciertos alcanzados con la Administración en relación a tercero. IX. Conclusiones.

## **I. EL ORIGEN DEL CAMBIO DE CRITERIO JURISPRUDENCIAL: LA EXTENSIÓN DE LA LEGITIMACIÓN EN VÍA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA**

El cambio jurisprudencial que ahora se aborda se manifiesta como una cuestión postrera de otra de no menor envergadura, la relativa a la exclusividad de la jurisdicción contencioso-administrativa para el conocimiento de las cuestiones relativas a la responsabilidad patrimonial de la Administración. Esta controversia que se inicia ya en la propia Ley de Expropiación Forzosa del año 1954, luego de diversas vacilaciones legales y jurisprudenciales se solventa definitivamente durante la década de los años noventa, mediante ciertas reformas legales que aseguraron el principio de unidad jurisdiccional, criterio que pese a la rotunda y categórica voluntad del legislador no ha resuelto todos los problemas.

Para el entendimiento de esta cuestión, se hace preciso conocer la evolución legal y jurisprudencial del principio de unidad jurisdiccional en los últimos años. Durante la década de los años 90 y finales de los 80, una de las principales obsesiones de la doctrina y del legislador fue la de compatibilizar la posibilidad de residenciar en la jurisdicción contencioso administrativa las cuestiones relativas a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas con el principio de unidad de jurisdiccional, impidiendo el lamentable peregrinaje jurisdiccional. La obsesión por residenciar en la jurisdicción contencioso-administrativa las cuestiones relativas a la responsabilidad de las administraciones públicas no derivaba tanto del hecho de que fuese más apropiada o que impidiese la rotura de la unidad de criterio jurisdiccional, como de una cuestión eminentemente práctica, la imposibilidad de que los servicios jurídicos del Estado se pudiesen constituir en todos y cada uno de los órganos jurisdiccionales ordinarios, siendo más idóneo para la defensa de los intereses del Estado residenciar los mismos en sede contenciosa.

Sin embargo, el hacerlo así implicaba de suyo, grandes dificultades en orden al mantenimiento de la continencia de la causa, dada la dificultad de fijar los linderos de dicha responsabilidad y del concepto de servicio público. Como se ha señalado anteriormente, la Ley de Procedimiento Administrativo Común y Régimen de las Administraciones Públicas supuso un giro importante en la ordenación de la materia, al imponer el monopolio absoluto de la jurisdicción contencioso administrativa, no sólo por el hecho de restablecer el principio de unidad de jurisdiccional para el conocimiento de estos temas, -con independencia del carácter público o privado de la actuación administrativa (art. 144 en relación con el art. 142.6 de la LRAPAC)- sino estableciendo la exclusividad de esta jurisdicción, al señalar en el artículo 145.2 que los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades a su servicio, pudiendo aquella repetir contra éstos (art. 145.2) de modo tal que la vía administrativa constituía una verdadera pantalla respecto de las eventuales reclamaciones que se pudiesen dirigir frente a aquellos. Posteriormente la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ha venido a consagrar expresamente este principio de unidad jurisdiccional, en el artículo 2-d), al atribuir al orden jurisdiccional contencioso administrativo el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, no pudiendo ser demandadas aquellas por otro motivo ante los órganos jurisdiccionales civil o social.

La jurisprudencia se fue también abriendo paso a estas ideas.<sup>1</sup> Pese a las iniciales vacilaciones jurisprudenciales, tras las resoluciones de Conflictos del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1994 y 27 de octubre de 1994, la jurisprudencia acogió este criterio

---

1 Cabe citar en particular la sentencia de 3 de julio de 2003, en recurso de casación para la unificación de doctrina nº 128/2002, la cual se ha mostrado favorable al conocimiento sobre el fondo del asunto respecto de los otros sujetos responsables: *...como ya destacaba la Exposición de Motivos de la Ley Jurisdiccional aplicable al caso, de 27 de diciembre de 1956, y corrobora la vigente de 13 de julio de 1998, de la existencia de un acto o actuación de la Administración pública sometida a Derecho Administrativo, pero no es el contenido de ese acto el que condiciona las facultades de revisión jurisdiccional de los Tribunales de este orden, sino que son las peticiones de la demanda las que determinan, cuantitativa y cualitativamente, el contenido de la pretensión impugnatoria, siempre que la Administración hubiera tenido la oportunidad de resolver sobre las mismas, e interpretando, además, esta última expresión, o esa posibilidad u oportunidad, en sentido amplio y abierto, y no en el estricto de formulación mimética en vía jurisdiccional de las pretensiones articuladas y deducidas previamente en la administrativa. Entender lo contrario, equivaldría volver al ya antiguo superado criterio, de que esa vía administrativa, a la que habría que referir estrictamente las pretensiones luego deducidas en la jurisdiccional, constituía una suerte de primera instancia del proceso contencioso administrativo, algo así como una vuelta a la fase calificada como del Ministro-Juez, de la que dependería, incluso, la posibilidad de apreciar conceptos puramente procesales como el de congruencia, que, por elemental lógica, sólo puede ser referido a la adecuación a pretensiones deducidas en el "proceso" y no en fases administrativas previas.* Véase también en este sentido Sentencias de 3 de octubre de 1998 (recurso de apelación 9487/92, F.J. 3º), 7 de noviembre de 1998 (recurso de apelación 207/93), 6 de febrero y 1 de marzo de 1999 (recursos de casación 5658/93 y 468/94, respectivamente)

de modo uniforme atribuyendo el conocimiento de las reclamaciones dirigidas contra la Administración Sanitaria a la jurisdicción contencioso administrativa.<sup>2</sup> De igual modo, esta extensión de la jurisdicción contenciosa se ha ampliado también, con motivo de la redacción de la Disposición Adicional 12ª de la Ley de Procedimiento Administrativo, verificada por la Ley 4/1.999 de 13 de enero, a la actuación en régimen de concesión administrativa, superando de igual modo el problema de la gestión de servicios públicos en régimen privado. También se apunta en esta dirección, la propia Ley del Contratos del Estado del año 2000, que autorizó la concertación de esta suerte de contratos, que a decir de la misma, tienen carácter privado y se hallan sujetos a la jurisdicción civil y no a la contenciosa. Este criterio fue ampliamente aceptado por la doctrina y ha tenido eco en la jurisprudencia en las resoluciones de la Sala Especial de conflictos de competencia de 27 de diciembre de 2001<sup>3</sup> y 21 de octubre de 2002<sup>4</sup>. Por último, la reforma del art. 9.4 de la LOPJ, operada por la Ley 19/2003, de 23 de diciembre, ha venido a solventar los problemas que surgen de la tendencia a derivar estas cuestiones a la jurisdicción ordinaria en los supuestos de aseguramiento privado de la Administración, corrigiendo esta desviación incipiente de la acción de responsabilidad, y estableciendo una cláusula genérica que de suyo serviría de cajón de sastre para cualquier tipo de formas de gestión que puedan presentarse en el futuro.<sup>5</sup>

---

2 Así en la sentencias del Tribunal Supremo sección sexta de 3 de julio de 2001 y 19 de junio de 1998, (R.J. 592/98) ya no se hace cuestión del tema. Particularmente en la segunda de las sentencias citadas se fundamenta exclusivamente la incompetencia jurisdiccional, en el sólo hecho de la apreciación de la existencia de responsabilidad objetiva por parte de la Administración.

3 TS, Sala de Conflictos de Competencia, A de 27 de diciembre de 2001, ponente: Álvarez Cienfuegos, José María, RJ 33/2001 (Recurso: 41/2001)

4 TS, Sala de Conflictos de Competencia, A de 21 de Octubre de 2002, ponente: O'Callaghan Muñoz, Xavier, RJ 38/2002 (Recurso: 22/2002)

5 Para de ANGEL YAGÜEZ, si la acción directa del artículo 76 de la Ley del Contrato de seguro se ha caracterizado precisamente por ser directa, esto es, por la nota de constituir una acción autónoma perfectamente distinta de la que la víctima ostenta contra el causante de ese daño, se deduce que aquella, es susceptible de ser ejercitada también de manera independiente. SEIJAS QUINTANA defiende también esta postura, con fundamento en el artículo 9.4 de la LOPJ al estimar que la aseguradora, ni es autoridad, ni personal dependiente de la Administración, no es sujeto concausante, sino que se limita a responder del daño que causa la Administración en los términos convenidos en el contrato, sin tener intervención, en el evento, por lo que no es posible identificarla con los particulares. También se apunta en apoyo de esta tesis, la propia Ley del Contratos del Estado, ya que ésta autoriza la concertación de esta suerte de contratos, que a decir de la misma, tienen carácter privado y se hallan sujetos a la jurisdicción civil y no a la contenciosa administrativa. Este criterio fue ampliamente aceptado por la doctrina y ha tenido eco en la jurisprudencia en las resoluciones de la Sala Especial de conflictos de competencia de 27 de diciembre de 2001 y 21 de octubre de 2002. Véase en este sentido: ORRIOLS SALLES, M.A.: "Un paso atrás en el principio de unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad como consecuencia de la presencia de compañías aseguradoras en el proceso" *Revista Jurídica*, año XXIV, núm. 5.720, 17 de febrero de 2003., ref. D-40, tomo 1º, págs. 1.676 y ss. DE ANGEL YAGÜEZ, R. (2002): "Acción directa del perjudicado contra la aseguradora de una Administración Pública,

Estas últimas reformas legislativas, presentaban un mismo designio común, a saber, el albergar ciertas modificaciones normativas con la finalidad la atribución a los tribunales del orden jurisdiccional administrativo de manera exclusiva y excluyente el conocimiento de la totalidad de las pretensiones procesales en las que se reclame responsabilidad patrimonial al menos frente a una Administración Pública, y con absoluta independencia de cualesquiera otras consideraciones. Este designio enunciado en la Ley de Procedimiento Administrativo Común, no tiene otra finalidad que la de terminar de una vez por todas con el gráficamente denominado fenómeno del peregrinaje de jurisdicciones, que al amparo de una desgraciada conjugación de circunstancias, (de entre las que se sobresalen, según GARBERI LLOBREGAT,<sup>6</sup> -una supuesta ambigüedad normativa-, y sobre todo, -la numantina defensa por parte de algunos colectivos judiciales, *en pro*, del mantenimiento de aquellas competencias-), habían impedido residenciar racionalmente estas decisiones en las solas manos del orden jurisdiccional administrativo. La reforma del artículo 9.4 de la L.O.P.J., se inscribe, pues con toda claridad, en una ya dilatada política legislativa de progresiva atribución al orden jurisdiccional administrativo de la competencia exclusiva y excluyente para el enjuiciamiento de esta clase de reclamaciones de responsabilidad patrimonial. Política legislativa que como es bien sabido, en un primer estadio optó por la radical vía de implantar algunas prohibiciones, para pasar en una segunda, y esperemos que última etapa, a la más bondadosa estrategia de la ampliación del círculo de personas pasivamente legitimadas en el proceso administrativo.

Lo que no establece la ley, es si como consecuencia de ello, los tribunales de lo contencioso puedan entrar sobre el fondo cuando se haya desestimado la reclamación frente a la Administración. No parece deducirse esta conclusión, expresamente del tenor literal de aquel precepto, sin embargo pese a lo exorbitante de tal medida, algún autor como LEGUINA, apunta que esta sería la interpretación más adecuada a la finalidad de la norma, a fin de evitar la ruptura de la continencia de la causa y terminar definitivamente con el absurdo peregrinar jurisdiccional.<sup>7</sup> En todo caso y como tiene declarada la Sala de

---

jurisdicción competente (contraste y/o conincidencia entre conceptos e intereses)”, publicado en revista jurídica LA LEY, el 26 de junio de 2002, nº 5.5574, D-170, tomo 4º, p. 1941 y ss.

6 Cfr. GARBERI LLOBREGAT, J. (2004): “Una mala nueva para las compañías aseguradoras que cubran la responsabilidad de las Administraciones Públicas”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Año XIV, nº 623, 13 de mayo de 2.004

7 Vid. LEGUINA VILLA, J. (1998) “Comentarios al artículo 2.e)”, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, varios autores, edición especial conmemorativa del número 100 de la Revista Española de Derecho, oct.-dic. 1998. En algún caso aislado, la jurisprudencia se ha abierto paso a estas ideas. Cabe citar en particular la sentencia de 3 de julio de 2003, en recurso de casación para la unificación de doctrina nº 128/2002, la cual se ha mostrado favorable al conocimiento sobre el fondo del asunto respecto de los otros sujetos responsables: *...como ya destacaba la Exposición de Motivos de la Ley Jurisdiccional aplicable al caso, de 27 de diciembre de 1956, y corrobora la vigente de 13 de julio de 1998, de la existencia de un acto o actuación de la Administración pública sometida a Derecho Administrativo, pero no es el contenido de ese acto el que condiciona las facultades de revisión jurisdiccional de los Tribunales de este orden, sino que son las peticiones de la demanda las que determinan, cuantitativa*

Conflictos del TS (AATS, Sala de Conflictos, 9 de abril de 2003, conflicto de competencia n.º 6/2003; 19 de febrero de 2008, conflicto de competencia n.º 39/2007; 19 de junio de 2009, conflicto de competencia n.º 6/2009), este principio de exclusividad, lo es en la medida en que se encuentre demandada una Administración Pública, debiendo depurarse dichas responsabilidades ante la jurisdicción ordinaria cuando la reclamación únicamente se dirige contra el contratista, y que el artículo 9.4 LOPJ impone la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa únicamente cuando la demanda se dirija contra la Administración separadamente o conjuntamente con el particular que concurra a la producción del daño o con la aseguradora de la Administración.

En este punto del debate es el que da pie a la problemática que ahora se aborda, pues al aumentar hasta lo indecible el número de las agentes legitimados en esta vía, la cuestión que ha surgido ahora es la de determinar hasta donde llega el límite del círculo de legitimados en los supuestos de gestión indirecta y el alcance de su responsabilidad, particularmente en los casos de centros sanitarios concertados con la Administración. Esta extensión de la legitimación determinó una confusión del ejercicio del derecho y la legitimación procesal, reactivando una polémica clásica en nuestro derecho y que aparecía hasta entonces superada, la relativa a la responsabilidad de las administraciones públicas por la actuación de los sociedades concertadas.

## II. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS SOCIEDADES CONCERTADAS EN LA LEY DE EXPROPIACIÓN FORZOSA

Esta cuestión se regula por primera vez en nuestro ordenamiento en la Ley de Expropiación Forzosa, que aborda en el art. 121 el problema de los sujetos imputables, y en los artículos 123 de la propia Ley (que remite al 122.2 y 137 del Reglamento) que regulan el procedimiento administrativo específico a través del cual deberán de substanciarse estas reclamaciones.<sup>8</sup> El párrafo 1º del artículo 121 estableció la regla general de que: «Darán

---

*y cualitativamente, el contenido de la pretensión impugnatoria, siempre que la Administración hubiera tenido la oportunidad de resolver sobre las mismas, e interpretando, además, esta última expresión, o esa posibilidad u oportunidad, en sentido amplio y abierto, y no en el estricto de formulación mimética en vía jurisdiccional de las pretensiones articuladas y deducidas previamente en la administrativa. Entender lo contrario, equivaldría volver al ya antiguo superado criterio, de que esa vía administrativa, a la que habría que referir estrictamente las pretensiones luego deducidas en la jurisdiccional, constituía una suerte de primera instancia del proceso contencioso administrativo, algo así como una vuelta a la fase calificada como del Ministro-Juez, de la que dependería, incluso, la posibilidad de apreciar conceptos puramente procesales como el de congruencia, que, por elemental lógica, sólo puede ser referido a la adecuación a pretensiones deducidas en el “proceso” y no en fases administrativas previas.*

8 Hasta la Ley de Expropiación Forzosa la doctrina admitía pacíficamente que la responsabilidad de contratistas y concesionarios estaba sometida a las normas del derecho civil y al conocimiento de la jurisdicción ordinaria, así el artículo 121 de la Ley de Obras Públicas de 1877 y el art. 256 de la Ley de Aguas de 1879.

lugar a indemnización (...) toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta ley se refiere siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o (de) la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo». Y el párrafo 2 añadía lo siguiente: «En lo servicios públicos concedidos correrá la indemnización a cargo del concesionario, salvo en el caso en que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste».

Como señala HORGUÉ BAENA,<sup>9</sup> pocos preceptos como éstos han suscitado tanta confusión. Incluso catorce años después de su promulgación, BOCANEGRA SIERRA<sup>10</sup> llamaba la atención acerca de que las previsiones legales abrieron una situación de incertidumbre todavía no resuelta, y es que como señala la autora primeramente citada, el cambio tan trascendental que implicó el régimen de responsabilidad extracontractual de la Administración pública instaurado por la LEF necesitó de tiempo para aquilatar los perfiles de la institución.

Una primera lectura de este artículo permite descubrir una regla general, una regla especial y una excepción a la regla especial.

a) Regla general: La Administración pública responde de los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos, sin perjuicio de las acciones de la Administración frente a los funcionarios intervinientes (párrafo primero).

b) Regla especial: En los servicios públicos concedidos correrá la indemnización a cargo del concesionario (inciso primero del párrafo segundo).

c) Excepción a la regla especial: Correrá la indemnización a cargo de la Administración, y no del concesionario, cuando el daño se causa por verse obligado éste a cumplir alguna cláusula impuesta por aquélla (inciso segundo del párrafo segundo).

Posteriormente se publicó, como es sabido, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado que trata «de la responsabilidad del Estado y de sus autoridades y funcionarios» en los artículos 40 a 49, en los que se reproduce, en esencia, el contenido de los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa si bien se silencia en absoluto el supuesto de existencia de concesionario interpuesto, del párrafo 2 del citado artículo 121. Como señala, la STS Sala 3ª de 9 de mayo de 1989, ponente

---

9 Vid. HORGUÉ BAENA, C. (1998): “Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros”, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 18, 1978, pág. Revista de Administración Pública, núm. 147. Septiembre-diciembre 1998, p. 337

10 Vid. BOCANEGRA SIERRA, R. (1978): Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 18, 1978, pág. 308



el magistrado González Navarro, en el ánimo de los redactores de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado debió pesar la preocupación sistemática de separar lo que veían como dos cuestiones distintas: responsabilidad de la Administración y responsabilidad del concesionario. De esta manera, lo que en la Ley de Expropiación Forzosa se regula como un tema unitario -responsabilidad de la Administración, actuando o no mediante la interposición de concesionario-, en la legislación posterior aparece distorsionado, diferenciando entre uno y otro régimen lo que en su inicio estaban sistemáticamente unidos.<sup>11</sup> Desde esta perspectiva el supuesto de responsabilidad previsto para los contratistas había de quedar en relación con el ámbito material en que aparece inserto, o sea con el de la responsabilidad extracontractual de la Administración pública.<sup>12</sup> Se llegaría, así, a equiparar la noción de servicios públicos, a efectos de responsabilidad extracontractual, con la de actuación de la Administración Pública sometida a Derecho administrativo. Por ello, como señala HORGUÉ BAENA, era común en la doctrina entender que era necesario, para que el evento dañoso fuese imputable a una Administración Pública, la integración en la organización administrativa del agente causante de la lesión. Desde esta perspectiva, la generalidad de la doctrina, al tiempo de la publicación de la Ley de Expropiación Forzosa, estimaba que los daños ocasionados por los concesionarios de servicios públicos no eran en principio imputables a la Administración al no estar estos sujetos integrados en la organización administrativa.<sup>13</sup>

---

11 La distorsión se había iniciado ya en el Reglamento de servicios de las Corporaciones Locales (artículo 128,1,3.º), y continuó en la legislación de contratos del Estado (artículos 72 de la Ley, 134 y 218), donde se regula ya la responsabilidad del concesionario a terceros como tema autónomo, es decir, desconectado totalmente de la Ley de expropiación forzosa y de su Reglamento, así como de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado que -salvo en el 134, del Reglamento de la Ley de contratos, sobre contratos de obras- no se mencionan siquiera. Años después la Ley de Autopistas de 1972 (artículo 19), parece que vuelve a conectar ambos temas, responsabilidad de la Administración y responsabilidad del concesionario.

12 En este sentido el artículo 126, del Reglamento de servicios de las Corporaciones locales admite la posibilidad de una delegación de funciones administrativas al concesionario, en su sentido estricto y propio de transferencia del ejercicio de aquellas y no de su titularidad. Y así, mientras en el párrafo primero declara que la Administración concedente conserva la titularidad, afirma en el párrafo 3: «Los actos de los concesionarios realizados en el ejercicio de las funciones delegadas serán recurribles en reposición ante la Corporación concedente, frente a cuya resolución se admitirá recurso jurisdiccional con arreglo a la Ley».

13 Cfr. HORGUÉ BAENA, C. (1998): 338. Siendo el criterio el servicio público el criterio rector para la delimitación de las responsabilidades la generalidad de la doctrina, estimó que el régimen de responsabilidad exigible al concesionario es del mismo tipo que la que se venía a establecer para la Administración pública de naturaleza objetiva. Aunque en una primera etapa existieran discrepancias al respecto, como es el caso emblemático de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, para quien el régimen de responsabilidad aplicable al concesionario debe ser el privado en tanto que sujeto de este carácter, la doctrina mayoritaria se ha posicionado por mantener el mismo ámbito de responsabilidad para el concesionario o contratista que para la Administración; esto es, el funcionamiento normal o anormal del servicio público. Igual entendimiento se aprecia en la doctrina del Consejo de Estado y en la jurisprudencia contencioso-administrativa. Cfr. HORGUÉ BAENA, C. (1998): 343

La legislación de contratos del Estado, fue la que dio la impronta definitiva a estos preceptos, pues aún sin tener una referencia expresa a la cuestión de la responsabilidad patrimonial de los contratistas, escindió definitivamente la responsabilidad por la titularidad del derecho de la de su ejercicio. Tal posicionamiento se deriva, con toda claridad en el artículo 197 del Reglamento de Contratos del Estado: *«Antes de proceder a la contratación de la gestión de un servicio público deberá hallarse promulgado el régimen jurídico básico del mismo que atribuya las competencias administrativas... y que declare expresamente que la actividad de que se trate queda asumida por el Estado como propia del mismo»*. Así como también, en el artículo 126, del Reglamento de servicios de las Corporaciones locales: *«En la ordenación jurídica de la concesión se tendrá como principio básico que el servicio concedido seguirá ostentando en todo momento la calificación de servicio público de la Corporación local a cuya competencia estuviere atribuido»*. Nótese que dice: en todo momento esto es mientras dure la concesión y cualquiera que sea el tipo de relaciones -públicas o privadas- a que dé lugar en su desenvolvimiento. A la vista de la letra de estos preceptos y de la misma técnica utilizada resultaba indudable la voluntad del legislador de escindir el ejercicio de la titularidad del servicio público, el problema estaba en determinar, si la responsabilidad de la Administración era meramente negativa o culpa in vigilando, o si de algún modo en la gestión de los servicios públicos mediante contrato, la Administración, como consecuencia de la delegación de la gestión de aquellos, había asumido previamente la actividad de que se trata, por considerarla indispensable para la vida de la sociedad, mediante la conversión de tal actividad en competencia administrativa.<sup>14</sup>

Pero es sobre todo, la introducción de un párrafo tercero en el art. 134 del Reglamento de Contratos del Estado 3410/1975 de 25 de noviembre, el que va a marcar decididamente la distinción entre la responsabilidad por la detentación de la titularidad del servicio público, de la responsabilidad de la Administración por la prestación del mismo:

*«Las reclamaciones de los terceros se presentarán, en todo caso, en el término de un año, ante el órgano de contratación que decidirá en el acuerdo que dicte, oído el contratista, sobre la procedencia de aquéllas, su cuantía y la parte responsable. Contra su acuerdo podrá interponerse recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa.»*

La referencia a la determinación de la parte responsable, así como la posibilidad de recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa, era prueba evidente de la necesidad de deslindar aquellas responsabilidades. De este modo, el particular lesionado podría exigir de la Administración contratante titular de la obra o servicio público en régimen objetivo y directo, la indemnización por los daños derivados de la gestión del servicio realizado a través de contratista interpuesto, debiendo la Administración si se daban los requisitos de responsabilidad patrimonial exigidos, abonar la indemnización al dañado, sin perjuicio de que aquélla pudiese repetir frente al contratista, si el daño no fue debido a órdenes inmediatas y directas de la Administración ni a vicios del proyecto técnico.<sup>15</sup>

14 TS, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, S de 9 de Mayo de 1989 ponente: González Navarro, Francisco

15 Vid. VILLAR EZCURRA, J.L. (1981): *La responsabilidad en materia de servicios públicos*. Servicio de publicaciones de la facultad de derecho de la Universidad Complutense de Madrid,

Esta tesis fue mantenida por el consejo de Estado en su dictamen 34689, de 13 de julio de 1967, en el que se plantea por primera vez la aplicación de la LEF a los concesionarios de servicios, criterio seguido posteriormente por los dictámenes 36913, de 18 de junio de 1970 y 38603, de 12 de julio de 1973 y otros,<sup>16</sup> y que ha tenido también su reflejo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En este sentido pueden ser citadas entre otras las sentencias de 28 de mayo de 1980<sup>17</sup>, 1 de abril de 1985,<sup>18</sup> 19 de mayo de 1987,<sup>19</sup> y 9 de mayo de 1989,<sup>20</sup> 9 de Mayo de 1995,<sup>21</sup> 12 de Febrero de 2000<sup>22</sup> y 8 de Julio de 2000.<sup>23 24</sup>

Sin embargo, para otro sector doctrinal la responsabilidad del contratista por los daños que ocasionen en la gestión del servicio público o en la ejecución de la obra pública sería directa y objetiva. Los autores que sostienen esta postura, que venía siendo la más extendida, esgrimen la improcedencia de convertir a la Administración en aseguradora universal de todos los daños que deriven del funcionamiento del servicio público o de la ejecución de la obra, lo cual no es óbice para que admitan de un modo u otro el principio sustentador del régimen de responsabilidad administrativa para asegurar la indemnidad del patrimonio de la víctima que ha sufrido un daño antijurídico con ocasión del servicio

---

p. 19 y 22. JURISTO SÁNCHEZ, R. (1983) *La ejecución del contrato de Obra Pública*, Madrid 1983, p. 165 y ss. SUAY RINCÓN, J. (1996): “La ejecución del contrato administrativo la cesión del contrato y la subcontratación” en *Comentarios a la ley de contratos de las administraciones públicas dirigido por Gómez Ferrer Morant*, Civitas, Madrid 1996, p. 415.

16 Véase igualmente los dictámenes públicos 45276, de 17 de junio de 1983; 53623, de 27 de julio de 1989; 893, de 3 de diciembre de 1992; 1601, de 20 de julio de 1995. En relación a los contratistas de obras públicas, los siguientes Dictámenes: 36913, de 18 de junio de 1970; 38603, de 12 de julio de 1973; 55380, de 25 de octubre de 1990. Asimismo, en esta línea se sitúa el Consejo Consultivo de Andalucía; vid. Dictámenes 17/95, de 2 de marzo; 20/95, de 16 de marzo; y 55/95, de 28 de septiembre

17 TS, Sala de lo contencioso Administrativo, sección 4ª, RJ 1688/1990, de 28 de mayo de 1980, ponente José Gabaldón López

18 TS, Sala de lo contencioso Administrativo, de 1 de abril de 1985 ponente Paulino Martín Martín

19 TS, Sala de lo contencioso Administrativo, 19 de mayo de 1987, ponente Garralda Valcárcel

20 TS, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección 1ª, RJ 1989/2287, de 9 de mayo de 1989 ponente González Navarro, Francisco.

21 TS, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección 1ª, RJ 1995/2605 de 9 de mayo de 1995 ponente Peces Morate, Jesús Ernesto, (Rec. nº 527/1993)

22 TS, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección 6ª, RJ 2000/1004 de 12 de febrero de 2000, ponente Peces Morate, Jesús Ernesto, (Rec. nº 3342/1992)

23 TS, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección 6ª, RJ 2000/5632 de 12 de febrero de 2000 ponente Peces Morate, Jesús Ernesto (rec. nº 3342/1992).

24 Una crítica a esa jurisprudencia la podremos encontrar en BELADIEZ ROJO, M. (1997): *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos: con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo*. Madrid, Tecnos, p. 178 y ss.

público.<sup>25</sup> En este sentido, el contratista tendría la obligación de indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato, salvo por los daños y perjuicios que hubiesen sido ocasionados como consecuencia de una orden o actuación de la Administración en cuyo caso sería esta la responsable.<sup>26</sup> En tal sentido, BOCANEGRA SIERRA, estimaba que los daños que no puedan serle imputados a la Administración no pueden ser de ningún modo atendidos por ella, no habiendo solidaridad alguna entre la Administración y el contratista ni siendo en absoluto equiparables entre sí la técnica de la concesión con la de la Delegación.<sup>27</sup> Y es que ciertamente los daños causados fuera del giro o tráfico de lo que supone la recta realización del servicio, implican de suyo vía de hecho que no puede ser comprendida dentro de la habilitación conferida por la Administración, ni puede hacerse a esta responsable de los mismos. Bajo estos argumentos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo fue abandonado el criterio sostenido en las sentencias anteriormente citadas, en orden a delimitar el alcance de la delegación, véanse por ejemplo en este sentido las sentencias de la Sala 3ª de 31 de julio de 1989<sup>28</sup>, de 25 de enero de 1992<sup>29</sup>, y 31 de marzo de 1998<sup>30</sup> y de 9 de febrero de 1999<sup>31</sup> y de 20 de octubre de 1998<sup>32</sup> <sup>33</sup>.

25 A fin de garantizar la total indemnidad de todas las partes, se aprecia la tendencia a imponer en los contratistas y concesionarios la suscripción de pólizas de seguros que cubran todos los daños que puedan causar a terceros y garanticen la completa exención de la entidad pública contratante. (Vid. Ruiz Ojeda, A. (2002): «La responsabilidad de la Administración contratante en los supuestos de daños causados a terceros por sus contratistas y concesionarios, (inercias y atolladeros del instituto resarcitorio en el ámbito de la contratación administrativa» *Nuevas líneas jurisprudenciales sobre responsabilidad patrimonial de la Administración*. Dir. por Joaquín García Bernaldo de Quirós Cuadernos de Derecho Judicial Madrid, nº 2/2002, p. 151-180. Previsiones que en el ámbito de la sanidad concertada vienen determinadas por imperativo legal en los arts. 40 g) y 46 de la Ley de Ordenación de las profesiones sanitarias 44/2003 de 21 de noviembre

26 Vid. MORENO MOLINA, J.A. (2007): *La nueva Ley de contratos del sector público: Estudio sistemático*, La Ley p. 588

27 Vid. BOCANEGRA SIERRA, R.E. (1996), *Concesionarios y Contratistas*, Cuadernos de derecho Judicial, nº 14, 1996, ejemplar dedicado a la Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones públicas, dir. por Luis Martín Rebollo, p. 112 a 122

28 TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, RJ 1121/1989 de 31 de julio 1989, RJ 1121/1989 ponente: Barrio Iglesias, Jesús Ernesto, (recurso núm. 612/1983)

29 TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, RJ 436/1992 de 25 de enero de 1992, ponente: Ruiz Sánchez José Luis, (recurso núm. 307391/1984)

30 TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, RJ 2132/1998 de 31 de marzo de 1998, ponente: Mateos García, Pedro Antonio, (recurso núm. 3889/1993)

31 TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, RJ 793/1999 de 9 de febrero de 1999, ponente: Mateos García, Pedro Antonio (recurso núm. 22/1993)

32 TS, Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, RJ 6070/1998 de 20 de octubre de 1998, ponente: Xiol Ríos, Juan Antonio (recurso núm. 3688/1992)

33 En esta misma línea, se apuntan los siguientes Dictámenes del Consejo de Estado: 49254, de 5 de julio de 1986; 53623, de 27 de julio de 1989; 55380, de 25 de octubre de 1990; 893, de 3 de diciembre de 1992; 331, de 13 de mayo de 1993; 1601, de 20 de julio de 1995.

### III. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN POR LA GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS POR LAS SOCIEDADES CONCERTADAS EN LA LEY DE CONTRATOS DEL ESTADO DE 1995

Sentadas las bases del régimen de responsabilidad contractual, la Ley de Contratos del Estado de 1995 va a recoger estos postulados, dedicando un precepto, el art. 98 de la Ley en concreto a esta cuestión, en el que se asume fundamentalmente la ordenación existente hasta entonces en los Reglamentos de desarrollo de la Ley de Contratos y que luego se acogerá literalmente en la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 en su art. 198.

1. “Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones de ejecución del contrato.
2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites legales. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras y en el de suministro de fabricación.
3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación, para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad por los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción civil.
4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable en cada supuesto.”

La novedad más significativa de dicho precepto era el último inciso del apartado 3º al señalar que el «*ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción civil*», reconociendo indirectamente la posibilidad de entablar la acción civil junto a la administrativa y previniendo un distinto procedimiento y legislación aplicable en cada supuesto. De este modo, si bien parece evidente que el orden jurisdiccional contencioso administrativo es el competente para conocer de tales peticiones si se dirigen contra la Administración pública, sin embargo tratándose del concesionario o contratista, esto no era tan claro, pues como señalaba HORGUÉ BAENA, frente al carácter preceptivo de la intervención de la Administración a la hora de determinar la procedencia de la indemnización por los daños ocasionados que establecían los artículos 123 LEF y 134 RGCE, ahora el pronunciamiento de la Administración contratante se convierte en una opción («*Los terceros podrán requerir...*») previa a lo que se deduce es una acción civil (pues «*el ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de la acción civil*»), según el apartado 3 del artículo 98 LCAP. Es más, el pronunciamiento de la Administración contratante, de solicitarse por el tercero, se contrae ahora «*sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad por daños*», que, en conexión con el último

párrafo del artículo 98.3 LCAP, se enlaza con el ejercicio de la acción civil, de estimarse que es el contratista el que debe responder por los daños.<sup>34</sup>

Esta precisión implicaba que la jurisdicción competente vendría determinada en función de la distribución de responsabilidades entre la Administración y contratista. Tal solución legal como señala HORGUÉ BAENA planteaba graves inconvenientes prácticos, al descansar el criterio de competencial en la cualidad del sujeto responsable, y como quiera que esto no suele quedar claro de antemano y que el tercero al que se le ocasiona el daño no tiene por qué saber a quién le es imputable, la Administración o el contratista, la elección de la vía jurisdiccional era determinante para el éxito de la reclamación y el riesgo de verse frustrada la acción ejercitada por causas independientes a las cuestiones de fondo planteadas.<sup>35</sup> Por todo ello, tal reparto jurisdiccional basado en el sujeto responsable resultaba manifiestamente insatisfactorio, lo que explica que la doctrina y la jurisprudencia propugnasen con escaso éxito un entendimiento del artículo 98 LCAP superador de la literalidad del precepto.<sup>36</sup>

---

34 También es este el criterio sustentado por el Consejo de Estado en su dictamen 3425/2001 de 20 de diciembre señalaba que la «*actual legislación de contratos administrativos tiene un alcance distinto y mucho más limitado que el previsto en la Ley de Expropiación Forzosa para los supuestos de servicios públicos concedidos. El art. 97 del Texto Refundido de la Ley de Contratos, (hoy art. 198 de la LCSP) determina la responsabilidad extracontractual y directa del contratista por los daños que cause en la ejecución del contrato y admite la posibilidad de un requerimiento por parte del perjudicado a la Administración que deberá de pronunciarse exclusivamente sobre la parte contratante a la que corresponda la responsabilidad un solución que evidencia una concepción del legislador de contratos distinta a la señalada en la Ley de Expropiación Forzosa y en el Reglamento General de Contratos de 1975-.»*

35 Vid. HORGUÉ BAENA, C. (1998): p. 360.

36 Para superar estos problemas, SERRERA CONTRERAS interpreta que «la acción civil» a la que alude el precepto como acción indemnizatoria y, por tanto, mantiene que la responsabilidad del contratista debe solventarse en el correspondiente procedimiento administrativo, en el que la Administración decida sobre todos los extremos: quién es el responsable, la procedencia de la indemnización y la cuantía en su caso. Por su parte E. GAMERO CASADO, la jurisdicción competente debe articularse en base al sujeto que ocasiona materialmente el daño, que es el contratista, y no en función del sujeto finalmente responsable, lo que le lleva a afirmar la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer de la responsabilidad por daños con ocasión de la ejecución de los contratos administrativos, sin perjuicio de la acción de regreso que este pudiesen entablar contra la Administración, a través del procedimiento de reclamación previsto en el RD 429/1993, si el daño tuviese su origen en las causas dispuestas por el artículo 98.2 LCAP. BELADIEZ ROJO, estima que el artículo 98 LCAP debe interpretarse en el sentido de que el perjudicado puede optar entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción civil. Y, lo que es más importante, en ambas vías se pueden dilucidar todas las cuestiones: quién es responsable, la Administración o el contratista y la procedencia de la indemnización. Mas como señala HORGUÉ BAENA todas estas construcciones, no pueden alterar el tenor literal de los preceptos, «la dualidad jurisdiccional se deduce nítidamente de la regulación vigente en función del sujeto responsable, y ello es un dato que no es posible desconocer; si bien es evidente que el legislador debiera haber utilizado mejor técnica legislativa y, si ésa es su intención, como creemos, haberlo establecido sin tanto circunloquio». Véase Horgué Baena (1998), p. 361.

#### **IV. LA NUEVA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES SANITARIAS CONCERTADAS COMO CONSECUENCIA DE LA INSTAURACIÓN DEL PRINCIPIO DE UNIDAD JURISDICCIONAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

En este estado se encontraba la polémica al tiempo de la irrupción de los nuevos derroteros tomados por la jurisdicción contenciosa a los que al principio hemos hecho referencia. Hasta entonces pese a existir un sentir mayoritario que se mostraba proclive a excluir la responsabilidad de la Administración por la actuación de las sociedades concertadas, no se había alcanzado un consenso en estas cuestiones. La controversia en todo caso parecía agotada. Sin embargo, la cuestión va dar un cambio de ciento ochenta grados como consecuencia del cambio de orientación legal y jurisprudencial producido por la necesidad de residenciar en la jurisdicción contenciosa las cuestiones relativas a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y la ampliación de los sujetos legitimados que se produce a raíz de la Ley 4/1.999, de 13 de enero.

Una de las novedades que introdujo la Ley 4/1.999, de 13 de enero, es la redacción de la disposición adicional 12<sup>a</sup>, en la misma dispone 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 concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación prevista en esta ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso administrativo en todo caso.<sup>37</sup> Desde entonces resultó una cuestión pacífica e indiscutida, que aún tratándose de asistencia sanitaria dirigida frente a una fundación o sociedad mercantil tanto en régimen de gestión directa, como cuando se realizaba ante entidades concertadas, el procedimiento administrativo debía de seguirse ante los servicios de salud de las Comunidades Autónomas, correspondiendo en todo caso a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de los recursos que pudiera interponerse frente al acto resolutorio de la reclamación, cuestiones quedaban sustraídas a la jurisdicción ordinaria. De este modo quedaba totalmente desdibujada la opción de acudir a la jurisdicción ordinaria que prevenía el art. 98 de la LCE (hoy art. 198 de la LCSP), sobre todo tras la nueva redacción del art. 9.4 de la Ley de la Jurisdicción que establecía la competencia exclusiva de ésta para conocer de la cuestiones referentes *a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive.*

---

37 En idéntico sentido se manifiesta el artículo 35 del RD 29/2000, de 14 de enero, que desarrolla las nuevas formas de gestión privada y público del Instituto Nacional de la Salud, que dispone que las reclamaciones de responsabilidad se rigen por la LRAPAC y se tramitarán por el procedimiento establecido para las reclamaciones de responsabilidad patrimonial frente a la Administración.

Concretamente tratándose de entidades concertadas, la competencia para conocer de dicha reclamación en vía administrativa será al Ministerio de Administraciones Públicas o en su caso la conserjería correspondiente de la que depende dicho funcionario. Así, resulta de la Sentencia TSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección 2ª, de fecha 17 de noviembre de 2008,<sup>38</sup> la cual señala que la competencia para dictar la resolución en virtud de la que pueda denegarse o accederse y, en definitiva, tramitar y resolver el expediente a que dé lugar aquélla, *corresponde, no a los órganos de MUFACE, sino, con arreglo a lo establecido en el artículo 142.2 LRJAPyPAC, al Ministerio del que depende dicha entidad - que en este caso sería el Ministerio de Administraciones Públicas - y, concretamente a su titular.*<sup>39</sup>

*Pese a que de lo dispuesto en la D.A. 12ª de la LRAPAC no se derivaba un régimen material de responsabilidad que debiera aplicarse a dichas formas de gestión, dada la profunda confusión existente en la jurisdicción contenciosa entre legitimación y ejercicio del derecho, la aplicación de dichos preceptos fue acompañada de un cambio de criterio substancial a la hora de interpretar los preceptos relativos a la responsabilidad de los entes concertados. Tal cambio de criterio, vino dado no solo por la confusión que siempre se ha dado entre legitimatio ad procesum y legitimatio ad causam, sino sobre todo por razones de eficacia procesal como consecuencia de la necesidad de eludir la ruptura de la continencia de la causa y la desprotección del perjudicado.*

Conviene advertir, como ya apuntara G. GARCÍA ALVAREZ,<sup>40</sup> que pese a las divergencias jurisprudenciales, se puede apreciar como existe una relación directa entre la decisión adoptada por los tribunales según como fuese articulada la relación jurídica procesal. Así, en la mayoría de los procesos entablados en los que se hacía extensiva dicha

---

38 STSJ Comunidad Valenciana, RJ 1156/2008, de fecha de 17 de noviembre de 2008, ponente Mariano Miguel Fernando Marzal, (rec. nº 20/2005)

39 Señala la sentencia comentada: *Lo expuesto lleva a concluir que una eventual impugnación jurisdiccional de la desestimación de una de dichas reclamaciones debe dirigirse contra una Resolución de dicho órgano que así lo acuerde o contra la desestimación presunta por silencio administrativo imputable al mismo de dicha reclamación; y - en la medida que el actor insiste en erigir como acto impugnado en el proceso la desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación dirigida a MUFACE con fecha 3 de marzo de 2.005, cuando debía haber interpuesto aquél contra la Resolución del Ministro de Administraciones Públicas de fecha 29 de noviembre de 2.004, que desestimaba reclamación de responsabilidad patrimonial de fecha 12 de marzo de 2.004 basada en los mismos hechos que la deducida en 3 de marzo de 2.005 y la Resolución de fecha 19 de mayo de 2.005 del Secretario General Técnico del Ministerio de Administraciones Públicas, dictada por delegación del Ministro, que, calificando correctamente dicha reclamación como recurso potestativo de reposición contra la citada Resolución de 29 de noviembre de 2.004, inadmitió el mismo por extemporáneo - debe desestimarse el recurso respecto de la pretensión deducida frente a MUFACE.*

40 GARCÍA ALVÁREZ, G. (1994): «La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos», *Derecho administrativo. Parte especial*, obra coordinada por BERMEJO VERA, Civitas, 1994, pág. 953.



responsabilidad a la Administración, el contratista o concesionario no era parte; sólo era demandada la Administración y, quizá por ello, la única condenada. Por el contrario, en las Sentencias del orden contencioso-administrativo que no aplican la doctrina señalada, distinguiendo los supuestos en que debe imputarse la responsabilidad a la Administración o al contratista en base a las reglas de distribución de la carga indemnizatoria, siempre aparece el contratista como demandado, y así, únicamente han declarado la posible responsabilidad directa del concesionario cuando éste ha sido demandado formalmente en la reclamación de indemnización. En definitiva, como señala HORGUÉ BAENA lo que en realidad puede extraerse de la jurisprudencia es la resistencia por parte de los Tribunales a establecer la responsabilidad del contratista, en los supuestos que pudiera proceder, en tanto que no aparece como legitimado pasivo en la reclamación de indemnización.<sup>41</sup>

Es por tal razón que el cambio legal producido por la Disposición Adicional 12<sup>a</sup> admitiendo con normalidad la posibilidad de dirigir su reclamación en vía administrativa a las sociedades concertadas, iba a producir un cambio substancial para el entendimiento de todas estas cuestiones. La ley 4/1999 y demás que cerraron el círculo de exclusividad de responsabilidad de la Administración, implicaban necesariamente una nueva comprensión del art. 98 LCE1995, (hoy 198 del TRLCSP), conforme a los nuevos rectores del proceso contencioso. Así, según HUESCAR BOADILLA, partiendo del sistema de unidad jurisdiccional establecido en la ley LRAPAC y confirmado por los autos de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1.994 y 27 de octubre de 1.994, se impone generalizar el sistema establecido, de modo que la responsabilidad de todos aquellos que se encargan de la asistencia sanitaria, es administrativa y objetiva.<sup>42</sup> En consecuencia, quienes asumen la gestión del sistema no sólo asumen la responsabilidad de llevar a cabo la gestión, asumiendo los recursos y los medios para llevarlo a cabo, sino también la responsabilidad consiguiente para que aquella llegue a buen término. Para el citado autor, la delegación de funciones también resultaría ser delegación de las responsabilidades subsiguientes, excluyendo, por tanto, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Por el contrario, ORIOL MIR PUIGPELAT,<sup>43</sup> considera que la Administración no puede por medio de una opción organizativa mermar el derecho del administrado a recibir una indemnización por razón del funcionamiento de la Administración pública. Los servicios autonómicos de salud pueden o no crear fundaciones jurídico-privadas o sociedades mercantiles, o delegar en régimen de concierto o convenio la gestión de los recursos sanitarios, pero tanto si las crean y gestionan por sí mismos, como si no, lo que no cabe duda alguna, es el hecho de la responsabilidad objetiva del sistema público sanitario. Estima, por tanto dicho autor, que por el hecho de crearlos, -que supone una decisión de oportunidad y de organización-, no pueden aquellos quedar exonerados de responsabilidad;

---

41 HORGUÉ BAENA, C. (1998): p. 347

42 Vid. HUESCAR BOADILLA, R. (1999), *Comentarios a la reforma de la Ley del Régimen de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común*, varios autores, Pamplona, Aranzadi.

43 Vid. MIR PUIGPELAT, O. (2000), *Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria*, Madrid, 2000, p. 45 y ss.

lo contrario, sería defender, en fraude de ley, la minoración de la garantía ofrecida al usuario del sistema público de salud. En conclusión para el expresado autor la responsabilidad de las administraciones públicas sería absoluta y exclusiva, pero coincidente con la de los institutos sanitarios privados, por todo lo cual y en virtud de lo dispuesto en el art. 145 de la LRAPAC, cualquier acción de reclamación debería dirigirse primeramente contra la Administración y sólo en vía de reintegro la Administración podría repetir contra dichas sociedades médicas.

## **V. EL CRITERIO ADOPTADO POR LA AUDIENCIA NACIONAL**

Las posiciones encontradas que anteriormente se han expuesto, han tenido reflejo en los dos criterios adoptados posteriormente jurisprudencialmente por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo. La Audiencia Nacional que, por razón del gran número de los funcionarios públicos con habilitación nacional, venía cargando con el mayor número de asuntos sobre responsabilidad de las entidades sanitarias concertadas, se pronunció inicialmente en el sentido de excluir la extensión de la responsabilidad de las Administraciones Públicas. Así las Sentencias de la Sección 5ª de la Audiencia Nacional de fecha 25 de enero de 2001 (recurso núm. 251/00), de 26 de julio de 2002 (recurso 754/2000), de 26 de septiembre de 2002 (recurso núm. 814/2001), 5 de febrero de 2004 (recurso núm. 204/03), de 28 de septiembre de 2005 (recurso núm. 510/04) y 13 de septiembre de 2006 (recurso núm. 621/2005) se pronunciaron en contra, argumentado que la prestación sanitaria a través de una Entidad o sociedad concertada incumbe exclusivamente a ésta a través de los profesionales y medios establecidos previamente y, dentro de ellos, de los elegidos por el mutualista y beneficiario. Por tanto, el daño cuyo resarcimiento se persigue no es imputable al funcionamiento de los servicios públicos, habida cuenta que la actuación administrativa consiste en celebrar conciertos con Entidades o Sociedades para facilitar a los mutualistas y beneficiarios la prestación sanitaria. Se argumentaba entonces que *dada la asunción de dicha responsabilidad en los Conciertos suscritos, la responsabilidad que puede surgir por la defectuosa asistencia sanitaria no es susceptible de ser imputada más allá del círculo en que efectivamente se realiza la prestación, toda vez que quien había asumido la obligación de prestar la asistencia sanitaria, había sido la Entidad concertada elegida por el mutualista quien lo ha hecho a través de sus médicos y servicios y en el ámbito de una relación establecida libremente con los recurrentes y que éstos no pueden desconocer.*

## **VI. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE FEBRERO DE 2007 Y 24 DE MAYO DE 2007**

Tal argumentación puramente literalista, implicaba una distorsión del sistema de unidad jurisdiccional al ver los perjudicados frustrado el legítimo derecho de resarcimiento frente a las sociedades concertadas por el sólo hecho del carácter inadecuado de la jurisdicción, resultando cuando menos aberrante que por cuestiones estrictamente formales no se pudiese dilucidar la exigencia o no de responsabilidad. Este argumento, de carácter formal como veremos es el que se encuentra en el fondo de la controversia, porque en la mayoría de los casos estas sociedades son lo suficientemente solventes y los acuerdos entre la Administración y dichas sociedades le resultan indiferentes al perjudicado.

Sea como fuera a principios de la presente década, vemos como la jurisprudencia vuelve a acoger la doctrina inicialmente asumida por la propia sala, de hacer extensiva la responsabilidad de la Administración a la actividad realizada por el concesionario, véase en este sentido las sentencias 9 de Mayo de 1995,<sup>44</sup> 12 de Febrero de 2000,<sup>45</sup> 8 de Julio de 2000, 7 de abril de 2001<sup>46</sup> y 5 de marzo de 2002.<sup>47</sup> Así en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 7 de abril de 2.001, se señala aunque *“la responsable de los vertidos de escombros fuese, según lo dicho, la empresa contratista, lo cierto es que, al no haberlo así declarado la Administración del Estado contratante y no haber sido emplazada en la primera instancia aquella empresa, la responsabilidad por los perjuicios causados con los vertidos debe asumirla la Administración del Estado demandada, quien no actuó en la forma ordenada tanto por la Ley de Expropiación Forzosa como por el referido Reglamento General de Contratación, y así lo declaró ya la antigua Sala Cuarta de este Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de Mayo de 1980 (RJ 1980/2844), que, al no proceder del modo indicado en los artículos 121.2 y 123 de la Ley de Expropiación Forzosa y 134 del Reglamento General de Contratación la Administración, considera que eludió su propia responsabilidad frente al perjudicado, reclamante en la vía administrativa precedente, y a ella debe por tanto serle impuesta dicha responsabilidad, sin perjuicio de su desplazamiento sobre el responsable, puesto que los preceptos citados han pretendido, sin duda, en estos casos permitir al particular una paridad de trato en relación con otros casos en que la Administración es directamente imputable, pero sin perjuicio de que la responsabilidad recaiga sobre el patrimonio de quien realmente corresponde porque es quien tiene obligación de soportarla, doctrina jurisprudencial que late también en las Sentencias de esta Sala de 9 de Mayo 1989 (RJ 1989/4487, González Navarro), 9 de Mayo 1995 (recurso contencioso-administrativo núm. 527/93), 12 de Febrero de 2000 (recurso de apelación 3342/92) y 8 de Julio de 2000 (recurso de casación 2731/96)”*. Obsérvese como el argumento de esta sentencia y de las sentencias a que se remite se encuentra no tanto en el hecho de la asunción de la actuación delegada como propia de la Administración sino en la falta de llamada a la causa de la empresa contratista, lo que demuestra la profunda influencia que el cambio de posición procesal había determinado con motivo de la ampliación de los sujetos legitimados en vía contenciosa. Por su parte la sentencia de 5 de marzo de 2002, estima que el simple hecho de beneficiarse de la obra construida resulta motivo bastante para hacer extensiva dicha responsabilidad.

Posteriormente y ya dentro del ámbito sanitario, estas cuestiones fueron abordadas incidentalmente por el Tribunal Supremo en la sentencia de 3 de julio de 2003 de la Sala

---

44 STS, Sala de lo contencioso Administrativo, sección 6ª, de 9 de mayo de 1995, ponente: Peces Morate, Jesús Ernesto, (rec. nº 527/1993)

45 STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, de 12 de Febrero de 2000, ponente: Peces Morate, Jesús Ernesto, (recurso núm. 3342/1992)

46 STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, de 7 de Abril de 2001, ponente: Peces Morate, Jesús Ernesto, (recurso núm. 3509/1992).

47 STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 5 de marzo de 2002, ponente: Yangüe Gil, Pedro José, (recurso núm. 2094/1998)

de lo Contencioso-Administrativo para la unificación de doctrina,<sup>48</sup> en el que se aborda el caso de quien acude a un especialista de una entidad, con la que el ISFAS mantiene un concierto para asistencia sanitaria de sus afiliados, a fin de que se practicara a su hijo, de aproximadamente diez meses de edad, una operación de labio leporino, en el curso del tratamiento, tras diversas vicisitudes y luego del resultado de una primera intervención practicada no satisfactoria, el recurrente, por la desconfianza que afirma le inspiraba el cuadro médico, acude a un médico ajeno al cuadro de facultativos del IFAS, pese a que tal pretensión había sido desestimada por la compañía aseguradora por no tratarse de ninguno de los supuestos contemplados en el concierto con el ISFAS, ya que ni ha habido denegación injustificada de asistencia, ni urgencia vital.<sup>49</sup> La sentencia concluye señalando: *De lo hasta aquí expuesto resulta que en modo alguno se ha acreditado la mala praxis del especialista que efectuó la primera intervención ni que hubiera denegado la asistencia o careciese de otros especialistas en cirugía maxilofacial, razón por la que debemos concluir que la decisión de acudir a un médico ajeno a la entidad aseguradora responde a una opción libérrima del recurrente, máxime cuando del examen de los hechos ha quedado acreditado que aquél no se ajusta a la realidad en lo que al golpe sufrido por su hijo después de la primera operación en la zona intervenida se refiere, circunstancia ésta que incluso, como ya hemos resaltado, el facultativo que efectúa la segunda intervención quirúrgica admite pudo ser la causa determinante del fracaso de la primera intervención.* La sentencia da por supuesta la responsabilidad de la Mutualidad en tal caso, y si exonera a la Administración es por el hecho de haber acudido a un médico que se encuentra fuera del cuadro facultativo, no existiendo las razones de urgencia o necesidad que pudieran justificar en tal caso acudir a un centro de asistencia que no se hallase concertado.

---

48 STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, de 3 de Julio de 2003, ponente: Sieira Míguez, José Manuel (recurso num. 128/2002).

49 Las circunstancias del caso, ponen en cuestión la posibilidad de acceso a medios externos cuando los servicios médicos concertados son inadecuados o insuficientes. En el caso significado, al ser rechazado por un centro sanitario y un médico, aconsejado inicialmente por [...], al no disponer de especialistas el primero y no serlo el segundo, se efectúa la intervención por un Doctor especialista en cirugía maxilofacial, aceptado por la aseguradora concertada. Después de la intervención, que tuvo lugar en febrero de 1995, el pequeño sufre una caída, según resulta no sólo de la manifestación del Doctor que efectúa la intervención en febrero de 1995, sino también de las manifestaciones del que posteriormente lleva a cabo la segunda intervención y es elegido por el recurrente al margen del cuadro médico, después de que esta aseguradora le negase la pretensión del recurrente de acudir a un especialista ajeno al cuadro de la entidad, en contra de lo que sostiene el recurrente que afirma que el pequeño se autogolpeó. Ante el resultado de la primera intervención practicada, no satisfactoria, el recurrente, por la desconfianza que afirma le inspiraba el cuadro médico, (y muy especialmente el Doctor, que había efectuado la intervención, a quien imputaba el fracaso de la intervención a que había sido sometido su hijo, debido a su mala praxis médica, lo que en modo alguno ha sido acreditado, y no al traumatismo sufrido posteriormente en la zona intervenida como consecuencia de la caída sufrida), acude a un médico ajeno al cuadro de facultativos del IFAS, pese a que tal pretensión había sido desestimada por la compañía aseguradora, en virtud de que no se trataba de ninguno de los supuestos contemplados en el concierto con el ISFAS, ya que ni ha habido denegación injustificada de asistencia, ni urgencia vital.

En tales casos, y siguiendo a *sensu contrario* el razonamiento de la sentencia citada, al desaparecer las razones voluntaristas que justificaban la exclusión de responsabilidad por la Administración parece vislumbrarse la discutible extensión del régimen de responsabilidad objetiva a las actividades en concierto o convenio. También parece deducirse de dicha sentencia, la necesidad de tomar en consideración la conducta del beneficiario y las razones de urgencia o necesidad para excluir el nexo de causalidad en el funcionamiento de los servicios públicos.

Esta tesis fue acogida decididamente por nuestro Tribunal Supremo en dos importantes sentencias de fecha 20 de febrero de 2007<sup>50</sup> y 24 de mayo de 2007<sup>51</sup> (ponente Margarita Robles), en las cuales se significó que no era posible restringir el marco de responsabilidad de la Administración, oponiendo las concretas cláusulas del concierto, a quien tiene el carácter de tercero en relación al articulado del mismo. Pero lo más curioso de la argumentación del Tribunal Supremo está en el hecho de justificar la ampliación de los sujetos legitimados en vía contencioso administrativa, y en este sentido en la STS de 20 de febrero de 2007, se aduce: *"La atribución de competencia efectuada por la citada Disposición Adicional Duodécima de la Ley 30/92, viene 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 prestada en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, que, como establece el arto 45 de la Ley 14/86, General de Sanidad, ya citado antes, integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley, son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud, de manera que la relación de sujetos pasivos de las reclamaciones que se recoge en dicha Disposición Adicional viene determinada no tanto por su carácter o condición de Administración o entidades públicas como por su condición de entidades, servicios o centros que realizan tales prestaciones sanitarias propias del Sistema Nacional de Salud, lo que permite que se incluyan en dicha relación entidades privadas que en virtud del correspondiente concierto o relación jurídica realizan tales prestaciones....."*

Ciertamente como hemos visto, la frustración de la acción legítimamente ejercitada por los perjudicados con el oneroso coste que esto implicaba se halla en el fondo del asunto, y ciertamente como veremos, no es tanto la reducción de la garantía de la responsabilidad objetiva versus art. 121 LEF y 139.1 de la LRJAPAC, como el hecho de articular en vía contenciosa el ejercicio de la responsabilidad patrimonial que desde luego tiene la Administración como consecuencia de la titularidad del servicio.

La sección 5ª de la Audiencia Nacional en las sentencias dictadas posteriormente de 18 de abril de 2007, (rec 151/2006) y de 21 de noviembre de 2007, (recurso 308/2006) asumió las conclusiones del Tribunal supremo, (no sin cierta resistencia, en dichas

---

50 STS Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª, de 20 de febrero de 2007, ponente: Robles Fernández Margarita, (recurso núm. 5791/2002)

51 STS Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª, de 24 de mayo de 2007, ponente: Robles Fernández Margarita, (recurso núm. 7767/2003)

sentencias se dedica uno de sus razonamientos jurídicos a argumentar la decisión contraria con fundamento en los anteriores fallos dictados por la propia sección). Lo cierto, es que siendo pacífica la cuestión bajo el argumento de autoridad impuesto por el Tribunal Supremo, posteriormente la Sección quinta de la Audiencia Nacional, en sentencia dictada el 2 de Julio de 2008, (recurso núm. 395/2006) ponente Sr. José Luis Gil Ibáñez, se descuelga del sentir general, asumiendo los criterios inicialmente acogidos por la propia sección. Para justificar este cambio jurisprudencial se acoge a la nueva redacción de la disposición adicional vigésimo tercera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuyo apartado 1 dispone que *«los conciertos que tengan por objeto la prestación de servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica y que, para el desarrollo de 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»*.

Al parecer de la Sala con esta disposición, el legislador considera expresamente sometidos los conciertos del tipo del celebrado entre el Instituto Social de las Fuerzas Armadas y ASISA, 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].<sup>52</sup> Y sigue señalando, *«esto, que ya se deducía de la normativa anterior, se hace ahora explícito, cobrando todo su vigor el*

---

<sup>52</sup> El artículo 19.1 de la Ley 28/75 de 27 de junio y el artículo 75.2 del Real Decreto 2.330/78, de 29 de septiembre , para la prestación de la asistencia médico-quirúrgica el ISFAS podrá concertar con los Servicios o Centros que sean precisos del Régimen General o de otras instituciones públicas o privadas. El ISFAS formalizó para los años 1997, 1998 y 1999 un Concierto con distintas entidades de Seguro de Asistencia Sanitaria, entre las que se encuentra ASISA. En la *cláusula 5.2.1* de este Concierto, se establece que el Concierto no supone ninguna relación entre el ISFAS y los facultativos o Centros de la Entidad que se preste la asistencia. Las relaciones entre la Entidad y los facultativos o centros son, en todo caso, ajenas al conjunto de derechos y obligaciones que determinan los fines del Concierto. En el *artículo 5.2.2* , del precitado Concierto, configura como relaciones ajenas al conjunto de derechos y obligaciones que determinan los fines del Concierto, las relaciones de los beneficiarios con los facultativos de la Entidad por causa que afecte o se refiera al ámbito propio del ejercicio profesional de dichos facultativos y las relaciones de los asegurados con los centros de la Entidad, por causa de la actividad asistencial de dichos medios o del funcionamiento de sus instalaciones o por motivo que afecte o se refiera al ámbito propio del ejercicio profesional de los facultativos que, bajo cualquier título, desarrollen su actividad en dichos centros. Disponiendo en la *cláusula 5.4.1* del mismo, que queda excluida la vía administrativa por las reclamaciones de los beneficiarios referentes a las relaciones mencionadas en la *cláusula 5.2*.

*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 que 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».*

Tal argumentación que se fundamenta en el conocido principio de riesgo y ventura, presente en la anterior ordenación, pese al esfuerzo de la Sala, nada aporta para el entendimiento de la cuestión suscitada, en cuanto que dicho argumento no altera la posición del administrado que como tercero no tiene porque ver restringida su garantía en caso de incumplimiento por el hecho del tipo de gestión elegida por la Administración. Lo cierto, es que este argumento que en dicha sentencia se acoge *obiter dicta*, (la sentencia termina excluyendo cualquier tipo de responsabilidad por razón de prescripción), se ha reafirmado decididamente ya en otra sentencia que acoge tal argumentación como *causa decidendi*, sentencia dictada por la propia sección y ponente, de fecha de 25 de marzo de 2009, (recurso núm. 565/2007) en el que se desestima el recurso interpuesto contra la denegación de la solicitud de responsabilidad frente a las administraciones públicas.

Otros tribunales para nada se han sumado al criterio de la Audiencia Nacional, así la sentencia del TSJ Castilla y León, (Valladolid), Sala de lo Contencioso-administrativo, de 20 de Enero de 2009, ponente Jesús Bartolomé Reino Martínez, se pronuncia en contra de tal posicionamiento: «esta Sala manifiesta su acuerdo con lo que dice la Sección 6ª del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 23 de septiembre de 2005, destacando del fundamento derecho 5º lo siguiente: "Lo hasta aquí expuesto (carácter legal del derecho a la asistencia sanitaria de los mutualistas-beneficiarios y especial configuración técnico jurídica del Concierto suscrito por MUFACE para prestarla) permite extraer las siguientes consecuencias: a) Los derechos que reconocen tanto la Ley 29/1975 como el Reglamento del Mutualismo Administrativo son directamente aplicables a los mutualistas y exigibles por éstos a la Administración; b) Estos textos normativos son los que realmente determinan el contenido de estos derechos y las condiciones de su ejercicio; c) El sistema (directo ó por Concierto) utilizado por la Mutualidad General para llevar a cabo esa prestación no puede oponerse, contravenir, limitar o condicionar ese contenido previa y legalmente determinado; d) Las cláusulas del Concierto que contengan restricciones de aquellos derechos o, de alguna forma, limiten su concreto ejercicio más allá de lo expresamente autorizado en las normas legales y reglamentarias vigentes han de entenderse no aplicables a los mutualistas y beneficiarios, que ni siquiera fueron parte en el Concierto [...] No cabe sostener, por tanto, que el Concierto suscrito entre MUFACE y ASISA, por el hecho de haber sido oportunamente publicado, fije "el alcance exacto de los derechos y obligaciones de los mutualistas en materia de asistencia sanitaria y la forma en que procede su prestación"; antes al contrario, el alcance exacto

*de esos derechos y obligaciones viene ya predeterminado en las normas jurídicas tantas veces citadas, debiendo limitarse el Concierto, con escrupuloso respeto al contenido de las mismas, a explicitar el modo en que tales prestaciones tienen lugar».* A diferencia de lo resuelto por la Audiencia Nacional en la sentencia dictada el 20 de abril de 2008, en esta sentencia ni tan siquiera se aborda, aunque sólo lo sea para excluirla, la responsabilidad de la sociedad concertada.

## **VII. LA GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS CONCERTADOS EN LA LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO**

Expuesta la evolución jurisprudencial, se hace necesario traer a colación el alcance de la nueva ordenación legal de los servicios concertados en la Ley 30/2007 de 30 de octubre de Contratos del Sector Público y particularmente del alcance del nuevo artículo 256 c) al establecer concretamente en el contrato de gestión de servicios públicos la concreta obligación del contratista de indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio y de la disposición Adicional 23ª al dar preferencia a la normativa interna de las Mutualidades sobre la ordenación contractual del sector público.

En este sentido, parece acertado el argumento aducido por la Sección 5ª de la Audiencia Nacional, pues resulta evidente que la intención de la Disposición Adicional 23ª fue la de excluir la aplicación de las normas de la contratación de la Ley, para habilitar la posibilidad que en los convenios suscritos por las Mutualidades se fije el modo de distribución de la responsabilidad más adecuado al tipo de asistencia que se preste, la duda que se presenta ahora es cual sea el alcance de dicha exclusión atendido los imperativos de orden comunitario presentes en la Ley del Sector Público, que en todo caso y de ningún modo podrán saltarse el mandato constitucional contenido en el art. 106.2.

La presunta modificación contenida en el artículo 256 c) no es tal en la medida que viene a trasponer a la legislación de contratos de la Administración, las previsiones contenidas en el artículo 121.2 de la Ley de Expropiación forzosa. Como es conocido el sistema de responsabilidad estatal establecido en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra como en su origen, vinculado directamente en el instituto de la expropiación tal como fue configurado en la Ley de 1954, por la concepción extensa de su ámbito de aplicación no sólo a bienes o derechos concretos, sino a legítimas expectativas que se ven frustradas por la actuación de los poderes públicos, cuya propia existencia y actuación se consideraría como causa de utilidad pública para justificar el resarcimiento. Esta garantía debe completarse con la inconclusa obligación impuesta a los poderes públicos de remover los obstáculos que impidan la plena igualdad de los ciudadanos, establecida en el artículo 9.2 del texto constitucional. No basta sin embargo, con la existencia de un desplazamiento económico, un detrimento patrimonial y correlativo beneficio de la Administración, por el contrario para que exista lesión resarcible se requiere que este detrimento patrimonial sea antijurídico, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a derecho, sino más bien por que el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo.



La calificación de dicha antijuridicidad de dicho perjuicio fue uno de los puntos más discutidos durante de la década de los años ochenta y noventa, siendo hoy doctrina pacífica por la jurisprudencia en materia de responsabilidad por daños al menos en el ámbito sanitario, que el criterio determinante de dicha responsabilidad se encuentra en la calificación del nexo causal, en el que es decisiva la conducta de la Administración abstractamente considerada, la acción u omisión de ésta y sus agentes, en orden a la realización del derecho abstractamente reconocido en el art. 43 de la Constitución.<sup>53</sup> Esta acción causal constituye el criterio determinante para la imputación de los perjuicios causados a una situación antijurídica, no asumible por el individuo.<sup>54</sup> Para ello se habrá de discriminar entre todos los fenómenos desencadenantes de un suceso, aquellos que efectivamente no debieran de haberse soportado por el sujeto. Nos encontramos ante una causalidad calificada jurídicamente conforme a los criterios de la clásica teoría de la adecuación y para cuya definición, deberá de valorarse si la Administración ha desplegado la conducta que justifica su existencia.<sup>55</sup>

Configurada así la cuestión, el tema se centraría en valorar si para calificar la actuación diligente de la Administración resulta bastante el sólo hecho del encargo a una sociedad concertada con solvencia bastante para proporcionar la prestación sanitaria, o si de algún modo la actuación de la Administración asume como propia la conducta desplegada por el agente y responde por ésta. Entrando en la valoración jurídica del alcance de esta imputación, lo primero que hay que tener en cuenta es la extensión de la responsabilidad desde la perspectiva de lo que constituyó preocupación del legislador de

---

53 Vid. MUÑOZ MACHADO, S. (1992): *La Responsabilidad Civil concurrente de las Administraciones Públicas*, Madrid, págs. 119 y ss.

54 Así la STS de 22 de diciembre de 2001, (RJ. 2002/1817), expresa correctamente la aparición del nexo causal, que determina la adopción por la administración de la posición de garante por razón del incumplimiento del deber de protección de la salud al haberse quebrantado las exigencias de la *Lex Artis*; “...ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la administración, el elemento de la culpabilidad del agente desaparece, frente al elemento objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que cuanto el acto médico ha sido acorde con el estado del saber resulta, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, se causó el daño o más bien este obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”. Asume este pronunciamiento una interpretación correcta del elemento causal adecuándose a las exigencias de la antijuridicidad. TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, S de 22 de Diciembre de 2001, ponente: Peces Morate, Jesús Ernesto - Nº de Recurso: 8406/1997. Véase en este sentido las STS Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1997, 21 de noviembre de 1998, 13 de marzo de 1999 y 30 de octubre de 1999.

55 Vid. MUÑOZ MACHADO, S. (1994) “Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la administración sanitaria, (algunas reflexiones sobre las funciones de la responsabilidad civil)”, Documentación administrativa, núms. 237 y 238, enero -junio de 1994, p. 195

1954 al regular, además de la expropiación forzosa, la responsabilidad extracontractual de la Administración a fin de garantizar las legítimas expectativas del administrado, precepto que se debe de poner en directa relación con la intervención activa de la Administración para remover los obstáculos que impidan el pleno ejercicio del derecho a la Salud, (art. 93. y 43 de la CE)

Al respecto puede ser de utilidad partir de la distinción, que subyace en el art. 256. c) y 121.2 de la Ley de expropiación forzosa la existencia de dos -o mejor, de tres- tipos de actividad del concesionario de servicio público:

a) Hay una actividad que se le impone al concesionario, que éste ha de cumplir necesariamente sin que le quede otra opción, por lo que puede llamársele actividad vinculada, y que puede definirse adoptando la vacilante terminología de los artículos 121.2 y concordantes, como aquella actuación que realiza el concesionario como ejecutor de cláusulas o medidas impuestas o de órdenes dictadas por la Administración concedente.

b) Hay otra actividad del concesionario como tal, en la que se mueve sin otras limitaciones que las que resultan de cumplir el contrato en que la concesión consiste, teniendo libertad de decisión, valorando el mismo, las distintas opciones. A este tipo de actividad se le puede llamar no vinculada, y constituye el volumen más amplio de la actividad del concesionario.

Del examen de dichos preceptos, continua presente en la mente del legislador dos ámbitos el de la titularidad del servicio y la gestión del mismo. La nueva ordenación de la gestión de los servicios públicos mantiene el régimen abierto en orden a la imputación de los riesgos del contrato que se contenía en las diversas modalidades de contratación previstas en el art. 156 de TRLCE 2000, (que ahora se transcribe en el art. 253), sin embargo pese a que admite la posibilidad de que la Administración participe de diversos modos del resultado de la gestión a través de modalidades de gestión interesada o de economía mixta, con exclusión del principio de riesgo y ventura, lo cierto es que cualquiera que sea el modo de gestión que se utilice, los perjuicios que se deriven de la prestación del servicio, por imperativo legal, se irrogan a la sociedad que presta el servicio y no a la Administración.

Pero si esto es cierto, como señala VICENTE IGLESIAS, la Ley ha mantenido en esencia la configuración del contrato de gestión de servicios públicos al separar claramente la titularidad del servicio de la gestión del mismo. Lo que se encomienda es la gestión del servicio no su titularidad que es retenida por la Administración y que por tal concepto retiene facultades exorbitantes frente al mismo.<sup>56</sup> Entre estas facultades se encuentran la posibilidad de reversión, art. (art. 259 b), rescate (art. 262.b) o supresión del servicio (art. 262 c), el *ius variandi* (art. 258) el poder de policía (art. 255.2), y es que la inmanencia de la titularidad del servicio en la propia Administración, no le exonera ni le puede exonerar de responsabilidad en la medida que es precisamente esta titularidad que se detenta, el

---

<sup>56</sup> Vid. VICENTE IGLESIAS, José Luis. *Comentarios a la Ley 30/2007 de 30 de octubre de contratos del sector público*.

fundamento último en el que se reside el ejercicio de la acción de responsabilidad más o menos objetiva reconocida en el art. 106.2 de la CE.<sup>57</sup> Resulta a estos efectos indiferente el modo en que la Administración organice el servicio. La remisión que la Disposición Adicional 23ª realiza en primer término a su propia ordenación interna no puede alterar el mandato constitucional, claro en este aspecto. Por todo ello, sigue siendo válido el argumento, de que no cabe una exclusión de la responsabilidad por el sólo hecho del modo en que la Administración tenga a bien organizar el servicio.

Llegados a este punto se hace necesario, conocer el alcance que implica la retención de la titularidad del servicio y de estas facultades exorbitantes en orden a la realización del servicio, titularidad que constituye el fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Como hemos indicado para la calificación de la antijuridicidad de aquello que se espera de la Administración, no basta una conducta más o menos diligente sino que se espera una conducta eficiente en orden a la realización de aquel derecho. Este cambio de orientación jurisprudencial en orden a la interpretación de este derecho viene determinado no tanto por una construcción jurídica más o menos acertada, sino por un mandato constitucional positivo en orden a remover los obstáculos que impidan el pleno ejercicio de los derechos y deberes constitucionales.<sup>58</sup> El reto de la jurisprudencia que se presenta ahora no es tanto el determinar el alcance de esta responsabilidad, como el de la posibilidad de excluir ésta cuando es llamada a la causa la empresa contratista para solventar su responsabilidad, posibilidad apuntada en las sentencias de 9 de Mayo de 1995, 12 de Febrero de 2000, 8 de Julio de 2000 y particularmente en la de fecha 7 de abril de 2.001, cuya efectiva realización dependerá de que se arbitre el trámite procesal oportuno para articular esta pretensión.

---

57 Respecto del alcance de la objetividad de la responsabilidad de la Administración, véase PANTALEÓN PRIETO, F., "La responsabilidad por daños derivados de la asistencia sanitaria", en la obra conjunta *Responsabilidad del Personal Sanitario, (actas del seminario conjunto sobre la responsabilidad del personal sanitario celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre de 1994, C.G.P.J. 1995, Madrid, p. 183.*

58 Así para Pemán Gavín el Derecho a la Salud reconocido en el art. 43 de la Constitución implicaría junto a un aspecto defensivo, protección frente a las agresiones externas, un aspecto restaurador de la situación creada por el hecho de la enfermedad y se articula en el derecho de todo ciudadano a las prestaciones sanitarias del Estado, o de la organización sanitaria, al que se refiere el apartado segundo del artículo 43 y un aspecto promotor, derecho al mantenimiento de un determinado nivel de salud física y mental, pero junto a estos aspectos esta garantía se complementaríase necesariamente con la protección jurídica por una parte mediante medidas penales, principalmente a través de la tipificación en el Código Penal del delito de lesiones, y de otra garantizando el deber jurídico de indemnizar los menoscabos causados en la salud. Vid. PEMÁN GAVÍN, J. (1989), *Derecho a la Salud y la Administración Sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, p. 29.

## VIII. ALCANCE DE LA DISTRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD EN LOS CONCIERTOS ALCANZADOS CON LA ADMINISTRACIÓN EN RELACIÓN A TERCERO

Expuesto así el alcance de la responsabilidad patrimonial de los entes concertados, debe de estimarse la existencia de una responsabilidad cuando menos subsidiaria de la Administración General del Estado junto a las sociedades concertadas, -por aplicación sistemática de lo dispuesto en el artículo 148 pfo. 2º de TRLGCU y el artículo 256,c) del TRLCAP-. Pero si bien esto es así, no se puede desconocer tampoco que los beneficiarios que se acogen al sistema concertado lo hacen voluntariamente por que siempre tienen la opción de acogerse al sistema general de salud pública. En este sentido, el artículo 17 del Real Decreto Legislativo 4/2000 que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios reconoce como el funcionario podrá potestativamente acogerse cualesquiera de los sistemas de gestión.

Para la correcta comprensión del tema, no han de asumirse sino parcialmente las posiciones contrapuestas expuestas por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, debiendo partir la solución que se adopte de las siguientes premisas:

1. Los entes gestores de la asistencia sanitaria, que gozan de personalidad jurídica privada, no son Administración Pública, pero en cuanto que ejercen funciones públicas, deben de asumir las consecuencias derivadas a dichas funciones *secundum quid*, (en la conocida expresión de GARCÍA DE ENTERRÍA, para la Administración corporativa, pero que como luego veremos tras la nueva redacción del artículo 2- d de la LJ, podría igualmente predicarse de los actos de gestión privada).
2. La depuración de las posibles responsabilidades por la defectuosa prestación de la asistencia sanitaria debe ventilarse en un procedimiento administrativo y recurrirse en su caso, ante la jurisdicción contencioso administrativa<sup>59</sup>. Tal interpretación también es la que se deriva de la actual redacción del artículo 2 e) de la LJCA, de 13 de julio de 1998 que atribuye la competencia exclusiva a la Jurisdicción contenciosa, cualesquiera que sea la naturaleza o el tipo de relación que se derive.
3. No se puede, sin embargo mermar las garantías de los administrados, quienes por una decisión de eficiencia de la Administración, pudieran dejar de beneficiarse

---

59 "La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades y servicios y organismos del sistema Nacional de Salud, y de los centros concertados con ellos 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 en todo caso". Disposición Adicional. 12ª, en la redacción dada por la Ley 5/1999 de 13 de enero.

de un régimen de responsabilidad objetiva y pasarán a someterse al carácter subjetivo de la responsabilidad propia del derecho privado.

4. Tampoco quienes libremente deciden optar por ser asistidos por una sociedad concertada, cuando pudieron optar por el régimen general, pueden acoger a una mayor garantía por el hecho de una decisión puramente potestativa, que en principio conforme a su propia decisión, libremente les beneficia.
5. En todo caso, conforme al art. 121.2 de la LEF y 256 c) de la LCSP la responsabilidad última por los daños causados a tercero por razón de la gestión de los servicios concertados corresponde a la empresa contratista, pero sin que esto pueda excluir la responsabilidad de la Administración.

Hechas estas precisiones, hemos de dejar sentado que los entes privados que gestionan servicios públicos se rigen por las reglas del derecho privado, pese a que ventilen y resuelvan en un procedimiento administrativo las cuestiones derivadas del acto habilitador de su gestión, pero sin embargo, en cuanto que se arrogan funciones públicas, deben de asumir una posición distinta de la que quedaría un hospital privado. En principio ha de entenderse que la Administración goza de autonomía y el contrato se ejecuta bajo el principio de riesgo y ventura del contratista, lo que implica que su actividad no pueda ser imputada a la Administración, dado que conforme al artículo 198.1 del Ley de Contratos del Sector Público, 30/2007, de 30 de octubre de junio: *“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”*. La Administración Sanitaria contratante tan sólo debería de responder de los daños ocasionados a terceros *“cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados 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”*, (art.256 c) y 198.2 del LCSP).

De este modo, y de conformidad con la DA23 de la LCSP, la resolución administrativa habilitadora que se dicte por el servicio autonómico de salud en el procedimiento al que se refiere la Disposición Adicional 12ª, deberá determinar si existe o no responsabilidad por los daños reclamados y si esta indemnización debe satisfacerla la entidad jurídico privada, por considerar que ha existido culpa o negligencia en su actuación o por el contrario esta debe de derivarse al Estado. Pero en caso de silencio es inexorable la aplicación de lo dispuesto en el artículo 198 de la LCSP. En dichos convenios como consecuencia de la delegación, normalmente la Administración deriva las cuestiones de responsabilidad patrimonial a quien gestiona el servicio. El problema se encuentra en determinar si dichos pactos entre la Administración y los entes concertados se pueden hacer extensibles a un tercero, lo que no parece en principio posible. Dicha ordenación podrá tener plena validez para resolver el modo de distribución de la responsabilidad entre el centro sanitario concertado y la Administración General, pero en modo alguno, dichas relaciones internas puede ir más allá.

Pero si tal pacto no puede vincular al administrado, también lo es que quien se ha sumado voluntariamente a dicho sistema de gestión debe de hacerlo con todas sus consecuencias. Este es el razonamiento de fondo contenido en la sentencia de 3 de julio de 2003 para la unificación de doctrina, que a nuestro modo de ver es decisiva para el entendimiento de la cuestión y no las sentencias de 20 de febrero y 24 de abril de 2007 que se remiten de forma desafortunada a aquella. El argumento decisivo de la sentencia dictada para la unificación de doctrina, vino determinado por la decisión libremente adoptada por el administrado, “razón por la que debemos concluir que la decisión de acudir a un médico ajeno a la entidad aseguradora responde a una opción libérrima del recurrente”, siendo decisivo en tal caso el hecho de que el beneficiario tuvo la opción de acogerse al sistema general de la seguridad social como expresamente se le reconoce al funcionario.

Por todo ello, a la hora de resolver esta cuestión, y en aras a evitar la merma de derechos y garantías de los administrados, que viniese motivada por una decisión de la Administración matriz, debe de distinguirse si el administrado se ha adherido libremente o no al régimen de concierto o convenio. Éste es el caso de los funcionarios que pueden optar por una sociedad médica que deseen que le atienda o continuar dentro del sistema general, supuesto distinto de aquellos otros en que el sistema de gestión privada de servicios público le ha sido impuesto, -como sería el caso de que fuese contratado un régimen de suministros de aparatos médicos o sustancias farmacéuticas con determinadas sociedades-. Parece claro que en el primer caso, el administrado debe de dirigir la reclamación contenciosa por la vía del artículo 2.d) LJCA contra la sociedad médica, y no contra la Administración, pues quien suscribe el sistema debe de atenerse a todas sus consecuencias. Téngase presente, como venimos reiterando, que dicho administrado pudo optar por someterse al sistema general.<sup>60</sup> Lo contrario sería discriminar injustificadamente al funcionario que opta por ser atendido en el régimen general de Seguridad Social, por cuanto que en el primero de los casos, se permitiría la posibilidad de reclamar por una doble vía, administrativa y privada, mientras que en el segundo, solo cabría la primera. Piénsese también, que en algún caso, resultará más fácil obtener la indemnización de la sociedad médica sobre todo cuando esta se halle asegurada, eludiendo los interminables trámites administrativos, mientras que en otros, precisamente, la actuación privada implicará un mayor celo en la concesión de indemnizaciones. El hecho de que la persona acuda a centros sanitarios públicos por razones de urgencia o como consecuencia de la falta de cobertura del servicio médico de la sociedad concertada no parece que deba de excluir estas previsiones. (Véase en este sentido la citada STS para la unificación de doctrina de 3 de Julio de 2003). Desde luego,

---

60 Así el *Real Decreto Legislativo 4/2000* que aprueba el Texto Refundido de la *Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios en su artículo 17* establece: “Artículo 17 . Forma de la prestación. 1. La asistencia sanitaria se facilitará por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, bien directamente o por concierto con otras entidades o establecimientos públicos o privados. Estos conciertos se establecerán preferentemente con instituciones de la Seguridad Social. 2. La Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado no abonará los gastos que puedan ocasionarse cuando el beneficiario, por decisión propia o de sus familiares, utilice servicios médicos distintos de los que le hayan sido asignados, a no ser en los casos que se establezcan en el Reglamento General del Mutualismo Administrativo.

lo que parece que no es posible es la posibilidad de reclamación de responsabilidad frente a la Administración en los casos en que se acude voluntariamente a un especialista que no se haya dentro del cuadro médico con quien la entidad pública no tiene concertado la gestión de la asistencia sanitaria.

Por el contrario, en el segundo de los casos, debe de estimarse la existencia de una solidaridad, entre el centro privado y la Administración General del Estado, por aplicación sistemática de lo dispuesto en el artículo 148 pfo. 2º de LGDCU y 256,c) del TRLCAP, siendo más que discutible que pueda ser de aplicación en este ámbito la exclusividad jurisdiccional establecida en el artículo 145, máxime a la vista de la redacción de la D.A. 12ª por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

Cabe por último aludir a los supuestos de gasto extraordinario aprobados por las mutualidades o por la propia Administración General del Estado en orden a la realización de intervenciones urgentes y de alto coste al que se refería el art. 158.3 de la LCE 2000 o en todos aquellos supuestos calificados como servicios de referencia a los que se refiere el art. 28.2 de la Ley de Cohesión y Calidad del sistema Nacional de Salud, en los que se trata de tomar en consideración la singularidad de determinadas situaciones que impongan la necesidad de concentración de recursos diagnósticos y terapéuticos a fin de garantizar la calidad, seguridad y la eficiencia del sistema. Son así los supuestos de trasplantes, enfermedades poco conocidas o de enfermedades que sólo admiten una solución mediante el empleo de medidas exorbitantes u otros en el que se hace necesario una concentración excepcional de medios.<sup>61</sup> En dichos supuestos, se eluden las consecuencias de una interpretación rigorista del principio de igualdad, para tomar en consideración la situación de la lucha de la enfermedad en sí misma y no del enfermo individual. Debe tenerse en cuenta que en muchas ocasiones, esta concentración de medios, posibilita avances en el conocimiento de la enfermedad, que de otro modo no sería posible, y que en definitiva van a redundar en beneficio de toda la población. En tales casos, se ha de estimar que nos encontramos más que ante una gestión de un servicio público ante una financiación de un servicio excepcional que se encontraría fuera del marco de cualquier tipo de responsabilidad de la Administración.<sup>62</sup>

Pero sea cualquiera el modo en que se articule la responsabilidad por la gestión de los servicios sanitarios, dichas previsiones no alteran la existencia de una responsabilidad

---

61 Conforme al art. 28.2 corresponde al consejo interterritorial la designación de estos servicios, la determinación de su número y su ubicación estratégica «con un enfoque de planificación de conjunto, para la atención de aquellas patologías que precisen para su atención una concentración de recursos diagnósticos y terapéuticos a fin de garantizar la calidad, la seguridad y la eficiencia asistenciales. La regulación del modo en que se articulan dichos servicios se contiene en el Real Decreto 1207/2006 de 20 de octubre. La atención prestada en estos servicios se financia con cargo al Fondo de Cohesión Sanitaria, creado por la Ley 21/2001 de 27 de diciembre.

62 Vid. DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica (2006): *Formas de Gestión de la Sanidad Pública en España*, La Ley, Las Rozas, 2006, p. 453

inmanente de la Administración como consecuencia de la detentación de la titularidad del servicio y en consecuencia la posibilidad de dirigir dichas pretensiones en vía contencioso administrativa sin producirse por ello la ruptura de la continenencia de la causa. Decimos posibilidad de articularse por dicha vía, por que los particulares siempre podrán dirigir perfectamente su reclamación frente a las sociedades sanitarias concertadas y alcanzar con las mismas los acuerdos que estimen oportunos, dado que esto no altera para nada las relaciones internas de los entes concertados frente a la Administración, dada la redacción del artículo 156 c) de la LCSP.

## IX. CONCLUSIONES

La gestión de los servicios sanitarios a través de forma de gestión indirecta no puede alterar el marco constitucionalmente establecido de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado máxime cuando el servicio público se dirige a salvaguardar el derecho a la Salud reconocido constitucionalmente en el art. 43 del a CE. Pero si la responsabilidad de la Administración, como imperativo constitucional no admite restricción posible, no debemos de desconocer que los perfiles del servicio público sanitario no son siempre todo lo claros que sería conveniente. El principio de exclusividad jurisdiccional imperante en nuestro ordenamiento jurídico en esta materia no puede solventar todos los problemas por mucho que se extienda el ámbito de los sujetos legitimados o se distorsione el alcance de la responsabilidad de aquellos.<sup>63</sup>

Y esto es así porque la actuación de los centros sanitarios concentrados y de la Administración Pública en general, no se mueve siempre en el marco de lo que propiamente podríamos calificar como servicio público, muchos son los supuestos de imputación de responsabilidad que no tienen porque dirimirse dentro del marco de responsabilidad de las administraciones públicas, bien porque el servicio prestado no tenga el carácter de servicio público, bien en el caso de decisiones directivas discrecionales que podríamos calificar de mero vía de hecho y que se sustraen al control de la Administración o bien en el caso de que el perjudicado haya optado libremente por ser asistido en un centro sanitario privado en vez de acudir al régimen general de la seguridad social.

Desde este punto de vista debe de entenderse el alcance de lo dispuesto en el art. 198 de la Ley de Contratos del Sector Público como un trámite previo y necesario para definir el alcance de la responsabilidad de unos y otros. El sistema de responsabilidad

---

63 Téngase presente como ya ha quedado indicado al principio de nuestra exposición, que conforme al criterio establecido por la Sala de Conflictos del TS (AATS, Sala de Conflictos, 9 de abril de 2003 , conflicto de competencia n.º 6/2003; 19 de febrero de 2008, conflicto de competencia n.º 39/2007; 19 de junio de 2009, conflicto de competencia n.º 6/2009), corresponde a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de la acción de responsabilidad que se dirija únicamente contra el contratista, toda vez que el artículo 9.4 LOPJ impone la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa únicamente cuando la demanda se dirija contra la Administración separadamente o conjuntamente con el particular que concurra a la producción del daño o con la aseguradora de la Administración



que se articula en el artículo 98 LCAP, (198 de la LCSP) parte de un un sistema dual, alternativo y opcional, para exigir la responsabilidad por daños ocasionados por el funcionamiento de los servicios públicos, sin que en modo alguno tenga los caracteres de un *litis consorcio* pasivo necesario.<sup>64</sup> De esta forma, el perjudicado puede optar entre la vía administrativa o la vía civil de reclamación y, derivadamente, entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción civil. No existe argumento alguno para una restricción de ninguno de los títulos de responsabilidad que como ente concertado y como sociedad prestadora de servicios le corresponde a las sociedades sanitarias concertadas. A nuestro modo de ver y a la vista del artículo 198 de la LCSP, estas sociedades asumen un doble título de imputación de la responsabilidad, de una parte como entes privados que se ven sometidos al tipo de responsabilidad prevista en la ordenación de consumidores y usuarios (art. 148.2 del TRLGCU) y de otra parte en cuanto que son gestoras de un servicio público le es de aplicación las previsiones contenidas en el art. 121 de la ley de expropiación forzosa. Ciertamente la responsabilidad que se deriva de los mismos coincidirá en la mayoría de los casos, pero no tiene porque tratarse necesariamente de círculos concéntricos. Es por esto, que en modo alguno puede quedar restringido el derecho del particular a articular la relación jurídica procesal como tenga por conveniente, ni prejuzga la sentencia que se dicte ante la jurisdicción ordinaria la que pueda recaer en vía contencioso- administrativa.<sup>65</sup>

Pero si esto es así no puede desconocerse que las consecuencias de articular de un modo u otro la acción de responsabilidad. Si el particular opta por ejercitar su acción en vía administrativa debe de tener bien claro el tipo de responsabilidad que se ejercita, pues cualquier extralimitación de lo que propiamente debamos de entender como servicio público quedara sustraído al ámbito restaurador que es propio del art. 106.2 de la CE

---

64 En contra por el contrario BELADIEZ ROJO, Margarita (1997): 232 y ss

65 En este sentido cabe señalar la STS sala 1ª, 2 de octubre de 2009 (RJ 599/2009, Xiol Ríos), la cual señala que pese a que el artículo 9.4 LOPJ (modificado por LO 6/1998) dispone que las reclamaciones 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 la que derive, deberán sustanciarse ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Este precepto no impide que la acción de responsabilidad civil pueda ser dirigida contra el contratista de una obra pública cuando se considere que compete a él la responsabilidad por los daños causados en virtud de la negligencia en que haya podido incurrir sin intervención de la Administración. De este modo sigue diciendo la sentencia que *aun cuando dialécticamente se aceptase la tesis de la parte recurrente en el sentido de que el demandado actuaba como contratista de una obra pública, este hecho no determinaría la incompetencia de la jurisdicción civil, puesto que la demanda se dirige contra el supuesto contratista por entender que ha incurrido en negligencia con independencia del actuar de la Administración y con ello ha causado el daño. De la prueba practicada no se infiere que el daño sea debido a la actuación de la Administración, al cumplimiento de una orden emanada por ella ni a los vicios del proyecto por ella elaborado.* Con lo que se viene a distinguir la existencia de dos títulos diferentes de imputación.

El legislador ha querido establecer claramente el alcance de la responsabilidad en uno y otro caso. La acción de responsabilidad por vía administrativa, deberá de partir de la de la resolución de distribución de responsabilidades, a que se refiere el art. 198 de la LCSP, resolución que a nuestro modo de ver tiene un doble alcance:

- Deberá de delimitar el alcance de lo que propiamente constituye el alcance de la responsabilidad patrimonial de la Administración, excluyendo y difiriendo a la jurisdicción ordinaria cualquier actuación que aún perjudicial para el peticionario no se encuentre fuera dentro de lo que debemos de entender como servicio público.
- De otra parte dentro de lo que podríamos estimar como responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas la responsabilidad que es propia del ente concertado, y los que directamente sean exigibles a la Administración, como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración o como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación. Bien entendido en todo caso, que tal distribución de responsabilidad es al objeto de determinar cuando el alcance la responsabilidad exclusiva de la Administración y cuando dicha responsabilidad ha de entenderse compartida con los centro concertados a los efectos de la eventual acción de regreso frente a los mismo.

Por todo ello, el alcance de dicho precepto no es otro que, como en el caso de las diligencias preliminares en el proceso civil, determinar de antemano el objeto del debate y evitar la frustración de la acción ejercitada, pero sin que dicha declaración pueda desdibujar las bases de la responsabilidad de la Administración por la prestación de un servicio público.