

UNIVERSIDAD DE SEVILLA
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

Responsabilidad por los daños derivados de la asistencia sanitaria pública: órdenes jurisdiccionales competentes y sus conflictos. Posibilidades de la transacción y la mediación para la resolución de estos conflictos

Presentada por:

María del Rosario Sánchez Valle

Dirigida por:

Prof. Dr. Tomás Rubio Garrido

Prof. Dr. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla

Sevilla, 2021

ÍNDICE

ABREVIATURAS	13
---------------------------	-----------

CAPÍTULO I INTRODUCCIÓN

1. La competencia jurisdiccional: criterios generales de atribución a los distintos órdenes jurisdiccionales.	20
2. Objeto de estudio.....	26
3. La necesidad de un sistema claro de reparto para dotar de seguridad jurídica al sistema y garantizar la tutela judicial efectiva.....	32
4. Unidad jurisdiccional: tendencia a la unificación en el orden contencioso-administrativo.	37
5. Conveniencia del estudio.....	40
6. Plan.....	46

CAPÍTULO II EL DERECHO A LA SALUD Y LA ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN DEL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO

1. El derecho a la salud en la Constitución Española.....	47
1.1 Competencias.....	48
2. Modelo sanitario español: Sistema Nacional de Salud.	52
2.1 La Ley General de Sanidad, el Sistema Nacional de Salud y los Servicios de Salud.....	52
2.2 Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.....	54
2.3 Titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria del SNS.	55
2.4.Prestaciones.....	57
3. Organización de los Servicios de Salud y las formas de gestión de la asistencia sanitaria.	58

3.1	Introducción.....	58
3.2	Gestión directa e indirecta: marco legal.	60
3.3.	Gestión directa.	62
3.3.1	Gestión sin órgano especial que se interponga.	63
3.3.2.	Gestión a través de órgano interpuesto sin personalidad jurídica.	63
3.3.3	Gestión a través de un ente instrumental dotado de personalidad jurídica. ...	64
3.3.3.1	Gestión a través de entidades de derecho público.	65
3.3.3.1.1	Organismo público.....	65
3.3.3.1.1.1	Organismos autónomos.	66
3.3.3.1.1.2	Entidades públicas empresariales.....	67
3.3.3.1.1.3	Comunidades Autónomas:.....	68
3.3.3.1.1.3.1	Servicios de Salud: organismos autónomos y entes de derecho público.....	68
3.3.3.1.1.3.2	Entidades de derecho público y agencias públicas empresariales.	70
3.3.3.1.2	Consorticios.	71
3.3.3.1.3	Fundaciones públicas sanitarias.....	75
3.3.3.2	Gestión a través de entidades de derecho privado.	76
3.3.3.2.1	Sociedad mercantil cuyo capital sea íntegramente de titularidad pública.....	76
3.3.3.2.2	Fundaciones privadas del sector público.....	79
3.4	Gestión indirecta.	81
3.4.1	Formas de gestión indirecta contractuales.	85
3.4.1.1	Contrato de concesión de servicios públicos y contratos de servicios que conllevan prestaciones directas a favor de la ciudadanía.	89
3.4.1.2	Contrato de gestión de servicios públicos en el TRLCSP.....	92
3.4.1.3	Modalidades de contratación previstas en la LGS.....	95
3.4.1.3.1	Convenio singular de vinculación.....	95
3.4.1.3.2	Concierto.	98
3.4.2	Gestión indirecta a través de sociedad de economía mixta.....	100
3.4.3	Formas de gestión no contractuales.....	101
3.5	Mutualidades administrativas.	105
3.6	Instituto Social de la Marina (ISM):	107

3.7 Gestión en el ámbito de los accidentes laborales o enfermedades profesionales: entidades colaboradoras: Mutuas y empresas.....	107
3.8 Derivación de pacientes a centros sanitarios de titularidad privada con motivo de la crisis sanitaria generada por la COVID-19.....	111

CAPÍTULO III

EVOLUCIÓN LEGISLATIVA, JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL HASTA LA ACTUALIDAD

1. Introducción.....	112
2. Régimen y orden jurisdiccional competente hasta la LRJPAC.....	113
2.1 La noción restrictiva de servicio público, el peregrinaje jurisdiccional, la vis atractiva y la no división de la continencia de la causa como criterios para atraer la competencia al orden civil. Conflictos con la jurisdicción contencioso-administrativa.	118
2.2 Competencia del orden social: la responsabilidad por el funcionamiento del servicio público sanitario como prestación de la Seguridad Social. Conflictos con el orden civil.....	123
3. Marco constitucional de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.....	125
4. El texto inicial de la LRJPAC y el RPRP.....	128
4.1 Argumentos del orden contencioso-administrativo: unificación.....	129
4.2 Argumentos del orden social	135
4.3 Argumentos del orden civil.....	137
4.3.1 Competencia jurisdiccional cuando se demandaba a la Administración y a un particular. En especial, la acción directa frente al empleado o funcionario público	138
5. Intentos normativos para restaurar el principio de unidad de fuero.....	144
5.1 La reforma del art. 9.4 de la LOPJ y la aprobación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa: la responsabilidad patrimonial de la Administración como criterio de atribución de la competencia al orden contencioso-administrativo.	144
5.1.1 La concurrencia de sujetos privados a la producción del daño.....	148

5.2. Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común.....	152
5.2.1 Responsabilidad de la Administración en relaciones de Derecho privado: el art. 144 de la LRJPAC y la unidad de régimen jurídico y de fuero.	152
5.2.2 La supresión de la acción directa frente al funcionario o empleado público: art.146 de la LRJPAC.....	153
5.2.3 La unidad jurisdiccional en reclamaciones por asistencia sanitaria pública: disposición adicional 12ª de la LRJPAC.	155
5.3 Real Decreto 29/2000 sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud (hoy INGESA).	159
5.4 Cuestiones problemáticas o discutibles: ¿retorno al peregrinaje jurisdiccional?	160
6. La reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003: los intentos del legislador por cerrar los problemas jurisdiccionales y reforzar la unidad de fuero: la demanda frente a la aseguradora y la Administración.....	165
7. La errónea derogación del artículo 9.4 de la LOPJ.....	167
8. La Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social: exclusión expresa del orden social para conocer de las reclamaciones por asistencia sanitaria pública.	167
9. La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.....	168

CAPÍTULO IV

ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE CUANDO EL SERVICIO ES GESTIONADO DE FORMA DIRECTA: ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO

1. Gestión a través de órgano interpuesto sin personalidad jurídica.....	170
2. Gestión a través de organismos públicos y entidades de derecho público.	170
3. Gestión a través de entidades de derecho privado.	179
3.1 La noción objetiva de servicio público para delimitar la responsabilidad patrimonial derivada del art. 106.2 de la CE.	179

3.2 La doctrina del levantamiento del velo, la relación de instrumentalidad y la prestación de un servicio público como formas de imputar el daño a la Administración matriz y reconducir la competencia al orden contencioso-administrativo.	182
3.3 El ámbito subjetivo de aplicación de la LRJSP y la LPAC: entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de la Administración. El ejercicio de potestades administrativas.	194
3.4 El régimen de responsabilidad derivado del art. 35 de la LRJSP y sus consecuencias jurídico-procesales con relación a la jurisdicción competente.	204

CAPÍTULO V

GESTIÓN INDIRECTA DE LA ASISTENCIA SANITARIA: LA PROBLEMÁTICA RESPONSABILIDAD DE LOS CONCESIONARIOS Y CONTRATISTAS

1. Introducción: las tres cuestiones a dilucidar.	218
2. Antecedentes legislativos y marco normativo.	219
2.1 La Ley de Expropiación Forzosa y su Reglamento. Reglamento General de Contratación del Estado.	219
2.2 La LRJPAC y el Reglamento de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.	223
2.3 Leyes de contratación pública.	223
2.4 La Ley 4/1999: la disposición adicional 12ª de la LRJPAC.	227
2.5 La LRJSP y la LPAC.	229
2.6 La Ley gallega de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración.	229
3. Responsabilidad por los daños causados en ejecución de un contrato administrativo: concesionarios y contratistas en general.	231
3.1 El problema de la imputación.	231
3.1.1 Opinión mayoritaria: responderá el contratista o concesionario de los daños causados a terceros salvo que fueran imputables a la Administración. Posibles ampliaciones.	231
3.1.1.1 Responsabilidad subsidiaria de la Administración y seguro en el pliego de condiciones.	239

3.1.2	Opinión minoritaria: responsabilidad directa de la Administración sin perjuicio de la posterior acción de repetición.	241
3.2	Régimen sustantivo de responsabilidad aplicable al concesionario y contratista. En particular, del servicio sanitario público.	244
3.3	Vía para la reclamación y orden jurisdiccional competente.	249
3.3.1	La vía potestativa del requerimiento previo.	250
3.3.2	Reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración Pública.	253
3.3.3	Reclamación conjunta frente a la Administración y el concesionario o contratista.	258
3.3.4	Reclamación únicamente frente a los concesionarios y contratistas.	258
3.4	Nuestra postura.	269
4.	Responsabilidad en la gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública.	272
4.1	El problema de la imputación.	272
4.1.1	Posiciones doctrinales.	273
4.1.2	Estado de la cuestión en la jurisprudencia.	278
4.1.3	Doctrina del Consejo de Estado y los Consejos Consultivos Autonómicos.	283
4.2	Vía para la reclamación y orden jurisdiccional competente.	286
4.2.1	Disposición adicional 12ª de la LRJPAC: la unificación del procedimiento y la jurisdicción competente.	286
4.2.2	La incidencia de la LPAC y la LRJSP: problemas derivados de la derogación de la disposición adicional 12ª de la LRJPAC, ¿quiebra de la unidad de fuero? .	290
5.	Mutualismo Administrativo.	295
5.1	Introducción.	295
5.2	El problema de la imputación.	296
5.2.1	Posiciones doctrinales.	296
5.2.2	Estado de la cuestión en la jurisprudencia.	296
5.2.3	Doctrina del Consejo de Estado.	303
5.3	Procedimiento para plantear la reclamación y jurisdicción competente.	304
5.3.1	Posición jurisprudencial.	304
5.3.2	Doctrina del Consejo de Estado.	307
5.4	A modo de conclusión.	308

CAPÍTULO VI
MUTUAS COLABORADORAS CON LA SEGURIDAD SOCIAL

1. Introducción.....	310
2. La prestación del servicio público sanitario y la integración en el SNS como criterios de atribución de la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa: la disposición adicional 12ª de la LRJPAC.....	311
3. La competencia del orden social para conocer de las reclamaciones de carácter indemnizatorio fundamentadas en las prestaciones de la Seguridad Social objeto de colaboración y la derogación de la disposición adicional 12ª de la LRJPAC: ¿cambio del régimen competencial?.....	317

CAPÍTULO VII
REGLAS DE REPARTO DE LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL
CUANDO EL DAÑO ESTÁ ASEGURADO: LAS ASEGURADORAS DE LA
ADMINISTRACIÓN Y SU PROBLEMÁTICA PRÁCTICA

1. El aseguramiento de la responsabilidad civil de la Administración Pública sanitaria.	324
2. Vías de reclamación y problemas derivados de la suscripción de seguros de responsabilidad civil por la Administración sanitaria. Cuestiones previas.....	327
3. Naturaleza del contrato de seguro según la LCSP.....	334
4. La reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración y, en su caso, frente a la aseguradora.....	337
4.1 Defensa jurídica. Prohibición de reconocimiento de la responsabilidad y prohibición de negociar y transigir sin el consentimiento del asegurador.	337
4.2 Condición de interesada de la compañía aseguradora en el procedimiento administrativo. Las Comisiones de Seguimiento previstas en las pólizas de seguro.	339
4.3 Proceso contencioso-administrativo. Emplazamiento de la aseguradora en el contencioso-administrativo.....	344
4.4. Demanda conjunta frente a la Administración y la aseguradora.	347
4.5 Personación de la aseguradora no demandada en el proceso contencioso-administrativo.	349

4.6 Legitimación activa.....	350
5. Acción directa frente a la aseguradora.....	351
5.1 Introducción.....	351
5.2 Naturaleza, finalidad y caracteres de la acción directa.	352
5.3 Imperatividad. Posibilidad de exclusión convencional a través del seguro de grandes riesgos.....	357
5.4 Admisibilidad de la acción directa y orden jurisdiccional competente.....	359
5.4.1 A favor del ejercicio autónomo de la acción directa contra la aseguradora en el orden civil.....	359
5.4.2 En contra del ejercicio autónomo de la acción directa contra la aseguradora en el orden civil excluyendo la vía administrativa y contencioso-administrativa. Litisorio pasivo necesario (propuesta de <i>lege ferenda</i>).....	368
5.4.3 Otras propuestas doctrinales.....	377
5.4.4 El art. 35 de la LRJSP, ¿solución o problema?.....	378
5.5 Problemas derivados del ejercicio de la acción directa de forma autónoma en el orden civil.....	385
5.5.1. Litispendencia.....	386
5.5.2. Efectos de la sentencia civil, la resolución administrativa y la sentencia contencioso-administrativa en un proceso posterior.....	387
5.5.2.1. Vinculación de la sentencia civil en el procedimiento administrativo y contencioso-administrativo posterior.....	387
5.5.2.2. Vinculación de la sentencia contencioso-administrativa en el proceso civil.....	390
5.5.2.3. Vinculatoriedad de la resolución administrativa en el proceso civil posterior.....	395
5.5.3 Desistimiento del procedimiento administrativo interviniendo la aseguradora como interesada.....	402
5.5.4 Allanamiento de la aseguradora en el ejercicio de la acción directa. Celebración de contrato de transacción (remisión).....	402
5.5.5 Prescripción.....	403
5.5.6 Riesgo de posibles sentencias contradictorias.....	404
5.5.7 Intereses del art. 20 de la LCS.....	406
5.5.8 Acción de repetición y subrogación en base al art. 43 de la LCS.....	414

5.6. Problemática derivada de la imposición del ejercicio conjunto de la acción frente a la aseguradora y la Administración.....	418
5.7. A modo de conclusión.....	420
6 Seguro y sanidad privada. Su concurrencia con la sanidad pública.....	424

CAPÍTULO VIII

RESPONSABILIDAD PENAL Y CIVIL DERIVADA DE DELITO

1. Introducción.....	427
2. Carácter preferente de la jurisdicción penal.	429
3. Responsabilidad penal: competencia del orden jurisdiccional penal.	430
4. Responsabilidad civil derivada de delito. Sujetos responsables.....	431
4.1 Los responsables penales. Supuestos del art. 118 del CP.....	432
4.2 Aseguradoras.....	433
4.3 Responsabilidad civil subsidiaria.....	434
4.3.1 Responsabilidad civil subsidiaria de los entes públicos: art.121 del CP.	434
4.3.2 Supuesto del art.120.3º del CP.	439
4.3.3 Supuesto del art. 120.4º del CP.	441
5. Responsabilidad civil ex delito y responsabilidad patrimonial de la Administración.....	443
6. Orden jurisdiccional competente para conocer de la responsabilidad civil derivada de delito.....	449
6.1 Orden penal.....	449
6.1.1 ¿Se podría excluir la competencia del orden penal en favor del contencioso-administrativo?.....	452
6.2 Reserva de la acción.....	457

CAPÍTULO IX

POSIBILIDADES DE LA TRANSACCIÓN Y LA MEDIACIÓN EN LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS EN RESPONSABILIDAD-MÉDICO SANITARIA

1. Litigiosidad en el ámbito sanitario. Sinopsis de las causas.	460
--	-----

2. Ventajas y dificultades para la implantación de los medios adecuados de solución de controversias en las reclamaciones sanitarias.....	468
2.1 Ventajas.	468
2.2 Dificultades para su implantación.....	477
3. Marco normativo europeo y español. Ámbito de aplicación.....	484
4. Ámbito administrativo y contencioso-administrativo.....	489
5. Ámbito civil. Acuerdo entre aseguradora y reclamante.....	503
6. Ámbito penal.	508
7. Algunas experiencias legislativas en países de nuestro entorno y en España.	509
7.1 Ámbito internacional.....	509
7.2 En España.	513
CONCLUSIONES	517
BIBLIOGRAFÍA	547
ANEXO I: ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS, RESOLUCIONES Y DICTÁMENES	609
ANEXO II: INTRODUZIONE E CONCLUSIONI.....	627

ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores varios
AFDUDC	<i>Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Derecho de A Coruña</i>
AP	Audiencia Provincial
<i>Apud</i>	en
Art (s).	Artículo (s)
CatSalud	Servicio Catalán de Salud
Comisión Mixta	Comisión Mixta Administración-Seguro
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
<i>DA. Nueva época</i>	<i>Documentación Administrativa. Nueva época</i>
Decreto Acción Concertada y Convenios de Vinculación	Decreto 62/2017, de 11 de abril, del Gobierno de Aragón, sobre Acuerdos de Acción Concertada de Servicios Sanitarios y Convenios de Vinculación con Entidades Públicas y Entidades sin Ánimo de Lucro
Decreto 216/2011, de 28 de junio	Decreto 216/2011, de 28 de junio, de adecuación de diversos organismos autónomos a las previsiones de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía
Dictamen nº 3/1993	Dictamen del Consejo de Estado nº 3/1993, de 11 de febrero, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial
Dictamen nº 1116/2015, de 10 de marzo de 2016	Dictamen nº 1116/2015, de 10 de marzo de 2016 sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público
Directiva 2008/52/CE	Directiva 2008/52/CE de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles
Directiva 2014/23/UE	Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión
Directiva 2014/24/UE	Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública
EBEP	Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del

	Estatuto Básico del Empleado Público
Ej.	Ejemplo
ICS	Instituto Catalán de Salud
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>Id.</i>	<i>Ídem</i>
<i>InDret</i>	<i>Indret. Revista para el Análisis del Derecho</i>
<i>Infra</i>	Abajo o más adelante
INGESA	Instituto Nacional de Gestión Sanitaria
INSALUD	Instituto Nacional de la Salud
ISFAS	Instituto Social de las Fuerzas Armadas
LAJAndalucía	Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía
LBAP	Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica
LCAP	Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas
LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro
LCSP	Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LECr	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal
LEEA	Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958
LEF	Ley de Expropiación Forzosa de 1954
<i>Legge Gelli-Bianco</i>	Legge n° 24, 8 marzo 2017, Disposizioni in materia di sicurezzadelle cure e della persona assistita, nonche' in materia di responsabilita' professionale degli esercenti le professioni sanitarie
LGS	Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad
LGP	Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
LJCA 1956	Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956

LJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social
LOFAGE	Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LO 19/2003	Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LPAP	Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas
LPAC	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
LPL 1990	Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral
LPL 1995	Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral
LRBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local
LRJAE	Decreto de 26 de julio de 1957, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
LRL 1950	Texto articulado de la Ley de Régimen Local aprobado por Decreto de 16 de diciembre de 1950
LRSAL	Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local
LRSP	Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa
LRSPAndalucía	Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía
LSNS	Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud
Ley de Asistencia Jurídica al Estado	Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas

Ley de garantía de calidad de los servicios	Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración
Ley Hacienda Andaluza	Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía
Ley de Fundaciones	Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones
Ley de Hacienda Madrid	Ley 9/1990 de 8 de noviembre, Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid
Ley de mediación	Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles
Ley de Ordenación Sanitaria Cataluña	Ley 15/1990, de 9 de julio, de Ordenación Sanitaria
Ley de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid	Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid
Ley 1/1984	Ley 1/1984, de 19 de enero, Reguladora de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid
Ley 7/2004	Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la administración pública de la comunidad Autónoma de la Región de Murcia
Ley 15/1997	Ley 15/1997 de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud
Ley 35/2015	Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación
Ley 35/2014	Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social
Ley 50/1998	Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social
Ley 4/1999	Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
MUFACE	Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado
MUGEJU	Mutualidad General Judicial
Nº	Número
ONIAM	Oficina Nacional de Indemnización de los Accidentes Médicos

<i>Op. cit.</i>		Obra citada
p.		página
Pliego seguro Andaluz de Salud	Servicio	Pliego de condiciones técnicas para la contratación del seguro de responsabilidad civil/patrimonial del Servicio Andaluz de Salud
Pliego seguro Madrileño de Salud	Servicio	Pliego de prescripciones técnicas particulares que ha de regir en el contrato de servicios de: “póliza de seguro de responsabilidad civil/patrimonial del Servicio Madrileño de Salud”
Pliego seguro Murciano de Salud	Servicio	Pliego de prescripciones técnicas para la contratación de un seguro que garantice la responsabilidad civil /patrimonial del Servicio Murciano de Salud
Pliego seguro Salud del Principado de Asturias	Servicio de	Pliego de prescripciones técnicas para la contratación de póliza de seguro de responsabilidad civil y patrimonial para los centros dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias y su personal
RD 29/2000		Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud
RD 1030/2006		Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización
RD-Ley 16/2012		Real Decreto-Ley 16/2012 de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del SNS y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones
RD 1630/2011		Real Decreto 1630/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la prestación de servicios sanitarios y de recuperación por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social
RD 1993/1995		RD 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social
<i>RAP</i>		<i>Revista de Administración Pública</i>
<i>RDSP</i>		<i>Revista de Derecho de los Seguros Privados</i>
<i>REALA. Nueva época</i>		<i>Revista de Estudios y de la Administración Local y Autonómica. Nueva época</i>
<i>REDA</i>		<i>Revista Española de Derecho Administrativo</i>
<i>REDT</i>		<i>Revista Española de Derecho del Trabajo</i>
REF		Decreto de 26 de abril de 1957 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa
<i>REGAP</i>		<i>Revista Gallega de Administración Pública</i>

RGCE	Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado
RLCAP	Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
RPRP	Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial
RSCL	Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales
SAS	Servicio Andaluz de Salud
SERGAS	Servicio Gallego de Salud
SNS	Sistema Nacional de Salud
SAN (SSAN)	Sentencia(s) de la Audiencia Nacional
SAP (SSAP)	Sentencia (s) de la Audiencia Provincial
STC (SSTC)	Sentencia (s) del Tribunal Constitucional
STJUE (SSTJUE)	Sentencia (s) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS (SSTS)	Sentencia (s) del Tribunal Supremo
STSJ (SSTSJ)	Sentencias del Tribunal Superior de Justicia
<i>Supra</i>	Arriba o antes
TC	Tribunal Constitucional
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLCSP	Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
TRLCU	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias
TRLGSS	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social
TRLGSS 1994	Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

Vid.

Véase

Vol.

Volumen

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1. La competencia jurisdiccional: criterios generales de atribución a los distintos órdenes jurisdiccionales.

El principio de unidad jurisdiccional plasmado en el art.117.5 de la Constitución Española no es incompatible con el establecimiento de diferentes órdenes jurisdiccionales «y de diversos procedimientos que se desarrollan ante cada orden jurisdiccional con arreglo a sus respectivas competencias» (STC 71/1990, de 5 abril. [RTC 1990\71])¹. Razones de especialización justifican que en nuestro ordenamiento jurídico se constituyan cuatro órdenes jurisdiccionales (civil, penal, contencioso-administrativo y social [además, de la jurisdicción militar]) a cada uno de los cuales les va a corresponder el conocimiento de determinados asuntos², actuando toda su potestad jurisdiccional en esas cuestiones³. Los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción únicamente en los casos que «determinen las leyes según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan» (art.117.3 y 4 de la CE y art. 9.1 de la

¹ «La potestad jurisdiccional se ejercerá dentro de un marco limitado de competencia, pero ello no supone disminución de aquélla». MONTERO AROCA, J.; «Lección Tercera. La noción de jurisdicción y los órganos que la poseen» en la obra colectiva *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 27ª ed., 2019, p. 67.

² La jurisdicción como potestad única y exclusiva del Estado de administrar justicia no significa que todos los órganos jurisdiccionales van a conocer de todos los asuntos. Para lograr una Administración de Justicia eficiente y eficaz el legislador orgánico ha optado por la configuración de cuatro órdenes jurisdiccionales especializados, lo que no contradice el principio de unidad jurisdiccional. JUAN SÁNCHEZ, R.; «Lección 8ª. Introducción. Los tribunales ordinarios y la oficina judicial» en la obra colectiva *Introducción al Derecho Procesal* dirigida y coordinada por ORTELLS RAMOS, M., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 9ª ed., 2019, p. 152. Como señala GÓMEZ LIGÜERRE: «el modelo que es propio de Europa continental entiende que los jueces y tribunales impartirán mejor justicia si conocen siempre de asuntos relacionados con un mismo sector de actividad y en los que se discute la aplicación o interpretación de unas mismas normas». GÓMEZ LIGÜERRE, C.; «Problemas de jurisdicción competente y de derecho aplicable en pleitos de responsabilidad civil extracontractual», *InDret*, nº 2 (2009). En <http://www.indret.com> [Consultado el día 12 de junio de 2019], p. 8; «La división material de la jurisdicción entre los distintos órdenes jurisdiccionales radica en razones de especialización, pues debido a la extensión y complejidad del ordenamiento jurídico, es deseable que los Tribunales cuenten con el personal idóneo para juzgar las distintas materias presentes en el mismo, lo que constituye un presupuesto de eficacia y una verdadera exigencia del correcto desempeño de la función jurisdiccional». Por eso, la especialización persigue que los asuntos sean resueltos por magistrados que tengan un conocimiento específico sobre la materia. GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa: conflictos de jurisdicción*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 23 y 77.

³ QUINTANA LÓPEZ, T. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.; «Límites jurisdiccionales entre los órdenes contencioso-administrativo y social», *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 26 (2012). <https://dialnet.unirioja.es/> [Consultado el día 20 de enero de 2016], p. 81; GÓMEZ COLOMER, J. L.; «Lección 10ª. Extensión y límites de la jurisdicción y la competencia» en la obra colectiva *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 27ª ed., 2019, p. 186.

LOPJ). De ahí que se cuente con leyes procesales propias para cada una de estas ramas jurídicas (Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil [en adelante, LEC]; Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal [en adelante, LECr]; Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa [en adelante, LJCA]; y, Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social [en adelante, LJS]). En consonancia con lo establecido en la Constitución, se pronuncian los artículos 1, 2, 3, 4 y 9 de la LOPJ fundamentalmente.

La jurisdicción, entendida en este caso, como «competencia genérica o por órdenes⁴» es «improrrogable» (art. 9.6 de la LOPJ): de las materias que se le atribuyen al orden civil, sólo podrán conocer los Juzgados y Tribunales de dicho orden jurisdiccional; lo mismo para el orden laboral, contencioso-administrativo o penal, salvo a efectos prejudiciales (art.10 de la LOPJ⁵). Se trata de un presupuesto procesal de orden público para la válida constitución de la relación jurídico-procesal, de normas imperativas, de derecho necesario o *ius cogens* que no pueden modificarse por los ciudadanos. De ahí que, los órganos judiciales controlen de oficio su falta de jurisdicción⁶ (art.9.6 de la LOPJ; artículos 37 y 38 de la LEC [orden civil]; art. 5 de la LJCA [orden contencioso-administrativo], art. 5 de la LJS [orden social]), si las partes no lo han puesto de manifiesto mediante el planteamiento de la correspondiente declinatoria (art. 39, 63 a 66 de la LEC). Y, que los actos judiciales dictados careciendo de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional serán nulos de pleno derecho (art. 238.1º de la LOPJ)⁷.

Puede ocurrir, sin embargo, que órganos judiciales de diferentes órdenes jurisdiccionales discrepen sobre la competencia para conocer de un asunto. En ese caso, el Juez o Tribunal si estima que carece de competencia, decidirá si procede declinar el

⁴ JUAN SÁNCHEZ, R.; *op.cit.*, pp. 153 y 154; GÓMEZ COLOMER, J. L.; *op. cit.*, pp. 188 y 189.

⁵ Sólo a efectos prejudiciales podría conocer un orden jurisdiccional de asuntos que no le estén atribuidos privativamente.

⁶ STS (Sala de lo Civil), 23 de junio de 2010 (RJ 2010\4906), fº jº 3º: «*La jurisdicción, como atribución del conocimiento de un asunto a un orden jurisdiccional determinado, tiene carácter de presupuesto procesal para el válido desarrollo de la relación jurídico-procesal, de manera, que aun no denunciada su carencia por las partes, su apreciación incumbe al órgano jurisdiccional de oficio (SSTS de 18 de julio de 2005, RC n.º 634 / 1999 y de 11 de septiembre de 2009 (RJ 2009, 4586), RC n.º 1997/2002).*» Como ha señalado la Sala de Conflictos de Competencia del TS en la sentencia de 19 de junio de 2009 (JUR 2009\330798): «*nada obsta a la apreciación de oficio por el Tribunal, la que puede tener lugar en cualquier momento del proceso [...].*»

⁷ GÓMEZ COLOMER, J. L.; *op. cit.*, p. 191; GÓMEZ LIGÜERRE, C.; *Derecho aplicable y jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual*, Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 37.

conocimiento del asunto, o en caso contrario, si entiende que es el competente, «requerirá al órgano jurisdiccional que esté conociendo para que deje de hacerlo» (art. 45 de la LOPJ). En caso de desacuerdo, esto es, si ambos se declaran competentes (conflicto positivo) o rechazan su competencia por entender que no les corresponde el conocimiento del asunto (conflicto negativo), se podrá plantear un conflicto de competencia de oficio, por las partes o por el Ministerio Fiscal, que será resuelto por la Sala Especial de Conflictos de Competencia del TS pronunciándose sobre la jurisdicción competente en tal ocasión (artículos 42 a 50 de la LOPJ).

Empero, las resoluciones (autos) a través de las cuales resuelve la Sala Especial del Tribunal Supremo sólo tienen eficacia *inter partes*, lo que significa que proyectan su decisión al caso concreto, sin que fuera de él vincule a los órdenes jurisdiccionales a los que afecta. Este motivo hace que carezca de efecto unificador para corregir las discrepancias jurisprudenciales al respecto⁸. Al adoptar la forma de autos no fijan jurisprudencia en las cuestiones interpretativas de las que puedan conocer, ni pueden ser invocadas como sentencias de contraste en los recursos de casación para la unificación de doctrina (cfr. art.218 LJS). A pesar de que los autos no vinculen, salvo en el caso concreto, la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo en asuntos sustancialmente iguales resuelve habitualmente conforme a la doctrina que ya tiene sentada, por mera coherencia con su doctrina interna (Autos del Tribunal Supremo (Sala de Conflictos de Competencia), 27 de junio de 1992 (RJ 1993\2412) y 27 de octubre de 1994 (RJ 1994\10587) pero sólo bajo ese argumento, no cabe otro. Se evidencia así, la falta en el ordenamiento jurídico español de un medio jurisdiccional adecuado para unificar la jurisprudencia contradictoria de las distintas Salas del Tribunal Supremo en las materias de decisión coincidente⁹.

⁸ La disparidad jurisprudencial que existía en la interpretación de los criterios para concretar el orden jurisdiccional competente para conocer de las reclamaciones por asistencia sanitaria pública entre la Sala Civil, Contencioso-Administrativa y Social del Tribunal Supremo, no podía ser resuelta por la Sala Especial de Conflictos de Competencia ya que el auto que se dictara «conforme a la legalidad vigente, sólo proyecta su decisión sobre el caso concreto que enjuicia, sin que la doctrina que sienta produzca efecto unificador que venga a corregir la dispersión que, en ocasiones, manifiesta la jurisprudencia sentada por el vértice de los distintos Órdenes Jurisdiccionales» (Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1992 (RJ 1993\2412), f.º j.º 3.º; En el mismo sentido, Auto TS (Sala de Conflictos de Competencia) de 23 de diciembre de 2003 (JUR 2004\71556). «Su doctrina [entiéndase la de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo] no vincula a ninguno de los órdenes jurisdiccionales a que afecta» (SSTS (Sala de lo Social) de 20 de enero de 1992 (RJ 1992\48), f.º j.º 3.º; 6 de abril de 1993 (RJ 1993\2913); 20 de julio de 1993 (RJ 1993\6293); 11 de febrero de 1994 (RJ 1994\874).

⁹ BUENAGA CEBALLOS propone como solución para resolver el problema de los conflictos jurisdiccionales «dotar de eficacia vinculante a las resoluciones de la Sala de Conflictos de Competencia

Únicamente no se podrán plantear problemas competenciales ni conflictos de competencia con el orden jurisdiccional penal dado su carácter preferente (art. 44 de la LOPJ). De ahí que, el art. 114 de la LECr establezca el carácter preclusivo de la acción penal sobre procesos que sobre los mismos hechos se tramiten en otros órdenes jurisdiccionales.

Corresponde a la Ley la determinación de las competencias que corresponden a cada orden jurisdiccional (art. 117.3 y 4 de la CE, art. 9.1 de la LOPJ); concretamente, es materia reservada a la LOPJ ya que el art.122.1 de la CE al emplear el término «*constitución [...] de los Juzgados y Tribunales*» reserva a la Ley Orgánica del Poder Judicial «*la institución de los diferentes órdenes jurisdiccionales y la definición genérica de su ámbito de conocimiento litigioso*», sin perjuicio de la colaboración de la Ley ordinaria en la concreción de las materias específicas que se asignan a cada orden (STC (Pleno), nº 121/2011, de 7 julio (RTC 2011\121), fº jº 3º).

El art. 9 en sus apartados 2 al 5 de la LOPJ¹⁰ define de forma genérica y en abstracto el ámbito del que se ocupa cada orden jurisdiccional. La distribución competencial entre los distintos órdenes jurisdiccionales se realiza atendiendo a diversos criterios: calificación jurídica del daño o naturaleza de la pretensión (para delimitar la competencia del orden jurisdiccional penal respecto del resto), sujetos, Derecho material aplicable...

Los del orden penal conocerán cuando la acción u omisión que ocasionó el daño esté tipificada como delito «*con excepción de los que correspondan a la jurisdicción militar*» (art. 9.3 de la LOPJ). Por su parte, al orden civil se le reconoce una competencia amplia dada su *vis atractiva* puesto que va a conocer de todas las materias que le son propias (de Derecho privado) y de las que no estén atribuidas expresamente a otro orden jurisdiccional (art. 9.2 de la LOPJ); mientras que los del orden contencioso-administrativo según el art. 9.4 de la LOPJ, «*conocerán de las pretensiones que se*

del Tribunal Supremo, esto es, crear una suerte de recurso de casación para la unificación de doctrina inter ordines, modificando la Ley Orgánica del Poder Judicial. Realmente, esta solución dotaría a los Autos de la Sala de Conflictos de la fuerza necesaria para que fuesen obligatoriamente seguidos por los demás Tribunales.» BUENAGA CEBALLOS, O.; «La defectuosa prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social: ¿un supuesto de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas?», *La Ley*, nº 3 (1998). En www.laleydigital.es [Consultado el día 22 de diciembre de 2016].

¹⁰ Los artículos 21 a 25 de la LOPJ se ocupan de delimitar la competencia de la jurisdicción española. En este estudio, vamos a presumir que la jurisdicción competente es siempre la española. Por consiguiente, quedan al margen todos los supuestos en que la asistencia sanitaria defectuosa se presta en un país extranjero o los supuestos en que se solicite el reintegro.

deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la ley y con los reales decretos legislativos en los términos previstos en el artículo 82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción. También conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho [...]

Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.

También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas.»

Como ha señalado GAMERO CASADO, la delimitación del reparto jurisdiccional en el orden contencioso-administrativo, en general, y en materia de responsabilidad patrimonial, en particular, puede apoyarse en tres criterios: a) criterios subjetivos: sólo conocerá de las pretensiones indemnizatorias que se planteen frente a sujetos que tengan la condición de Administración; b) criterios funcionalistas o materiales: conocerá sobre la responsabilidad extracontractual que se haya producido en relación con un tipo de actividad, con independencia de la naturaleza pública o privada del sujeto; c) criterios mixtos: se atiende tanto a la condición del sujeto como a la naturaleza pública o privada de la función que desempeñe o la materia (por ejemplo, asistencia sanitaria¹¹). La jurisdicción contencioso-administrativa parte de un criterio eminentemente subjetivo o, si se quiere, mixto¹², que no impide que pueda extender su competencia a casos en los

¹¹ GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, op. cit., p. 27; SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J.A. Y FERNÁNDEZ MONTALVO, R.; *Jurisdicción y competencia en el proceso contencioso-administrativo: problemas de delimitación competencial en la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Bosch, 2002, pp. 48, 52 a 53.

¹² Está matizado porque la actuación esté sujeta al Derecho Administrativo. En el resto de su actividad si están sujetas al Derecho privado, la competencia corresponderá a los Tribunales del orden privado (civil, mercantil, social...). No se está sólo a la naturaleza del ente sino también al régimen jurídico aplicable,

que la función administrativa no es desempeñada por una Administración, adoptándose un criterio material, como iremos viendo a lo largo de la exposición.

Por su parte, la jurisdicción social conocerá «*de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral*» (art. 9.5 de la LOPJ), siguiendo un criterio material.

Con carácter general, salvo en lo que respecta al orden penal, la atribución no se basa en un criterio único que permita delimitar con absoluta precisión y de forma concluyente el ámbito de las distintas jurisdicciones, lo que dificulta en ocasiones delimitar entre un orden jurisdiccional y otro, cuando se entremezclan elementos que corresponden a dos o más de ellos¹³. Según la doctrina del TC (SSTC (Pleno), nº 224/1993, de 1 de julio (RTC 1993/224) y nº 121/2011, de 7 julio (RTC 2011\121); SSTC (Sala Primera), nº 146/2011, de 26 septiembre (RTC 2011\146) y nº 147/2011, de 26 septiembre (RTC 2011\147)), la utilización de criterios concurrentes pero no excluyentes crea lo que el Tribunal Constitucional denomina como «espacios de intersección» o «zonas grises», esto es, hay asuntos que pueden razonable y lícitamente ser subsumidos en más de un apartado del art. 9 y, por tanto, se puede defender la competencia de más de un orden jurisdiccional, depende de donde se ponga el énfasis. Así ha sucedido por citar un ejemplo, en el deslinde entre el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y social para conocer de las reclamaciones indemnizatorias por asistencia sanitaria prestada en el marco de la Seguridad Social. Si se consideraba que era un daño ocasionado como consecuencia de una prestación de la Seguridad Social, el orden jurisdiccional competente en atención a la materia era el social (art.9.5 de la LOPJ)¹⁴; en cambio, si se aplicaba un criterio subjetivo-material, dado que se

combinándose criterios orgánicos y funcionales. DESCALZO GONZÁLEZ, A.; «Capítulo 1. Ámbito de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Artículos 1 a 5» en la obra colectiva *Tratado de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 74 a 79.

En el ámbito de la responsabilidad se atiende a la condición de Administración y la existencia de responsabilidad patrimonial, con independencia de que actúe en relaciones de Derecho público o privado.

¹³ Como señala CALAZA LÓPEZ, salvo el penal, «*no son compartimentos estancos, cerrados, bloqueados, ni imbatibles, sino que, al contrario, en un buen número de situaciones, se entremezclan elementos correspondientes a dos o más órdenes*». CALAZA LÓPEZ, S.; «Tema 5. Jurisdicción y competencia» en la obra colectiva *Introducción al Derecho Procesal* dirigida por ASENSIO MELLADO, J. M., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 94.

¹⁴ CRUZ VILLALÓN, J.; «El reparto de conocimiento jurisdiccional en materia de Seguridad Social» en la obra colectiva *Problemas de delimitación de competencias entre el orden contencioso-administrativo y el orden social de relaciones laborales en el sector público*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid,

estaba ante responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, la competencia correspondía al orden contencioso-administrativo (art.9.4 de la LOPJ). Esto puede y ha dado lugar a interpretaciones incompatibles entre sí pero que podían ser válidas y lícitas conforme a la normativa.

En este sentido, es importante el papel del legislador ordinario en cuanto ayuda a clarificar el orden jurisdiccional competente y a deslindar uno de otro, evitando que surjan conflictos de competencia. El art. 9 de la LOPJ traza el marco general de atribución de competencias de cada uno de los órdenes jurisdiccionales sin perjuicio de que el legislador ordinario concrete las materias específicas que serán objeto de conocimiento por tales órdenes o atribuya a un concreto orden el conocimiento de determinados asuntos. Ello siempre que no contradiga frontalmente el diseño establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial puesto que, en ese caso, sería inconstitucional por ir en contra de lo previsto en el art. 122.1 de la CE (SSTC (Pleno) nº 224/1993, de 1 de julio (RTC 1993/224¹⁵); nº 121/2011, de 7 julio (RTC 2011\121); SSTC (Sala Primera) nº 146/2011, de 26 septiembre (RTC 2011\146) y nº 147/2011, de 26 septiembre (RTC 2011\147)).

2. Objeto de estudio.

Es interés de este trabajo contribuir a determinar el orden jurisdiccional competente que deba conocer de las reclamaciones por la asistencia sanitaria recibida y realizar un

1993, p. 297; GONZÁLEZ ORTEGA, S.; «Delimitación de competencias entre los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social en materia de Seguridad Social: responsabilidad en la gestión de la Seguridad Social, Seguridad Social de los funcionarios públicos y materias afines a la Seguridad Social» en la obra colectiva *Problemas de delimitación de competencias entre el orden contencioso-administrativo y el orden social de relaciones laborales en el sector público*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 257.

¹⁵ Resulta extraordinariamente clara esta sentencia en su fundamento jurídico 3º: «sin perjuicio de la definición de cada uno de los órdenes jurisdiccionales efectuada in abstracto por el Legislador orgánico, cabe que el Legislador ordinario concrete las materias específicas objeto del conocimiento de tales órdenes, produciéndose, de este modo, una colaboración entre ambas formas normativas -Ley Orgánica y Ley ordinaria- que no obsta a la reserva establecida en el art. 122.1 CE y que, por tanto, resulta constitucionalmente lícita (cfr. sobre la admisibilidad de semejante colaboración dispuesta en las Leyes Orgánicas, la STC 137/1986, fundamento jurídico 3.º). Por consiguiente, siendo en principio correcto en términos constitucionales que una Ley ordinaria atribuya a determinado orden jurisdiccional el conocimiento de tales o cuales asuntos, integrando los genéricos enunciados de la LOPJ, la cuestión ha de radicar en la verificación del grado de acomodo de aquélla a las previsiones de ésta, que, como propias de la reserva reforzada instituida por la Constitución, resultan indisponibles para el Legislador ordinario y gozan frente al mismo de la fuerza pasiva característica de las Leyes Orgánicas (art. 81.2 CE), de modo que la Ley ordinaria no pueda excepcionar frontalmente o contradecir el diseño que de los distintos órdenes jurisdiccionales haya establecido la Ley Orgánica.»

análisis descriptivo de las posibilidades de la mediación y la transacción como vías de resolución de estos conflictos.

El ámbito de estudio se circunscribirá a la responsabilidad médico-sanitaria o por asistencia sanitaria¹⁶. Por tanto, dejamos al margen otros aspectos como pudieran ser las reclamaciones como usuarios del servicio de salud por cuestiones relacionadas con listas de espera, resarcimiento de gastos, también los conflictos surgidos entre los profesionales en las relaciones laborales o los problemas con proveedores, como farmacéuticas¹⁷.

En nuestro ordenamiento, la dificultad de concretar el orden jurisdiccional competente para conocer de estas cuestiones y la posible celebración de un contrato de transacción o la mediación viene dada por la propia complejidad del sistema sanitario español y del régimen de daños. Así, al margen de la posible responsabilidad disciplinaria o corporativa, la responsabilidad puede ser civil, patrimonial de la Administración o penal, siendo diferente el orden jurisdiccional competente y el Derecho sustantivo y procesal aplicable en cada caso.

Habrà de diferenciarse, por un lado, el Sistema Nacional de Salud como sistema público descentralizado, integrado por los Servicios de Salud de las distintas Comunidades Autónomas, que adoptan diversas formas de personificación, y el INGESA, para Ceuta y Melilla (artículos 44 y 45 de la Ley General de Sanidad). La gestión puede ser directa, con la creación de entes con personalidad jurídico-pública o privada vinculados o dependientes de la Administración, o indirecta, a través de la celebración de contratos de servicios, concesión de servicios, conciertos o convenios

¹⁶ Como señalan BARAHONA MIGUELÁÑEZ y GONZÁLEZ GARCÍA: «*La responsabilidad médica es un subconjunto de la sanitaria, puesto que la primera comprende la responsabilidad del profesional médico y la segunda comprendería la del médico, cirujano, anestesista, ATS, personal de enfermería, odontólogo, técnico de transporte sanitario, farmacéutico, titular del centro sanitario, compañía aseguradora (STS de 1 de julio de 1997 [RJ 1997\547]).*» BARAHONA MIGUELÁÑEZ, M. y GONZÁLEZ GARCÍA, M. C.; «Error sanitario y responsabilidad jurídica por asistencia sanitaria» en la obra colectiva *Tratado de Derecho Sanitario*, Volumen II, dirigida por PALOMAR OLMEDA, A. Y CANTERO MARTÍNEZ, J., Thomson-Reuters (Aranzadi), Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 46. Como afirma la jurisprudencia, el tema de la responsabilidad médica es un apartado del capítulo más general de la responsabilidad sanitaria (responsabilidad del centro médico, por deficiencias de funcionamiento u organización, negligencias del personal, etcétera) (SSTS (Sala de lo Civil), 1 y 21 de julio de 1997 [RJ 1997\5523 y RJ 1997\5523] o 29 de junio de 1999 [RJ 1999\4895]).

¹⁷ Precisamente ALBENTOSA DEL RÍO ha puesto de manifiesto la dificultad de encontrar un concepto de mediación sanitaria pues se debate si abarca a todos los conflictos que se pueden suscitar en este ámbito o sólo a los que se derivan de la relación asistencial. ALBENTOSA DEL RÍO, J.; «La mediación sanitaria en la legislación de las comunidades autónomas», *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 5, 1 (2016), En <http://hdl.handle.net/10550/56723> [Consultado el día 22 de octubre de 2020], p. 436.

singulares de vinculación (acción concertada). A esto se añade el régimen especial aplicable a los funcionarios sujetos al régimen del mutualismo administrativo y la gestión a través de Entidades Colaboradoras en el ámbito de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Junto a ellos, tenemos la frecuente intervención de la aseguradora con la que la Administración haya suscrito un seguro para cubrir su eventual responsabilidad patrimonial, con la posibilidad de plantear acción directa frente a la misma (art.76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro [en adelante LCS]).

Por otro lado, en España también existe la sanidad privada. Como establecen los artículos 88 y 89 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (en adelante LGS), haciendo alusión a los artículos 35, 36 y 38 de la CE, se reconoce el derecho al ejercicio libre de las profesiones sanitarias y a la libertad de empresa en el sector sanitario. Por tanto, el servicio público sanitario se encuentra en régimen de libre concurrencia con la iniciativa privada¹⁸. Ahora bien, aunque la sanidad privada no sea un servicio público en sentido estricto en ella concurre un interés general de tal magnitud que justifica su regulación por normas administrativas y su sometimiento a un control público, como señala SÁNCHEZ MORÓN¹⁹.

Estamos ante el supuesto de médicos privados, hospitales y clínicas privadas, aseguradoras sanitarias... A los que se suma la aseguradora de responsabilidad civil dada la obligatoriedad de suscribir un seguro de responsabilidad civil para el ejercicio de la sanidad privada (artículos 40.3.g) y 46 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias).

Vaya por delante que nuestra investigación se centrará en analizar la competencia jurisdiccional en relación con las reclamaciones de responsabilidad por la asistencia sanitaria pública puesto que, por una parte, son muy abundantes y siguen in crescendo

¹⁸ El hecho de que se trate de un servicio público no impide la libre concurrencia de empresas y profesionales privados que presten servicios sanitarios (equilibrio entre sector público e iniciativa privada). Este fue uno de los aspectos que más debate generó en el proceso constituyente pero que se encuentra totalmente superado de forma que, la Administración Sanitaria no ostenta el monopolio pero tampoco puede dejar de prestar el servicio público. Asimismo, en tanto le corresponde preservar y tutelar la salud pública le corresponde la regulación, ordenación y control del sector privado sanitario. BEATO ESPEJO, M.; «El Sistema Sanitario Español: Su configuración en la Ley General de Sanidad», *RAP*, nº 119 (1989), p. 399.; VILLAR ROJAS, F. J.; *La responsabilidad de las Administraciones Sanitarias: Fundamento y límites*, Praxis, Barcelona, 1996, p. 73 y las obras citadas en la nota a pie 111, *Ibidem*.

¹⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, 16ª ed., 2020, p. 794.

en los últimos años²⁰ y, por otra parte, son de las que más problemas genera y ha generado, hasta el punto de que justificó en 1999 la introducción de la disposición adicional 12ª de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC) con objeto de poner fin a los graves problemas jurisdiccionales que se planteaban. Aunque sigue en gran medida, las mismas reglas que se aplican en los casos de responsabilidad administrativa extracontractual, presenta algunas singularidades que analizaremos a lo largo de los siguientes capítulos. Entre las principales causas que han motivado el surgimiento de tantos conflictos en lo que al reparto jurisdiccional respecta destacan, como bien ha apuntado MAURANDI GUILLÉN²¹: la mezcla entre lo público y lo privado; el que la Administración Pública puede utilizar diversas personificaciones sometidas a particulares regímenes jurídicos para la prestación del servicio, incluyendo aquellas que adoptan la forma de persona jurídico-privada con la remisión a las normas de Derecho Privado; la prestación de los servicios sanitarios de forma indirecta; la singularidad del régimen aplicable a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social en cuanto que los actos dictados en su tráfico ordinario son revisados por los Jueces y Tribunales del orden social; la suscripción de seguros que cubran la posible responsabilidad en que incurran; el atasco de la jurisdicción contencioso-administrativa o la propia gravedad de los daños provocados como consecuencia de la defectuosa prestación sanitaria que afecta a la salud y la vida de las personas y que demandan respuestas rápidas incompatibles con dilaciones procesales.

Por su parte, la competencia del orden civil está clara cuando se plantea una pretensión resarcitoria por los daños causados en el marco de la asistencia sanitaria privada puesto que con independencia de que se derive la responsabilidad de una relación de naturaleza contractual o extracontractual, se trata de dirimir una cuestión de naturaleza privada entre particulares cuyo conocimiento está atribuido, según el art. 9.2 de la LOPJ, a la jurisdicción civil²². Ahora bien, en tanto que el servicio público sanitario se encuentra en régimen de libre concurrencia con la iniciativa privada, es

²⁰ De hecho, la mayor parte de las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración son por daños ocasionados en el sector sanitario.

²¹ MAURANDI GUILLÉN, N.; «Disposición adicional duodécima. Responsabilidad en materia de asistencia sanitaria» en la obra colectiva *Comentarios a la Ley 30/92* dirigida por SÁNCHEZ MORÓN, M. y MAURANDI GUILLÉN, N., Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2013, pp. 955 a 957.

²² CADENAS SOBREIRA, M. A.; «Las reclamaciones por negligencia médica en vía civil: el ámbito de competencia de la jurisdicción civil» en la obra colectiva *Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria* coordinada por BELLO JANEIRO, D., Ed. Reus, Madrid, 2013, p. 53.

posible que a la producción del daño hayan concurrido tanto la Administración Pública sanitaria como sujetos privados (médicos privados, centros u hospitales privados...) abriéndose diversas opciones posibles, entre las que está el que se pueda atraer el conocimiento de la cuestión al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en este sentido, sí analizaremos este supuesto.

De otro lado, es recurrente desde hace tiempo la afirmación por la doctrina de que hay una excesiva judicialización de los conflictos en general²³, que adquiere un cariz de extraordinaria relevancia cuando nos situamos ante conflictos en materia de responsabilidad médico-sanitaria²⁴, que se verá posiblemente agravada por la situación de crisis generada por la COVID-19. Se tiene la percepción de que toda enfermedad es curable y en caso de que esa curación no se produzca, porque se agrava la enfermedad o incluso porque se produce el fallecimiento, se entiende que existe responsabilidad y los pacientes y/o sus familiares suelen acudir a la vía judicial como si fuera la única a través de la cual se puede resolver el conflicto²⁵ (*Vid. Infra*, Capítulo IX, 1.)

La vía judicial no es la única ni en todos los casos la más adecuada para la resolución de estos conflictos (en este sentido, por muchos se propugna una necesaria «desjudicialización» de los conflictos²⁶). En este marco de una «tendencia global a la desjudicialización de los conflictos» y de cambio en la concepción del acceso a la

²³ *Vid.* GARCÍA VILLALUENGA, L.; *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el derecho de familia*, Reus, Madrid, 2006, p.169; ORTUÑO MUÑOZ, J. P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J.; «Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal», *Fundación alternativas*, nº 110 (2007). En <http://dialnet.unirioja.es> [consultado el día 1 de junio de 2011], p.30; MARTÍN DIZ, F.; *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, p. 30; CARRETERO MORALES, E.; «La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos» en la obra colectiva *Mediación y Resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos* dirigida por SOLETO MUÑOZ, H., Tecnos, Madrid, 2011, pág.57.

²⁴ SANZ MULAS afirma explícitamente «de todas las profesiones liberales, las sanitarias quizás son las que con más frecuencia suscitan la intervención de las instancias judiciales, y entre ellas del Derecho Penal, debido a su relación directa con los dos bienes jurídicos más importantes: la vida, la salud, aunque tampoco podemos obviar otros, como la intimidad, igualmente relevantes. Los errores y negligencias que en otras profesiones no salen del ámbito corporativo, o como mucho disciplinario, para el personal sanitario pueden constituir una fuente cada vez más abundante de procesos penales²⁴.» SANZ MULAS, N.; «La responsabilidad penal del personal» en *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar* dirigido por LLAMAS POMBO, E., La Ley, Madrid, 2014, p. 293. A ««judicialización» de la sanidad» alude BELLO JANEIRO, D.; Prólogo al libro *Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria* coordinado por BELLO JANEIRO, D., Ed. Reus, Madrid, 2013, p.5.

²⁵ En esto influyen sin duda otros factores como, en un país como el nuestro, de escaso arraigo de la economía de mercado, la búsqueda de expedientes tales como subvenciones, pensiones irregulares, e indemnizaciones de todo tipo.

²⁶ Primer eje de la mediación según la Exposición de Motivos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante Ley de mediación) –apartado II-. ORTUÑO MUÑOZ, J. P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J.; *op. cit.*, p.8.

Justicia²⁷, desde el último cuarto del siglo XX, tanto a nivel internacional (particularmente, europeo) como nacional (y autonómico), ha ido consolidándose una corriente legislativa y de pensamiento en torno a la promoción y desarrollo de las *Alternative Dispute Resolution*²⁸, que integra una gran variedad de figuras²⁹, entre las que están el clásico contrato de transacción y la mediación. Presumiblemente permitirán reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales y, en particular, en temas recurrentes y abundantes, como son los representados por las distintas pretensiones ejercitadas contra las Administraciones Sanitarias, hospitales, facultativos, enfermeros, cirujanos y anestesiólogos³⁰.

Se trata de dos mecanismos extrajudiciales que van a permitir a las partes resolver el conflicto por sí mismas mediante la adopción de un acuerdo o arreglo pactado evitando el nacimiento o la continuación de un proceso judicial a través de recíprocas

²⁷ Como dice la Exposición de Motivos que acompañaba a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo, sobre determinados aspectos de la mediación en materias civiles y comerciales COM (2004) 718 final, de 22 de octubre de 2004 “*el concepto de acceso a la justicia debe incluir la promoción del acceso a procedimientos adecuados de resolución de litigios para particulares y empresas, y no solamente el acceso al sistema judicial*”. Asimismo, el Considerando 5 de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (DOUE L 136, de 24/05/2008; en adelante, Directiva 2008/52/CE) remarca que: “*el objetivo de asegurar un mejor acceso a la justicia [...] debe abarcar el acceso a métodos tanto judiciales como extrajudiciales de resolución de litigios.*” Según REDORTA, “*la opción a realizar cuando se apuesta por el desarrollo de los ADR es ideológica. Se trata de una especie de cambio de chip, de cambio en la mentalidad o, cuando menos, de la forma de entender la función de la justicia en una sociedad democrática*”. REDORTA LORENTE, J.; *Cómo analizar los conflictos*, Editorial Paidós, Barcelona, 2004 *apud* ORTUÑO MUÑOZ, J. P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J.; *op. cit.*, p.18; BARONA VILAR, S.; «Integración de la mediación en el moderno concepto de Acceso a Justice. Luces y sombras en Europa», *InDret*, n° 4 (2014). En <http://www.indret.com/pdf/1092.pdf> [Consultado el día 17 de marzo de 2015].

²⁸ En el ámbito nacional también denominados MESC (Mecanismos Extrajudiciales de Resolución de Conflictos); TARC (Técnicas Alternativas de Resolución de Conflictos) o MASC (Medios Adecuados de Solución de Controversias). En el ámbito hispanoamericano se le suele denominar como MASC (Medios Alternativos de Solución de Conflictos).

²⁹ Sobre los diversos tipos de ADR y la mediación en el ámbito internacional y europeo, *Vid.* TORRES OSORIO, E.; *La mediación a la luz de la tutela judicial efectiva*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2014, pp. 51 a 211.

³⁰ Desde la doctrina se incita a recurrir a la mediación administrativa y contencioso-administrativa como medio que permita atajar la multitud de pleitos judiciales que se plantearán para reclamar indemnizaciones patrimoniales como consecuencia de la crisis generada por la COVID-19. AVILÉS NAVARRO, M.; «La mediación en el orden jurisdiccional contencioso administrativo en España», *Revista Acta Judicial*, n° 6 (2020). En <https://dialnet.unirioja.es/> [Consultado el día 6 de octubre de 2020], p. 30; CHAVES, J. R.; «Tiempo de siembra de reclamaciones de indemnización patrimonial» [en línea]. Blog delajusticia.com, 28 de septiembre de 2020. En delajusticia.com [Consultado el día 26 de octubre de 2020].

concesiones en el caso de la transacción (art.1809 CC), y, con la ayuda de un tercero imparcial y neutral (mediador) en el caso de la mediación³¹.

El contrato de transacción y la mediación se presentan así, a priori, como mecanismos adecuados para la resolución de los conflictos surgidos en el ámbito sanitario sin necesidad de acudir a la vía judicial, aunque no exento de dificultades.

3. La necesidad de un sistema claro de reparto para dotar de seguridad jurídica al sistema y garantizar la tutela judicial efectiva.

La seguridad jurídica como principio general del Derecho constitucionalizado en el art.9.3 «*debe inspirar la legislación positiva y la interpretación de las normas*», según apunta GAMERO CASADO³². El principio de seguridad jurídica³³ cuenta con una vertiente objetiva (certeza y claridad de las normas) y una vertiente subjetiva (previsibilidad de sus efectos), tanto en la elaboración como en la aplicación de las mismas³⁴. Las normas han de ser claras, ciertas, no dudosas ni confusas de tal forma que tanto los operadores jurídicos (especialmente, los jueces) como los ciudadanos sepan o puedan saber de antemano a qué atenerse, puedan conocer con certeza qué es Derecho y puedan prever las consecuencias derivadas de su aplicación. Esta dimensión del

³¹ Según el art.1 de la Ley de mediación: «*se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador.*»

³² GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, op. cit., p. 22; BERMEJO VERA, J.; «El principio de seguridad jurídica» en la obra colectiva *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo* dirigida por SANTAMARÍA PASTOR, J. A., La Ley, Madrid, 2010. En www.laleydigital.es [Consultado el día 26 de enero de 2016].

³³Sobre el principio de seguridad jurídica *vid. Id.*

En sentido claro se expresa la STC (Pleno), nº 37/2012, de 19 marzo (RTC 2012\37), fº jº 8º: «*Pues bien, en cuanto a la pretendida vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) debe recordarse que, con arreglo a nuestra reiterada doctrina, la seguridad jurídica ha de entenderse como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, procurando «la claridad y no la confusión normativa» (STC 46/1990, de 15 de marzo [RTC 1990, 46], F. 4), así como «la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho» (STC 36/1991, de 14 de febrero [RTC 1991, 36], F. 5). De este modo, sólo si el contenido o las omisiones de una norma (teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho) produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma en cuestión infringe el principio de seguridad jurídica (SSTC 150/1990, de 4 de octubre [RTC 1990, 150], F. 8; 142/1993, de 22 de abril [RTC 1993, 142], F. 4; 212/1996, de 19 de diciembre [RTC 1996, 212], F. 15; y 96/2002, de 25 de abril [RTC 2002, 96], F. 5, por todas». Sin perjuicio del valor que tiene en sí mismo el principio y que acabamos de exponer, según la STC (Pleno), nº 238/2012, de 13 diciembre (RTC 2012\238), fº jº 6º, «*el principio de seguridad jurídica constitucionalmente consagrado es la «suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, sin perjuicio del valor que por sí mismo tiene aquel principio (SSTC 27/1981 [RTC 1981, 27], 99/1987 [RTC 1987, 99], 227/1988 [RTC 1988, 227] y 150/1990 [RTC 1990, 150])*».*

³⁴ BERMEJO VERA, J.; op. cit.

principio de seguridad jurídica es una herramienta importante del derecho a la tutela judicial efectiva³⁵.

Este principio se puede ver menoscabado si las normas de reparto de la competencia entre los distintos órdenes jurisdiccionales resultan oscuras o presentan deficiencias que dificulten saber cuál es el orden jurisdiccional competente para conocer de una determinada reclamación³⁶. La materia competencial está siempre necesitada de seguridad jurídica como han afirmado los tribunales en diversas ocasiones (por todas, STC (Pleno), nº 121/2011, de 7 julio [RTC 2011\121]; SSTS (Sala de lo Social), 29 abril 2002 [RJ 2002\5681] y 30 abril 2002 [RJ 2002\6159] o (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 23 de septiembre de 2002 [RJ 2002\9234].

La falta de nitidez legislativa que permita un deslinde claro de las competencias de los distintos órdenes jurisdiccionales y las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales contradictorias provocaron y, en algunos casos sigue provocando que tres órdenes jurisdiccionales (civil, social y contencioso-administrativo [también el orden penal tendrá competencia si se trata de un delito pero queda excluido de esta problemática dado su carácter preferente]) se declaren competentes para el conocimiento de las reclamaciones sobre responsabilidad por daños y perjuicios ocasionados por o con ocasión de la asistencia sanitaria pública³⁷. Aunque esta situación es propia de todas las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, la situación se torna especialmente grave en el ámbito de la responsabilidad por asistencia sanitaria pública³⁸, no en vano, es el campo que mayor número de reclamaciones acumula³⁹.

³⁵ *Id.*

³⁶ Normalmente «*las deficiencias de la metodología de la elaboración de las normas jurídicas trasladan la inseguridad al momento de su aplicación*», como ha señalado BERMEJO VERA, *Id.*

³⁷ Así lo apunta PASTOR MERCHANTE, F.; «V. Análisis de la litigiosidad administrativa y contencioso administrativa en materia de responsabilidad patrimonial» en la obra colectiva *Informe sobre la Justicia Administrativa 2019* dirigida por DÍEZ SASTRE, S., CIJA-UAM, Madrid, 2019. En https://cija-uam.org/wp-content/uploads/2019/07/Informe_CIJA_2019_FINAL_Web.pdf [Consultado el día 6 de marzo de 2020], pp. 146 a 149. GAMERO CASADO llega a afirmar: «*A mi juicio, todo ello se debe principalmente a la escasa precisión terminológica de los textos positivos, que al regular esta materia se sirven de formulaciones clásicas pero verdaderamente poco expresivas, aventando las disparidades de interpretación, que resultan aún más acusadas cuando, como es el caso, inciden en la materia competencia de órdenes jurisdiccionales diferentes.*» GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, p. 85.

³⁸ En un voto particular a la STS (Sala de lo Civil), 30 de diciembre de 1999 (RJ 1999\9496) el magistrado GULLÓN BALLESTEROS llega a afirmar: «*no pueden condenarse en costas a los recurrentes en ninguna de las instancias ni en este recurso, porque no pueden ser víctimas de una "guerra de jurisdicciones", motivada por el reclamo de la competencia para conocer de la*

En este sentido, no sólo se han planteado conflictos de competencia entre los órdenes jurisdiccionales civil, social y contencioso-administrativo sino que cada uno de ellos haciendo una interpretación amplia de su ámbito competencial, se han declarado competentes, resolviendo de forma indistinta reclamaciones idénticas o sustancialmente similares pudiendo hablarse a veces, más bien, de concurrencia de jurisdicciones y de la existencia de un fuero electivo⁴⁰ o «a la carta⁴¹». A resolver esta situación tampoco ha ayudado la eficacia limitada que tienen los autos dictados por la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo. Esta circunstancia provocó, por ejemplo, que en los años 90, si la reclamación por responsabilidad médico-sanitaria pública se presentaba ante el orden contencioso-administrativo, éstos se entendían competentes, haciendo lo propio los del orden social si la demanda se dirigía frente a ellos. El posible conflicto de competencia era resuelto por la Sala de Conflictos de Competencia en favor de la jurisdicción contencioso-administrativo, a cuyas resoluciones sólo atendía el orden social en el caso concreto, haciendo caso omiso en el resto⁴².

Por consiguiente, como señaló GÓMEZ LIGÜERRE: «*el mismo supuesto de hecho es enjuiciado por cuatro jurisdicciones (incluye al orden penal) potencialmente competentes que lo enjuiciarán conforme a cuatro leyes procesales diferentes y [...]*

responsabilidad médica del INSALUD tanto de la jurisdicción civil, como de la contencioso-administrativa y la social.»

³⁹ PASTOR MERCHANT, F.; *op. cit.*, pp. 146 a 149.

⁴⁰ MAURANDI GUILLÉN, N.; *op. cit.*, pp. 953 y 954; QUINTANA LÓPEZ, T. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *op. cit.*, p. 103; Como puso de manifiesto DESDENTADO DAROCA: «*El conocimiento de las reclamaciones por daños ocasionados en el desarrollo de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social por tres órdenes jurisdiccionales diferentes resulta claramente insatisfactorio e impone la búsqueda de una solución unitaria, no sólo por razones procesales, sino también por razones sustantivas.*» DESDENTADO DAROCA, E.; «La determinación del orden jurisdiccional competente para conocer de las reclamaciones de indemnización por daños causados en la prestación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social (Comentario al auto de 7 de julio de 1994 de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo)», *RAP*, nº 136 (1995), p. 312. MORENO MOLINA, J. A. y MAGÁN PERALES, J. M.; *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas y, en especial, de las Corporaciones Locales*, Tomo 2, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2005. En www.laleydigital.es [Consultado el día 12 de enero de 2017]; JIMÉNEZ BONILLA, S.; «Capítulo II. Exigencia Judicial de la Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. I. Jurisdicción civil y contencioso-administrativa. Concurrencia de jurisdicciones. 1. Orden jurisdiccional competente. Evolución legislativa y jurisprudencial», en la obra colectiva *Manual de Responsabilidad Pública* dirigida por la Dirección del Servicio Jurídico de la Abogacía General del Estado, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2ª ed., 2015, p. 539.

⁴¹ PEMÁN GAVÍN, J.; «La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público», *Documentación Administrativa*, nº 237-238 (1994), p. 329.

⁴² Como afirma con datos ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ «*se puede decir que, cuantos más autos dicta la Sala de Conflictos atribuyendo la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa, más abundantes son las sentencias de la Sala de lo Civil y de lo Social que continúan manteniendo y razonando la suya propia para conocer de este tipo de asuntos.*» ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M.; «Delimitación objetiva y subjetiva de la jurisdicción contencioso-administrativa», *La Ley*, nº 5 (1998). En www.laleydigital.es [Consultado el día 18 de marzo de 2020].

con estándares de responsabilidad diferentes»⁴³. Lo más alarmante era que según el orden jurisdiccional el régimen jurídico de responsabilidad podía variar para el conocimiento de unos mismos o similares hechos en los que se pretende el resarcimiento del daño sufrido⁴⁴. Así, los requisitos necesarios para entender que existía responsabilidad eran diferentes⁴⁵; o, en la actualidad, la diferente interpretación de la doctrina del daño desproporcionado, de la pérdida de oportunidad o de la falta de consentimiento informado; de igual modo, lo atinente al plazo de prescripción (1 año en el ámbito civil (art. 1968.2º del CC) y administrativo (art. 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas [en adelante LPAC]); 5 años en el social (art. 53 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social [en adelante TRLGSS])⁴⁶; la distinta valoración del quantum

⁴³ GÓMEZ LIGÜERRE, C.; «Problemas de...», *op. cit.*, pp. 10 y 11.

⁴⁴ *Id.*; BUENAGA CEBALLOS, O.; *op. cit.*; IRURZUN MONTORO, F.; «La jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad patrimonial de la Administración. En especial, el caso de los servicios públicos sanitarios», *REDA*, nº 87 (1995), p. 428; JIMÉNEZ BONILLA, S.; *op. cit.*, p. 539; RIVERA FERNÁNDEZ, M.; «El conflicto jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública derivada de la asistencia sanitaria», *Anuario de Derecho Civil*, nº 4 (2002), pp. 1609-1676. En www.boe.es [Consultado el día 11 de julio de 2016], pp. 1622 a 1628.

⁴⁵ Mientras que en el orden civil se exigía el requisito de la culpa; en el orden social, se mantenían criterios dispares (aplicando unas veces responsabilidad objetiva y otras, criterios culpabilísticos) y en el orden contencioso-administrativo, la responsabilidad, en principio, era objetiva aunque en el ámbito sanitario quedaba matizada. DESDENTADO DAROCA, E.; *op. cit.*, p. 313; SERRANO ALONSO, E.; «Sobre la jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad civil por daños personales causados a los beneficiarios de la Seguridad Social», *Actualidad y Derecho*, nº 34 (1992), p.4; SERRA DOMÍNGUEZ, M.; «Jurisdicción competente para el conocimiento de reclamaciones frente a la administración sanitaria por lesiones producidas en el transcurso de una asistencia hospitalaria», *Derecho y Salud*, Vol. 2 (1994). En <http://www.ajs.es/revista-derecho-y-salud/volumen-2-1994> [Consultado el día 24 de noviembre de 2016], p. 7; RIVERA FERNÁNDEZ, M.; *op. cit.*, pp. 1621, 1622 y 1623; PANTALEÓN PRIETO, A. F.; *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración (hacia una revisión del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas)*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 66 a 75; GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, pp. 85, 86, 179 y 213; NOGUERA DE LA MUELA, B.; «La unidad jurisdiccional y la reclamación de indemnización por prestación defectuosa de asistencia sanitaria de la Seguridad Social», *REDA*, nº 88 (1995), p. 598.

La opinión contraria mantiene PEMÁN GAVÍN para el que «la diversidad de opciones jurisdiccionales existentes no conduce necesariamente a una diversidad en el Derecho material aplicable», apreciándose en la jurisprudencia de esos años una «clara línea de convergencia en los criterios sustantivos o de fondo aplicados por los órdenes jurisdiccionales a las reclamaciones de resarcimiento de los daños causados por el sistema sanitario público». Aplicándose las reglas de la responsabilidad patrimonial de la Administración. PEMÁN GAVÍN, J.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 329.

En la actualidad, esta distinción carece de tanta relevancia puesto que en el ámbito civil el principio culpabilístico cada vez está más atenuado, existe una tendencia a la objetivización como se pone de manifiesto en el art.148 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLCU); mientras que se afirma que la responsabilidad patrimonial de la Administración no es puramente objetiva, especialmente cuando estamos ante la prestación del servicio sanitario, salvo casos excepcionales sólo se indemniza por funcionamiento anormal. *Vid. Infra*, Capítulo V, 3. 2.

⁴⁶ CAMÓS VICTORIA, I.; «La polémica determinación del orden jurisdiccional competente (social, contencioso-administrativo o civil) en los supuestos de indemnización de daños y perjuicios causados por

indemnizatorio del *praetium doloris*; o la diferente interpretación de las causas que imposibilitan reclamar intereses de demora a la aseguradora (art. 20.8 de la LCS).

La resolución de asuntos sustancialmente iguales por los Jueces y Tribunales de tres órdenes jurisdiccionales aplicando distintos criterios interpretativos conlleva un enorme riesgo de jurisprudencia contradictoria y de resultados prácticos distintos⁴⁷, introduciendo con ello una gran inseguridad jurídica pues la solución podrá variar según el orden jurisdiccional competente, con la posible afectación para el principio de igualdad⁴⁸ y la merma en la efectiva protección resarcitoria del sujeto dañado⁴⁹.

Se sigue generando una situación de extraordinaria incertidumbre ya que el ciudadano que reclama corre el riesgo de que se declare la incompetencia de jurisdicción, sufriendo un lamentable peregrinaje jurisdiccional con la consecuencia inevitable de la dilación procesal y la afectación al principio de economía procesal. Toda esta situación, como se puso de manifiesto por la doctrina, era y es incompatible con el principio constitucional de seguridad jurídica y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva plasmado en el art. 24 CE⁵⁰.

o con ocasión de la prestación de asistencia sanitaria», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 5 (1999), pp. 647 a 668. En www.aranzadigital.es [Consultado el día 4 de febrero de 2016]; DESDENTADO DAROCA, E.; *op. cit.*, p. 313.

⁴⁷MARTÍN REBOLLO, L.; «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 4 (2000), p. 296.

En <https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/ayeryhoydelaresponsabilidadpatrimonialdelaadministracion.pdf> [Consultado el día 2 de diciembre de 2014]; GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, p. 77.

⁴⁸ DESDENTADO DAROCA, E.; *op. cit.*, p. 313; GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, p. 213.

Muestra de ello el artículo de: DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C.; «Riesgos del desarrollo y sangre contaminada: tres jurisdicciones, tres respuestas distintas», *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, nº 6 (1999). En www.aranzadigital.es [Consultado el día 11 de julio de 2017].

⁴⁹ Así lo afirma el TC que señala en relación al principio de seguridad jurídica «*pero, en cuanto dicho principio integra también la expectativa, legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, ha de considerarse que ello vulneraría, asimismo, el derecho subjetivo a una tutela jurisdiccional efectiva, reconocido por el artículo 24, número 1, de la CE, pues no resulta compatible la efectividad de dicha tutela y la firmeza de pronunciamientos judiciales contradictorios.*» (STC nº 62/1984, de 21 mayo [RTC 1984\62]) citada por LEGUINA VILLA, J.; «Responsabilidad patrimonial de la Administración y unidad jurisdiccional», *Justicia Administrativa: Revista de derecho administrativo*, nº Extra 1 (dedicado a la LJCA) (1999), p. 7.

⁵⁰ Como señaló MAURANDI GUILLÉN fue «*un panorama de confusión que ofrecía serios peligros para los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, y también para el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.*» MAURANDI GUILLÉN, N.; *op. cit.*, p. 954. En el mismo sentido, MORENO MOLINA, J. A. y MAGÁN PERALES, J. M.; *op. cit.* Especialmente expresivo se muestra BUENAGA CEBALLOS: «*A este respecto, y siendo evidente que todo conflicto jurisdiccional lleva ínsito potencialmente un atentado contra el principio constitucional de la seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución) y contra el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución), el caso de la asistencia sanitaria ha llegado a erigirse en modelo del resultado a que conduce el no atajar este tipo de problemas a tiempo. Es más, creo que es jurídicamente sostenible que las distintas soluciones*

Como señala la doctrina, la responsabilidad patrimonial por los daños generados por el funcionamiento de un servicio público es una garantía para el ciudadano (*Vid. Infra*, Capítulo III, 3), un plus de protección. Por ello, viene a decir GAMERO CASADO, requiere que el sistema de reparto jurisdiccional sea claro, armónico y coherente «*pues en la medida que se desorienta al justiciable, impidiéndole predeterminar dónde ha de acudir para exigir una reparación que en justicia se le debe, lo que pretendía ser una garantía terminaría por convertirse en un obstáculo y un perjuicio para el administrado. En definitiva, un reparto jurisdiccional oscuro y enmarañado supondría una perversión de la función garantista que desempeña el régimen sustantivo de responsabilidad administrativa, cuya finalidad es siempre mejorar, y nunca entorpecer, la tutela jurídica de los particulares*⁵¹.» Precisamente en la interpretación de las normas vigentes y la formulación de propuestas se ha de partir como objetivo principal de proteger a la persona que ha sufrido el daño y facilitarle la obtención más rápida del resarcimiento.

4. Unidad jurisdiccional: tendencia a la unificación en el orden contencioso-administrativo.

Ante la situación de grave confusión, con la intención de acabar con el peregrinaje jurisdiccional, las dilaciones en la obtención de tutela judicial y la disparidad de criterios jurisprudenciales desde la doctrina empezó a defenderse la reunificación de las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, en general, y en el ámbito sanitario, en particular, ante un mismo orden jurisdiccional, aunque discrepaban sobre cuál debería ser: mientras que unos defendían la unidad jurisdiccional en el orden civil⁵²; para otros, debía ser el social⁵³ y otros, mayoritario, consideraban que debía ser la jurisdicción contencioso-administrativa⁵⁴.

jurídicas dadas por la jurisprudencia a unos mismos hechos (las lesiones producidas por la defectuosa prestación de asistencia sanitaria) entrañen incluso una vulneración del principio constitucional de igualdad ante la ley (art. 14 de la Constitución).» BUENAGA CEBALLOS, O.; *op. cit.*; RIVERA FERNÁNDEZ, M.; *op. cit.*, p. 1622; GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, p. 22; GÓMEZ LIGÜERRE, C.; «Problemas de...», *op. cit.*, pp. 8 y 9; LEGUINA VILLA, J.; «Responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 6 a 8.

⁵¹ GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, pp. 21 y 215.

⁵² PANTALEÓN PRIETO, A. F.; *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 235 a 243 y *Responsabilidad médica...*, *op. cit.*, pp. 32, 41, 50 y 51 y «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: sobre la jurisdicción competente», *REDA*, nº 91 (1996), pp. 408 y 412. SERRANO ALONSO considera que la competencia es de la jurisdicción civil en tanto que se trata de un supuesto de responsabilidad civil. SERRANO ALONSO, E.; *op. cit.*, pp. 1 a 10; SERRA DOMÍNGUEZ, M.; *op. cit.*, pp. 4 a 16; GALÁN CORTÉS afirma de forma expresa que entiende que la responsabilidad

médica es una materia que «naturalmente» debe resultar atribuible al orden jurisdiccional civil aunque reconoce que en la actualidad la legislación cuando afecta a una Administración Pública la remite al orden contencioso-administrativo. GALÁN CORTÉS, J. C.; *Responsabilidad civil médica*, Civitas (Thomson Reuters), Cizur Menor (Navarra), 5ª ed., 2016, p. 70.

⁵³BUENAGA CEBALLOS, O.; *op. cit.*; CAMÓS VICTORIA, I.; *op. cit.*, pp. 647 a 668.

⁵⁴ Gran parte de la doctrina administrativista, desde antes de la LRJPAC, defendían la necesidad de configurar la jurisdicción contencioso-administrativa como fuero único y unitario para conocer de las cuestiones relativas a la responsabilidad patrimonial. En este sentido, claramente MARTÍN-RETORTILLO para el que todos los inconvenientes derivados del déficit en el reparto de competencias se podían resolver mediante la atribución de todas las pretensiones en las que esté implicada una Administración Pública, entre ellas, la relativa a la responsabilidad patrimonial, a la jurisdicción contencioso-administrativa, alcanzando así una solución más sencilla y con mayor seguridad jurídica. Los Tribunales del orden contencioso-administrativo realizarían «*el papel de Juez de derecho común de la Administración Pública*». Esta solución no excluía el que de forma excepcional se encomendaran determinadas pretensiones señaladas de forma casuística al orden civil (siempre como excepción a la regla general). Ahora bien, es consciente de que esta propuesta podía encontrar objeciones que el autor desmonta. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.; «Unidad de jurisdicción para la Administración pública», *RAP*, nº 49 (1966), p. 144, 184 a 189 y «Responsabilidad patrimonial de la Administración y jurisdicción», *RAP*, nº 42 (1963), pp. 207 a 210; GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A.; «Hacia un nuevo sistema de justicia administrativa en España», *RAP*, nº 34 (1961), pp. 293 a 310.; PEMÁN GAVÍN, J.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 321 y 322. Ante la situación de inseguridad jurídica, para LEGUINA VILLA lo más adecuado es alcanzar la unidad jurisdiccional como exigencia derivada del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE, en cuanto evitaría el peregrinaje jurisdiccional y las resoluciones judiciales contradictorias, dando «*un tratamiento jurídico unitario al conflicto que enfrenta a las víctimas de los daños administrativos con todos sus eventuales responsables y exige por ello que se pueda demandar a todos ellos ante un único orden jurisdiccional*», el contencioso-administrativo, recibiendo así el tratamiento especializado que requieren las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración. LEGUINA VILLA, J.; «La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio» en la obra colectiva *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* dirigida por LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M., Tecnos, Madrid, 1993, p. 406 y «Responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 6 a 14; Para CLAVERO ARÉVALO, dejando a salvo la competencia del orden penal, se debía volver a la senda de la unidad jurisdiccional contencioso-administrativa marcada en la LJCA 1956, siendo superables los posibles obstáculos que pudieran existir como intentó demostrar en el artículo publicado. CLAVERO ARÉVALO, M. F.; «La quiebra de la pretendida unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración», *RAP*, nº 66 (1971), p. 123; GONZÁLEZ PÉREZ, J.; «Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y unidad de Jurisdicción», *REDA*, nº 4 (1975), pp. 87 a 124; GAMERO CASADO, por su parte, afirma de forma tajante: «*ha de ser un mismo orden jurisdiccional quien conozca de todos los supuestos de responsabilidad administrativa, y ese orden jurisdiccional debe ser precisamente el contencioso-administrativo*» Y ello, porque el régimen de responsabilidad administrativa obedece a reglas propias, distintas a las de la responsabilidad civil. Su tratamiento unitario vendría garantizado por su atribución a un mismo orden jurisdiccional, el contencioso-administrativo, que es el que ostenta un mejor conocimiento específico y especializado sobre la materia (de la Administración y el Derecho administrativo; del funcionamiento de los servicios públicos y los estándares de calidad a los que debe tender, etc). No obstante, en supuestos excepcionales cabe la atribución de la competencia al orden civil. De ahí, que defienda un sistema estructurado de reparto de jurisdicción donde el grueso recaerá en el orden contencioso-administrativo. GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, pp. 77 a 86 y «El nuevo escenario de la responsabilidad administrativa extracontractual», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 426 (2000). En www.aranzadidigital.es [Consultado el día 29 de julio de 2020]. Especialmente crítico con la unificación en el orden contencioso-administrativo se muestra OLMEDA FREIRE para el que supone «*la tendencia del legislador a clarificar viejas situaciones de conflicto operando, exclusivamente, por «razones pragmáticas» y de oportunidad y olvidando los necesarios criterios dogmáticos que son los que finalmente pueden clarificar las nuevas cuestiones que, sin duda, van a plantearse sin necesidad de recurrir al socorrido sistema de parcheo.*» OLMEDA FREIRE, G. B.; «La competencia en materia de reclamaciones sobre responsabilidad derivada de la incorrecta prestación de los servicios sanitarios por las entidades gestoras de la Seguridad Social: El artículo 2 e) de la Ley 29 / 1998 y la disposición adicional 12ª de la Ley 4 / 1999: ¿El final del conflicto?», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 5 (2000). En www.laleydigital.es [Consultado el día 17 de enero de 2017].

Esa ha sido precisamente la tendencia legislativa constante. El legislador, cuyo papel es fundamental para deslindar claramente los órdenes jurisdiccionales y dotar de claridad, armonía y coherencia al sistema de reparto jurisdiccional, ha llevado a cabo numerosas reformas legislativas en busca del principio de unidad jurisdiccional, también denominado teoría del fuero único, con la intención de concentrar el conocimiento de todos los litigios surgidos en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, también en el ámbito sanitario, en un único orden jurisdiccional, el contencioso-administrativo (dejando al margen el orden penal)⁵⁵. Incluso delimitando de forma casuística los supuestos incluidos; ampliando el ámbito competencial de la jurisdicción contencioso-administrativa legitimando pasivamente a sujetos que en principio no deben ser demandados ante esa jurisdicción, como sucede con los particulares que concurren a la producción del daño o las aseguradoras cuando son demandadas junto con la Administración; y excluyendo expresamente la competencia del orden civil y social (artículos 9.4 de la LOPJ y art. 2.e) de la LJCA)⁵⁶. Sin embargo, los Jueces y Tribunales de los órdenes jurisdiccionales civil y social se han resistido a asumir la unidad jurisdiccional, aprovechando en cada momento los posibles resquicios normativos existentes para fundamentar su propia competencia, huyendo de la jurisdicción contencioso-administrativa y sometiendo al perjudicado a un continuo peregrinaje jurisdiccional. De hecho, se ha llegado a afirmar que se produce un pulso entre el legislador y los Tribunales *«uno para unificar y residenciar la jurisdicción competente en la contencioso-administrativa y los otros en tratar de sortear el mandato legislativo en favor de la jurisdicción civil o social»*⁵⁷. En muchos casos las reformas normativas han respondido a la necesidad de terminar con la jurisprudencia que negaba competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa lo que provocó, como ha

⁵⁵ La Sala de lo Contencioso-Administrativo y la Sala de Conflictos de Competencia del TS afirma de forma frecuente: *«la unidad procedimental, jurisdiccional y de régimen jurídico [...] no es otra cosa que una consecuencia lógica del sistema único, directo y objetivo de responsabilidad patrimonial de la Administración»* (Vid., por todas, STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 18 de noviembre de 1999. [RJ 2000\1365]; Auto del TS (Sala de Conflictos de Competencia), 7 de julio de 1994 [RJ 1994/7998], fº jº 3º).

⁵⁶ GARBERÍ LLOBREGAT, J.; *«Una mala nueva para las compañías aseguradoras que cubran la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: la última reforma del artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (por LO 19/2003, de 23 de diciembre)»*, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 623 (2004). En www.aranzadidigital.es [Consultado el día 16 de enero de 2016]. Obviamente la seguridad jurídica no puede garantizar que la norma prevea todos y cada uno de los supuestos conflictivos que pueden darse en la práctica ni tampoco supondría una infracción de dicho principio. BERMEJO VERA, J.; *op. cit.* En ocasiones, por muy clara que sea la norma no puede evitar que surjan conflictos de competencia, por eso, el legislador orgánico configura en la LOPJ un sistema para la resolución de los conflictos de competencia que se pudieran suscitar.

⁵⁷ AA.VV.; *Novedades en el Procedimiento Administrativo y en el Régimen del Sector Público obra colectiva*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, p. 451.

señalado algún autor, que fueran poco reflexionadas puesto que no se abordaban de forma integral⁵⁸. Se resolvían algunos problemas a la par que se suscitaban otros, de tal forma que como afirmó GAMERO CASADO, los problemas «no se resolvían se transformaban⁵⁹», con el consiguiente riesgo para la seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial efectiva.

5. Conveniencia del estudio.

En la actualidad, la determinación del orden jurisdiccional competente para reclamar la responsabilidad por los daños ocasionados por o con ocasión de la asistencia sanitaria pública se convierte a veces en un camino tortuoso teniendo en cuenta que las normas de competencia en algunas cuestiones son todavía enrevesadas y poco clarificadoras⁶⁰. Pese a los intentos del legislador por blindar la competencia del orden contencioso-administrativo, excluyendo al civil y social, para el enjuiciamiento de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración, se puede afirmar que la unidad jurisdiccional plena no se ha alcanzado⁶¹. Por un parte, se han encontrado

⁵⁸ «Muy al contrario de lo que hubiera sido deseable, nuestro Derecho positivo no ha afrontado la regulación de esta materia de una forma cabal y completa, sino a base de “parcheos”, a través de sucesivas reformas legislativas que, en muchos casos, no han sido más que la reacción del legislador a determinadas resoluciones jurisprudenciales que negaban la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de las controversias surgidas en este terreno». CARAZA CRISTÍN, M. DEL M.; «El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: ¿un tema completamente resuelto tras la reforma de la Ley Orgánica 19/2003?», *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 54 (2004), p. 414. Especialmente crítico se muestra GAMERO CASADO: «Las características que viene acumulando el proceso legislativo cada vez lo aproximan más al reino de la improvisación. No sólo por la precipitación con que se deciden los cambios y los inopinados lugares en que los mismos se contienen (leyes de acompañamiento, disposiciones adicionales de normas cuyo contenido material guarda escasa o nula relación con el del texto reformado), sino también por la velocidad a la que se suceden: baste recordar que la LJCA volvió a modificarse quince días después de la reforma en examen, esa vez en la Ley de acompañamiento.

La causa más perceptible de esta amalgama amorfa en que se ha convertido el Boletín Oficial del Estado es la miopía que padece el legislador, su escasez de miras: sólo ve de cerca, lo contingente y lo parcial. Cuando eleva los ojos para afrontar problemas panorámicos parece envolverse en una neblina borrosa que lo cubre todo, y por ello obra a impulsos, se diría que casi a espasmos, sin medir las consecuencias de sus acciones, que luego deparan resultados imprevistos obligando a nuevas maniobras normativas, tan chapuceras como las anteriores, igualmente incorporadas por una puerta trasera, con prisas, sin reflexión.[...]» GAMERO CASADO, E.; «Los seguros de responsabilidad patrimonial de la Administración: recientes pactos y reformas», *La Ley*, nº 6044 (2004). En www.laleydigital.es [Consultado el día 1 de agosto de 2019].

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ GÓMEZ COLOMER, J. L.; *op. cit.*, p. 186.

⁶¹ NARBÓN LAINEZ, E.; «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Las especialidades de procedimiento.» En http://gfw.diputacionalicante.es/repo/rec/857/RESPONBILIDAD%20PATRIMONIAL%20NUEVA%20LEY%202015_ALICANTE.pdf [Consultado el día 6 de junio de 2019]; CUETO PÉREZ, M.; «Limitación de la acción directa contra la aseguradora en los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración: STS de 5 de junio de 2019 (Sala de lo Civil)», *REDA*, nº 202 (2019). En <https://proview.thomsonreuters.com> [Consultado el día 16 de enero de 2020]; GÓMEZ LIGÜERRE,

excepciones o resquicios normativos para sortear la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, como cuando se ejercita la acción directa frente a la aseguradora en el orden civil (art. 76 de la LCS o se exige responsabilidad penal o civil derivada de delito en el orden penal o civil, si se hubiera reservado el ejercicio de la acción.

Por otra parte, porque en los últimos años se han llevado a cabo cambios normativos que inciden en nuestro objeto de estudio y que generan nuevas dudas sobre cuestiones relativamente pacíficas que otrora ocasionaron graves disfunciones en lo que al reparto de jurisdicción respecta y a los que se teme, se retorne, por lo que requieren de una aclaración y pronunciamiento. Nos referimos principalmente a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP) y la LPAC que deroga la LRJPAC y el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (en adelante RPRP) (disposición derogatoria única 2. a) y d) de la LPAC). Y, particularmente, la disposición adicional 12ª de la LRJPAC y la disposición adicional primera del RPRP, que establecían claramente la competencia del orden contencioso-administrativo previa tramitación del correspondiente procedimiento administrativo para el conocimiento de los daños causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria pública con independencia de la forma de gestión, incluyendo a todas las entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud, incluso los que prestaban el servicio a través de gestión indirecta, como los centros sanitarios concertados. El que no se haya introducido una previsión del mismo tenor, está provocando que vuelvan a suscitarse nuevos problemas en la delimitación del orden jurisdiccional competente (con el riesgo de peregrinaje jurisdiccional, conflictos de competencia...) ⁶². Habrá de analizarse si su supresión se ha debido a un olvido del legislador; a que, establecido ya el sistema de reclamación, no es necesaria una previsión específica para los conflictos sobre asistencia sanitaria puesto

C.; «Paso a nivel», *InDret*, nº 3 (2003). En <http://www.indret.com> [Consultado el día 8 de marzo de 2019], pp. 3 a 7; GARBERÍ LLOBREGAT, J.; «Acciones de responsabilidad patrimonial contra la Administración y contra sujetos privados que hubieran concurrido a la producción del daño (problemática del artículo 9.4 párrafo segundo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial)», *Derecho y Salud*, Vol. 8, nº 2 (2002). En <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-AccionesDeResponsabilidadPatrimonialContraLaAdmini-3177670.pdf> [Consultado el día 24 de junio de 2019]. También en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 485 (2001), p. 114.

⁶² CUETO PÉREZ, M.; «Unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad de la Administración por asistencia sanitaria: nuevas quiebras» en la obra colectiva *Derecho privado y Derecho público ante los tribunales de justicia: Liber Amicorum en homenaje al magistrado y profesor Rafael Fonseca González* coordinada por TOLIVAR ALAS, L. y ORDÓÑEZ SOLÍS, D., Reus, Madrid, 2019, p. 709.

que se desprende de la normativa actual; o a la intención de llevar a cabo una verdadera modificación legislativa motivada quizá por el enorme número de reclamaciones que se plantean en el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria pública y que suponen un elevado coste para las arcas públicas.

No obstante, seguirá rigiendo la LRJPAC para todos aquellos procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de la LPAC, el 1 de octubre de 2016 (disposición transitoria tercera a) de la LPAC). Por este motivo, la jurisprudencia del TS a estos efectos es escasa, pero ya empiezan a vislumbrarse en la doctrina de las Audiencias Provinciales una opinión no uniforme y los conflictos de competencia.

Así, la inclusión en el ámbito subjetivo de la LPAC y la LRJSP de las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas (sociedades y fundaciones), que quedarán sujetas a estas normas en cuanto se refieran específicamente a ellas y, en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas (art. 2.2.b) de la LPAC y 2.2.b) de la LRJSP), unido a la nueva aunque confusa previsión del art. 35 de la LRJSP, generan dudas sobre el sometimiento de estas entidades al régimen sustantivo y procedimental de responsabilidad patrimonial, también cuando prestan el servicio sanitario público, y en consecuencia, a la competencia del orden contencioso-administrativo. ¿Qué se entiende por potestades administrativas?; ¿se debe seguir la tramitación administrativa previa?; ¿ante la Administración matriz o cabe reclamar directamente frente al ente privado?; ¿qué interpretación debe darse al art. 35 de la LRJSP que en principio sólo es aplicable cuando la Administración actúe en relaciones de derecho privado?; ¿se puede ejercitar directamente la acción frente a la entidad de derecho privado en el orden contencioso-administrativo pese a que este tipo de entes no se incluyen dentro del ámbito de aplicación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa? Estas son algunas de las cuestiones a las que trataremos de dar respuesta.

De otro lado, ni la LPAC ni la LRJSP han aprovechado la oportunidad para resolver una de las cuestiones que más polémicas ha suscitado cual es la de la responsabilidad cuando intervienen contratistas. Se han limitado a exigir que en caso de que fuera imputable el daño a la Administración se siga la tramitación prevista en la LPAC y la necesidad de audiencia al contratista (32.9 de la LRJSP y art. 82.5 de la LPAC). Por su parte, el art. 196 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento

Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), tampoco ha aclarado la cuestión, manteniendo prácticamente la misma redacción y el mismo panorama de confusión que sus predecesores. No es de extrañar que GAMERO CASADO afirme que «*la cosa se encuentra más embrollada que al principio*⁶³». Se trata de uno de los temas más espinosos desde un punto de vista legislativo, doctrinal y jurisprudencial. Tras la derogación de la disposición adicional 12ª de la LRJPAC se corre el riesgo de que todas estas dudas se trasladen al ámbito de la responsabilidad sanitaria. ¿Se admite, pues, la reclamación directa en el orden civil frente al contratista o concesionario del servicio público sanitario en caso de que le fuera imputable el daño, a semejanza de lo que sucede con los centros concertados con las Mutualidades administrativas, produciéndose una nueva quiebra de la unidad jurisdiccional? ¿se aplicaría el régimen de responsabilidad civil o patrimonial?

Asimismo, la derogación de la citada disposición adicional 12ª, junto con el nuevo sistema de reclamaciones introducido en el art. 68.4 del TRLGSS 1994 por el artículo único de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (en adelante Ley 35/2014) y que se ha mantenido en el vigente TRLGSS del año 2015 (art. 99), han provocado que se haya justificado la competencia del orden social para conocer de las reclamaciones indemnizatorias por asistencia sanitaria prestada por una Mutua Colaboradora con la Seguridad Social en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, suscitándose nuevos conflictos de competencia con el orden contencioso-administrativo. E incluso por el orden civil, en cuanto se trata de sujetos privados que no están incluidos en el ámbito de aplicación de la LPAC y la LRJSP.

Tampoco se ha aclarado otra de las cuestiones que más debate ha generado entre la doctrina y la jurisprudencia, la admisibilidad de ejercitar la acción directa del art. 76 de la LCS frente a la aseguradora en el orden civil. Se trata de una de las principales vías

⁶³ Afirma GAMERO CASADO: «*En definitiva, desde la aprobación de la Ley de Expropiación Forzosa en 1954 (han pasado 64 años), sobre este tema se han escrito miles de páginas de literatura científica, se han dictado cientos de sentencias y dictámenes consultivos, se han realizado media docena de reformas normativas, y, a pesar de todo este fabuloso esfuerzo, la cosa no sólo dista de ser clara y pacífica, sino que se encuentra bastante más embrollada que al principio.*» GAMERO CASADO, E.; «Responsabilidad extracontractual de la Administración y del contratista por daños a terceros» en la obra colectiva *Tratado de contratos del sector público*, Tomo III, coordinada por GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I., Tirant Lo Blanch, 2018, p. 2203.

de escape de la competencia exclusiva y excluyente del orden contencioso-administrativo de la que se deriva una ingente problemática que pone de relieve las dificultades de acomodar la normativa propia de los seguros con las reglas de la responsabilidad patrimonial cuando el asegurado es una Administración. A pesar de su intención, el art. 35 de la LRJSP no ha logrado aclarar definitivamente la cuestión, teniendo en cuenta que parece remitirse únicamente al régimen sustantivo que es el que regula. Se debate sobre si establece un litisconsorcio pasivo necesario, debiendo reclamarse a la aseguradora junto con la Administración ante los tribunales contencioso-administrativos (art. 9.4 de la LOPJ y 2.e) de la LJCA) o, por el contrario, se sigue admitiendo la posibilidad de ejercitar la acción directa de forma autónoma frente a la aseguradora en el orden civil o, sería una novedad, ante el orden contencioso-administrativo.

Finalmente, la reclamación de responsabilidad penal y civil derivada de delito podrá ser instada tanto en la vía penal como civil, en el supuesto en que el perjudicado se reserve la acción (art. 37 de la LRJSP). Ahora bien, la respuesta no está clara si se reclama responsabilidad civil subsidiaria frente a la Administración o ente público.

Por otra parte, la mediación y el contrato de transacción no son dos figuras nuevas pero en los últimos tiempos han adquirido una gran relevancia e interés⁶⁴. La gran cantidad de pleitos judiciales relativos a reclamaciones médico-sanitarias, a lo que se añade el posible aluvión de reclamaciones indemnizatorias ante la situación generada por la COVID-19, es algo que preocupa tanto a Administraciones sanitarias, a juristas, a profesionales de la salud, a clínicas, a las aseguradoras como a los potenciales pacientes

⁶⁴ Como señala TAMAYO HAYA, «es la transacción un fenómeno que desde los más remotos albores de la civilización acompaña a la vida del Derecho sin perder nunca importancia e interés aunque en el curso de los siglos haya ido cambiando acomodándose en cada momento a las circunstancias de la época.» TAMAYO HAYA, S.; *El contrato de transacción*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 25. Sobre la evolución histórica de la transacción Vid. TAMAYO HAYA, S.; «El contrato de transacción, principales líneas de su evolución histórica», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 57, n° 3 (2004), pp. 1105 a 1146 y RIVERA RIVERA, L.R.; *El contrato de transacción. Sus efectos en situaciones de solidaridad*, Jurídica Editores, Puerto Rico, 1998, pp. 27 a 29 y la bibliografía que en ella se cita. Por lo que respecta a la mediación, a pesar de los numerosos antecedentes históricos que existen, el impulso de la mediación y su configuración estable tiene un origen reciente, alcanzando un desarrollo exponencial en Europa, y por consiguiente en España, en los últimos tiempos. Sobre la evolución histórica de la mediación Vid. SÁNCHEZ VALLE, M. R.; «La mediación a la luz de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho*, n° 10 Extra (2012), pp. 140 a 150 y las obras que en ella se citan.

y/o familiares, dada la relevancia que tiene desde un punto de vista económico⁶⁵ y psicológico.

Se trata de un tema de una tremenda complejidad derivada precisamente del complejo régimen de responsabilidades por asistencia médica⁶⁶, de la propia complejidad del Sistema Sanitario Español y del complejo entramado subjetivo de relaciones que se pueden crear.

La mayor parte de los estudios que se han realizado hasta ahora tienen un ámbito material restringido puesto que se han centrado en el ámbito de la responsabilidad civil en la sanidad privada o con la aseguradora de la Administración. Creemos, sin embargo, que es necesario, analizar los supuestos –que son la mayoría- en los que interviene, o está presente, una Administración o la sanidad pública.

La diversidad de formas que se han adoptado para gestionar el servicio público sanitario influye sobre las posibilidades de actuación de la mediación y el contrato de transacción en esta materia. Por citar algunos ejemplos, los límites a la disponibilidad son más vistosos y amplios en el campo de la normativa administrativa. Estamos en un ámbito, el de lo público, en el que la Administración tiene que servir con objetividad los intereses generales y está sometida al principio de legalidad, de ahí que se especifique en qué casos procede, hasta dónde y, se tengan que cumplir rígidos requisitos que son en principio desconocidos o no aplicables en el puro ámbito del Derecho privado; en la que será más difícil concretar el órgano competente para concertar el acuerdo y en la que será dudoso que se pueda definir éste como contrato de transacción en sentido estricto, al menos en el procedimiento administrativo en el que se alude a terminación convencional. La admisión de la acción directa frente a la aseguradora de la Administración posibilitará, en principio, la adopción de un contrato de transacción o la celebración de la mediación sin tener que cumplir estos requisitos. A veces, son las propias Comisiones Mixtas o de Seguimiento las que autorizan a las aseguradoras para que negocien con el particular.

⁶⁵ Sobre la perspectiva económica de las reclamaciones *Vid.* CARLES, M.; «Responsabilidad por una práctica médica inadecuada: una perspectiva económica», *Gaceta Sanitaria*, vol.17, n. 6 (2003), pp. 494 a 503.

⁶⁶ *Vid.* DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.; «El complejo régimen de responsabilidades por asistencia sanitaria» en *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina* obra colectiva dirigida por ADROHER BIOSCA, S. y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp.185 a 211.

6. Plan.

Dado que nos vamos a centrar en el sistema público de salud y que la dificultad en la concreción del orden jurisdiccional competente proviene, entre otros motivos, del modo en que está organizado, en primer lugar, analizaremos el modelo del Sistema Nacional de Salud como sistema público así como la organización de los Servicios de Salud y las formas de gestión de la asistencia sanitaria (Capítulo II).

A continuación, partiendo de la evolución normativa, jurisprudencial y doctrinal con objeto de entender las reglas generales de reparto jurisdiccional actuales (capítulo III), en los sucesivos capítulos abordaremos el orden jurisdiccional competente según la forma de organizar y gestionar el servicio sanitario público dado el particular casuismo reinante en la materia. Así, cuando la gestión se lleva a cabo a través de entes de derecho público o privado vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas o, de un consorcio (capítulo IV); de forma indirecta (capítulo V); o por Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social (capítulo VI). Con posterioridad, estudiaremos dos de las principales excepciones al principio de unidad jurisdiccional: la habitual intervención de la aseguradora con la que se haya suscrito un seguro que cubra su responsabilidad (capítulo VII) y la exigencia de responsabilidad penal y civil derivada de delito (capítulo VIII).

Antes de las conclusiones con las que se pondrá fin al trabajo, expondremos de forma descriptiva, las bondades y dificultades de la transacción y la mediación como forma de resolver estos conflictos (capítulos IX).

CAPÍTULO II

EL DERECHO A LA SALUD Y LA ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN DEL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO.

1. El derecho a la salud en la Constitución Española.

La Constitución española consagra en su art.43.1 el derecho a la protección de la salud⁶⁷. Corresponde a los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública a través de la adopción de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, regulando mediante Ley los derechos y deberes al respecto (art.43.2 de la CE). Por su parte, en evidente conexión temática con este precepto⁶⁸, el art.41 CE señala que, «*los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad [...]»*

Constitucionalmente se consagran como «*principios rectores de la política económica y social*» al estar insertados en el Capítulo III del Título I de la Constitución. Por consiguiente, «*informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos*» (art.53.3 CE). Para que sean efectivos requieren de desarrollo legislativo por lo que los derechos derivados del reconocimiento de estos principios serán de configuración legal y tendrán el alcance que la ley determine. Sólo podrán alegarse «*ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen*» (art.53.3 CE) sin que sean susceptibles de recurso de amparo dado que no se trata de derechos fundamentales (artículos 14 y 30.2 y Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título Primero CE). Ahora bien, si quedan afectados derechos fundamentales como la vida, la integridad física o moral o la libertad religiosa sí

⁶⁷ A nivel internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos señala en su art.25.1 el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado que le asegure la salud y el bienestar, en especial, la asistencia sanitaria. En términos similares se pronuncia el art.12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. A nivel europeo, el art.35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (tiene el mismo carácter jurídico vinculante que los Tratados—según el art.6 TUE-) establece que «*toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana.*» La competencia en cuanto a la organización y prestación de asistencia sanitaria corresponde a cada uno de los Estados miembros, siendo compartida con la Unión Europea los asuntos relativos a la salud pública (artículos 4.2.k) y 168 del TFUE).

⁶⁸ PEÑA, P.; «Sinopsis del art.43 CE». En <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=43&tipo=2> [Consultado el día 22 de mayo de 2015].

podrían existir actos o decisiones públicas recurribles en amparo ante el Tribunal Constitucional, conforme a los requisitos ordinarios de interposición de tal recurso (art.53.2 CE⁶⁹).

Estos principios carecen, como ha señalado el TC «*de la aplicabilidad y justiciabilidad inmediatas que caracterizan a los derechos constitucionales*» (SSTC 247/2007, de 12 de diciembre [RTC 2007\247], f.º 13º; 36/1991, de 14 de febrero [RTC 1991\36]). Ahora bien, el art.53.3 de la CE impide que se puedan considerar los citados principios, entre los que se encuentra el art.41 y 43 de la CE, «*como normas sin contenido y obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las Leyes*» (STC 19/1982, de 5 de mayo [RTC 1982\19], f.º 6ª). Muestra de ello es que las resoluciones judiciales «*habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el art.53.3 CE*» (SSTC 95/2000 de 10 de abril [RTC 2000\95], f.º 5º-; 154/2006, de 22 de mayo [RTC 2006\154], f.º 8º; 203/2000, de 24 de julio [RTC 2000\203], f.º 4º). Existirá la posibilidad de controlar la constitucionalidad de una norma legal que los vulnere.

1.1 Competencias.

Los artículos 148.1.21º y 149.1.16º y 17º de la CE contienen los títulos competenciales en materia sanitaria y de Seguridad Social en el complejo cuadro del Estado de las autonomías diseñado por la Constitución.

El art.148.1.21º de la CE autoriza a las Comunidades Autónomas para asumir competencias en materia de sanidad e higiene. Por su parte, el art.149.1.16º y 17º del mismo texto constitucional reconoce al Estado competencia exclusiva en «*Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad*⁷⁰. *Legislación sobre productos*

⁶⁹ PEMÁN GAVÍN, J.; «Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud», *Derecho y Salud*, Vol. 16, nº Extra 2 (2008), p. 50. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional en la STC nº 37/2011 de 28 marzo (RTC 2011\37) consideró, siguiendo la doctrina marcada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que la omisión o defecto en el consentimiento informado puede dar lugar a la vulneración del derecho a la integridad física y moral.

⁷⁰ Se incluye dentro de este título la competencia sobre la alta inspección. El TC lo ha interpretado de la siguiente manera en la STC nº 211/2014, de 18 de diciembre (RTC 2014\211), f.º 4º: «*En relación con este marco competencial, es preciso recordar que «corresponden al Estado en materia de sanidad interior las bases, la coordinación general y la alta inspección» (STC 32/1983, de 28 de abril [RTC 1983, 32], FJ 2). En relación al concepto de «bases», «nuestra doctrina constitucional ha venido sosteniendo que por tales han de entenderse los principios normativos generales que informan u ordenan una determinada materia, constituyendo, en definitiva, el marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional. Lo básico es, de esta forma, lo esencial, lo nuclear, o lo imprescindible de una materia, en aras de una unidad mínima de posiciones jurídicas que delimita lo que es competencia estatal y determina, al tiempo, el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer*

farmacéuticos.» Se atribuye también al Estado la competencia exclusiva sobre la «*Legislación Básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas*⁷¹» (art.149.1.17º). Todo esto sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas puedan asumir en sus Estatutos de Autonomía las competencias no atribuidas expresamente al Estado (art.149.3 de la CE).

la Comunidad Autónoma, en defensa del propio interés general, la competencia asumida en su Estatuto» (SSTC 1/1982, de 28 de enero [RTC 1982, 1], FJ 1; 69/1988, de 19 de abril [RTC 1988, 69], FJ 5; 102/1995, de 26 de junio [RTC 1995, 102], FFJJ 8 y 9; 197/1996, de 28 de noviembre [RTC 1996, 197] FJ 5; 223/2000, de 21 de septiembre [RTC 2000, 223], FJ 6; 188/2001, de 20 de septiembre [RTC 2001, 188], FJ 8; 126/2002, de 23 de mayo [RTC 2002, 126], FJ 7; 24/2002, de 31 de enero [RTC 2002, 24], FJ 6; 37/2002, de 14 de febrero [RTC 2002, 37], FJ 9; y 1/2003, de 16 de enero [RTC 2003, 1], FJ 8, en torno al concepto de lo «básico»).

Por lo que se refiere específicamente a la materia sanidad hemos señalado en la STC 98/2004, de 25 de mayo (RTC 2004, 98), FJ 7, que, «la Constitución no sólo atribuye al Estado una facultad, sino que le exige que preserve la existencia de un sistema normativo sanitario nacional con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español, eso sí, sin perjuicio, bien de las normas que sobre la materia puedan dictar las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivas competencias (por todas, SSTC 61/1997, de 20 de marzo [RTC 1997, 61], FJ 7; 173/1998, de 23 de julio [RTC 1998, 173], FJ 9; 188/2001, de 29 de septiembre [RTC 2001, 188], FJ 12; 37/2002, de 14 de febrero [RTC 2002, 37], FJ 12; y 152/2003, de 17 de julio [RTC 2003, 152], FJ 3), dirigidas, en su caso, a una mejora en su ámbito territorial de ese mínimo común denominador establecido por el Estado, bien de las propias competencias de gestión o de financiación que sobre la materia tengan conforme a la Constitución y a los Estatutos. Y se lo exige cuando en el art. 149.1.16 CE le atribuye las bases en materia de 'sanidad', para asegurar –como se ha dicho– el establecimiento de un mínimo igualitario de vigencia y aplicación en todo el territorio nacional en orden al disfrute de las prestaciones sanitarias, que proporcione unos derechos comunes a todos los ciudadanos.» En el mismo sentido SSTC 98/2004, de 25 de mayo (RTC 2004\98); 136/2012, de 19 junio (RTC 2012\136); 22/2012, de 16 febrero (RTC 2012\22).

Por lo que respecta a la coordinación general, la STC 32/1983, de 28 de abril (RTC 1983\32), f.º 2º: «*La coordinación persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente, la realidad misma del sistema. En este sentido hay que entender la competencia estatal de «coordinación general», a propósito de la cual conviene señalar las siguientes precisiones: a) Aunque constituye un reforzamiento o complemento de la noción de bases, es una competencia distinta de la de fijación de las bases, como se desprende del hecho de que en el artículo 149.1 no siempre que se habla de bases se habla también de coordinación general, si bien ésta, cuando se incluye, aparece, salvo en una ocasión (artículo 149.1.15), unida a la competencia sobre las bases (artículos 149.1.13 y 149.1.16). b) La competencia de coordinación general presupone lógicamente que hay algo que debe ser coordinado, esto es, presupone la existencia de competencias de las Comunidades en materia de sanidad, competencias que el Estado, al coordinarlas, debe obviamente respetar, pues nunca ni la fijación de bases ni la coordinación general deben llegar a tal grado de desarrollo que dejen vacías de contenido las correspondientes competencias de las Comunidades. c) La competencia estatal de coordinación general significa no sólo que hay que coordinar las partes o subsistemas (esto es, las competencias comunitarias) del sistema general de sanidad, sino que esa coordinación le corresponde hacerla al Estado. d) En consecuencia, la coordinación general debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema sanitario.»*

⁷¹ Sobre la interpretación de estos títulos competenciales por el TC. Vid. MARTÍNEZ-LAGE SOBREDO, S.; «Organización sanitaria en España» en la obra colectiva *Manual sobre responsabilidad sanitaria coordinado por ZABALA GUADALUPE, J.J.*, Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 37 a 42.

Las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas están configuradas en sus Estatutos de Autonomía. El art.41 de la LGS señala que: «*Las Comunidades Autónomas ejercerán las competencias asumidas en sus Estatutos y las que el Estado les transfiera o, en su caso, les delegue.*»

2. Las decisiones y actuaciones públicas previstas en esta Ley que no se hayan reservado expresamente al Estado se entenderán atribuidas a las Comunidades Autónomas.»

La asunción de competencias autonómicas en Sanidad y asistencia sanitaria de la Seguridad Social se realizó de forma diferente según se tratara de Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del art.151 de la CE (Galicia, País Vasco, Cataluña y Andalucía), que pudieron asumirlas todas desde el inicio, y aquellas que accedieron por la vía del art.143 de la CE⁷², que en un primer momento sólo pudieron adquirir las competencias del art.148.1 y no las del art.149 de la CE. Para hacer efectiva estas competencias, en esta materia habrán de tenerse en cuenta también los Reales Decretos de Traspaso⁷³ en los que se transfieren a las Comunidades Autónomas centros y establecimientos sanitarios, asistenciales y administrativos de la Seguridad Social. El proceso de transferencia culminó en el año 2001, cuando se traspasaron las funciones y servicios del Instituto Nacional de Salud (INSALUD) (disposición transitoria tercera y cuarta de la LGS), que fue sustituido por el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) encargado de las funciones de gestión en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla⁷⁴.

⁷² Vid. *Ibid.*, pp. 42 a 46; BELTRÁN AGUIRRE, J.L.: «¿Sistema Nacional de Salud o asistencia sanitaria de la Seguridad Social?», *Revista Derecho y Salud*, vol. 15, Nº Extraordinario (2007), pp. 29, 31 y 32. En http://www.carloshaya.net/biblioteca/dsex08/sespas_beltran2.pdf [consultado el día 3 de abril de 2012].

⁷³ Aunque no transfieren formalmente competencias puesto que la distribución de las mismas se lleva a cabo a través de la Constitución y los distintos Estatutos de Autonomía, son instrumentos que al traspasar servicios, centros, funciones, bienes, créditos y funcionarios van a permitir desde una perspectiva material que las Comunidades Autónomas puedan llevar a cabo las competencias asumidas (STC 48/1985, de 28 marzo (RTC 1985\48), fjº 5º). Por este motivo, como ha señalado BELTRÁN AGUIRRE, la disposición transitoria cuarta alude a las transferencias del Estado a las Comunidades Autónomas en materia de gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social o a que el INSALUD seguiría subsistiendo hasta que culminase el proceso de transferencias a las Comunidades Autónomas con competencia en la materia (disposición transitoria tercera). *Id.*

Los Reales Decretos de Traspaso a las Comunidades Autónomas fueron de las siguientes materias: de funciones y servicios en materia de sanidad; de funciones y servicios del INSALUD; de funciones y servicios de la Administración Nacional de Sanidad; de ejecución de la legislación del Estado sobre productos farmacéuticos; y, de funciones y servicios del Instituto Social de la Marina. Vid. MARTÍNEZ-LAGE SOBREDO, S.; *op. cit.*, pp. 46 a 55.

⁷⁴ Culminado el proceso de transferencia, a través del Real Decreto 840/2002, de 2 de agosto, por el que se modificaba y desarrollaba la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Consumo, el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) pasa a denominarse Instituto Nacional de Gestión Sanitaria,

En la actualidad, todas las Comunidades Autónomas, a excepción de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla (que sólo asumen las competencias del art.148.1 CE en sanidad e higiene⁷⁵), han adquirido competencias en cuanto a la gestión y organización de los centros e instituciones de los Servicios de Salud, así como en cuanto a la planificación sanitaria y en salud pública⁷⁶.

Las Corporaciones Locales, sin perjuicio de las competencias del resto de Administraciones Públicas, asumen algunas responsabilidades, especialmente en torno a la salubridad pública (*Vid.* artículos 2 y 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL) y art.42 de la LGS).

conservando, según se disponía en su art.15.1, «*el régimen jurídico, económico, presupuestario y patrimonial y la misma personalidad jurídica y naturaleza de Entidad Gestora de la Seguridad Social. Le corresponderá la gestión de los derechos y obligaciones del INSALUD, las prestaciones sanitarias en el ámbito de las Ciudades de Ceuta y Melilla y realizar cuantas otras actividades sean necesarias para el normal funcionamiento de sus servicios, en el marco de lo dispuesto por la disposición transitoria tercera de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.*» En la actualidad dispone lo mismo el art.15 del Real Decreto 1087/2003, de 29 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica del Ministerio de Sanidad y Consumo.

⁷⁵ Art.21.1.19^a del Estatuto de Autonomía de Ceuta y art.21.1.19^a del Estatuto de Autonomía de Melilla.

⁷⁶ Hay un grupo de Comunidades Autónomas que han asumido la competencia para el desarrollo legislativo y la ejecución en sanidad e higiene, y coordinación hospitalaria en general, y, para la ejecución de la legislación del Estado en cuanto a la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, según lo previsto en el art.149.1.17^o de la CE. Entre ellas, artículos 11,2, 3 y 4 y 12.13 del Estatuto de Autonomía de Asturias (en adelante nos referiremos a cada uno de los Estatutos de autonomía con la inicial E y el nombre de la Comunidad); artículos 25.3 y 26.1 del ECantabria; artículos 9.4 y 5 y 11.15 del ELa Rioja; artículos 11.1 y 12.4 del EMurcia; artículos 32.3 y 33.1 del ECastilla-La Mancha; o, artículos 27.4 y 5 y 28.1.1 del EMadrid.

Por su parte, las Comunidades Autónomas históricas y los Estatutos de Autonomía más recientes tienden a separar la Sanidad Pública de la Seguridad Social. De tal forma, que la asistencia sanitaria se entiende como un subsistema de la Sanidad. Suelen asumir competencia exclusiva sobre organización, administración, gestión y control de los centros, servicios y establecimientos sanitarios y competencias compartidas (Cataluña o Andalucía) o en desarrollo legislativo y ejecución de la legislación estatal en sanidad interior (art. 141 del ECanarias; art.55 del EAndalucía; art.54 del EComunidad Valenciana; art.71.55^a del EAragón; art.53 de la Ley de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra; art.9.1.24 y 10.1.9 del EExtremadura; art.30.48 del EIslas Baleares; art.74.1, 2 y 3 del ECastilla y León; art. 18.1 y 4 del EPaís Vasco; art.162.1 del ECataluña). Sobre la asunción de competencias en los Estatutos autonómicos, *Vid.* GARRIDO CUENCA, N. M.; «La igualdad y cohesión del Sistema Nacional de Salud. La protección de la salud en el modelo autonómico» en la obra colectiva *Tratado de Derecho Sanitario*, Volumen I, dirigida por PALOMAR OLMEDA, A. Y CANTERO MARTÍNEZ, J., Thomson-Reuters (Aranzadi), Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 123 a 134.

2. Modelo sanitario español: Sistema Nacional de Salud.

2.1 La Ley General de Sanidad, el Sistema Nacional de Salud y los Servicios de Salud.

Como afirmamos en un principio, el derecho a la protección de la salud consagrado en el art.43 de la CE para su efectividad requiere de su plasmación y desarrollo legal. Con esta finalidad y en ejercicio de la competencia que al Estado reconoce el art.149.1.16º de la CE se aprobó la LGS.

La LGS establece las bases (art. 2.1) para la creación del Sistema Nacional de Salud (en adelante SNS) definido en su art.44.2 como «*el conjunto de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas en los términos establecidos en la presente Ley*». El SNS integra todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud (art.44.1 de la LGS) y todas las funciones y prestaciones sanitarias que son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud (art. 45 de la LGS). Todos los recursos sanitarios públicos se coordinan, y en su caso, se integran en él como «*dispositivo único*» (art.46.c) de la LGS).

Entre las características del SNS su carácter público⁷⁷, universal⁷⁸, gratuito⁷⁹ y su atención integral a la salud⁸⁰.

Otra de las principales características es la descentralización que debe compaginarse con el carácter global y unitario del sistema sanitario. El sistema sanitario público español tiene una estructura descentralizada situándose a las Comunidades Autónomas como eje del modelo. Como señala la Exposición de Motivos de la LGS, apartado III: «*el Sistema Nacional de Salud se concibe así como el conjunto de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas convenientemente coordinados*». Las Comunidades Autónomas crean y organizan sus Servicios de Salud de acuerdo con los principios básicos marcados en la LGS y lo previsto en sus Estatutos de Autonomía

⁷⁷ Significa que es de titularidad pública, sin perjuicio de que pueda ser gestionado por centros o entes privados, como a continuación veremos.

⁷⁸ Pueden tener acceso a él los españoles y extranjeros que tengan su residencia legal en territorio nacional, de acuerdo con el art.1.2 LGS.

⁷⁹ Sin coste para el usuario del servicio sanitario en lo que respecta a las prestaciones médicas de la cartera básica de servicios. Hay otras prestaciones como las farmacéuticas u ortoprotésicas en las que se prevé una determinada participación económica. Lo que respecta a la financiación está regulado en los artículos 78 a 83 de la LGS.

⁸⁰ En el sentido de que comprende tanto la promoción de la salud y prevención de la enfermedad como la curación y rehabilitación (art.46.b) de la LGS).

(artículos 4.2, 49, 50 y disposición transitoria tercera apartado dos de la LGS). A ellas les corresponde la ordenación territorial de los servicios (art. 51.1 LGS); el establecimiento de los órganos de gestión y control de los Servicios de Salud, sin perjuicio de lo dispuesto en la LGS (art.52); y, la elaboración de un Plan de Salud (art.54 de la LGS). En consonancia con ello, el principio de integración de los servicios sanitarios a nivel territorial autonómico es otra de sus características. Dispone el apartado primero del art. 50 de la LGS: *«en cada Comunidad Autónoma se constituirá un Servicio de Salud integrado por todos los centros, servicios y establecimientos de la propia Comunidad, Diputaciones, Ayuntamientos y cualesquiera otras Administraciones territoriales intracomunitarias, que estará gestionado como se establece en los artículos siguientes bajo la responsabilidad de la respectiva Comunidad Autónoma.»* Como contrapartida lógica, la competencia del Estado sobre las normas básicas y la coordinación que permitan el establecimiento del sistema sanitario público único (SNS).

No obstante, el carácter integrado del servicio, el art.50.2 de la LGS prevé que *«cada Administración territorial podrá mantener la titularidad de los centros y establecimientos dependientes de la misma, a la entrada en vigor de la presente Ley, aunque, en todo caso, con adscripción funcional al Servicio de Salud de cada Comunidad Autónoma⁸¹.»*

A excepción de Ceuta y Melilla, todas las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias han dictado una ley por la que crean y configuran sus propios sistemas sanitarios públicos y sus Servicios de Salud asumiendo las funciones del antiguo INSALUD⁸²: regulan su estructura y organización, materiales y personal a su

⁸¹ El TS, a la luz de la amplitud con que los artículos 44, 45 y 50 LGS aluden al concepto legal del Sistema Nacional de Salud y de la referencia expresa que hace el art.50 LGS a las Administraciones territoriales, considera que las instituciones sanitarias del Gobierno de Cantabria, que no están integradas en el «Servicio Cántabro de Salud», también están incluidas en el Sistema Nacional de Salud. Dice expresamente la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 19 de diciembre de 2011 (RJ 2012\2869) en su fºjº 3º: *«La dependencia del centro sanitario de un específico organismo autónomo no es lo único que determina su pertenencia al Sistema Nacional de Salud porque lo decisivo es la titularidad pública de dicho centro; y, paralelamente, que esa pertenencia es de apreciar también en los centros cuya titularidad directa corresponde directamente a la Administración General del Estado, a la Administración General de cada una de las Comunidades Autónomas, a las Diputaciones y a los Ayuntamientos.»*

⁸² Andalucía: Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía y Ley 8/1986, de 6 de mayo, del Servicio Andaluz de Salud; Aragón: Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón y el Decreto Legislativo 2/2004, de 30 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Servicio Aragonés de Salud; Asturias: Ley del Principado de Asturias 7/2019, de 29 de marzo, de Salud; Canarias: Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias; Cantabria: Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación sanitaria de Cantabria; Castilla-La Mancha:

servicio, actividades y servicios dentro del Plan de Salud. En Andalucía por ejemplo, el Servicio Andaluz de Salud (en adelante SAS); en Cataluña, el Servicio Catalán de Salud (CatSalud); el SERGAS, en Galicia...

2.2 Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

Tras la aprobación de la Ley General de Sanidad, la asunción de competencias por las Comunidades Autónomas y la introducción de un modelo estable de financiación, se aprueba la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (en adelante LSNS). Dado el carácter descentralizado del sistema sanitario público, esta norma tiene por finalidad establecer el marco legal para llevar a cabo las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones Públicas sanitarias como medio de asegurar a los ciudadanos el derecho a la protección de la salud y garantizar la equidad⁸³, la calidad y la participación social en el Sistema Nacional de Salud, así como la colaboración activa para reducir las desigualdades que puedan existir en materia de salud entre las Comunidades Autónomas (Exposición de Motivos – apartado I- y art.1 de la LSNS).

La LSNS define cuáles son los ámbitos necesitados de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas que permitan dotar de garantías básicas y comunes al SNS y los Servicios de Salud que lo integran, apuntado su Exposición de Motivos, *«sin interferir por ello, en la diversidad de fórmulas organizativas, de gestión y de prestación de servicios que es inherente a un Estado descentralizado»*. Los ámbitos de colaboración son: *«las prestaciones del Sistema Nacional de Salud; la farmacia; los profesionales sanitarios; la investigación; el sistema de información sanitaria, y la calidad del sistema sanitario.»* A los que se unen mecanismos de cooperación y

Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla La-Mancha; Castilla y León: Ley 8/2010, de 30 de agosto, de Ordenación del Sistema de Salud de Castilla y León; Cataluña: Ley 15/1990, de 9 de julio, de Ordenación Sanitaria de Cataluña; Extremadura: Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud de Extremadura; Galicia: Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia; Islas Baleares: Ley 5/2003, de 4 de abril, de Salud de las Islas Baleares; Madrid: Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid (en adelante Ley de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid); Murcia: Ley 4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia; Navarra: Ley foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Normas reguladores del Derecho a la salud; País Vasco: Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi; La Rioja: Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud; C.Valencia: Ley 3/2003, de 6 de febrero, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad Valenciana.

⁸³ *«En la línea de desarrollo del principio constitucional de igualdad, que garantice el acceso a las prestaciones y, de esta manera, el derecho a la protección de la salud en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio y posibilite la libre circulación de todos los ciudadanos.»* (Exposición de Motivos –apartado I- de la LSNS).

coordinación en lo relativo a la organización de la asistencia sanitaria (regulación de los planes integrales de salud) y la salud pública (Exposición de Motivos –apartado I- de la LSNS).

Crea el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud que *«es el órgano permanente de coordinación, cooperación, comunicación e información de los Servicios de Salud entre ellos y con la Administración del Estado, que tiene como finalidad promover la cohesión del Sistema Nacional de Salud a través de la garantía efectiva y equitativa de los derechos de los ciudadanos en todo el territorio del Estado.»* (art. 69 de la LSNS). Está constituido por el Ministro de Sanidad y los Consejeros competentes en materia de sanidad en las Comunidades Autónomas (art. 70 de la LSNS). Conoce, debate y, en su caso, emite recomendaciones sobre diversos asuntos como, *«el desarrollo de la cartera de servicios correspondiente al Catálogo de Prestaciones del Sistema Nacional de Salud, así como su actualización»* (art. 71 de la LSNS). De considerarse actuaciones coordinadas en materia de salud pública, tendrán carácter vinculante (art. 65 de la LSNS).

2.3 Titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria del SNS.

El art.3.1 de la LSNS vincula la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria en España con cargo a fondos públicos, a través del SNS, a las personas con residencia legal en España⁸⁴. Si bien, lo extiende también a las personas que se encuentren en situación irregular y cumplan determinados requisitos. Así, son titulares del derecho a la protección de la salud y la atención sanitaria con cargo a fondos públicos, según el art.3.1 y 2 de la LSNS: *«todas las personas con nacionalidad española y las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español.»*

⁸⁴ El Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud que modifica la LSNS en este sentido, ha supuesto un importante cambio en relación a la redacción anterior del art.3 de la LSNS por el Real Decreto-Ley 16/2012 de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del SNS y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (en adelante RD-Ley 16/2012), desarrollado por el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del SNS, que hacía depender el derecho a la asistencia sanitaria pública de la condición de asegurado o beneficiario. En la actualidad, como señala la Exposición de Motivos del RD-Ley 7/2018 *«se desliga el aseguramiento con cargo a los fondos públicos de la Seguridad Social y se vincula a la residencia en España, así como a aquellas personas que, sin residir habitualmente en el territorio español, tengan reconocido su derecho a la asistencia sanitaria en España por cualquier otro título jurídico».*

Sin perjuicio de lo anterior, las personas con derecho a la asistencia sanitaria en España en aplicación de los reglamentos comunitarios de coordinación de sistemas de Seguridad Social o de los convenios bilaterales que comprendan la prestación de asistencia sanitaria, tendrán acceso a la misma, siempre que residan en territorio español o durante sus desplazamientos temporales a España, en la forma, extensión y condiciones establecidos en las disposiciones comunitarias o bilaterales indicadas.»

Para hacer efectivo el derecho con cargo a los fondos públicos tienen que darse alguno de los siguientes supuestos: *«a) Tener nacionalidad española y residencia habitual en el territorio español.*

b) Tener reconocido su derecho a la asistencia sanitaria en España por cualquier otro título jurídico, aun no teniendo su residencia habitual en territorio español, siempre que no exista un tercero obligado al pago de dicha asistencia.

c) Ser persona extranjera y con residencia legal y habitual en el territorio español y no tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía.»

Los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles⁸⁵ (con la única limitación de que no tendrán derecho a la cobertura de la asistencia sanitaria fuera del territorio español financiada con cargo a los fondos públicos) siempre que cumplan los siguientes requisitos: *«a) No tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, en virtud de lo dispuesto en el derecho de la Unión Europea, los convenios bilaterales y demás normativa aplicable; b) No poder exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia; c) No existir un tercero obligado al pago»* (art. 3.ter. 1 y 2 de la LSNS).

Quienes no ostenten derecho a la asistencia sanitaria con fondos públicos pueden recibir la prestación sanitaria a través del SNS pero a cambio del pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial, así lo dispone el art.3.3 de la LSNS.

Esta normativa no afecta ni modifica el régimen de asistencia sanitaria de las personas titulares o beneficiarias del régimen especial de la Seguridad Social

⁸⁵ Con el RD-Ley 16/2012 se limitaba a los casos de urgencia por enfermedad grave o accidente, así como asistencia al embarazo, parto y postparto y menores de edad.

gestionados por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), el Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS) y la Mutualidad General Judicial (MUGEJU) (art.3.4 de la LSNS).

2.4. Prestaciones.

Para intentar evitar las desigualdades que se podrían generar en un sistema descentralizado, de conformidad con los principios recogidos en el art.2 a), b) y c) de la LSNS, se regula, en primer lugar, la cartera común de servicios del SNS (art. 8 de la LSNS). Se define como «común» porque todas las Comunidades Autónomas tienen que asegurar, como mínimo, la prestación de los servicios de la cartera común (art.8 quinquies de la LSNS), de tal forma que cualquier titular del derecho a la protección a la salud y a la atención sanitaria puede acceder a estas prestaciones en cualquier parte de España (art. 4.b) y c) de la LSNS). Las CCAA pueden ampliar estas prestaciones creando una cartera de servicios complementarios, pero para ello tendrán que establecer recursos financieros propios (art.8 quinquies de la LSNS).

El art.7.1 de la LSNS define el catálogo de prestaciones del SNS como el que *“tiene por objeto garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención. Se consideran prestaciones de atención sanitaria del Sistema Nacional de Salud los servicios o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud dirigidos a los ciudadanos.*

El catálogo comprenderá las prestaciones correspondientes a salud pública, atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, la prestación farmacéutica, la ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario.” A través de la cartera común de servicios (técnicas, tecnologías, procedimientos, métodos, actividades de conocimiento y experimentación científica), se harán efectivas estas prestaciones (art.8.1 de la LSNS).

La cartera común de servicios del SNS se divide en las siguientes modalidades (art.8.2 del LSNS):

a) Cartera común básica de servicios asistenciales: artículos 8 bis y 11 a 15 de la LSNS. Cubierto de forma completa con financiación pública. Se incluye por ejemplo, la prestación de atención primaria u especializada.

b) Cartera común suplementaria: art.8 ter de la LSNS. Están sujetas a aportación en parte por el usuario. Por ejemplo, prestación farmacéutica u ortoprotésica.

c) Cartera común de servicios accesorios: art. 8 quáter de la LSNS. Sujetas a aportación y/o reembolso por parte del usuario.

Según los artículos art.8.3 y 20.1 de la LSNS, es en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud donde se acordará la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud, que se aprobará mediante Real Decreto. Mientras no se apruebe este Real Decreto estará vigente el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización (disposición transitoria 2ª del RD-Ley 16/2012) (en adelante RD 1030/2006).

3. Organización de los Servicios de Salud y las formas de gestión de la asistencia sanitaria.

3.1 Introducción.

La diferente vestidura jurídica de la Administración sanitaria y las diversas formas de gestión pueden incidir en la determinación del sujeto responsable, del régimen de responsabilidad, así como del régimen procedimental y del orden jurisdiccional competente. Por este motivo, vamos a trazar un cuadro general sobre las formas jurídicas que adoptan los diversos sistemas de salud autonómicos y las formas de gestión a las que recurren para la prestación del servicio⁸⁶.

Como vimos *Supra* CAPÍTULO II, 1.1., todas las Comunidades Autónomas, a excepción de Ceuta y Melilla (INGESA), tienen competencia para crear, organizar y gestionar sus Servicios de Salud, así como los centros, servicios y establecimientos sanitarios (así se deriva de los artículos 3.bis de la LSNS y los artículos 42.1, 44 y 50.1

⁸⁶ Para mayor profundidad sobre la gestión en el ámbito sanitario, *Vid.* DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.; *Formas de gestión de la sanidad pública en España*, La Ley, Madrid, 2006. En www.laleydigital.es [consultado el día 6 de noviembre de 2014] y «Formas de gestión en el Sistema Nacional de Salud: de la Ley General de Sanidad a las fórmulas de colaboración público-privada» en la obra colectiva *Tratado de Derecho Sanitario*, Volumen I, dirigida por PALOMAR OLMEDA, A. y CANTERO MARTÍNEZ, J., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 401 a 433; AA.VV.; *La organización de los servicios públicos sanitarios*, obra colectiva coordinada por PAREJO, L.; LOBO, F. y M. VAQUER, Marcial Pons, Madrid, 2001; GÓMEZ DE HITTA, J. L.; *Formas jurídicas de la organización sanitaria: derecho público y derecho privado en la provisión pública de servicios sanitarios*, Escuela Andaluza de Salud Pública, Granada, 2000; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.; *Nuevas formas de gestión hospitalaria y responsabilidad patrimonial de la Administración*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 167 a 254.

de la LGS)⁸⁷. La LGS se limita a recoger unos criterios mínimos básicos⁸⁸ como son la constitución de un Servicio de Salud en cada Comunidad y el principio de gestión unitaria de todos los centros y establecimientos sanitarios a través de una unidad organizativa territorial denominada Área de Salud (art.56.2 de la LGS). Dentro de la misma se distingue entre la atención primaria cuyo ámbito territorial es la zona básica de salud y donde los Centros de Salud desarrollan las actividades sanitarias (artículos 56.2.a), 63 y 64 de la LGS); y, la atención especializada realizada por los hospitales y centros especializados. Cada Área de Salud estará vinculada o dispondrá, al menos de un hospital general (artículos art.56.2.b) y 65 de la LGS).

Al margen de esto, la LGS no impone el ropaje jurídico que han de adoptar los Servicios de Salud ni las formas de gestionar el servicio⁸⁹. Esa decisión forma parte de la potestad de autoorganización del servicio de las Comunidades Autónomas (artículos 42.1, 50.1 y 55 de la LGS)⁹⁰ lo que provocará que se puedan distinguir distintas estructuras y formas según la Comunidad de que se trate⁹¹. Como no podemos exponer todos los regímenes y peculiaridades de cada una de las Comunidades Autónomas, recogeremos sucintamente de forma esquemática y grosso modo a qué modelo se acerca cada Comunidad Autónoma, en estos momentos⁹². La diferencia entre unas y otras radica principalmente, en el mayor o menor uso que algunas han realizado de ciertas formas de gestión o en la distinta denominación para designar entes similares. Con independencia de la forma de gestión utilizada, la titularidad del servicio siempre será pública.

⁸⁷ Tras la asunción de competencias por las Comunidades Autónomas y la consumación del proceso de transferencias, las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social han de reconducirse y se prestan hoy a través del Sistema Nacional de Salud, ya que los centros sanitarios de la Seguridad Social quedan integrados en el Servicio de Salud (disposición adicional 6ª de la LGS).

⁸⁸ Como señala VILLAR ROJAS: «en sanidad lo organizativo es elemento esencial de lo básico». VILLAR ROJAS, F. J.; *La responsabilidad...*, op. cit., p. 89.

⁸⁹ Aunque la LGS no dice expresamente nada, la doctrina entiende que la LGS (división en «Áreas de Salud», centros y establecimientos sanitarios) parece optar por la gestión directa a través de entes desconcentrados sin personalidad jurídica. DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.; «Formas de gestión en el Sistema...», op. cit., p. 406; VILLAR ROJAS, F. J.; *La responsabilidad...*, op. cit., p. 90.

⁹⁰ En el mismo sentido, DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.; «Formas de gestión en el Sistema...», op. cit., p. 406; VILLAR ROJAS, F.J.; «La huida al derecho privado en la gestión de los Servicios de Salud», *Derecho y Salud*, Vol. 2, nº 1 (1994), pp. 102 y 103 y *La responsabilidad...*, op. cit., p. 85.

⁹¹ Obviamente siempre respetando la normativa estatal que tenga carácter básico, como las bases en materia de contratación pública.

⁹² El Ministerio de Sanidad publica todos los años una estadística comparativa sobre las distintas formas de gestión utilizadas por las Comunidades Autónomas en atención primaria y especializada. Se puede consultar en: <https://www.msbs.gob.es/ciudadanos/centros.do?metodo=modalidadGestion> (Centros de Salud y consultorios locales) y <https://www.msbs.gob.es/ciudadanos/prestaciones/centrosServiciosSNS/hospitales/home.htm> (hospitales) [Consultado el día 12 de enero de 2021].

En cuanto a las formas de gestión, aunque no se trata de una cuestión exclusiva del servicio sanitario, la necesidad de que se preste de la forma más eficaz y eficiente⁹³ ha llevado a la búsqueda y utilización de las denominadas «nuevas formas de gestión», siendo precisamente el ámbito sanitario uno de los más innovadores en lo que a aspecto organizativo se refiere⁹⁴. En un primer momento, se optó por la creación de fundaciones, consorcios e incluso sociedades mercantiles para pasar con posterioridad a cobrar fuerza las fórmulas de gestión indirecta⁹⁵. Toda esta cuestión se enmarca dentro del fenómeno de la «huida del Derecho Administrativo» y de la «externalización» del sector público que tanta polémica genera y ha generado⁹⁶. Nos vamos a limitar a indicar cuáles son las fórmulas usadas sin entrar en el debate sobre su eficacia o eficiencia o si supone una «privatización⁹⁷» o no del servicio público sanitario puesto que excede nuestro objeto de estudio.

3.2 Gestión directa e indirecta: marco legal.

Los servicios públicos, también el sanitario, pueden gestionarse de forma directa o indirecta⁹⁸. La norma fundamental en este sentido es la Ley 15/1997 de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud (en

⁹³ VILLAR ROJAS, F.J.; «La huida...», *op. cit.*, pp. 100, 101 y 102. Se trata de la prestación de los servicios sanitarios públicos a los ciudadanos de la forma más barata, de más calidad mediante una utilización racional y adecuada de los recursos públicos y con contención del gasto público. *Ibid.*, p.103 y VILLAR ROJAS, F. J.; «La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales», en *RAP*, nº 172 (2007), pp. 141 a 188.

⁹⁴ DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.; «Formas de gestión en el Sistema...», *op. cit.*, pp. 402 y 407.

⁹⁵ CUETO PÉREZ, M.; «La continuidad del concierto sanitario tras la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público» en la obra colectiva *Homenaje al profesor Ángel Menéndez Rexach*, Vol. 1, dirigida por JIMÉNEZ DE CISNEROS, F. J., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 890 y 891.

⁹⁶ Es un fenómeno general de todos los servicios públicos pero para el ámbito sanitario, *Vid.* DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.; «Formas de gestión en el Sistema...», *op. cit.*, pp. 404, 405, 407 y las obras que se citan en la nota a pie nº 11; DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.; «Formas de gestión indirecta de los servicios sanitarios y privatización de la sanidad pública (especial referencia al plan de medidas de la Comunidad de Madrid)», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 27 (2013). En www.vlex.es [consultado el día 20 de octubre de 2014]; AA.VV.; *Crisis y externalización en el sector público ¿solución o problema?* obra colectiva dirigida por ORTEGA ÁLVAREZ, L., INAP, Madrid, 2011. En www.vlex.es [Consultado el día 23 de julio de 2015]; VILLALBA PÉREZ, F.; «Externalización de servicios sanitarios: nuevas perspectivas y orientaciones», *REDA*, nº 182 (2017). En <https://proview.thomsonreuters.com> [Consultado el día 7 de febrero de 2021].

⁹⁷ *Vid.* MENÉNDEZ REXACH, A.; «La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública. Reflexiones en torno al debate sobre la privatización de la sanidad», *Revista de Administración Sanitaria siglo XXI*, Vol. 6, nº 2 (2008), pp. 269 a 296; DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.; «Formas de gestión indirecta...», *op. cit.*; YÁÑEZ DÍAZ, C.; *Responsabilidad patrimonial de la administración y privatización de servicios públicos*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 49 a 62.

⁹⁸ Así se desprende de los artículos 30.3, 32 y 284.1 de la LCSP; de la legislación de régimen local (art. 85 de la LRRL y artículos 41, 67 y 113 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (en adelante RSCL) y también de la legislación autonómica.

adelante Ley 15/1997⁹⁹), sin perjuicio de la aplicación de las normas públicas que correspondan.

Con anterioridad a la aprobación de esta Ley, aunque la LGS incorpora al SNS *«un modelo de organización de los centros y servicios caracterizado, fundamentalmente, por la gestión directa»*, los artículos 66, 67 y 90 de la LGS ya permitían la vinculación de los hospitales del sector privado al Sistema Nacional de Salud mediante la firma de los convenios singulares y los conciertos correspondientes (Exposición de Motivos de la Ley 15/1997). Asimismo, algunas Comunidades Autónomas, al amparo de su propia legislación, habían creados entes de naturaleza pública o privada para la gestión del servicio sanitario¹⁰⁰.

La Ley 15/1997 sigue los pasos de su antecedente legislativo el Real Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD¹⁰¹, *«que, con la intención de «ampliar las formas organizativas de la gestión de los centros sanitarios, [...] vino a establecer que la administración de los mismos pudiera llevarse a cabo, no sólo directamente, sino indirectamente mediante cualesquiera entidades admitidas en Derecho, así como a través de la constitución de consorcios, fundaciones u otros entes dotados de personalidad jurídica, pudiéndose establecer, además, acuerdos o convenios con personas o entidades públicas o privadas, y fórmulas de gestión integrada o compartida, generalizando las previsiones contenidas en diversas leyes dictadas por las Comunidades Autónomas con competencia en la materia»* (Exposición de Motivos de la Ley 15/1997).

Plantea este esquema de forma clara el artículo único de la citada norma al señalar:

«1. En el ámbito del Sistema Nacional de Salud, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público, la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria

⁹⁹ Vid. VILLAR ROJAS, F. J.; «La Ley de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud: ¿Hacia la desregulación de la sanidad pública?», *Derecho y Salud*, Vol. 6, nº 2 (1998). En <http://www.ajs.es/revista-derecho-y-salud/volumen-6-1998> [Consultado el día 15 de mayo de 2015].

La introducción de nuevas formas de gestión en el ámbito sanitario tiene su primera plasmación política en el conocido como «Informe Abril» de 1991 elaborado por la Comisión de expertos para el estudio del Sistema Nacional de Salud y las tendencias de su entorno en el momento actual y cara al futuro en el que se proponía como reforma sustancial en el aspecto organizativo, la utilización de formas de Derecho privado en la gestión de los centros y establecimientos sanitarios.

¹⁰⁰ Por ejemplo, Cataluña a través de la Ley 15/1990, de 9 de julio, de Ordenación Sanitaria.

¹⁰¹ PEMÁN GAVÍN, J., «Hacia nuevas formas de gestión de los servicios sanitarios (Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio)», en la obra colectiva *Reforma y Liberalización económica: los decretos-leyes de junio 1996*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 320 a 330.

o sociosanitaria podrá llevarse a cabo directamente o indirectamente¹⁰² a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho.

En el marco de lo establecido por las leyes, corresponderá al Gobierno, mediante Real Decreto, y a los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas -en los ámbitos de sus respectivas competencias-, determinar las formas jurídicas, órganos de dirección y control, régimen de garantías de la prestación, financiación y peculiaridades en materia de personal de las entidades que se creen para la gestión de los centros y servicios mencionados.

2. *La prestación y gestión de los servicios sanitarios y sociosanitarios podrá llevarse a cabo, además de con medios propios, mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas, en los términos previstos en la Ley General de Sanidad.»*

En el ámbito estatal, esta norma fue desarrollada por el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud (hoy INGESA) (en adelante RD 29/2000). En el ámbito autonómico, todas las legislaciones en materia de salud admiten las formas de gestión directa e indirecta.

3.3. Gestión directa.

La gestión directa, que es la predominante, es aquella en la que el servicio se presta por la propia Administración titular del mismo o por entes instrumentales que tengan por objeto la prestación del servicio público en régimen de descentralización funcional. Pueden adoptar diversas formas de personificación tanto públicas, sometidas al Derecho

¹⁰² Coincidimos con MARTÍNEZ-LAGE SOBREDO, es un error de la Ley referirse a la gestión como indirecta cuando aquella es llevada a cabo mediante la interposición de una persona jurídico-pública, como una entidad pública empresarial o de titularidad pública, como una sociedad mercantil de capital íntegramente público. En estos casos, la gestión también sería directa si lo ponemos en conexión con otras normas de nuestro ordenamiento jurídico como los artículos 41 y 67 del RSCL o el art.85.2 de la LRBRL que dispone que la gestión directa de los servicios comprende tanto la gestión por la corporación sin o con órgano especial de administración, así como la fundación pública o la sociedad privada con capital exclusivamente público. MARTÍNEZ-LAGE SOBREDO, S.; *op. cit.*, p.88; MIR PUIGPELAT, O.; *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 113 a 115. Del mismo modo, se deriva del art. 31.1.a), 32 y 33 de la LCSP cuando regula el encargo a medios propios personificados señalando que no tendrán carácter contractual, escapándose de la aplicación de la LCSP. GAMERO CASADO, E. Y FERNÁNDEZ RAMOS, S.; *Manual básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 17ª ed., 2020, pp. 306, 788, 789, 826 a 828; SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, pp. 436, 597, 811 y 812.

público o al Derecho privado, como privadas¹⁰³. Podemos distinguir los siguientes casos:

3.3.1 Gestión sin órgano especial que se interponga.

Gestión directa por la Administración, sin órgano especial que se interponga entre ésta y el sujeto receptor del servicio. Esta forma es infrecuente en la prestación del servicio sanitario ya que las estructuras departamentales ordinarias (Ministerio, Departamentos o Consejerías) son fórmulas válidas para desempeñar las funciones de dirección, control, inspección o sanción pero no para la prestación de la asistencia sanitaria. Por eso, es necesaria la creación de organismos especializados, con o sin personalidad jurídica o fórmulas indirectas de gestión para la prestación del servicio sanitario¹⁰⁴.

3.3.2. Gestión a través de órgano interpuesto sin personalidad jurídica.

Gestión directa a través de un órgano¹⁰⁵ diferenciado, interpuesto, que actúa en régimen de desconcentración pero que no tiene reconocida personalidad jurídica propia e independiente.

Esta segunda fórmula organizativa es la más utilizada en el ámbito sanitario, tanto por el INGESA como a nivel autonómico. Los Centros de Salud y los hospitales pertenecientes a una determinada Área de Salud son órganos especializados, desconcentrados y sin personalidad jurídica. Existen otros modelos de organización

¹⁰³ El hecho de que el servicio se preste por un ente instrumental de naturaleza privada no implica necesariamente que la gestión vaya a ser indirecta.

Como apunta MIR PUIGPELAT, el dato esencial es que la gestión será directa cuando se lleve a cabo con medios propios aunque sea a través de la creación de un ente instrumental puesto que es la Administración quien en el fondo gestiona el servicio, mientras que será indirecta cuando tenga lugar con medio ajenos. MIR PUIGPELAT, O.; *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria...*, *op. cit.*, p. 113.

¹⁰⁴ DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.; *Formas de gestión de la...*, *op. cit.* Afirma: «Esta opción, en su pureza (como forma de gestión única), es inaplicable a la Administración sanitaria o, mejor, a la prestación de la asistencia sanitaria». *Id.*

¹⁰⁵ La referencia al término «órgano» no significa que sean equiparables a los órganos administrativos ordinarios. La calificación más correcta es la de establecimiento público que es una categoría distinta definida por VILLAR ROJAS como «unidad orgánica, con o sin personalidad jurídica, dotada de medios materiales, personales y técnicos para la realización de una actividad prestacional en favor de los particulares en cumplimiento de un fin público determinado, que cuenta con cierto grado de autonomía de gestión frente a la autoridad competente en razón al carácter técnico y material de su actividad.» VILLAR ROJAS, F. J.; «Responsabilidad en la gestión directa. Especial referencia a las nuevas fórmulas de gestión: fundaciones», *Derecho y Salud*, Vol. 8, nº 1 (2000), p. 2.

como las denominadas «Unidades de Gestión Clínica», en Andalucía y Asturias, que carecen de personalidad jurídica.

Al no tener personalidad jurídica se regirán por las disposiciones aplicables a la Administración Pública u organismo al que pertenezcan (tanto lo relativo al régimen de responsabilidad, a la aplicación de las normas presupuestarias, financieras y de contabilidad, de contratación¹⁰⁶...)

3.3.3 Gestión a través de un ente instrumental dotado de personalidad jurídica.

Es posible que el ente encargado de la gestión del servicio sanitario esté dotado de personalidad jurídica propia¹⁰⁷. Es muy difícil realizar una ordenación de todos estos entes. A nivel estatal, podemos encontrar una sistematización en la LRJSP¹⁰⁸. A nivel autonómico, las Comunidades han clasificado y regulado los entes del sector público a

¹⁰⁶ VILLAR ROJAS, F. J.; *La responsabilidad...*, op. cit., p. 90; GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.; *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común. (Ley 30-1992, de 26 de noviembre)*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 5ª ed., 2012, p. 2311.

¹⁰⁷ El art. 8.2 del TRLCSP era claro al respecto excluyendo del ámbito de aplicación del contrato de gestión de servicios públicos al ser la gestión directa «*los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.*» (art. 8.2 del TRLCSP). La LCSP no recoge una previsión similar. Sin embargo, según VILLAR ROJAS, a la luz del Derecho europeo la consecuencia es la misma, quedando excluidas del ámbito de aplicación de la LCSP la gestión de servicios «*en la medida en que el encargo de esa tarea venga determinado por una transferencia -en sentido lato- de competencias, lo que, de ordinario, se producirá en el momento de su creación.*». En caso de no ser un supuesto de transferencia de competencias, sino que responda a los presupuestos propios de un contrato, quedará excluido de la legislación de contratación pública en cuanto tenga la consideración de medio propio personificado (art.32 de la LCSP). En caso contrario, quedará sujeta a la citada legislación. VILLAR ROJAS, F. J.; «El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en la gestión de los servicios públicos locales», *Anuario de Derecho Municipal*, nº 11 (2017), p.82.

Como ha señalado CHINCHILLA MARTÍN, los encargos a medios propios personificados» (pueden ser personas jurídicas de Derecho público o privado siempre que tengan la condición de medio propio), previstos en el art. 32 de la LCSP «*no es más que la posibilidad de que un poder adjudicador ejecute de forma directa, a través de un ente instrumental suyo, las prestaciones propias de los distintos contratos regulados en esta ley*», como los de servicios y concesión de servicios. Los encargos no tienen naturaleza contractual y quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP. CHINCHILLA MARÍN, C.; «Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica «privada» y su personalidad jurídica «diferenciada» ¿realidad o ficción?», *RAP*, nº 203 (2017). En <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.203.01> [Consultado el día 14 de octubre de 2019], p. 40. En el mismo sentido, SÁNCHEZ MORÓN «*el encargo de la administración a un ente o sociedad instrumental propia no es un contrato, sino una modalidad de gestión desconcentrada de los servicios u obras públicas, aunque se compense mediante recursos que la administración matriz abona a su medio propio.*». SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 597.

En el ámbito local: art. 85.2.a) de la LBRL y art. 67 del RSCL.

¹⁰⁸ Deroga la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante LOFAGE) (disposición derogatoria única c)) y modifica la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (disposición final octava de la LRJSP).

través de leyes específicas¹⁰⁹ o presupuestarias¹¹⁰. En la mayoría de los casos, se sigue un régimen similar al de legislación estatal¹¹¹. Asimismo, hay que tener en cuenta las reformas que provienen desde el Derecho de la Unión Europea que obligan a considerar como ente u organismo público a ciertos efectos (principalmente contabilidad y contratación pública) «*a todas aquellas entidades que reúnan ciertas características en cuanto a su actividad y dependencia política o financiera de una Administración Pública, aunque tengan personalidad jurídica de Derecho privado*»¹¹².

3.3.3.1 Gestión a través de entidades de derecho público.

3.3.3.1.1 Organismo público.

La gestión puede llevarse a cabo a través de un organismo público creado bajo la dependencia o vinculación de una Administración pública territorial o matriz, directamente o a través de otro organismo público, con la finalidad de realizar entre otras actividades, las de prestación o gestión de servicios públicos (art. 88 de la LRJSP respecto al Estado pero es aplicable a cualquier otra)¹¹³. Son entidades públicas dotadas de personalidad jurídico-pública, patrimonio y tesorería propios así como de autonomía de gestión en los términos señalados en la Ley (art. 89.1 de la LRJSP). Se caracterizan además por su instrumentalidad respecto a los fines y objetivos que tienen encomendados de tal forma que «*dentro de su esfera de competencia, les corresponden las potestades administrativas precisas para el cumplimiento de sus fines, en los*

¹⁰⁹ Por ejemplo, Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía; Ley 1/1984, de 19 de enero, reguladora de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid; Ley 5/2021, de 29 de junio, de Organización y Régimen Jurídico del Sector Público Autonómico de Aragón; Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de la comunidad autónoma de las Illes Balears o Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; Ley Foral 11/2019, de 11 de marzo, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y del Sector Público Institucional Foral, entre otras.

¹¹⁰ Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco.

¹¹¹ Para un mayor desarrollo del régimen jurídico del sector público, *Vid. SÁNCHEZ MORÓN, M.: Derecho Administrativo..., op. cit.*, pp. 407 a 436; GAMERO CASADO, E. Y FERNÁNDEZ RAMOS, S.; *op. cit.*, pp. 290 a 311; MUÑOZ MACHADO, S.; *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general*, Tomo X, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2ª ed., 2017. En www.boe.es [Consultado el día 23 de enero de 2021], pp. 210 a 240 y MUÑOZ MACHADO, S.; *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general*, Tomos XI, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015. En www.boe.es [Consultado el día 23 de enero de 2021], pp. 59 a 64, así como las obras citadas en el Capítulo IV.

¹¹² SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo..., op. cit.*, p. 408. Sobre el concepto de ente público en el Derecho europeo, *Ibid.*, pp. 237 y 238.

¹¹³ *Ibid.*, p. 415.

términos que prevean sus estatutos, salvo la potestad expropiatoria.» (art. 89.2 de la LRJSP).

Su régimen jurídico variará dependiendo del organismo público de que se trate: organismos autónomos o entidades públicas empresariales (art. 84.1.a) de la LRJSP¹¹⁴). Junto a éstos existen algunos entes cuyo régimen jurídico tienen ciertas especialidades. Vamos a estudiarlos puesto que su régimen sirve de modelo para la normativa autonómica.

3.3.3.1.1.1 Organismos autónomos.

Son entidades de derecho público pertenecientes al sector público institucional y tienen la consideración de Administración Pública (artículos 2.2.a) y 3 de la LRJSP y la LPAC y artículos 84.1.a).1 y 98 de la LRJSP).

En el ámbito estatal, los organismos autónomos dependen de la Administración General del Estado. Se rigen por las normas de Derecho Administrativo, entre ellas, la LRJSP y la LPAC; la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante LPAP) en lo que respecta a los bienes que pueden ser propios o adscritos; la LCSP en materia de contratos y la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (en adelante LGP) en lo que respecta al régimen presupuestario, económico-financiero y de contabilidad, así como por lo dispuesto en su ley de creación y sus estatutos (art.99, 100.2, 101 y 102 de la LRJSP). Su personal puede ser laboral o funcionarial (art. 100.1 de la LRJSP).

A nivel estatal, hay varios entes de régimen especial a los que se les aplican con carácter supletorio las previsiones de los organismos autónomos con ciertas salvedades. De ahí, que los recojamos a continuación. En primer lugar, el INGESA, que *«conserva el régimen jurídico, económico, presupuestario y patrimonial y la misma personalidad jurídica y naturaleza de Entidad Gestora de la Seguridad Social que el extinguido Instituto Nacional de la Salud»* (art.15.1 del RD 1087/2003, de 29 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica del Ministerio de Sanidad y Consumo y art. 66.1.b) del TRLGSS). Al ser una Entidad Gestora de la Seguridad Social tiene naturaleza de

¹¹⁴ El art. 84.1.a).3 de la LRJSP incluye dentro de los organismos públicos a las Agencias estatales. La LRJSP elimina las Agencias estatales derogando la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos (disposición derogatoria única e) de la LRJSP). Sin embargo, no desaparecerán hasta que se lleve a cabo su adaptación a lo previsto en la LRJSP -antes del 1 de octubre de 2024- y se conviertan en Organismos Autónomos o Entidades Públicas Empresariales, aunque podrán preservar alguna de sus especialidades (disposición adicional 4ª de la LRJSP).

entidad de derecho público (art. 68.1 del TRLGSS) rigiéndose por lo previsto en la LRJSP en relación a los organismos autónomos a excepción del «*régimen de personal, económico-financiero, patrimonial, presupuestario y contable, de participación en la gestión, así como la asistencia jurídica, que será el establecido por su legislación específica, por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, en las materias que sea de aplicación, y supletoriamente por esta Ley*» (disposición adicional 13ª de la LRJSP).

Del mismo modo, las mutualidades administrativas MUGEJU, MUFACE e ISFAS como después veremos, tienen naturaleza jurídica de organismo público dotado de personalidad jurídico-pública y se rigen por las disposiciones de la LRJSP relativa a los organismos autónomos, en todo aquello que no esté previsto en su legislación específica¹¹⁵.

3.3.3.1.1.2 Entidades públicas empresariales.

También son entidades de derecho público pertenecientes al sector público institucional y tienen la consideración de Administración Pública (artículos 2.2.a) y 3 de la LRJSP y la LPAC y artículos 84.1.a).2 y 103 de la LRJSP.

Dependen de la Administración General del Estado o de un organismo autónomo vinculado o dependiente de ésta que llevarán a cabo el control sobre su eficacia (art. 103.2 de la LRJSP). Tienen personalidad jurídico-pública, pero se rigen por el Derecho Privado «*excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en su Ley de creación, sus estatutos, la Ley de Procedimiento Administrativo Común, la LCSP, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, y el resto de normas de derecho administrativo general y especial que le sean de aplicación*» (art. 104 de la LRJSP).

En materia de personal, se rige por el Derecho laboral con las especificaciones dispuestas en la LRJSP en lo que atañe a la selección y las normas del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley

¹¹⁵ Así lo dispone el art.5 del Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el Régimen especial de Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia; art.5 del Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado y art.5 del Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.

del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP) que pudieran resultarles aplicables (art.2.1.d) del EBEP). Los funcionarios se registrarán por el EBEP (art. 106 de la LRJSP).

En cuanto a la contratación, quedarán sujetos a las normas de la LCSP con diferente intensidad según pertenezcan al sector público o tengan el carácter de poder adjudicador o de Administración, como sucede normalmente en el ámbito sanitario ya que se crean para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil; dependen de una Administración Pública; y, no se financian mayoritariamente con ingresos de mercado¹¹⁶ (art. 106.6 de la LRJSP y artículo 3.1.g), 3.2.b) y 3.3.d) de la LCSP). Le será aplicable la LPAP en lo relativo a los bienes (art. 107.1 de la LRJSP) y la LGP en lo atinente al régimen presupuestario, control económico-financiero y de contabilidad (art. 108 de la LRJSP).

3.3.3.1.1.3 Comunidades Autónomas:

En el ámbito autonómico se suele distinguir entre organismos autónomos, entes de derecho público, entidades de derecho público y agencias (sólo en el caso andaluz¹¹⁷).

3.3.3.1.1.3.1 Servicios de Salud: organismos autónomos y entes de derecho público.

Por lo que respecta a los Servicios de Salud, todas las Comunidades Autónomas han optado por su personificación y su adscripción a la Consejería competente en materia de salud encargada de su supervisión y control. La mayoría, aunque utilice otra

¹¹⁶ A las Administraciones Públicas le resultan aplicables todos los preceptos de la LCSP. Si tiene la consideración de poder adjudicador pero no de Administración, se registrarán por la LCSP en lo que atañe a su preparación y adjudicación así como determinadas normas sobre efectos y extinción. En lo demás, por el derecho privado (artículos 316 a 320 de la LCSP). Si se trata únicamente de entidades del sector público sin carácter de poder adjudicador, tendrán que aprobar «*instrucciones en las que regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, así como que los contratos se adjudiquen a quienes presenten la mejor oferta*» (artículos 321 y 322 de la LCSP). GAMERO CASADO, E. Y FERNÁNDEZ RAMOS, S.; *op. cit.*, pp. 821 a 823; PAREJO ALFONSO, L.; *Lecciones de Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 10ª ed., 2020, pp. 907 a 909.

¹¹⁷En la Comunidad Andaluza las entidades instrumentales se clasifican en agencias y entidades instrumentales privadas: sociedades y fundaciones del sector público andaluz (art.52.1 Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía [en adelante LAJAndalucía]). Las agencias se clasifican en administrativas, públicas empresariales y de régimen especial (art.54.2 LAJAndalucía). Todas las agencias son entidades instrumentales con personalidad jurídico-pública dependientes de la Administración de la Junta de Andalucía en régimen de descentralización funcional (artículos 51, 52.2 y 54.1 LAJAndalucía).

denominación como ocurre en Andalucía¹¹⁸, adoptan la forma de organismo autónomo salvo, Cataluña, Madrid, Murcia y País Vasco.

Estos entes públicos, o bien siguen un régimen similar al de las entidades públicas empresariales estatales, como el Servicio Murciano de Salud (SMS) (ente de derecho público)¹¹⁹, o bien tienen un régimen especial. El Servicio Catalán de Salud (CatSalut)¹²⁰, el Servicio Madrileño de Salud (SERMAS¹²¹), y el Servicio Vasco de Salud -Osakidetza¹²² aunque con diferente denominación (ente público de naturaleza institucional -CatSalut-, entidad de Derecho Público-Madrid- o ente público de derecho privado -País Vasco-) adoptan una forma organizativa similar. Son entes con personalidad jurídico-pública que se someten como regla general al Derecho privado salvo en determinadas materias muy importantes, que se rigen por su normativa específica y por el Derecho público. Concretamente, en lo que respecta al régimen de impugnación de actos y de responsabilidad patrimonial (se rigen por la LRJSP y la LPAC), régimen económico-financiero, presupuestario y contable, incluida la intervención y control financiero. En cuanto a la contratación, se ajustan a lo previsto en la LCSP.

¹¹⁸El Servicio Andaluz de Salud (SAS) se configura como una agencia administrativa adscrita a la Consejería de Salud con un régimen similar al de los organismos autónomos, a pesar de su denominación. *Vid.* art.1.a) del Decreto 216/2011, de 28 de junio, de adecuación de diversos organismos autónomos a las previsiones de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (en adelante Decreto 216/2011, de 28 de junio) en virtud del cual se lleva a cabo la adaptación del SAS a la condición de agencia administrativa y los artículos 61 a 65 de la LAJAndalucía.

¹¹⁹ Art.21 de la Ley 4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia lo constituye como un ente de derecho público de los previstos en la Ley 3/1990, de 5 de abril, de Hacienda de la Región de Murcia. Alusión que hay que entender hecha al Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia que refunde toda la normativa anterior y posteriormente, a la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la administración pública de la comunidad Autónoma de la Región de Murcia (en adelante Ley 7/2004) que deroga los arts. 5 y 6 del Texto Refundido para introducir una nueva clasificación que distingue como organismos públicos: organismos autónomos y entidades públicas empresariales (art.39 de la Ley 7/2004). La disposición transitoria primera de la Ley 7/2004 establece que las entidades de derecho público se rigen por la normativa existente en el momento de su entrada en vigor hasta que se produzca su adaptación a las previsiones de dicha Ley, si bien, pueden incorporar peculiaridades respecto al régimen general de estos organismos. Los entes de derecho público se convertirán en entidades públicas empresariales.

¹²⁰ Artículos 4 y 59 a 61 de la Ley 15/1990, de 9 de julio, de Ordenación Sanitaria (en adelante Ley de Ordenación Sanitaria Cataluña).

¹²¹ Art.59 de la Ley de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid que lo configura como ente de derecho público, de los previstos en el artículo 6 de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid (ente que se rige por su normativa específica) y art.3 del Decreto 24/2008, 3 abril, del Consejo de Gobierno, por el que se establece el régimen jurídico y de funcionamiento del Servicio Madrileño de Salud.

¹²² Art.21 de la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación sanitaria de Euskadi.

3.3.3.1.1.3.2. Entidades de derecho público y agencias públicas empresariales.

Al margen de los Servicios de Salud que tienen un régimen especial, en Cataluña, Madrid¹²³ y Andalucía se crean empresas públicas con forma de entidades de derecho público (agencias públicas empresariales, en Andalucía) para gestionar el servicio sanitario. Su régimen es similar al de las entidades públicas empresariales estatales. Tienen personalidad jurídico-pública y se rigen con carácter general por el Derecho privado con las peculiaridades establecidas en su ley de creación, sus estatutos y las restantes normas de derecho público que le sean de aplicación¹²⁴. Entre ellas, la LRJSP y la LPAC por lo que respecta al régimen de responsabilidad patrimonial; en cuanto al régimen de contratación por la LCSP, suelen tener la consideración de Administración a estos efectos (art. 3.3.d) de la LCSP); y en lo relativo al régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y control se remiten a la Ley de la Hacienda de la Comunidad de Madrid; el Decreto Legislativo 3/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de finanzas públicas de Cataluña o Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía (en adelante Ley Hacienda Andaluza). Por tanto, cuentan con un régimen más flexible que el de la Administración territorial y el de organismos autónomos. Están sometidas a un control de eficacia por parte de la Consejería de Sanidad para comprobar el cumplimiento de los objetivos asumidos normalmente mediante un contrato-programa.

En Cataluña, el Instituto Catalán de Salud¹²⁵ (en adelante ICS), entidad de derecho público adscrita al Servicio Catalán de Salud (art.2.2 de la Ley del Instituto Catalán de Salud), es el principal proveedor de atención primaria, pues gestiona gran parte de los centros. Además, existen otras entidades de derecho público como son: Gestión de Servicios Sanitarios; Gestión y prestación de Servicios de Salud; Instituto de Asistencia Sanitaria; Parc Sanitari Pere Virgili o Salud Cataluña Central para la prestación de los

¹²³ Adoptan la forma de empresas públicas de las previstas en el art. 2.2.c) 2. de la Ley 1/1984, de 19 de enero, Reguladora de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid (en adelante Ley 1/1984) y art.5.1.b) de la Ley 9/1990 de 8 de noviembre, Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid (en adelante Ley de Hacienda Madrid). Se diferencian tanto de las sociedades mercantiles como de los entes de derecho público del art. 6 de la Ley de Hacienda Madrid, como sería el SERMAS.

¹²⁴ Art.58.1, 68 y 70 de la Ley 1/1984 y art.5.2 de la Ley de Hacienda Madrid. Artículos 1.b.1) y 21 a 34 del Decreto Legislativo 2/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 4/1985, de 29 de marzo, del Estatuto de la Empresa Pública Catalana. Artículos 56 a 64, 68 a 70 de la LAJAndalucía

¹²⁵ Regulado en la Ley 8/2007, de 30 de julio, del Instituto Catalán de la Salud.

servicios de atención primaria, hospitalaria y socio sanitaria, según los casos, de determinadas zonas de Cataluña.

En Madrid, el Hospital Universitario de Fuenlabrada adscrito a la Consejería de Sanidad y vinculado al SERMAS adopta esta modalidad¹²⁶.

En Andalucía, existen diversas agencias públicas empresariales para la gestión de varios hospitales y Centros Hospitalarios de Alta Resolución¹²⁷. Por ejemplo, la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol¹²⁸ adscrita funcionalmente al Servicio Andaluz de Salud pero dependiente de la Consejería de Sanidad¹²⁹. Se encarga de la gestión del Hospital Costa del Sol y de los Centros Hospitalarios de Alta Resolución de Málaga, así como de la coordinación del resto de Agencias Públicas Empresariales Sanitarias que se adscriben a ella: la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital de Poniente de Almería, la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital Alto Guadalquivir y la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Bajo Guadalquivir (artículos 9 y 10 de la LRSPAndalucía). Sin embargo, estos entes instrumentales van a desaparecer en virtud del Decreto 193/2021, de 6 de julio, por el que el Servicio Andaluz de Salud asume los fines y objetivos de las Agencias Públicas Empresariales Sanitarias.

3.3.3.1.2 Consorcios.

Los consorcios *«son entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia y diferenciada, creadas por varias Administraciones Públicas o entidades*

¹²⁶ Creada por el art.18 de la Ley 13/2002, de 20 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas. Sus Estatutos fueron aprobados por el Decreto 196/2002, de 26 de diciembre, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueban los Estatutos del Ente Público "Hospital de Fuenlabrada". Disposición adicional 2ª del Decreto 308/2019, de 26 de noviembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura directiva del Servicios Madrileño de Salud y disposición adicional 1ª del Decreto 307/2019, de 26 de noviembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Sanidad.

Con anterioridad, existían seis empresas públicas para la gestión de diversos hospitales que adoptaron también la forma de entidades de derecho público. Sin embargo, con la Ley 9/2015, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas se llevó a cabo un proceso de reversión integrándose en el SERMAS como centros de atención especializada sin personalidad jurídica propia (art. 6).

¹²⁷ Entre los años 1993 y 2006 se crearon estas empresas públicas que en el año 2011 se convirtieron en agencias públicas empresariales de las reguladas en el artículo 68.1.b) de la LAJAndalucía (artículos 9 y 10 de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía -en adelante LRSPAndalucía-).

¹²⁸ Para más información: <https://hcs.es/web/>

¹²⁹ Apartado primero de la disposición adicional 18ª de la Ley 4/1992 de 30 de diciembre de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 1993 (Ley de creación) y art.2.1 del Decreto 98/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol, y se modifican los de otras Agencias Públicas Empresariales Sanitarias. Art. 2.2.a) del

integrantes del sector público institucional (estatal, autonómica y/o local), *entre sí o con participación de entidades privadas* (fundaciones, órdenes hospitalarias...), *para el desarrollo de actividades de interés común a todas ellas dentro del ámbito de sus competencias*», entre éstas, la gestión común de servicios públicos (art. 118.1 y 2 de la LRJSP). Los consorcios sanitarios tienen como finalidad precisamente la prestación común del servicio público sanitario y/o sociosanitario en el que alguna de las Administraciones tiene competencia. De ahí su naturaleza instrumental, asociativa y cooperativa¹³⁰. Se integran dentro del sector público institucional y tienen la condición de Administración Pública de conformidad con lo que señalan los arts. 2.2.a) y 2.3 de la LPAC y LRJSP (en el ámbito estatal, art. 84.1.d) de la LRJSP). Están regulados en el capítulo VI del Título II: arts. 118 a 127 y disposición adicional 10ª de la LRJSP¹³¹ que tienen carácter básico¹³², salvo el art. 123.2 relativo a la creación de consorcios en los que participe la Administración General del Estado o alguno de sus organismos o entidades (art. 81.3 y disposición final 14ª LRJSP¹³³).

Los consorcios se rigen principalmente por lo establecido en la LRJSP, en la normativa autonómica de desarrollo¹³⁴ y sus estatutos, siendo aplicable supletoriamente la LRBRL y la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (en adelante LRSAL) a los consorcios locales (art. 119 de la

¹³⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, pp. 421 y 422; GAMERO CASADO, E. Y FERNÁNDEZ RAMOS, S.; *op. cit.*, pp.303 y 304; ZAMBONINO PULITO, M.; «Reformas en la gestión directa de los servicios sanitarios ¿huida o vuelta al derecho administrativo?», *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 41 (2016). En <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1505888> [Consultado el día 22 de marzo de 2016].

¹³¹ Esta figura que nace en el ámbito local se hallaba regulada principalmente en el art.6.5 y disposición adicional 20ª de la LRJPAC y los artículos 12 a 15 y disposición adicional 6ª de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa (en adelante LRSP). En el ámbito local, en los artículos 57, 87 y disposición adicional 9ª de la LRBRL, art. 110 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local y artículos 37 a 40 del RSCL. A excepción del art. 57 de la LRBRL, todos los preceptos han sido derogados en virtud de la disposición derogatoria única de la LRJSP.

¹³² Así se pone de manifiesto en su propia Exposición de Motivos, apartado V: «*La Ley establece con carácter básico el régimen jurídico de los consorcios, al tratarse de un régimen que, por definición, afectará a todas las Administraciones Públicas, siguiendo la línea de las modificaciones efectuadas por la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa.*»

¹³³ Vid. BARRERO RODRÍGUEZ, C.; «Los consorcios ante un nuevo régimen jurídico», *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 94 (2016). En <http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/institutodeadministracionpublica/servlet/download?up=112053> [Consultado el día 12 de diciembre de 2018], pp. 57 a 88; MARTÍN LORENZO, B.; «Los consorcios: régimen básico y singularidades tras la Ley 40/2015», *Actualidad Administrativa*, nº 9 (2018). En www.laleydigital.es [Consultado el día 24 de enero de 2019]; SILES MARC, V.; «Los consorcios integrantes del sector público institucional local», *Actualidad Administrativa*, nº 3 (2016). En www.laleydigital.es [Consultado el día 24 de enero de 2019].

¹³⁴ Por ejemplo, art. 12 de la LAJAndalucía.

LRJSP). Quedan sujetos a la LCSP con diverso grado de intensidad según pertenezcan únicamente al sector público o tengan la condición de poder adjudicador o Administración si se dan los requisitos para ello (art. 3.1.d), 3.2.b) y 3.3.d) de la LCSP, *Vid. Supra* Capítulo II, 3.3.3.1.2)

En sus estatutos se determinarán, entre otros aspectos, la Administración Pública a la que está adscrito según los criterios marcados en el apartado segundo del art.120 de la LRJSP (por ej., el que disponga de la mayoría de votos en los órganos de gobierno). De forma que los consorcios estarán sujetos al régimen de presupuestación, contabilidad y control de la Administración de adscripción; se tendrá que realizar una auditoría de cuentas anualmente a cargo de la Administración a la que están adscritos y forman parte del presupuesto y la cuenta general de dicha Administración sin perjuicio de su sujeción a la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril (art. 122 de la LRJSP). En cuanto a su régimen de personal puede ser funcionario o laboral procediendo exclusivamente de las Administraciones participantes y siguiendo el régimen jurídico de la Administración de adscripción. Sólo excepcionalmente, se puede contratar personal directamente por el propio consorcio¹³⁵ (art. 121 de la LRJSP).

Esta regulación se aplica supletoriamente a los consorcios sanitarios cuyo objeto principal sea la prestación de servicios del Sistema Nacional de Salud que se regirán por lo previsto en la disposición adicional única de la Ley 15/1997¹³⁶. La principal novedad de la citada disposición adicional se circunscribe a materia de personal dado que puede ser funcionario, estatutario o laboral procedente de las Administraciones participantes o personal laboral contratado directamente por el consorcio que si están adscritos a una misma Administración tendrán el mismo régimen jurídico¹³⁷. Por lo demás, se limita a

¹³⁵ *Vid.*, QUESADA LUMBRERAS, J. E.; «Los consorcios y la problemática del personal a su servicio», *REALA. Nueva época*, nº 10 (2018), pp. 40 a 55. En <https://doi.org/10.24965/reala.v0i10.10551> [Consultado el día 30 de enero de 2021].

¹³⁶ Esta disposición introducida en virtud de la disposición final décima de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa dice en su apartado primero: «*I. Los consorcios sanitarios cuyo objeto principal sea la prestación de servicios del Sistema Nacional de Salud están adscritos a la Administración sanitaria responsable de la gestión estos servicios en su ámbito territorial de actuación y su régimen jurídico es el establecido en esta disposición y, subsidiariamente, en aquello no regulado en esta Ley, la normativa que regula con carácter general el resto de consorcios administrativos.*»

¹³⁷ Disposición adicional única apartado 3 de la Ley 15/1997 de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud: «*El personal al servicio de los consorcios sanitarios podrá ser funcionario, estatutario o laboral procedente de las Administraciones participantes o laboral en caso de ser contratado directamente por el consorcio. El personal laboral contratado directamente por los consorcios sanitarios adscritos a una misma Administración se someterá al mismo régimen. El régimen jurídico del personal del consorcio será el que corresponda de acuerdo con su naturaleza y procedencia.*».

identificar como Administración dominante (o a la que se adscriben) a la Administración sanitaria responsable de la gestión de los servicios en su ámbito territorial de actuación, cuyo régimen presupuestario, contable y de control financiero les resultará aplicable (disposición adicional única apartado 2 de la Ley 15/1997).

La introducción de esta disposición adicional en el año 2014 obedece al fuerte impacto negativo que en los consorcios sanitarios conllevaba la regulación prevista en la anterior disposición adicional 20ª de la LRJPAC¹³⁸ cuyos pasos sigue la LRJSP, particularmente en materia de personal ¹³⁹.

En cuanto a las experiencias concretas, Cataluña es la Comunidad que más ha apostado por esta figura para la gestión de servicios sanitarios de atención primaria y/o hospitalaria y/o sociosanitaria en una determinada área de influencia. Además de los consorcios sanitarios en el ámbito local, existen 14 consorcios en los que la participación de la Generalidad es mayoritaria. Por ejemplo, el Consorcio Sanitario Integral, Consorcio Hospitalario de Vic, Consorcio Corporación Sanitaria Parc Taulí de Sabadell, Consorcio Sanitario de Terrassa o Consorcio Sanitario de Barcelona.

En Andalucía, el Consorcio Sanitario Público del Aljarafe, participado por el SAS y la provincia Bética Nuestra Señora de la Paz de la Orden Hospitalaria San Juan de Dios, tiene como objetivo la prestación de asistencia especializada a municipios de la zona del Aljarafe en el Hospital San Juan de Dios. En la Comunidad Valenciana, el Consorcio

¹³⁸ El nuevo régimen jurídico introducido por la disposición final segunda de la LRSAL en la disposición adicional 20ª de la LRJPAC no es de aplicación a los consorcios que estuvieran constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley y cumplan los requisitos marcados en la disposición adicional 14ª de la LRSAL (no tener la consideración de Administración Pública a efectos del Sistema Europeo de Cuentas (SEC); estén participados por Entidades Locales y entidades privadas; no estén incurso en pérdidas durante dos ejercicios consecutivos y no reciban ni hayan recibido subvenciones de las Administraciones Públicas en los cinco ejercicios anteriores al de entrada en vigor de la Ley). Al incluirse los consorcios sanitarios en el sector institucional administración pública a efectos del Sistema Europeo de Cuentas (SEC) no cumplían uno de esos requisitos por lo que debían adaptar sus estatutos a la nueva regulación en el plazo de un año (disposición transitoria sexta de la LRSAL).

¹³⁹ Con la disposición transitoria primera de la LRSAL que preveía la asunción progresiva por las Comunidades Autónomas de las competencias de los municipios en materia de participación en la gestión de la atención primaria de la salud sin perjuicio de que pudieran devolverle la competencia a los ayuntamientos a título de delegación, se planteó el debate de si la disposición adicional única de la Ley 15/1997 era aplicable a los consorcios sanitarios y sociosanitarios participados única o mayoritariamente por Ayuntamientos. *Vid.* FONT I LLOVET, T.; «La incidencia de la reforma local en el ámbito sanitario: competencias y organización. En especial, los consorcios», *Derecho y Salud*, Vol. 24, nº Extra (2014), pp. 77 a 87; SÁNCHEZ, F. J. M.; «El triste final de los Consorcios Sanitarios» [en línea]. Blog, 8 de enero de 2015. En www.ajs.es [consultado el día 2 de julio de 2015]. Al haber sido declarada inconstitucional la disposición transitoria primera de la LRSAL en virtud de la STC 41/2016, de 3 de marzo (RTC 2016\41), ha desaparecido esta posible problemática.

Hospital General Universitario de Valencia o el Consorcio Hospitalario Provincial de Castellón.

3.3.3.1.3 Fundaciones públicas sanitarias.

Su regulación está prevista en el art.111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (en adelante Ley 50/1998)¹⁴⁰ que las define como organismos públicos. De ahí que, a diferencia de las fundaciones privadas del sector público que son entidades privadas, tienen personalidad jurídico-pública y carácter instrumental, pudiendo calificarse como Administración de conformidad con lo dispuesto en el art.2.3 de la LRJSP y LPAC¹⁴¹.

En lo no regulado en este precepto, se le aplicará supletoriamente la normativa prevista para las entidades públicas empresariales cuyo régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero le será aplicable (art. 111.11 de la Ley 50/1998). Ello porque como señala la Exposición de Motivos del RD 29/2000 *«las fundaciones públicas sanitarias se configuran como la adecuada adaptación al ámbito sanitario de las entidades públicas empresariales recogidas»* en la LOFAGE con objeto de poder mantener el régimen estatutario del personal. De ahí que, su personal es estatutario aunque también podrán contar con personal funcional o laboral que se registrarán, en este último caso, por normas de Derecho privado (laboral) (art. 111.5 de la Ley 50/1998). Esta es una de las diferencias principales con las fundaciones privadas del sector público.

Esta normativa es aplicable a las fundaciones públicas sanitarias en el ámbito del INGESA. Para las autonómicas habrá de acudir a la legislación específica en cada Comunidad (art.111.1 de la Ley 50/1998).

Galicia ha sido la Comunidad Autónoma que más ha recurrido a esta figura para la gestión de los servicios sanitarios. Sin embargo, la tendencia en todas las Comunidades Autónomas donde existían es a extinguirlas como tales e integrarlas en el Servicio de Salud como centro o establecimiento sin personalidad jurídica propia. Así ha sucedido,

¹⁴⁰ La Disposición adicional tercera de la Ley de Fundaciones establece que *«las fundaciones públicas sanitarias a que se refiere el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, seguirán rigiéndose por su normativa específica.»*

¹⁴¹ DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.; *Formas de gestión de la...*, op. cit.; SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 434; MUÑOZ MACHADO, S.; *Tratado de...*, Tomo X, op.cit, pp. 234 a 236; MIR PUIGPELAT, O.; *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria...*, op. cit., pp. 111 y 112.

con las cuatro fundaciones públicas hospitalarias existentes en Galicia¹⁴², con las que existían en las Islas Baleares¹⁴³ y la que existía en Asturias¹⁴⁴. Por lo que se trata de una fórmula que está en desuso.

3.3.3.2 Gestión a través de entidades de derecho privado.

3.3.3.2.1 Sociedad mercantil cuyo capital sea íntegramente de titularidad pública.

Son sociedades mercantiles públicas aquellas creadas al amparo de las reglas de derecho mercantil, en cuyo capital social sea exclusiva o mayoritaria (más del 50%) la participación, directa o indirecta, de la Administración o alguna entidad del sector público institucional (art. 5 de la Ley Hacienda Andaluza; art. 54 del RD 29/2000 [en relación a las sociedades mercantiles creadas para la prestación del servicio sanitario por el INGESA]) o bien, esté controlada por la Administración u otro organismo público a través de otras vías excepcionales como, el nombramiento de la mayoría de los miembros de su órgano de administración (art. 111 de la LRJSP y art. 166.1.c) de la LPAP [para las sociedades estatales]).

Las sociedades mercantiles con capital mayoritaria o íntegramente público, aunque no son Administraciones Públicas, podrán pertenecer al sector público institucional en cuanto se traten de entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas (art. 2.2.b) de la LRJSP y LPAC). Aquellas en las que su participación sea minoritaria no forman parte del sector público.

¹⁴² En el año 2001, a través del Decreto 276/2001, de 27 de septiembre, de adaptación de las fundaciones sanitarias a la disposición adicional séptima de la Ley 5/2000, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y de régimen presupuestario y administrativo se llevó a cabo la transformación de las fundaciones existentes en fundaciones públicas sanitarias. Posteriormente en el año 2008, se ha llevado a cabo la extinción de la Fundaciones Públicas Hospitalarias de Barbanza, Virxe da Xunqueira, de Verín, Comarcal do Salnés que se integran como centros en el SERGAS (Decreto 183/2008, de 31 de julio, sobre extinción de fundaciones públicas hospitalarias). Así parece que sucederá con todas porque el art.93.2 de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia señala: «*se integrarán, de la manera que reglamentariamente se determine y tras su liquidación, en el Servicio Gallego de Salud o adscritas a la Consellería de Sanidad, según el artículo 77º.1.a) de la presente ley, las fundaciones públicas sanitarias y las sociedades públicas sanitarias, ambas de carácter asistencial.*»

¹⁴³ En las Islas Baleares, tras su transformación en fundaciones públicas, con efectos desde el 1 de enero de 2013 se extinguieron las Fundaciones Públicas Hospitalarias Comarcal de Inca, San LLàtzer y Manacor, pasando a integrarse como entes sin personalidad jurídica en el Servicio de Salud Balear (Acuerdo del Consejo de Gobierno de 21 de diciembre de 2012 por el que se aprueba la extinción de las fundaciones públicas sanitarias de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y su integración en el Servicio de Salud de las Illes Balears).

¹⁴⁴ La Fundación Grande Covián se ha extinguido en virtud de la Ley del Principado de Asturias 2/2010, de 12 de marzo, de integración del «Hospital del Oriente de Asturias Francisco Grande Covián» y de su personal en el Servicio de Salud del Principado de Asturias en régimen de gestión directa.

Sin embargo, se viene considerando, aunque no de forma unánime¹⁴⁵, que la gestión del servicio será directa únicamente cuando se lleve a cabo a través de una sociedad mercantil cuyo capital social sea íntegramente público. En los demás casos (sea mayoritaria o minoritariamente público), la forma de gestión será indirecta¹⁴⁶. Así, se viene entendiendo en el ámbito local (art. 85.2 de la LRBRL y artículos 67.3 y 89.2 del RSCL) y se desprende de la LCSP ya que únicamente las sociedades de capital íntegramente público pueden ser catalogadas como medios propios y servicios técnicos del sector público a los que un poder adjudicador puede realizar «encargos» para la realización de prestaciones propias de los contratos de servicios y de concesión de servicios, entre otros, siempre que se cumplan determinados requisitos¹⁴⁷. Al no calificarse como contratos no quedan sujetos a la normativa de contratación del sector público (artículos 31.1.a) y 32 de la LCSP). Aunque la gestión sigue siendo indirecta, si la sociedad es de economía mixta pero con capital mayoritariamente público no tendrá la condición de medio propio pero se le podrán adjudicar directamente contratos de concesión de obras y de servicios «*siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto*» (disposición adicional 22ª de la LCSP).

¹⁴⁵ Aunque de forma más excepcional, en algunos casos se entiende que la gestión es directa cuando el capital es mayoritariamente público. Como muestra, Auto del TS (Sala de Conflictos de Competencia), 26 de septiembre de 2018 (JUR 2018\268785).

¹⁴⁶ Con anterioridad, el art.8.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP) señalaba claramente que las disposiciones de la Ley relativas a los contratos de gestión de servicios públicos no eran aplicables cuando la gestión se atribuyera a una entidad de derecho público o una sociedad cuyo capital fuera de titularidad enteramente público. La gestión era indirecta cuando se llevaba a cabo a través de una sociedad de economía mixta en la que concurrían entidades públicas con sujetos privados, aunque la mayor parte del capital fuera público (art. 275.1 y 277.d) del TRLCSP).

DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.; *Formas de gestión de la..., op. cit.* y «Formas de gestión en el Sistema...», *op. cit.*, pp. 418 y 419; SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo..., op. cit.*, pp. 436 y 811; MARTÍNEZ-LAGE SOBREDO, S.; *op. cit.*, p. 91; GAMERO CASADO, E. Y FERNÁNDEZ RAMOS, S.; *op. cit.*, p. 306; Según MIR PUIGPELAT, sólo cuando el capital es íntegramente público cabe hablar de gestión directa puesto que es «*la Administración quien en el fondo gestiona el servicio, constituyendo la personalidad interpuesta una organización puramente instrumental que no cabe separar de la Administración matriz*». MIR PUIGPELAT, O.; *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria..., op. cit.*, pp. 113 a 115; CHINCHILLA MARÍN, C.; *op. cit.*, p. 39; CUETO PÉREZ, M.; «*La continuidad...*», *op. cit.*, p. 894.

¹⁴⁷ Según el art. 32.2 de la LCSP: a) Que el poder adjudicador que pueda conferirle encargos ejerza sobre el ente destinatario de los mismos un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades. Así sucede por ejemplo, cuando el encargo que le confiere sea de ejecución obligatoria; b) que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de este tipo de encargos; c) cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública; d) reconocimiento de la condición de medio propio personificado, respecto del poder adjudicador que hace el encargo, en sus estatutos o acto de creación.

Las sociedades mercantiles públicas tienen naturaleza jurídico-privada y se rigen por el Derecho Privado salvo en determinadas cuestiones en que les serán aplicables normas de Derecho Público en tanto pertenecen al sector público (art. 113 de la LRJSP y 166.2 de la LPAP¹⁴⁸). Se limita así, en cierto modo, la huida del Derecho Administrativo. Están sujetas a las previsiones que se refieran a las mismas en la LRJSP y la LPAC, entre ellas, en lo que respecta a los principios del art. 3 de la LRJSP y cuando ejerzan potestades administrativas que en ningún caso pueden implicar ejercicio de autoridad pública (art. 2.2.b) de la LRJSP y LPAC y 113 de la LRJSP). También en materia presupuestaria, contable, de control económico-financiero, si bien el régimen es más flexible que el de los organismos administrativos (art. 117 de la LRJSP). En materia de contratación, pertenecen al sector público (art. 3.1.h) de la LCSP) y pueden tener la condición de poderes adjudicadores si se dan los requisitos del 3.3.d) de la LCSP¹⁴⁹. Las que sean de capital íntegramente público están sujetas a un régimen especial, particularmente en lo que respecta a su control, más intenso (artículos 166.2, 176 a 182 de la LPAP y 116 de la LRJSP¹⁵⁰), así como podrá nombrar como administrador a funcionarios «*al servicio de la Administración con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de las sociedades de que se trate*» (artículos 180.2 de la LPAP y 213.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital). La regulación autonómica se haya dispersa en numerosas normas aunque suelen seguir esquemas similares a la estatal. En el ámbito del INGESA, están reguladas en los artículos 54 y siguientes del Real Decreto 29/2000.

Las Comunidades Autónomas no suelen valerse de esta forma de gestión. Cuando lo han hecho, ha sido principalmente para la prestación de servicios de urgencias y emergencia sanitaria. Por ejemplo, en Canarias: Gestión de Servicios para la Salud y Seguridad en Canarias, S.A.¹⁵¹; en Cataluña: Sistema de Emergencias Médicas, S.A.¹⁵²,

¹⁴⁸ La regulación de la LRJSP salvo determinados preceptos que tienen carácter básico (artículos 2; 35; 81 a 83...) son aplicables únicamente a las sociedades mercantiles del sector público estatal. Lo mismo sucede con la LPAP. Sobre el régimen jurídico, *Vid.* CHINCHILLA MARÍN, C.; *op. cit.*, pp. 20 a 35.

¹⁴⁹ «*Que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 (Administraciones, Fundaciones, Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social...), bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.*»

¹⁵⁰ CHINCHILLA MARÍN, C.; *op. cit.*, p. 22.

¹⁵¹ Capítulo VII de los Estatutos de la entidad Gestión de Servicios para la Salud y Seguridad en Canarias, S.A.

aunque en esta Comunidad también se crean algunas para la atención primaria y especializada, principalmente en el ámbito local, Badalona Servicios Asistenciales, S.A. Para la aplicación de servicios de alta tecnología o diagnóstico se ha constituido Osatek, S.A.¹⁵³, en el País Vasco, o GALARIA, Empresa Pública de Servicios Sanitarios, S.A.¹⁵⁴, en Galicia, para desarrollar, ejecutar y explotar infraestructuras sanitarias de la propia Comunidad Autónoma, así como funciones de consultoría en el campo sanitario y otros servicios relacionados con la salud.

Suelen seguir todas el mismo esquema. Son creadas por el Servicio de Salud o la Administración autonómica, socios únicos, que suscriben y desembolsan íntegramente todo el capital social. El Consejo de Administración, que nombra al Director Gerente, suele estar presidido por el titular de la Consejería competente en materia de Salud y sus miembros son designados por la Administración que la constituye en cuanto es el único accionista. Asimismo, son consideradas medios propios y servicios técnicos de la Administración autonómica y de las entidades instrumentales del sector público autonómico por lo que sus relaciones no tienen naturaleza contractual. Se pone así de manifiesto el carácter público, instrumental, dependiente y subordinado de este tipo de entes para la gestión directa del servicio sanitario.

3.3.3.2 Fundaciones privadas del sector público¹⁵⁵.

Cabe la posibilidad de constituir fundaciones¹⁵⁶ como personas jurídico-privadas sin ánimo de lucro, que afectan su patrimonio de modo duradero a la realización de fines sanitarios que están citados como ejemplos de fines de interés general (art.2 y 3 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (en adelante, Ley de Fundaciones).

¹⁵² Artículos 1, 7 y 36 del Acuerdo GOV / 214/2010, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el nuevo texto de los Estatutos de Sistema de Emergencias Médicas, SA.

¹⁵³ Estatutos de la Sociedad pública Osatek (art. 1).

¹⁵⁴ Art.1 de la Resolución de 22 de octubre de 2019, de la Secretaría General Técnica y del Patrimonio de la Consellería de Hacienda, por la que se ordena la publicación de la modificación de los estatutos de la sociedad mercantil pública autonómica Galaria, Empresa Pública de Servicios Sanitarios, S.A.

¹⁵⁵ Sobre las fundaciones, tanto privadas como públicas a las que con anterioridad nos hemos referido Vid. VAQUER CABALLERÍA, M.; *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública: la reforma de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid, 1999; SOCÍAS CAMACHO, J. M.; *Fundaciones del sector público: en especial, el ámbito sanitario*, Iustel, Madrid, 2006; MENÉNDEZ GARCÍA, P.; «Las Fundaciones del sector público», en la obra colectiva *Fundaciones. Problemas actuales y reforma legal*, Aranzadi Thomson-Reuters Aranzadi, Madrid, 2011, pp. 111 a 163.

¹⁵⁶ Sobre las fundaciones, tanto privadas como públicas que veremos en el siguiente epígrafe Vid. VAQUER CABALLERÍA, M.; *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública: la reforma de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid, 1999; SOCÍAS CAMACHO, J. M.; *Fundaciones del sector público: en especial, el ámbito sanitario*, Iustel, Madrid, 2006; MENÉNDEZ GARCÍA, P.; «Las Fundaciones del sector público», en la obra colectiva *Fundaciones. Problemas actuales y reforma legal*, Aranzadi Thomson-Reuters Aranzadi, Madrid, 2011, pp. 111 a 163.

Son fundaciones del sector público estatal las que reúnan alguno de los siguientes requisitos (art. 128.1 de la LRJSP):

«a) Que se constituyan de forma inicial, con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o cualquiera de los sujetos integrantes del sector público institucional estatal, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución.

b) Que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público institucional estatal con carácter permanente.

c) La mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público institucional estatal.»

Estas fundaciones pertenecen al sector público institucional en tanto se trata de entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas (art.2.2.b) de la LRJSP y la LPAC). Se rigen, con carácter general, por lo dispuesto en sus estatutos, en la Ley de Fundaciones así como la legislación autonómica que en esta materia pudiera resultar aplicable¹⁵⁷ y por el Derecho privado. El régimen de su personal será de Derecho laboral. No obstante, al pertenecer al sector público se regirán por los preceptos de la LRJSP y la LPAC que se refieran a ellas, y señala especialmente, que se aplicarán cuando ejerzan potestades administrativas (art. 2.2.b) de la LRJSP y la LPAC). Sin embargo, para las fundaciones estatales, el art. 128.2 de la LRJSP señala que no podrán ejercer potestades públicas. Lo mismo se establece en alguna normativa autonómica (*Vid. Infra*, Capítulo IV, 3.4). En lo relativo al régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, y de control le será aplicable lo previsto en la Ley General Presupuestaria para este tipo de entidades (artículos 132.1 de la LRJSP). Tienen siempre la condición de poder adjudicador a los efectos de la LCSP (art.3.3.b) de la LCSP). Para ser considerada «medio propio personificado» y poder recibir «encargos» (excluidos de la LCSP), la totalidad de su patrimonio tiene que ser de titularidad o aportación pública, entre otros requisitos. Por lo que, en coherencia, sólo en estos casos podremos entender la gestión como directa (art. 31.1.a), 32.2.c) y 33 de la LCSP). En el INGESA, las fundaciones constituidas al amparo de la Ley de Fundaciones están reguladas en los artículos 38 a 45 del RD 29/2000.

¹⁵⁷ En Andalucía, los artículos 55 a 57 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía hacen referencia a las fundaciones del sector público.

El antiguo INSALUD, al amparo de esta normativa, constituyó diversas fundaciones sanitarias que se traspasaron posteriormente a las Comunidades Autónomas. En la actualidad, sólo subsisten el Hospital Universitario Fundación Alcorcón, en Madrid; y la Fundación Hospital de Calahorra, en la Rioja¹⁵⁸¹⁵⁹. En Cataluña, existen varias, como la Fundación de Gestión Sanitaria del Hospital de la Santa Cruz y San Pablo¹⁶⁰.

3.4 Gestión indirecta.

La Constitución Española (artículos 41 y 43) no impone un modelo de gestión directa de los servicios públicos, pudiendo la Administración recurrir a fórmulas de gestión indirecta para la prestación del servicio (SSTC 37/1994, de 10 de febrero (RTC 1994\37) y 84/2015, de 30 abril (RTC 2015\84). El legislador, a través de la Ley 15/1997 habilita expresamente el uso de técnicas de gestión indirecta permitiendo que la prestación y gestión de los servicios sanitarios y sociosanitarios pueda llevarse a cabo a través de acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas (art. único.2).

Se alude a gestión indirecta¹⁶¹ cuando el servicio sanitario es prestado por un tercero (entidades privadas) en virtud de la celebración de un contrato¹⁶². Otros modos

¹⁵⁸ En la actualidad, se está tramitando un Anteproyecto de Ley para convertirla en fundación pública sanitaria y proceder a su integración en el Servicio Riojano de Salud.

¹⁵⁹ De los Estatutos de ambas fundaciones se desprende su dependencia de la Administración: ambas han sido constituidas por el INSALUD y transferidas con posterioridad a la Comunidad Autónoma (art. 1 de los Estatutos Hospital Universitario Fundación Alcorcón y Estatutos Fundación Hospital de Calahorra); la dotación inicial procede del INSALUD (art. 24.a) de los Estatutos Fundación Alcorcón y 28.1.a) de los Estatutos Fundación Calahorra) toda su actividad queda sujeta a los criterios de planificación, coordinación y a las directrices de carácter general dictadas por la Consejería competente en materia de Salud (art. 5.2 de los Estatutos Fundación Alcorcón y artículos 33 a 36 de los Estatutos de la Fundación Calahorra); el patronato como órgano de gobierno y representación de la fundación y que nombra al Director Gerente (encargado de la gestión de la Fundación) está presidido por el titular de la Consejería competente en materia de Salud así como formado por distintos miembros pertenecientes a la Administración (bien a la Consejería de Sanidad, al SERMAS, al Área de Salud de La Rioja o nombrados por el Consejero...) (art. 10 y 16 de los Estatutos Fundación Alcorcón y 10, 11 y 19 de los Estatutos Fundación Calahorra); el control de gestión y funcionamiento lo ejerce en último término la Consejería competente en materia de Salud (art. 37 de los Estatutos Fundación Calahorra). De ello se desprende su carácter público e instrumental.

¹⁶⁰ A diferencia de las anteriores, la Fundación se constituyó tanto por el Ayuntamiento de Barcelona como por el Cabildo Catedralicio que aportan la dotación patrimonial inicial. El patronato está integrado por tres miembros designados por la Generalidad de Cataluña, uno nombrado por el Ayuntamiento de Barcelona y otro por el Cabildo Catedralicio de Barcelona (art. 18 de los Estatutos de la Fundación de Gestión Sanitaria del Hospital de la Santa Cruz y San Pablo), por lo que la mayoría de los derechos de voto en el patronato corresponde a la Generalidad. La participación pública global será de un 80%, mientras que un 20% es privada.

¹⁶¹ Cuando la gestión es con medios ajenos a la Administración.

de prestación del servicio no contractuales (art. 11.6 y disposición adicional 49ª de la LCSP), como la denominada acción concertada en el ámbito sanitario, se incluyen por parte de la doctrina como otras fórmulas de gestión indirecta¹⁶³.

La utilización de modos indirectos de gestión, no desvirtúa la naturaleza y titularidad pública del servicio sanitario¹⁶⁴ y es constitucional siempre que se preste el servicio con las debidas garantías y controles (igualdad en el acceso, universalidad, financiación pública, calidad...) (así lo afirma la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en sus sentencias 37/1994, de 10 de febrero (RTC 1994\37) y 84/2015, de 30 abril (RTC 2015\84)). La cartera de servicios y la condición de titulares del derecho a la protección a la salud y a la atención sanitaria viene fijada por la LSNS, exactamente igual que cuando se gestiona el servicio de forma directa. Reflejo de lo que venimos diciendo es que tanto el art. 284.2 de la LCSP (para los contratos de concesión de servicios públicos) como el art. 312.a) de la LCSP (para los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía) señalan que *«antes de proceder a la contratación de un servicio deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.»* Por tanto, el servicio que van a prestar los contratistas (gestor indirecto) viene previamente delimitado por el legislador o por la propia Administración (artículos 287.1, 288.a), 290.1 y 312.b) de la LCSP) y se presta en los mismos términos que cuando la gestión fuera directa.

¹⁶² Con anterioridad el TRLCSP señalaba expresamente que la gestión era indirecta cuando se contrataba la gestión del servicio público con otro sujeto en cualquiera de sus modalidades (art.275.1) y 277 del TRLCP [en el ámbito local, art. 85.2 de la LBRL]). La LCSP suprime el contrato de gestión de servicios públicos y lo sustituye por el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios. Aunque sólo se afirme de forma expresa que mediante el contrato de concesión de servicios se podrá gestionar indirectamente el servicio (art. 284.1 de la LCSP), tanto en uno como en otro caso la gestión del servicio será indirecta puesto que se lleva a cabo con medios ajenos a través de la celebración de un contrato.

¹⁶³ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo...*, op. cit., pp. 811 y 812.

¹⁶⁴ PEMÁN GAVÍN, J.; *Derecho a la salud y administración sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, p. 84; BEATO ESPEJO, M.; «El Sistema Sanitario Español: Su configuración en la Ley General de Sanidad (2ª parte)», *Revista de Administración Pública*, nº 120 (1989), p. 403; VILLAR ROJAS, F. J.; *La responsabilidad...*, op. cit., p. 73 y «La Ley...», op. cit.; MENÉNDEZ REXACH, A.; «La gestión indirecta...», op. cit., p. 269; DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.; «Formas de gestión indirecta...», op. cit. y «Los contratos de prestación de servicios a las personas. Repensando las formas de gestión de los servicios sanitarios públicos tras las Directivas de contratos de 2014 y la Ley 9/2017 de contratos del Sector Público», *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 50 (2019). En <http://laadministraciondiala.inap.es/noticia.asp?id=1509421> [Consultado el día 25 de agosto de 2020]; MARTÍNEZ-LAGE SOBREDO, S.; op. cit., p. 83; ZAMBONINO PULITO, M.; op. cit.

Aunque el servicio sea prestado por entidades privadas, la naturaleza y titularidad pública del servicio provoca su sometimiento a los poderes de ordenación, dirección y control de la Administración¹⁶⁵.

Desde el Derecho europeo, la aprobación de las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (en adelante Directiva 2014/23/UE) y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública (en adelante Directiva 2014/24/UE) han tenido una notable incidencia en nuestra legislación en materia de contratación pública¹⁶⁶. Si bien, en lo que atañe a la organización y gestión de los servicios sanitarios considerados como

¹⁶⁵ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 10 de julio de 1985 (RJ 1985\3895), fº jº 3º: «[...] todo servicio público, en cuanto que implica una actividad prestacionista del Estado u otro ente público, dirigida a proporcionar una utilidad a los particulares, sólo puede tener como titular activo a dichos entes públicos y esa titularidad es claro que incluye entre sus facultades, la de desarrollar, llevar a efecto, en definitiva gestionar el correspondiente servicio, titularidad de gestión de la que, como de la propia titularidad del servicio, no puede desprenderse la Administración, sin que el mismo pierda su carácter, lo cual no impide que la gestión pueda desarrollarse de forma directa, indirecta o mixta, ya que en todo caso la Administración conserva dicha titularidad de gestión, y en consecuencia la facultad de disponer, regular, organizar y modificar la prestación del servicio, como reconoce el artículo 33 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RCL 1956\85 y NDL 22516), de tal manera que aun cuando se dé entrada a los particulares, a través de las distintas formas legalmente admitidos, a la prestación del servicio, subsiste en la Administración, un poder de control y dirección, inherente a su propia titularidad, que ejerce directamente sobre la gestión, y ello se refleja claramente en relación con la tradicional figura de prestación indirecta de servicios públicos, que constituye la concesión, a pesar de la cual y como señalan los artículos 126 y 127 del Reglamento de Servicios, las Corporaciones Locales en razón de la titularidad que conservan, pueden modificar las circunstancias de prestación del servicio, en calidad, cantidad, lugar y tiempo, así como en sus tarifas, fiscalizan e inspeccionan la gestión del concesionario, ejercen una actividad sancionadora sobre el mismo e incluso pueden suprimir el servicio, y si ello es predicable de una forma de gestión indirecta, con mayor razón cuando la misma sea mixta, como claramente se desprende de la Ley de Régimen Local (RCL 1956\74, 101 y NDL 611) y del Reglamento de Servicios, que tras establecer en sus artículos 164 y 176, y 45 y 102 respectivamente, [...]».

CANTERO MARTÍNEZ, J.; «La configuración legal y jurisprudencial del derecho constitucional a la protección de la salud», Revista Vasca de Administración Pública, nº 80 (2008), p.27; DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.; «Formas de gestión en el Sistema...», *op. cit.*, p. 421; DE AHUMADA RAMOS, F. J.; *La responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexa causal entre la lesión y el funcionamiento de los Servicios Públicos*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 534.

¹⁶⁶ Sobre la incidencia en el ámbito de los servicios sanitarios, *Vid.* VILLALBA PÉREZ, F.; «Externalización de...», *op. cit.*; DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.: «Impacto de las Directivas de contratos y de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público sobre la contratación en el ámbito sanitario», en la obra colectiva *Homenaje al profesor Ángel Menéndez Rexach*, Vol. 1, dirigida por JIMÉNEZ DE CISNEROS, F. J., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 913 a 941 y «Los contratos...», *op. cit.*; GIMENO FELIU, J. M.; «Servicios de salud y reservas de participación ¿una nueva oportunidad para la mejora del SNS? Análisis de los artículos 74 a 77 de la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública», *Derecho y Salud*, Vol. 25 Extraordinario (2015). En <https://dialnet.unirioja.es/> [Consultado el día 6 de febrero de 2021] y «La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Revista Aragonesa de Administración Pública, nº 52 (2018). En <https://dialnet.unirioja.es/> [Consultado el día 2 de enero de 2021]; FONT I LLOVET, T.; «Organización y gestión de los servicios de salud. El impacto del Derecho europeo», *RAP*, nº 199 (2016), pp. 253 a 288.

servicios de interés general no económicos¹⁶⁷, que es competencia de los Estados Miembros (art. 168.7 del TFUE), se les reconoce una amplia libertad¹⁶⁸. Las Directivas europeas 23 y 24, tienen en cuenta las singularidades de la gestión de los servicios sociales y sanitarios. Por ello, prevén un régimen especial para los denominados «servicios dirigidos a las personas», entre los que se incluyen los sanitarios, actividad de interés general destinada a satisfacer necesidades básicas de la ciudadanía y por tanto, apartados de una lógica de mercado y con una dimensión transfronteriza limitada (Considerando 6 y 114 de la Directiva 24). No se someterán al régimen general de contratación pública¹⁶⁹. Así, por ejemplo, se establece un régimen particular de contratación para los «*servicios sociales u otros servicios específicos recogidos en el anexo IV*», entre los que se incluyen algunos sanitarios¹⁷⁰; a los Estados miembros además de poder seguir prestando los servicios sanitarios por sí mismos, se les reconoce la posibilidad de gestionarlos a través de fórmulas no contractuales «*mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.*» (Considerando 114 Directiva 24 y considerando 54 de la Directiva 23); o se puede reservar a determinadas organizaciones el derecho a participar en procedimientos de adjudicación de contratos públicos exclusivamente en el caso de los servicios de salud del art. 74 y aquellos que tengan un determinado código CPV (considerando 118 y 77 de la Directiva 24), entre otras especialidades.

¹⁶⁷ VILLALBA PÉREZ, F.; «Externalización de...», *op. cit.*; DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.; «Los contratos...», *op. cit.*

¹⁶⁸ En general, los Estados miembros tienen una amplia libertad para decidir la forma de gestionar los servicios públicos. los considerandos 5 y 6 de la Directiva 23 que señala la libertad de los Estados miembros dentro del respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia y libre circulación de personas «*de decidir organizar la prestación de servicios, ya sea como servicios de interés económico general, como servicios no económicos de interés general, o como una combinación de ambos*» o el art. 2 de la misma Directiva en el que se subraya la libertad de las autoridades públicas para decidir la mejor forma de prestar los servicios pudiendo optar «*por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos.*» En similar sentido, se pronuncia el considerando 6 y el art.1.4 de la Directiva 24.

¹⁶⁹ El considerando 6 de la Directiva 24 excluye de su ámbito de aplicación a los servicios no económicos de interés general.

¹⁷⁰ Art. 19 de la Directiva 23 y capítulo I del Título III de la Directiva 24.

3.4.1 Formas de gestión indirecta contractuales.

Las primeras formas de gestión indirecta en el ámbito sanitario se contemplaron en la LGS en los artículos 66, 67 y 90 a través de dos vías: el convenio singular de vinculación y el concierto. Al margen de esta previsión, las técnicas de gestión indirecta en el ámbito sanitario son las previstas con carácter general para la gestión de los servicios públicos mediante la celebración de un contrato administrativo¹⁷¹: el contrato de concesión de servicios¹⁷² y el contrato de servicios que conlleve prestaciones directas a favor de la ciudadanía¹⁷³ (en adelante contrato de servicios a la ciudadanía)¹⁷⁴, tras la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos en sus cuatro modalidades: concesión, gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta¹⁷⁵ (277 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público [en adelante TRLCSP])¹⁷⁶. Se trata de una de las principales novedades introducidas por la LCSP que ha venido a trasponer al ordenamiento jurídico español las Directivas del 2014/23/UE y 2014/24/UE, derogando el anterior TRLCSP¹⁷⁷.

¹⁷¹ No todos los acuerdos y convenios suponen una gestión indirecta. Como ha señalado VILLAR ROJAS: «no lo son los contratos-programa, ni los convenios de gestión (“mercado interno”), ni los programas de gestión convenida entre los centros sanitarios públicos y las autoridades sanitarias de las que dependen.» VILLAR ROJAS, F. J.; «Responsabilidad en la gestión directa...», *op. cit.*, p. 2.

¹⁷² Aunque en el que es nuestro objeto de estudio este contrato tendrá por objeto el servicio público sanitario, los contratos de concesión de servicios pueden tener por objeto servicios que no sean públicos siempre que sean de titularidad o competencia de la Administración y susceptibles de explotación económica (art. 284.1 de la LRJSP).

¹⁷³ La LCSP regula el contrato de servicios estableciendo un régimen especial para aquellos contratos de servicios que conllevan prestaciones directas a favor de la ciudadanía como serían los que entrañan la prestación de servicios públicos entre los que están los sanitarios. La posibilidad de que los contratos de servicios tengan por objeto la gestión de servicios públicos es otra de las novedades introducidas por la LCSP que lo diferencia del contrato de servicios como estaba regulado en el TRLCSP.

¹⁷⁴ La LCSP establece un régimen especial y más flexible (en cuanto a la adjudicación, duración...) para los contratos de concesión de servicios del anexo IV y los contratos de servicios de carácter social, sanitario o educativo del mismo anexo denominados por la Ley como servicios especiales (artículos 22.1.C), 131.2, 135.5 y las disposiciones adicionales 36ª y 47ª de la LCSP). Se incluyen, por lo que nos interesa, los servicios de suministro de personal de enfermería y de personal médico. Para éstos cabe reservar a determinadas organizaciones el derecho a participar en los procesos de licitación (disposición adicional 48ª de la LCSP).

¹⁷⁵ La sociedad de economía mixta realmente no ha sido eliminada, como veremos *Infra*.

¹⁷⁶ Ha sido criticada por parte de la doctrina, *Vid.* CUETO PÉREZ, M.; «La continuidad...», *op. cit.*, pp. 885 a 889 y 909; HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L.; «La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 60 (2016). En <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1506183#nota29> [Consultado el día 17 de junio de 2017].

¹⁷⁷ Lo afirma expresamente el Preámbulo, apartado IV de la LCSP: «En el ámbito de las concesiones, desaparece la figura del contrato de gestión de servicio público y, con ello, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos que se hacía en el artículo 277 del anterior texto refundido.»

La mayor parte de los contratos suscritos para la prestación de asistencia sanitaria se han celebrado bajo el TRLCSP y la LGS por lo que sus normas seguirán siendo aplicables si tenemos en cuenta que la disposición transitoria 1ª apartado 2 de la LCSP establece: *«los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.»* De ahí, que vayamos a hacer referencia a la normativa sobre el contrato de gestión de servicios públicos y a algunas de sus modalidades, cuyo régimen jurídico, por otra parte, se mantiene prácticamente en los mismos términos en los contratos de concesión de servicios y los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía, entre los que se incluirían los servicios sanitarios¹⁷⁸.

Por otra parte, la disposición adicional 34ª de la LCSP señala que *«las referencias existentes en la legislación vigente al contrato de gestión de servicios públicos se entenderán realizadas tras la entrada en vigor de la presente Ley al contrato de concesión de servicios, en la medida en que se adecúen a lo regulado para dicho contrato en la presente Ley»*. Por consiguiente, siempre que el empresario asuma el riesgo operacional que es el elemento diferenciador del contrato de concesión de servicios. Aquellos contratos que conforme al TRLCSP se califican de gestión de servicios públicos pero en los que el empresario no asume el riesgo operacional, pasarán ahora a ser contratos de servicios (así lo advierte la Exposición de Motivos de la LCSP).

Ahora bien, como se apunta en la EM de la LCSP *«este cambio de calificación no supone una variación en la estructura de las relaciones jurídicas que resultan de este contrato: mediante el mismo el empresario pasa a gestionar un servicio de titularidad de una Administración Pública, estableciéndose las relaciones directamente entre el empresario y el usuario del servicio»*¹⁷⁹.

Precisamente, la complejidad de los contratos de gestión de servicios públicos del TRLCSP, al igual que los contratos de concesión de servicios y los contratos de

¹⁷⁸ Como afirma CUETO PÉREZ, la desaparición nominal del contrato no ha llevado aparejada la de su régimen jurídico que ahora se aplica a dos formas contractuales: contratos de concesión de servicios públicos y contrato de servicios a la ciudadanía. CUETO PÉREZ, M.; *«La continuidad...»*, *op. cit.*, pp. 907 a 909.

¹⁷⁹ Así lo subraya puesto que tal como estaba regulado el contrato de servicios en el TRLCSP la relación era bilateral entre el contratista y la Administración.

servicios a la ciudadanía¹⁸⁰ de la LCSP deriva de la existencia de tres relaciones jurídicas diferentes. Por una parte, la que vincula al contratista y a la Administración que es contractual dominada por lo establecido en el contrato¹⁸¹; la que une al contratista con el usuario al que debe prestar el servicio público con la regularidad, condiciones y garantías que se exijan en la legislación¹⁸². Igual que si la gestión fuera directa. Como ha señalado CUETO PÉREZ, el contratista se sitúa en el lugar que ocuparía la Administración si prestara el servicio de forma directa¹⁸³; y, la que une a la Administración y el usuario puesto que en último término quien ostenta la titularidad y la obligación de prestar el servicio es la Administración que ante el incumplimiento por parte del contratista deberá ejercitar sus poderes de policía¹⁸⁴.

Por otra parte, en los contratistas se pueden distinguir dos regímenes jurídicos: de un lado, el sometimiento al Derecho público en tanto que gestiona un servicio público y de otro lado, al Derecho privado, en cuanto se trata de personas jurídico-privadas cuya personalidad no se publica por celebrar un contrato con la Administración y que están sometidas al Derecho Civil y/o Mercantil. Deslindar en algunos casos una faceta de otra no es fácil ya que hay casos *«en los que se entrecruzan el interés público de la gestión del servicio y el privado de la actividad mercantil que entraña la explotación del mismo»*¹⁸⁵.

En el ámbito autonómico a la luz de este marco legal y de lo previsto en su normativa sanitaria que posibilita la colaboración privada en la prestación de los servicios públicos sanitarios¹⁸⁶, prácticamente todas las Comunidades Autónomas han

¹⁸⁰ En los casos de contratos de servicios que tienen por objeto la prestación de un servicio público, como la relación se establece precisamente entre el empresario y el usuario del servicio, la LCSP los denomina contrato de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos.

¹⁸¹ Artículos 275 y 279 del TRLCSP (contrato de gestión de servicios públicos); artículos 284.1 y 287.1 de la LCSP (contrato de concesión de servicios) y art. 311.1 de la LCSP (contrato de servicios a la ciudadanía).

¹⁸² Art. 280.a) TRLCSP (contrato de gestión de servicios públicos); art. 288.a) de la LCSP (contrato de concesión de servicios); art. 312.b) de la LCSP (contrato de servicios a la ciudadanía).

¹⁸³ CUETO PÉREZ, M.; «Responsabilidad patrimonial de la Administración y gestión privada de servicios sanitarios. Incidencia de las Leyes 39/2015 y 40/2015 en el modelo actual», *Derecho y Salud*, Vol. 26, Nº Extra (2016). En <http://www.ajs.es/revista-derecho-y-salud/responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion-y-gestion-privada-de-servicios-sanitarios> [Consultado el día 24 de abril de 2017], P.347.

¹⁸⁴ Artículos 132, 279.2 y 280.b) del TRLCSP (contrato de gestión de servicios públicos); artículos 284.2, 287.2 y 288.b) de la LCSP (contrato de concesión de servicios) y art. 312.a) y e) de la LCSP (contrato de servicios a la ciudadanía).

¹⁸⁵ CLAVERO ARÉVALO, M. F.; «La quiebra de la pretendida unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración», *RAP*, nº 66 (1971), p. 110.

¹⁸⁶ En Andalucía, por ejemplo, los artículos 73 a 77 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía habilitan a la celebración de conciertos y convenios singulares de vinculación.

hecho uso de formas de gestión indirecta para la prestación de servicios sanitarios en atención especializada (hospitalaria) o para servicios concretos (radiología, operaciones quirúrgicas...), siendo escasa en atención primaria¹⁸⁷. La diferencia entre unas y otras radica en la mayor o menor colaboración con el sector privado, por ejemplo, muy frecuente en Cataluña y prácticamente nula en Extremadura; y, en la inclinación por unas u otras fórmulas de gestión indirecta.

La mayoría de las Comunidades opta por la forma del concierto sanitario, que es la más habitual y la que tiene más tradición. En todas existe alguno. Por ejemplo, en Andalucía, la Consejería de Salud y Bienestar Social tiene concertada alguna actividad con entidades como la Cruz Roja, Orden Hospitalaria de San Juan de Dios o la Empresa "José Manuel Pascual Pascual, S.A". Asimismo, algunas han usado la técnica del convenio singular de vinculación, aunque es menos frecuente que la anterior. Por ejemplo, en Asturias, el SESPA ha celebrado convenios singulares de vinculación con la Fundación Hospital de Jove, Hospital de la Cruz Roja en Gijón, Fundación Hospital de Avilés y Fundación Sanitario Adaro; o en Madrid, entre el SERMAS y la Fundación Jiménez Díaz UTE; o en Aragón, entre el Servicio Aragonés de Salud y el Hospital de San Juan de Dios de Zaragoza.

En los últimos tiempos, estaba cobrando protagonismo el contrato de concesión de servicios públicos, siendo los modelos arquetípicos en este caso, Valencia¹⁸⁸ y

¹⁸⁷ Sólo Cataluña ha recurrido a fórmulas de gestión indirecta para prestar servicios de atención primaria. Así resulta de la información estadística sobre las modalidades de gestión de los centros de atención primaria y consultorio local (2021) que publica el Ministerio de Sanidad. En <https://www.mscbs.gob.es/ciudadanos/centros.do?metodo=modalidadGestion> [Consultado el día 12 de enero de 2021] y AA.VV.; «Modelos de gestión según el proveedor y sus efectos en la dinámica de los equipos de atención primaria en Cataluña», *Revista Española de Salud Pública*, Vol. 23 (2019), pp. 1 a 17.

En https://www.mscbs.gob.es/biblioPublic/publicaciones/recursos_propios/resp/revista_cdrom/VOL93/ORI_GINALES/RS93C_201901001.pdf [Consultado el día 1 de febrero de 2021].

¹⁸⁸ Valencia ha sido pionera en su utilización cuando se otorgó una concesión para la construcción y explotación del Hospital de Alzira que ha dado nombre a este modelo de gestión indirecta, conocido como "modelo Alzira" (Vid. MARÍN FERRER, M.; DE ROSA TORNER, A. y BLASCO CASTANY, R.; *Las nuevas formas de gestión sanitaria «Modelo Alzira»*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2007). El ámbito de la concesión se amplió a la atención primaria por lo que todo el Departamento de la Rivera (tanto la atención primaria como especializada) estaba gestionado por un grupo de empresas privadas (Rivera Salud-UTE) en virtud de un contrato de concesión. A partir del 2015, con la finalización del contrato se ha llevado a cabo el proceso de reversión. En la actualidad, se sigue este mismo modelo para la gestión del Departamento de Marina Salud (con el Hospital de Denia y diversos centros de salud); de Torreveja; de Elche-Crevillente y de Manises. Casi el 20% de los servicios públicos de salud valencianos están gestionados por empresas privadas en virtud de concesión. Sin embargo, estando próxima la finalización de estos contratos, se llevará a cabo también la reversión del servicio público que pasará a estar controlado de forma directa por la Consejería de Sanidad.

Madrid¹⁸⁹, aunque también otras Comunidades como Canarias (Hospital San Roque Mas Palomas) o Castilla y León (Hospital de Burgos) lo han seguido. El inicio de la reversión de las concesiones en la Comunidad Valenciana con la intención de dar prevalencia a los modelos de gestión directa es anticipo de la decadencia de este modelo.

La sociedad de economía mixta no es habitual pero se ha dado, por ejemplo, en Cataluña, mientras que la gestión interesada no se ha usado nunca ya que tiene difícil encaje en este campo.

Además, en Cataluña existe una experiencia singular con las Entidades de Base Asociativa¹⁹⁰ (EBA). Se trata de sociedades (Anónima, Limitada, Cooperativa o Laboral) constituidas por profesionales sanitarios que participan en la gestión de los servicios sanitarios. Al menos el 51% del capital debe pertenecer a los profesionales sanitarios que prestan servicios en dicha entidad y ninguno puede ostentar más del 25%. Estas entidades prestan servicios de atención primaria de una zona básica de salud mediante la celebración de un contrato con el CatSalut y están integradas en el Sistema Público de Salud Catalán. Por ejemplo, EAP Sarrià, SLP. Esta fórmula se ha pretendido poner en marcha en Madrid, pero sin éxito.

3.4.1.1 Contrato de concesión de servicios públicos y contratos de servicios que conllevan prestaciones directas a favor de la ciudadanía.

La LCSP contempla dos formas a través de las cuales se podrá llevar a cabo la gestión indirecta de los servicios públicos: el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios¹⁹¹.

¹⁸⁹ En Madrid, el Hospital de Villalba, el Hospital Universitario Infanta Elena, el Hospital Universitario Infanta Rey Juan Carlos o el Hospital Universitario de Torrejón, públicos y adscritos al SERMAS, se han construido y son gestionados por una empresa privada mediante una concesión. A diferencia del modelo valenciano, la concesión está limitada a la gestión hospitalaria y no se extiende a la atención primaria.

¹⁹⁰ Disposición adicional 10ª de la Ley de Ordenación Sanitaria Cataluña y Decreto 309/1997, de 9 de diciembre, sobre requisitos de acreditación de las entidades de base asociativa para la gestión de centros, servicios y establecimientos de atención sanitaria y sociosanitaria. *Vid.* LEDESMA CASTELLTORT, A.; «Entidades de base asociativa: un modelo de provisión asistencial participado por los profesionales sanitarios. Valoración actual y retos futuros», *Revista de Administración Sanitaria siglo XXI*, Vol. 3, nº 1 (2005), pp. 73-81.; LEDESMA CASTELLTORT, A.; IRUELA LÓPEZ, A.; «Las entidades de base asociativa (EBA): una alternativa a la gestión pública en la provisión de servicios de salud». En http://directivos.publicacionmedica.com/contenido/images/sedisa_uno%281%29.pdf [Consultado el día 11 de febrero de 2021]; FONT I LLOVET, T.; «Organización...», *op. cit.*, pp. 279 a 282.

¹⁹¹ *Vid.* HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L.; «La delimitación de los contratos públicos de servicios y de concesión de servicios» en la obra colectiva *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector*

El art. 15 de la LCSP define el contrato de concesión de servicios como *«aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio.*

2. *El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional.»* Se considera que el concesionario asume el riesgo operacional *«cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable¹⁹²»* (art. 14.4 de la LCSP por remisión del art. 15 de la LCSP). No se exige asumir todo el riesgo pero al menos una parte significativa¹⁹³. En el ámbito del contrato de concesión de servicios el riesgo operacional se asocia al riesgo de demanda (utilización por los usuarios) puesto que el derecho de explotación se vincula con *«una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración»* (art. 289.1 de la LCSP). No se incluye, por tanto, el riesgo de oferta o de disponibilidad¹⁹⁴.

El art. 17 de la LCSP define el contrato de servicios como *«aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que*

Público dirigida por GIMENO FELIU, J. M.; Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 477 a 509.

¹⁹² Vid. HUERGO LORA, A.; «El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *DA. Nueva época*, nº 4 (2017), pp. 31 a 51. En <https://doi.org/10.24965/da.v0i4.10494> [Consultado el día 7 de febrero de 2021]; LAZO VITORIA, X.; «El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesión» en la obra colectiva *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* dirigida por GIMENO FELIU, J. M.; Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 517 a 543.

¹⁹³ CUETO PÉREZ, M.; «La continuidad...», *op. cit.*, p. 904; DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.; «Los contratos...», *op. cit.*

¹⁹⁴ Las Directivas europeas permiten vincular el riesgo operacional tanto a la demanda (utilización por los usuarios) como a la oferta (disponibilidad). Mientras que en el contrato de concesión de servicios se vincula únicamente a la demanda en el de concesión de obras se combinan ambos (art. 267.1 y 4 de la LCSP). VILLAR ROJAS, F. J.; «El impacto...», *op. cit.*, p. 88.

el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario.

No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.» En este tipo de contratos, el empresario no asume el riesgo operacional.

Por tanto, el criterio para delimitar cuándo estamos en presencia de un contrato de concesión de servicios o de un contrato de servicios será quién asume el riesgo operacional, como se desprende de la Exposición de Motivos de la LCSP. El contrato sería de concesión de servicios cuando el riesgo operacional es asumido por el contratista¹⁹⁵ y de servicios cuando no se transfiere al contratista, asumiéndolo la Administración. Como se ha señalado por la doctrina¹⁹⁶, en el ámbito de la gestión de la asistencia sanitaria pública es difícil apreciar la transferencia de un verdadero riesgo operacional al contratista dado que prima siempre la continuidad y regularidad en la prestación del servicio público en el que la población que se debe atender está asegurada y, además, es gratuito para la ciudadanía ya que el servicio es retribuido por la Administración. Aunque es difícil apreciarlo, en el contrato de concesión de servicios se ha querido ver la asunción del riesgo en que la retribución es «de base poblacional» o «pago per cápita» pagándose al contratista una cantidad anual y fija por cada habitante de la zona de gestión, con independencia del uso que hagan de los servicios sanitarios prestados¹⁹⁷. En los conciertos sanitarios, por su parte, no existe un traslado real del

¹⁹⁵ Es posible que la Administración asuma una parte del riesgo económico de explotación si bien el riesgo operacional corresponde siempre al contratista (art. 285.1.c) de la LCSP).

¹⁹⁶HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L.; «La controvertida...», *op. cit.*, y «La delimitación...», *op. cit.*, p. 483; DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.; «Los contratos...», *op. cit.*; CUETO PÉREZ, M.; «La continuidad...», *op. cit.*, pp. 897 y 898; VILLAR ROJAS, F. J.; «La privatización de los servicios sanitarios públicos: las experiencias de Madrid y Valencia», *Derecho y Salud*, Vol. 17, nº Extra (2009). En <https://dialnet.unirioja.es/> [Consultado el día 6 de febrero de 2021], pp. 10 a 16 y «El impacto...», *op. cit.*, pp. 89 y 90. Lo determinante según VILLALBA PÉREZ, será el sistema de retribución del contratista. Por otra parte, al analizar los inconvenientes del modelo concesional señala: «no existe una transferencia real de riesgo dada la imposibilidad de cerrar los centros sanitarios como consecuencia de la obligación legal de la Administración sanitaria de prestar el servicio a la población. En este contexto las empresas adjudicatarias pueden forzar la negociación en un juego de «todo o nada», que les permite renegociar condiciones para hacer siempre rentable la concesión.» VILLALBA PÉREZ, F.; «Externalización de...», *op. cit.*

¹⁹⁷ CUETO PÉREZ, M.; «La continuidad...», *op. cit.*, p. 898.

VILLAR ROJAS analiza que no hay un traslado real del riesgo en las concesiones sanitarias en VILLAR ROJAS, F. J.; «La privatización de los servicios sanitarios públicos: las experiencias de Madrid y Valencia», *Derecho y Salud*, Vol. 17, nº Extra (2009). En <https://dialnet.unirioja.es/> [Consultado el día 6 de febrero de 2021], pp. 10 a 12.

riesgo por lo que la mayoría serán contratos de servicios a la ciudadanía¹⁹⁸. Sin embargo, no todos se califican como contratos de servicios. De hecho, la propia LCSP cuando se trata de conciertos celebrados por MUFACE, MUGEJU e ISFAS los tipifica como contratos de concesión de servicios (disposición adicional 19ª de la LCSP).

El régimen jurídico es similar para los contratos de concesión de servicios y los contratos de servicios para la ciudadanía que reproducen prácticamente el que preveía el TRLCSP para los contratos de gestión de servicios públicos. En el contrato de concesión de servicios, estas reglas están recogidas en los artículos 284 a 297 de la LCSP¹⁹⁹ y concretamente en el art. 288 de la LCSP que es casi una réplica del art. 280 del TRLCSP previsto para el contrato de gestión de servicios públicos. Por su parte, el art. 312 de la LCSP²⁰⁰ contiene el régimen específico aplicable a los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía, entre los que se encuentra el sanitario. Así, por ejemplo, el que tenga que estar previamente establecido el régimen jurídico, el alcance de las prestaciones, así como todos los aspectos relativos al servicio que sigue siendo de titularidad de la Administración²⁰¹; la obligación del concesionario o contratista de prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares su utilización en las condiciones establecidas; cuidar del buen orden del servicio e indemnizar los daños salvo que fuesen imputables a la Administración²⁰²; o la conservación por la Administración de los poderes de policía para asegurar la buena marcha del servicio²⁰³.

3.4.1.2 Contrato de gestión de servicios públicos en el TRLCSP.

El contrato de gestión de servicios públicos se definía en el art.8.1 del TRLCSP como: «*aqué*l en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de

¹⁹⁸ No existe (más allá del que pueda asumir cualquier contratista público) cuando se celebra un concierto ya que las condiciones económicas se fijan en base a módulos de coste efectivo. *Vid.* HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L.; «La controvertida...», *op. cit.*; CUETO PÉREZ, M.; «La continuidad...», *op. cit.*, p. 897; DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.; «Los contratos...», *op. cit.*; VILLAR ROJAS, F. J.; «El impacto...», *op. cit.*, pp. 87, 89 y 90.

¹⁹⁹ Se corresponde con los artículos 132, 133 y 275 a 289 del TRLCSP.

²⁰⁰ Contiene previsiones similares a las establecidas para el contrato de gestión de servicios públicos en los artículos 132, 279.2, 280, 283 y 285.

²⁰¹ Art. 284.2 de la LCSP (concesión de servicios); art. 312.a) de la LCSP (contrato de servicios a la ciudadanía) y art. 132 del TRLCSP (contrato de gestión de servicios públicos).

²⁰² Aart.288.a) b) y c) de la LCSP (concesión de servicios); art. 312.b) de la LCSP (contrato de servicios a la ciudadanía) y art. 280.a), b) y c) del TRLCSP (contrato de gestión de servicios públicos).

²⁰³ Artículos 287.2 y 288.b) de la LCSP (concesión de servicios); art. 312. e) de la LCSP (contrato de servicios a la ciudadanía) y artículos 279.2 y 280.b) del TRLCSP (contrato de gestión de servicios públicos).

Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante.» En este último caso, sólo cuando se tratase de la gestión de la prestación de asistencia sanitaria. El art. 275.1 del TRLCSP habilitaba a la Administración a gestionar indirectamente los servicios de su competencia, siempre que fueran susceptibles de explotación por los particulares.

Aunque el contrato ha sido nominalmente eliminado, su régimen jurídico pervive en el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios a la ciudadanía (*Vid. Supra* Capítulo II, 3.4.2.1.)

El art. 277 del TRLCSP recogía cuatro modalidades de gestión de los servicios públicos:

«a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.

b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.

c) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.

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

Además del concierto sanitario que es la fórmula usada tradicionalmente, también se ha recurrido a la figura de la concesión administrativa²⁰⁴. Se trata de un contrato que no está expresamente previsto en la LGS. En esta modalidad contractual el empresario (concesionario) presta el servicio *«a su riesgo y ventura»*, o sea, asume los riesgos derivados de su ejecución y explotación. De esta forma, como bien ha señalado DOMÍNGUEZ MARTÍN, *«la empresa sanitaria concesionaria asume, frente a un pago per cápita, toda la prestación sanitaria de la población (del centro hospitalario o área*

²⁰⁴ *Vid.* DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.; «Formas de gestión indirecta...», *op. cit.*; VILLAR ROJAS, F. J.; «La concesión...», *op. cit.*, pp. 141 a 188 y «La privatización de los servicios sanitarios públicos: las experiencias de Madrid y Valencia», *Derecho y Salud*, Vol. 17, nº Extra (2009). En <https://dialnet.unirioja.es/> [Consultado el día 6 de febrero de 2021], pp. 1 a 22; MENÉNDEZ REXACH, A.; «La gestión indirecta...», *op. cit.*, pp. 269-296; CUETO PÉREZ, M.; «Responsabilidad patrimonial de la Administración y gestión privada...», *op. cit.*, p. 350;

de salud), así como la inversión en la mejora de las infraestructuras sanitarias y la gestión de los centros sanitarios públicos correspondientes²⁰⁵.»

En el ámbito de la provisión de servicios sanitarios la fórmula concesional usada ha sido la del contrato de gestión de servicio público previa construcción del hospital²⁰⁶. El concesionario se obliga a construir el hospital sobre terrenos públicos cedidos y posteriormente, a gestionar el servicio durante un periodo de tiempo recibiendo por parte de la Administración una cantidad económica anual y fija por cada uno de los habitantes incluidos en la zona sanitaria a la que da cobertura. Por tanto, el servicio sigue siendo de titularidad pública y los hospitales y centros sanitarios son de titularidad pública (esta es la principal diferencia con los conciertos y convenios singulares de vinculación²⁰⁷). Será la gestión la que se llevará a cabo por un empresario privado pero que actuará bajo el control y dirección de la Administración Pública titular del servicio que tiene potestades de policía²⁰⁸.

La legalidad y constitucionalidad de la utilización de la fórmula de la concesión ha sido afirmada en las STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 20 diciembre 2005 (RJ 2006\4212) y en la STC 84/2015 de 30 abril (RTC 2015\84), con relación a los hospitales madrileños.

²⁰⁵ DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.; «Formas de gestión indirecta...», *op. cit.*

²⁰⁶ Existen otros tipos concesionales como el contrato de concesión de obra pública o para servicios no sanitarios, pero no los vamos a ver ya que no constituyen objeto de nuestro estudio. *Vid.* CUETO PÉREZ, M.; «Responsabilidad patrimonial de la Administración y gestión privada...», *op. cit.*, pp. 352 y 353.

²⁰⁷ La distinción entre la figura del concierto, convenio singular de vinculación y la concesión aparece muy bien definida en la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) C. Valenciana, de 20 de diciembre de 2000 (JUR 2001\160009), f.º 5º: Tras aludir a que el convenio singular es la figura más similar a la concesión administrativa añade: «*si bien con una diferencia sustancial: en el caso de los hospitales vinculados; la titularidad es privada y es la empresa privada la que efectúa el desembolso para la creación y puesta en funcionamiento del hospital proporcionando después a través de un convenio singular, la asistencia sanitaria a la población de la Seguridad Social; por el contrario, en el caso de las concesiones administrativas la titularidad del hospital es pública, es la administración la que proporciona los medios y recurso de su titularidad así como la fuente de ingresos a la Empresa privada que accede a la gestión y explotación del hospital garantizándole ab initio la producción" generadora de los ingresos ya que la población asistencial está asegurada al ser la propia población de la Seguridad Social.*

En el caso del Concierto Sanitario, no se produce la "publicación" de la Organización y Funcionamiento del Centro Concertado, teniendo además la Administración potestades de inspección y control en dicho hospital privado.»

²⁰⁸ DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.; «Formas de gestión indirecta...», *op. cit.*

3.4.1.3 Modalidades de contratación previstas en la LGS.

3.4.1.3.1 Convenio singular de vinculación.

El art.66 de la LGS prevé la creación de una red integrada de hospitales del sector público, pudiendo los hospitales generales del sector privado que lo soliciten ser vinculados al SNS y, por tanto, a la red sanitaria pública, «*de acuerdo con un protocolo definido, siempre que por sus características técnicas sean homologables*²⁰⁹, cuando las necesidades asistenciales lo justifiquen y si las disponibilidades económicas del sector público lo permiten» (art.66.1 párrafo segundo de la LGS). Si se cumplen estos requisitos, la vinculación de los hospitales privados a la red pública se lleva a cabo a través de convenios singulares donde se especifican todas las condiciones: derechos y obligaciones recíprocos relativos a la duración, suspensión, extinción, número de camas, régimen económico y todas las condiciones de prestación de la asistencia sanitaria (art.67.1 y 2 de la LGS).

Prestarán la asistencia sanitaria igual que los públicos y de forma gratuita salvo que previamente se haya acordado el pago de cualquier cantidad con el enfermo en concepto de atención no sanitaria (art.67.3 de la LGS). Los hospitales privados vinculados estarán «*sometidos a las mismas inspecciones y controles sanitarios, administrativos y económicos que los hospitales públicos, aplicando criterios homogéneos y previamente reglados*» (art.67.5 y 94.1 LGS). Se produce una publicación del régimen de organización y funcionamiento del centro privado vinculado que deberá ajustarse a la concreta planificación que adopte en cada momento la Administración sanitaria (art.30.2 de la LGS), cosa que no sucede en el concierto²¹⁰. Empero, los hospitales vinculados siguen siendo de titularidad privada, manteniendo la titularidad de las relaciones laborales del personal que en ellos preste sus servicios (art.66.3 LGS). Por

²⁰⁹ Es asimilable a la clasificación del contratista puesto que exige una resolución administrativa favorable en la que se verifica el cumplimiento de los requisitos técnicos para poder contratar con la Administración la prestación de los servicios sanitarios. VILLAR ROJAS, F. J.; *La responsabilidad...*, op. cit., p. 105; CUETO PÉREZ, M.; «La continuidad...», op. cit., pp. 900 y 901;

²¹⁰PEMÁN GAVÍN, J.; *Derecho a la salud...*, op. cit., p. 213; VILLAR ROJAS, F. J.; *La responsabilidad...*, op. cit., pp.105 a 107; DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.; «Formas de gestión en el Sistema...», op. cit., p. 423 y «Los contratos...», op. cit.; MARTÍNEZ-LAGE SOBREDO, S.; op. cit., p. 93; ARRATIBEL ARRONDO, J. A.; «Determinación de los elementos jurídicos motivadores en la concertación de prestaciones sanitarias», *Auditoría Pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, nº 60 (2013).En <http://asocex.es/wp-content/uploads/PDF/Pag%2043-56-n60.pdf> [Consultado el día 20 de julio de 2017], p. 55.

tanto, aunque exista un mayor control y dependencia de la Administración, como señala REBOLLO PUIG, no llega a producirse una integración orgánica²¹¹.

La cuestión que más debate ha suscitado es la naturaleza jurídica del convenio derivada probablemente de la distinta terminología y de la regulación separada que realiza la LGS entre el concierto y el convenio singular de vinculación. Parte de la doctrina²¹² considera que el convenio singular podría ser calificado como concierto, de donde puede resultar su sometimiento a la normativa de contratación pública. La LGS no distinguiría, por tanto, dos formas de contratación en el marco del SNS sino una sola modalidad contractual. La justificación vendría dada porque a través del convenio, igual que en el concierto, la persona jurídica realiza prestaciones análogas a las del servicio público sanitario (en este caso, asistencia hospitalaria²¹³). En ambos casos, se exige la homologación previa del centro de acuerdo con un protocolo revisable; la Administración tendrá que evaluar la conveniencia de recurrir a la gestión indirecta; señalará las condiciones en las que se tiene que prestar el servicio; o los centros están sujetos a las inspecciones y controles sanitarios por la Administración²¹⁴. La publicación de la actividad del centro conveniado es una diferencia cuantitativa y no cualitativa²¹⁵. Según CUETO PÉREZ la diferencia se centra en *«la diferente intensidad de la relación, ya que mientras en el supuesto de convenio singular los hospitales privados se integran con carácter permanente en la red de hospitalaria pública y en la planificación del SNS para atender a una determinada población, en el caso de los conciertos no existe esa vocación de permanencia y el concierto más bien se articula para complementar la asistencia de la red pública en relación con una determinada prestación que no puede ser satisfecha con medios propios»*²¹⁶.

²¹¹ REBOLLO PUIG, M.; «La responsabilidad patrimonial en la gestión indirecta de los servicios públicos sanitarios: concesiones y conciertos», *Derecho y Salud*, Vol. 8, nº 1 (2000), p. 22.

²¹² *Id.*; VILLAR ROJAS, F. J.; *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 105 a 107.; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.; *op. cit.*, pp. 193 y 194; CUETO PÉREZ, M.; «Responsabilidad patrimonial de la Administración y gestión privada...», *op. cit.*, p. 350 y «La continuidad...», *op. cit.*, pp. 898 y 900.

²¹³ A diferencia del convenio en el que se produce la integración del hospital, el concierto puede celebrarse para la contratación de servicios concretos, como radiología... o para la prestación de atención primaria.

²¹⁴ CUETO PÉREZ, M.; «Responsabilidad patrimonial de la Administración y gestión privada...», *op. cit.*, p. 350.

²¹⁵ Como señala VILLAR ROJAS, *«la publicación de su actividad, singular frente al régimen ordinario de los conciertos, es una diferencia cuantitativa, no cualitativa: las condiciones de prestación se equiparan con las que rigen en los hospitales públicos en orden a lograr la igualdad efectiva entre los usuarios»*. VILLAR ROJAS, F. J.; *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 106.

²¹⁶ CUETO PÉREZ, M.; «Responsabilidad patrimonial de la Administración y gestión privada...», *op. cit.*, p. 350 y «La continuidad...», *op. cit.*, p. 899.

Para otra parte de la doctrina²¹⁷, sin embargo, se trata de una resolución administrativa necesitada de aceptación. Según DOMÍNGUEZ MARTÍN²¹⁸, el protocolo sería una disposición administrativa de carácter general. El convenio singular constataría que el centro que se quiere vincular cumple con las condiciones establecidas con carácter general, y es homologable. Esta tesis sería coherente con que en el convenio singular de vinculación se adscribe un centro privado entero a la red pública hospitalaria, no se trata de la prestación de determinados servicios que los establecimientos públicos no puedan realizar. Se debe hacer en las mismas condiciones para todos, siendo esta la mejor garantía de la igualdad de trato para todos los centros. Dado que se trataría de una resolución administrativa necesitada de aceptación quedaría sujeta a la LRJSP y la LPAC, no a la normativa de contratación pública. En contra de esta postura, la imposibilidad del empresario privado de renunciar libremente al contrato (art.67.4 de la LGS) (sí se permitiría la renuncia a lo concedido si fuera una resolución administrativa²¹⁹). El art. 6 apartados 1 y 2 de la LCSP excluye del ámbito de aplicación de la Ley los convenios celebrados entre las Administraciones Públicas y las entidades con personalidad jurídico-privada que tengan la condición de poderes adjudicadores, siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en la LCSP, lo que puede ser difícil en la medida en que las prestaciones acordadas para la gestión del servicio público sanitario lo normal es que se corresponda, más o menos, con el contrato de servicios²²⁰.

La regulación de los convenios en la LGS es supletoria y difusa; por tanto, puede ser desplazada por la normativa autonómica, a diferencia de la de los conciertos que forma parte de la legislación «básica» (art. 2 de la LGS). En este sentido, mientras que algunas Comunidades Autónomas, como Andalucía, parecen equipararlos al concierto, otorgándole una naturaleza contractual²²¹; en otras, la mayoría, como Navarra²²², el País

²¹⁷ MENÉNDEZ REXACH, A.; «Las fórmulas de gestión sanitaria indirecta de Servicios Sanitarios: Especial referencia al Concierto Sanitario», *Actas del III Congreso Derecho y Salud*, Pamplona, 1994, pp. 89 y 90; DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.; «Los contratos...», *op. cit.*

²¹⁸ *Id.* y DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.; *Formas de gestión de la...*, *op. cit.*

²¹⁹ VILLAR ROJAS, F. J.; *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p.106.

²²⁰ VILLAR ROJAS, F.; «El impacto...», *op. cit.*, p. 94.

Entiende que es un convenio de colaboración dotado de un régimen jurídico especial. BAUZÁ MARTORELL, F. J.; «Convenios con particulares: límites entre contrato, convenio y subvención», *Revista General de Derecho Administrativo*, n° 48 (2018). En <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1508618> [Consultado el día 17 de febrero de 2021].

²²¹ En Andalucía se establece una regulación conjunta de ambas figuras en los artículos 74 a 77 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía en cuyo art. 73.2 señala que: «se regirán por sus propias normas con carácter preferente y por lo dispuesto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, siéndoles de aplicación lo previsto en la normativa vigente de contratación administrativa.»

Vasco²²³, Aragón²²⁴ o Asturias²²⁵ se consideran instrumentos no contractuales celebrados con entidades privadas sin ánimo de lucro, excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP (art. 11.6 de la LCSP), que se regirán por lo establecido en el mismo, por la normativa autonómica y por la legislación administrativa general (LRJSP y la LPAC). En Aragón, se prevé como modalidad de concertación los convenios de vinculación que puedan suscribirse con entidades privadas sin ánimo de lucro titulares de centros hospitalarios para su integración en la red pública sanitaria del Servicio Aragonés de Salud, que quedan sometidos a la normativa sobre acción concertada (*Vid. Infra*, Capítulo II, 3.4.4.)

3.4.1.3.2 Concierto.

El art.90.1 de la LGS permite que: «*Las Administraciones públicas sanitarias, en el ámbito de sus respectivas competencias, puedan establecer conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a ellas*», teniendo en cuenta la utilización óptima de sus propios recursos sanitarios. Los centros sanitarios privados susceptibles de ser concertados con la Administración tienen que ser objeto previamente de homologación según un protocolo revisable definido previamente por la Administración competente (art.90.5 LGS). Cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y costes, se da prioridad a los que tengan carácter no lucrativo (art. 90.2 LGS). Los objetivos sanitarios, sociales y económicos establecidos en los planes de salud tienen que ser respetados, de tal forma que cuando puedan contradecirse no cabrá la celebración del concierto (art. 90.3 de la LGS).

Las Administraciones Públicas competentes fijarán los requisitos y condiciones mínimas, básicas y comunes aplicables a todos los conciertos. Las condiciones

²²² Art. 7.1.j) y disposición adicional 5ª de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos.

²²³ Decreto 127/2018, de 4 de septiembre, sobre requisitos y procedimiento para la suscripción de convenios específicos de vinculación con centros sanitarios de titularidad privada, sin ánimo de lucro, para la provisión de servicios sanitarios.

²²⁴ Decreto 62/2017, de 11 de abril, del Gobierno de Aragón, sobre Acuerdos de Acción Concertada de Servicios Sanitarios y Convenios de Vinculación con Entidades Públicas y Entidades sin Ánimo de Lucro (en adelante Decreto Acción Concertada y Convenios de Vinculación).

²²⁵ Art. 12 de la Ley del Principado de Asturias 7/2019, de 29 de marzo, de Salud. Así parece desprenderse de los distintos convenios singulares de vinculación que se han prorrogado para el año 2021 en Asturias. Lo someten en cuanto a su régimen jurídico, al ámbito de aplicación de la LRJSP y de la Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre régimen jurídico de la Administración del Principado de Asturias, en lugar de a la normativa de contratación pública (Cláusula 10 del Convenio singular de vinculación a la Red Hospitalaria Pública del Principado de Asturias, como Hospital de Distrito, suscrito entre el Servicio de Salud del Principado de Asturias y la Fundación Hospital de Jove, para la prestación de atención sanitaria a los usuarios del Sistema Nacional de Salud durante el ejercicio 2020. Todos los convenios singulares de vinculación siguen el mismo esquema y pueden consultarse en el BOPA nº 236, 9 de diciembre de 2020).

económicas se fijan en base a módulos de coste efectivo (art.90.4 LGS). Después cada concierto fija los derechos y deberes de las partes, siempre asegurando que la atención sanitaria y de todo tipo que se preste a los usuarios será la misma para todos, sin otras diferencias que las sanitarias inherentes a la naturaleza propia de los distintos procesos sanitarios. No se pueden establecer servicios complementarios respecto de los que existan en los centros sanitarios públicos dependientes de la Administración concertante (art.90.6 LGS). La Administración mantiene los poderes de policía y de inspección sobre los aspectos sanitarios, administrativos y económicos relativos a cada enfermo atendido por su cuenta en los centros privados concertados (art.94.2 LGS). A diferencia de los convenios singulares, no se produce la publicación de la organización y actividad del centro concertado, sino que la Administración tendrá la facultad de inspeccionar que se cumplen las condiciones de prestación acordadas²²⁶.

Los preceptos de la LGS relativos al concierto tienen carácter de legislación básica (art. 2 LGS). Por lo demás, los conciertos sanitarios se han considerado como contratos de gestión de servicios públicos (art. 277.c) del TRLCSP) por lo que le eran aplicables las normas relativas al mismo en el TRLCSP.

Tras la supresión del contrato de gestión de servicios públicos del TRLCSP y, por ende, de todas sus modalidades debemos plantearnos si la figura del concierto sanitario subsiste en la normativa sectorial, como defiende CUETO PÉREZ²²⁷, o debe entenderse eliminada. Con anterioridad a la LCSP los conciertos sanitarios se venían ajustando a la legislación de contratación pública relativa a los contratos de gestión de servicios públicos en la modalidad de concierto (art. 277.c) del TRLCSP). Sin embargo, incluso antes de la LCSP, tanto la jurisprudencia comunitaria, como las Juntas Consultivas de Contratación y los Tribunales de recursos contractuales²²⁸ excluían del ámbito de este contrato determinadas prestaciones sanitarias concertadas por considerar que se trataba realmente de contratos de servicios al no existir transferencia del riesgo²²⁹. Por lo que, en principio, podría admitirse la subsistencia de los conciertos sanitarios que se ajustarán a lo dispuesto en los contratos de servicios a la ciudadanía, en la mayoría de

²²⁶ VILLAR ROJAS, F. J.; *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 107.

²²⁷ CUETO PÉREZ, M.; «La continuidad...», *op. cit.*, pp. 909 a 912; En el mismo sentido, DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.; «Los contratos...», *op. cit.*; ARRATIBEL ARRONDO, J. A.; «Análisis de la naturaleza jurídica de la acción concertada sanitaria de las CCAA», *Auditoría Pública*, nº 75 (2020). En <https://asocex.es/55903-2> [Consultado el día 12 de febrero de 2021].

²²⁸ *Vid.* la citada por CUETO PÉREZ, M.; «La continuidad...», *op. cit.*, p. 910; HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L.; «La controvertida...», *op. cit.*

²²⁹ Así sucede en la contratación de los servicios de hemodiálisis, transporte sanitario...

los casos, o al contrato de concesión de servicios (si se traspasa el riesgo operacional; en todo caso, a los conciertos celebrados por MUFACE, MUGEJU e ISFAS se le reconoce esta naturaleza (disposición adicional 19ª de la LCSP)) pero subsistiendo como modalidad contractual diferenciada conforme a lo previsto en la LGS. Así se desprende, por ejemplo, del art. 145 de la Ley del Principado de Asturias 7/2019, de 29 de marzo, de Salud²³⁰. La regulación de los conciertos contemplada en la LGS no es incompatible con lo previsto en la LCSP ni en las Directivas. Ni siquiera el dar preferencia a los centros que no tengan carácter lucrativo puesto que ha sido admitido por la jurisprudencia comunitaria (SSTJUE, de 11 de diciembre de 2014, Croce Rossa Italiana, C-113/13 (TJCE 2015\51); 28 de enero de 2016, Casta y otros, C-50/14) (TJCE 2016\1), incluso en los casos de adjudicación directa sin publicidad²³¹.

En los últimos años, en algunas Comunidades Autónomas, al amparo del art. 11.6 y disposición adicional 49ª de la LCSP así como de las Directivas comunitarias y tras la derogación del contrato de gestión de servicios públicos en su modalidad de concierto, se están excluyendo del ámbito de aplicación de la LCSP a los conciertos sanitarios, equiparándolos a las fórmulas no contractuales de gestión (*Vid. Infra*, Capítulo II, 3.4.4.)

3.4.2 Gestión indirecta a través de sociedad de economía mixta.

La entrada en vigor de la LCSP ha conllevado la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos en sus cuatro modalidades, por tanto, incluyendo a la sociedad de economía mixta (Preámbulo IV de la LCSP). Empero, como se ha apuntado por la doctrina²³², la mención a las sociedades de economía mixta que se realiza en las disposiciones adicionales 22ª y 43ª de la LCSP y las disposiciones finales 11ª y 12ª de la LCSP lleva a pensar que la sociedad de economía mixta sigue existiendo como forma de gestionar indirectamente los servicios públicos, entre ellos, el sanitario. Así, la disposición adicional 22ª de la LCSP permite adjudicarle directamente contratos de

²³⁰ Dispone el art. 145.1: «Los conciertos para la prestación de servicios sanitarios son contratos de servicios o de concesión de servicios suscritos entre el Sepsa y las entidades públicas y privadas titulares de centros, servicios y establecimientos sanitarios. Se regirán por lo dispuesto en la presente ley, por la Ley 14/1986, de 25 de abril, y por lo establecido en la normativa vigente sobre contratos del sector público.»

²³¹ DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.; «Los contratos...», *op. cit.*

²³² VILLAR ROJAS, F. J.; «El impacto...», *op. cit.*, pp. 92 y 93; CUETO PÉREZ, M.; «La continuidad...», *op. cit.*, pp. 902 y 903; TORNOS MAS, J.; «El contrato de concesión de servicios», en la obra colectiva *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* dirigida por GIMENO FELIU, J. M.; Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 1481 a 1484.

concesión de servicios a las sociedades de economía mixta con capital mayoritariamente público siempre que el socio privado se haya seleccionado conforme a las reglas propias de ese contrato y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado. En los demás casos, deberá participar en los procedimientos de licitación.

Ahora bien, según VILLAR ROJAS, ya no tiene naturaleza contractual sino que se trata de una fórmula institucional de colaboración público-privada al que las Administraciones podrán recurrir para la prestación del servicio público²³³.

3.4.3 Formas de gestión no contractuales.

Siguiendo lo previsto en el considerando 54 de la Directiva 23 y el considerando 114 de la Directiva 24 en relación a los «servicios a las personas» (*Vid. Supra*, Capítulo II, 3.4.1), el art. 11.6 de la LCSP dispone que «*queda excluida de la presente Ley la prestación de servicios sociales por entidades privadas, siempre que esta se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.*» La alusión del art. 11.6 de la LCSP a la «*prestación de servicios sociales*» hay que interpretarla de forma amplia incluyendo, en una interpretación concorde con las Directivas europeas y la Exposición de Motivos de la LCSP²³⁴, a los servicios sociales, sanitarios y educativos²³⁵.

Estas fórmulas de prestación de servicios sanitarios quedan excluidas del ámbito de aplicación de la LCSP en cuanto no se pueden calificar como contratos públicos puesto que en ellas se admite como proveedor a todo operador económico que cumpla los requisitos previamente estipulados. Según la jurisprudencia del TJUE estos procedimientos de adquisición de bienes y servicios quedarían fuera de la normativa de contratación pública en tanto «*la elección de una oferta —y, por tanto, de un adjudicatario— es un elemento intrínsecamente vinculado al régimen de los contratos*

²³³ VILLAR ROJAS, F. J.; «El impacto...», *op. cit.*, p. 93.

²³⁴ La Exposición de Motivos de la LCSP al hacer referencia a esta cuestión menciona los servicios sociales, sanitarios, incluyendo los farmacéuticos y educativos.

²³⁵ VILLAR ROJAS, F. J.; «El impacto...», *op. cit.*, pp. 95 y 96; DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.; «Los contratos...», *op. cit.*

públicos que se establece mediante la referida Directiva (Directiva 2004/18) y, por consiguiente, al concepto de «contrato público» en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra a), de ésta.» (STJUE de 2 de junio de 2016, Falk Pharma, C-410/14 (TJCE 2016\179), cdo. 38. En el mismo sentido, STJUE de 1 de marzo de 2018, Caso Maria Tirkkonen, C-9/17 (TJCE 2018\38), cdo. 30²³⁶).

Como ha señalado VILLAR ROJAS siguiendo la jurisprudencia del TJUE (STJUE de 1 de marzo de 2018, Caso Maria Tirkkonen, C-9/17 (TJCE 2018\38), cdo. 34, 35 y 37), para entender excluidas estas formas no es obligatorio que la «convocatoria» permanezca abierta permanentemente. Las claves están en que todos los operadores económicos puedan concurrir en condiciones de igualdad y transparencia (publicidad) y que la selección se realice en base a la apreciación de la aptitud de los operadores²³⁷ («condiciones de aptitud» [art. 65 de la LCSP]) y no en base a criterios de adjudicación (art. 145 de la LCSP) que conduce a competir entre ellos²³⁸.

En este marco legislativo, la disposición adicional 49ª de la LCSP habilita a las Comunidades Autónomas para que en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas «*legislen articulando instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social.*»

Así, se han aprobado diversas normas autonómicas²³⁹ con objeto de articular el régimen jurídico (principios, requisitos que deben cumplir las entidades, procedimiento de concertación y criterios de selección, adopción y efectos del acuerdo...) de estas fórmulas no contractuales al margen de la LCSP en el ámbito de los servicios sanitarios²⁴⁰. Las suelen denominar acuerdos de acción concertada o concierto que pueden tener lugar con entidades públicas o con entidades privadas sin ánimo de lucro, o sólo con éstas últimas. Difieren así de la LCSP que no da preferencia a las entidades privadas sin ánimo de lucro (art. 11.6 de la LCSP)²⁴¹.

²³⁶ Citadas por VILLAR ROJAS, F. J.; «El impacto...», *op. cit.*, pp. 95 y 96.

²³⁷ Por ejemplo, criterios relativos a la experiencia, las cualificaciones y los medios para garantizar una buena ejecución del contrato.

²³⁸ VILLAR ROJAS, F. J.; «El impacto...», *op. cit.*, p. 96.

²³⁹ Sobre el análisis de la figura de la acción concertada en el ámbito autonómico. *Vid.* ARRATIBEL ARRONDO, J. A.; «Análisis de...», *op. cit.*; DOMÍNGUEZ MARTÍN, M. Y CHINCHILLA PEINADO, J. A.; «La acción concertada en la gestión de servicios sanitarios en la Ley 9/2017 de contratos del sector público», *Derecho y Salud*, Vol. 29, nº Extra (2019), pp. 189 a 191.

²⁴⁰ Es más numeroso el grupo de autonomías que han regulado esta figura únicamente para el ámbito social, y no para el sanitario. Así, por ejemplo, Andalucía a través del Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales.

²⁴¹ DOMÍNGUEZ MARTÍN, M. Y CHINCHILLA PEINADO, J. A.; *op. cit.*, p. 191.

La denominada acción concertada por la que apuesta esta normativa autonómica parece configurarse como un *tertium genus* distinto a los modos de gestión directa o indirecta²⁴². Sin embargo, como apunta DOMÍNGUEZ MARTÍN, no es propiamente tal. Se trata de formas de gestión directa o indirecta dependiendo de la entidad con la que tenga lugar la acción concertada. Así, si es con una entidad pública dependiente de la Administración autonómica, la gestión será directa; si es con una entidad privada sin ánimo de lucro, la gestión será indirecta²⁴³. Aunque la doctrina advierte que en la práctica es una técnica de fomento²⁴⁴.

Todas las normas autonómicas que han legislado sobre el tema suelen seguir el mismo esquema. En la C. Valenciana, la Ley 7/2017, de 30 de marzo, de Acción Concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario²⁴⁵ incluye dentro de las formas de gestión del servicio sanitario «*los acuerdos de acción concertada con entidades públicas o con entidades privadas sin ánimo de lucro no vinculadas o creadas ad hoc por otra empresa o grupo de empresas con ánimo de lucro.*» (art. 2.c)). El art. 3 define los acuerdos de acción concertada sanitaria como «*instrumentos organizativos de naturaleza no contractual a través de los cuales la conselleria competente en materia de sanidad podrá organizar la prestación de servicios de carácter sanitario cuya financiación, acceso y control sean de su competencia [...]*», con arreglo a los principios de subsidiariedad (la utilización de esta

²⁴² Así parece desprenderse del art. 2 de la Ley 7/2017, de 30 de marzo, de Acción Concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario valenciana como de la aragonesa que disponen que: «*la conselleria competente en materia de sanidad podrá gestionar la prestación a las personas de servicios de carácter sanitario de las siguientes formas: a) Mediante gestión directa o con medios propios; b) Mediante gestión indirecta con arreglo a alguna de las fórmulas establecidas en la normativa sobre contratos del sector público; c) Mediante acuerdos de acción concertada con entidades públicas o con entidades privadas sin ánimo de lucro no vinculadas o creadas ad hoc por otra empresa o grupo de empresas con ánimo de lucro.*»

²⁴³ DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.; «Los contratos...», *op. cit.* y DOMÍNGUEZ MARTÍN, M. Y CHINCHILLA PEINADO, J. A.; *op. cit.*, p. 191.

Así lo afirma expresamente el art. 1.3.b) de la Ley 13/2018, de 26 de diciembre, de conciertos sociales para la prestación de servicios a las personas en los ámbitos social, sanitario y sociosanitario en Extremadura o el art.1.1 de la Ley Foral 13/2017, de 16 de noviembre, de conciertos sociales en los ámbitos de salud y servicios sociales.

²⁴⁴ GALLEGO ANABITARTE, A., «La acción concertada: nuevas y viejas técnicas jurídicas de la Administración. Contribución a la distinción entre la resolución y el contrato administrativo», en *Homenaje a J. GALVÁN ESCUTIA*, Universidad de Valencia, 1980 *apud* DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.; «Los contratos...», *op. cit.*; GIMENO FELIU siguiendo a JORDANA DE POZAS, GIMENO FELIU, J. M.; *La Ley de Contratos de Sector Público 9/2017, sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019. En ProView.thomsonreuters.com [Consultado el día 28 de junio de 2021].

²⁴⁵ Las normas autonómicas sobre acción concertada aprobadas con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP tienen su base legal en la Directiva 24 dado el incumplimiento del plazo de transposición en nuestro ordenamiento jurídico.

figura está supeditada a la utilización óptima de los recursos propios), solidaridad, igualdad, publicidad, transparencia, no discriminación y eficiencia presupuestaria (art. 4).

Será la consejería competente en materia de sanidad, según el art. 5.2, la que fije *«a través de condiciones administrativas y técnicas los requisitos y las condiciones mínimas, básicas y comunes, aplicables a la acción concertada, así como sus condiciones económicas, atendiendo a tarifas máximas o módulos, revisables periódicamente, que retribuirán como máximo los costes variables, fijos y permanentes de las prestaciones garantizando la indemnidad patrimonial de la entidad prestadora, sin incluir beneficio industrial.»*

Para poder acceder a la acción concertada las entidades tienen que ser previamente homologadas por la Administración sanitaria (art. 5.3) conforme a los requisitos que se establecen en la propia Ley (art. 6). La Consejería regulará los procedimientos específicos para que las entidades que cumplan los requisitos puedan acogerse al régimen de acción concertada estableciendo el art. 7 y la normativa de desarrollo los criterios para la selección (art. 7). Los acuerdos de acción concertada para la prestación del servicio sanitario se formalizan en un documento administrativo, en el que constan los derechos y obligaciones de las partes... (art. 8). Los servicios sanitarios serán prestados conforme a la cartera de servicios y de forma gratuita (art. 10), estando los servicios de acción concertada sanitarios sujetos al control financiero y a las funciones inspectoras y sancionadoras de la Administración competente (art. 12). Por ejemplo, se han celebrado acuerdos de acción concertada para la prestación asistencial integral oncológica²⁴⁶.

En Aragón, la Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario sigue un esquema similar a la Ley Valenciana. Si bien, asimila la figura del concierto sanitario a la acción concertada²⁴⁷ (art. 32 del Decreto Legislativo 2/2004, de 30 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Servicio Aragonés

²⁴⁶ Resolución de 31 de mayo de 2017, de la Consejera de Sanidad Universal y Salud Pública, para la convocatoria de la acción concertada para la prestación asistencial integral oncológica.

²⁴⁷ Así se desprende de los Preámbulos de la Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario y del Decreto sobre Acuerdos de Acción Concertada y Convenios de Vinculación. Esta normativa podría ser contraria a lo estipulado por la LGS con respecto a los conciertos que tiene carácter básico, dado que la acción concertada se restringe a las entidades privadas sin ánimo de lucro.

de Salud), excluyéndola del ámbito de aplicación de la LCSP²⁴⁸. En similar sentido, se pronuncia Navarra en la Ley Foral 13/2017, de 16 de noviembre, de conciertos sociales en los ámbitos de salud y servicios sociales²⁴⁹ y la Ley 13/2018, de 26 de diciembre, de conciertos sociales para la prestación de servicios a las personas en los ámbitos social, sanitario y sociosanitario en Extremadura, con la única diferencia de que restringen los conciertos a las entidades privadas sin ánimo de lucro. En todas estas normas, se reconoce que no es la única forma de colaboración, declarándose compatibles estos conciertos con los convenios singulares de vinculación. que también serán fórmulas no contractuales excluidas de la legislación de contratación pública. En Aragón, por ejemplo, se les aplica la normativa sobre acción concertada (*Vid. Supra*, Capítulo II, 3.4.2.3.1).

Sin embargo, como se ha apuntado desde la doctrina, estas previsiones «*no puede servir de justificación para excluir de la legislación de contratos supuestos que, en puridad, deberían someterse a ella*²⁵⁰.»

3.5 Mutualidades administrativas.

Los funcionarios tienen un régimen de protección propio, el del Mutualismo administrativo²⁵¹ a través del cual reciben importantes prestaciones como la asistencia sanitaria gestionada por la propia Mutualidad.

Las Entidades Gestoras de estos Regímenes Especiales de la Seguridad Social son: MUFACE: para los funcionarios civiles; ISFAS: para los funcionarios militares y MUGEJU: para los funcionarios de la Administración de Justicia. Todos son organismos públicos que se rigen, como vimos *Supra* (Capítulo II, 3.3.3.1.1.1), por su normativa específica y en lo no previsto, por las reglas aplicables a los organismos autónomos en la LRJSP. La asistencia sanitaria la facilitan las Mutualidades «*bien directamente*²⁵² o por concierto con otras entidades o establecimientos públicos o privados. Estos conciertos se establecerán preferentemente con instituciones de la

²⁴⁸ Se han celebrado acuerdos de acción concertada para la atención en dispositivos asistenciales para personas con enfermedad mental, por ejemplo,

²⁴⁹ El art. 7.1.j) de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos los excluye expresamente de su ámbito de aplicación, aunque esta normativa, según el art. 11 de la Ley de conciertos sociales, le será aplicable supletoriamente en lo que no sea incompatible con esta forma de gestión.

²⁵⁰ DOMÍNGUEZ MARTÍN, M. Y CHINCHILLA PEINADO, J. A.; *op. cit.*, p. 192.

²⁵¹ *Vid.* BLASCO LAHOZ, J. F.; *La gestión de la Seguridad Social: Entidades Gestoras, Servicios Comunes, Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, Empresas colaboradoras con la Seguridad Social y Mutualidades de Funcionarios públicos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 248 a 299.

²⁵² Nunca ha ocurrido.

Seguridad Social» y, en el caso del ISFAS, con la sanidad militar (art. 17.1 del Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado; arts. 5 y 14 del Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y arts. 5 y 17 del Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el Régimen especial de Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia). Son los mutualistas los que elegirán si la asistencia sanitaria (servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos...) la reciben a través de la sanidad pública (será prestada por los Servicios de Salud de las CCAA o el INGESA²⁵³) o a través de las entidades de seguros con las que MUFACE, ISFAS y MUGEJU tienen firmado un concierto, o por la Sanidad Militar, en el caso de ISFAS²⁵⁴. Por ejemplo, MUFACE tiene firmado conciertos con ASISA, DKV, Segurcaixa ADESLAS e Igualatorio Médico-Quirúrgico Colegial.

Los conciertos que para la prestación de servicios de asistencia sanitaria celebren MUFACE, ISFAS y MUGEJU con «*entidades públicas, entidades aseguradoras, sociedades médicas y otras entidades o empresas, cualquiera que sea su importe y modalidad, tendrán la naturaleza de contratos de concesión de servicios 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*» (disposición adicional 19ª apartado 1 de la LCSP).

Las tres Mutualidades en su condición de entidades gestoras de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de estos funcionarios tienen que garantizar el contenido de la cartera de servicios del SNS así como las garantías en su acceso, calidad... (disposición adicional cuarta de la LSNS). Además de la cartera común de servicios, se prestan otros servicios complementarios que pueden variar de unos a otros. Por ej. transporte sanitario, oxigenoterapia, dietoterapia, prótesis ortopédicas...

²⁵³ Si el mutualista opta por la Seguridad Social, aunque el concierto está suscrito con el INSS la prestación sanitaria se realiza a través de los servicios autonómicos de salud o el INGESA puesto que son competencias asumidas por las Comunidades Autónomas menos en Ceuta y Melilla. El concierto que se renueva cada año tácitamente es el recogido en la resolución de 20 de diciembre de 1985, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, por la que se publica el concierto suscrito por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado para la prestación de asistencia sanitaria durante 1986.

²⁵⁴ Se podrán adscribir aquellos que residan en alguno de los lugares que se señalan en el anexo 1 de la Orden Ministerial núm. 52/2004, de 18 de marzo: San Fernando, Zaragoza y Madrid.

3.6 Instituto Social de la Marina (ISM):

El Instituto Social de la Marina, entidad de derecho público, es la entidad gestora del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar (disposición adicional 9º del TRLGSS y art. 1 del Real Decreto 504/2011, de 8 de abril, de estructura orgánica y funciones del Instituto Social de la Marina.) Tiene como funciones prestar asistencia sanitaria a los trabajadores del mar.

3.7 Gestión en el ámbito de los accidentes laborales o enfermedades profesionales: entidades colaboradoras: Mutuas y empresas.

Cuando estamos, en general, en el ámbito de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, la gestión puede ser llevada a cabo a través de entidades colaboradoras²⁵⁵ que son entidades de carácter privado que sustituyen parcialmente a las Entidades Gestoras en la prestación, por lo que nos interesa, de las prestaciones sanitarias. Si no hay entidades colaboradoras, lo presta la Entidad Gestora de la Seguridad Social, que serían las del SNS (Sistemas de Salud de las CCAA o INGESA – Ceuta y Melilla-²⁵⁶). Si estamos fuera de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, esto es, por contingencias comunes, lo prestarán los Sistemas de Salud autonómicos o el INGESA salvo que legalmente esté autorizado que lo preste la entidad colaboradora como ahora veremos.

Establece la disposición adicional 4ª apartado segundo de la LSNS: *«Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6, las entidades colaboradoras y mutuas con responsabilidades de cobertura de asistencia sanitaria pública tendrán que garantizar, en lo que resulte de aplicación, de acuerdo con lo dispuesto en su normativa específica, el contenido de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud, así como las garantías sobre accesibilidad, movilidad, calidad, seguridad, información y tiempo recogidas en esta Ley».*

²⁵⁵ Vid. Sobre la colaboración en la gestión: GUTIÉRREZ PÉREZ, M. Y ARIAS DOMINGUEZ, A.; «Gestión y Régimen económico-financiero de la Seguridad Social» en la obra colectiva *Lecciones de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 10ª ed., 2020, pp. 65 a 73; SARAGOSSÀ SARAGOSSÀ, J. V.; «La gestión del sistema de Seguridad Social» en la obra colectiva *Derecho de la Seguridad Social* dirigida por ROQUETA BUJ, R. y GARCÍA ORTEGA, J., Tirant lo Blanch, Valencia, 8ª ed., 2019, pp. 121 a 136; BLASCO LAHOZ, J. F.; *op. cit.*, pp. 153 a 162 y 224 a 239; AA.VV.; *Las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social: la nueva regulación y su acción protectora*, Lex Nova-Thomson Reuters, Navarra, 2015.

²⁵⁶ Ello en virtud de lo que dispone la disposición adicional 6ª de la LGS.

El TRLGSS regula la colaboración en el Capítulo VI, de su Título I estableciendo en su art.79 que la colaboración en la gestión del sistema de la Seguridad Social se llevará a cabo:

1. Por mutuas colaboradoras con la Seguridad Social²⁵⁷.

Se trata, según el art.80.1 del TRLGSS, *«de asociaciones privadas de empresarios, constituidas mediante autorización del Ministerio de Empleo y Seguridad Social e inscripción en el registro especial dependiente de éste»*. Sin ánimo de lucro, su principal finalidad es colaborar con la gestión de determinadas prestaciones de la Seguridad Social, entre las que está: *«la gestión de las prestaciones económicas y de la asistencia sanitaria, incluida la rehabilitación, comprendidas en la protección de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, así como de las actividades de prevención de las mismas contingencias que dispensa la acción protectora»* (art. 80.2.a) del TRLGSS) *«así como la asistencia sanitaria correspondiente a contingencias comunes que sea legalmente autorizada o que pueda realizarse y facturarse de conformidad con la normativa aplicable»* (art. 1.1 del Real Decreto 1630/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la prestación de servicios sanitarios y de recuperación por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social [en adelante RD 1630/2011]). La colaboración se lleva a cabo bajo la dirección y tutela del citado Ministerio, sin perjuicio de que válidamente constituidas tienen personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines (art. 80.1 y 98 del TRLGSS). Según el art. 80.4 del TRLGSS forman parte del sector público estatal de carácter administrativo²⁵⁸ dada *«la naturaleza pública de sus funciones y de los recursos económicos que gestionan, sin perjuicio de su naturaleza privada»* (art. 80.4 TRLGSS). En este sentido, la LGP (art. 2.2.h) y art.3.1.a)) y la LCSP (art. 3.1.f)) las consideran parte del sector público. Estas normas matizan su personalidad jurídico-privada. La doctrina coincide en afirmar el peculiar régimen de las Mutuas en el que se produce una mezcla entre lo privado y lo

²⁵⁷ Son las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. En virtud de la disposición adicional 1ª de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social: *«todas las referencias a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social realizadas en las normas legales y reglamentarias, se entenderán hechas a las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.»*

²⁵⁸ Distinto a la Administración General del Estado (STS (Sala de lo Social), 15 de marzo de 2017 (RJ 2017\1290)).

público. El que desempeñen funciones públicas, como son las de la Seguridad Social, se financien en parte con fondos públicos justifica que queden sometidas a controles públicos y que se le apliquen por extensión reglas de Derecho Público²⁵⁹.

Están reguladas principalmente en la Sección 2ª, Capítulo VI del Título I del TRLGSS: artículos 80 a 101. También en el RD 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (en adelante RD 1993/1995) y el Real Decreto 1630/2011.

Algunas de las mutuas existentes en España: ACTIVA MUTUA, ASEPEYO, EGARSAT, FRATERNIDAD-MUPRESA, FREMAP, IBERMUTUA, UMIVALE o UNIÓN DE MUTUAS, UNIMAT.

Las mutuas pueden prestar la asistencia sanitaria con servicios propios, mancomunados (varias mutuas), celebrar convenios de colaboración con la Administración pública sanitaria, o, en última instancia, de forma subsidiaria, en caso de que no existan los anteriores, a través de conciertos²⁶⁰ (tienen la condición de poderes adjudicadores [art. 3.3.d) de la LCSP]) (art. 82.2 y 258 del TRLGSS, art.12 del RD 1993/1995 y artículos 1, 3 a 15 del RD 1630/2011). Por tanto, cabe la gestión directa o indirecta. Las instalaciones y servicios sanitarios y recuperadores de las mutuas, según el art. 1.3 del RD 1630/2011, «*en cuanto que están destinados a la cobertura de prestaciones incluidas en la acción protectora de la Seguridad social e integradas en el Sistema Nacional de Salud, estarán sometidos a la inspección y control de las administraciones públicas sanitarias*» y deben estar coordinados con los de las administraciones públicas sanitarias (art. 12 del RD 1993/1995).

²⁵⁹ LÓPEZ GANDÍA y TOSCANI GIMÉNEZ afirman «*su ambigüedad entre privatización y publicación*». Consideran que la nueva Ley profundiza en la publicación del Sector y en una absoluta limitación de la autonomía gestora y de gobierno. LÓPEZ GANDÍA, J. Y TOSCANI GIMÉNEZ, D.; *La reforma de las Mutuas*, Bomarzo, Albacete, 2015, pp. 7, 8, 45 a 47 y 56.

SEMPERE NAVARRO subraya que a pesar de su naturaleza privada asociativa, con las últimas innovaciones normativas se ha producido una publicación de las Mutuas que tiene reflejo en las facultades fiscalizadoras que se reservan los poderes públicos y en su pertenencia al sector público. SEMPERE NAVARRO, A.; «Estudio introductorio» en la obra colectiva *Las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social. La nueva regulación y su acción protectora*, Lex Nova Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 46, 47 y 51; YÁÑEZ DÍAZ, C.; *op. cit.*, pp. 318 y 319.

²⁶⁰ En la actualidad, esta referencia hay que entenderla hecha a los conciertos sanitarios pero teniendo en cuenta que los contratos de gestión de servicios públicos han sido eliminados por la LCSP probablemente se enmarcarán dentro de los contratos de servicios a la ciudadanía dado que según el art. 1.4 del RD 1630/2011 quedan sujetos a la normativa de contratación pública, *Vid. Supra*.

Será el empresario o trabajador por cuenta propia el que podrá optar por la protección de las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional por la entidad gestora competente o asociándose a una Mutua (art. 83 del TRLGSS).

2. Por empresas, individualmente consideradas, en relación con su propio personal (autoaseguradoras) o agrupaciones de empresas.

Las empresas, individualmente consideradas y en relación con su propio personal, podrán colaborar en la gestión de la Seguridad Social. Esa colaboración puede ser voluntaria u obligatoria. Su regulación se contiene en la Sección 3ª, Capítulo VI, Título I del TRLGSS (art. 102).

Es en la colaboración voluntaria en la que las empresas pueden dar cobertura de asistencia sanitaria en accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Tienen que cumplir los siguientes requisitos:

«Tener más de doscientos cincuenta trabajadores fijos, afiliados y en alta en el Régimen General.

-Poseer instalaciones sanitarias propias.

-Observar un correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas de la legislación social

- Haber solicitado autorización, acompañada de la documentación necesaria, al Ministerio de Empleo y Seguridad Social.» (Orden de 25 de noviembre de 1966 por la que se regula la colaboración de las Empresas en la gestión del Régimen General de la Seguridad Social.)

3. Asociaciones, fundaciones y entidades públicas y privadas, previa su inscripción en un registro público de acuerdo con lo que prevé la Ley 15/1997 de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, que ya hemos analizado. Esta opción es de carácter residual, lo habitual es que la colaboración tenga lugar a través de alguna de las dos formas anteriores²⁶¹.

²⁶¹ GUTIÉRREZ PÉREZ, M. Y ARIAS DOMINGUEZ, A.; *op. cit.*, p. 65.

3.8 Derivación de pacientes a centros sanitarios de titularidad privada con motivo de la crisis sanitaria generada por la COVID-19.

Con motivo de la crisis sanitaria generada por la COVID-19 y ante la presión sanitaria de los centros hospitalarios públicos, muchas Comunidades Autónomas dentro de sus planes de contingencia prevén hacer uso de centros sanitarios de titularidad privada, derivando a pacientes Covid y no-Covid²⁶². Andalucía, Madrid, Navarra o Cataluña son algunas de ellas.

Estas medidas que tienen una naturaleza expropiatoria, supone que serán los centros privados los que prestarán el servicio sanitario público a cambio del pago de la correspondiente indemnización fijada normalmente en el pago de una cantidad por paciente y día²⁶³.

²⁶² Esta posibilidad ya se había contemplado en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 prorrogado posteriormente por el Real Decreto 555/2020, de 5 de junio (art. 12.6).

²⁶³ Así se desprende de la Orden 64/2021, de 27 de enero, de la Consejería de Sanidad, por la que se adopta la puesta a disposición de determinados establecimientos sanitarios privados y su personal en aplicación de la Orden 668/2020, de 19 de junio, por la que se establecen medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 una vez finalizada la prórroga del estado de alarma establecida por el Real Decreto 555/2020, de 5 de junio como consecuencia de la evolución epidemiológica (art. 3 que se remite al art. 120 de la LEF).

CAPÍTULO III

EVOLUCIÓN LEGISLATIVA, JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL HASTA LA ACTUALIDAD

1. Introducción.

Para poder comprender el sistema de reparto jurisdiccional y dar respuesta a los supuestos conflictivos que se plantean en la actualidad, debemos realizar un estudio sintético de la evolución legislativa, jurisprudencial y doctrinal que nos permita entender algunas de las soluciones que se han alcanzado, con la clara tendencia legislativa a atribuir cuantas cuestiones se planteen con relación a la responsabilidad patrimonial de la Administración al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en la búsqueda de la unidad jurisdiccional. En el ámbito de la asistencia sanitaria pública, se han observado en gran medida las mismas reglas que para las reclamaciones por responsabilidad patrimonial frente a la Administración, si bien, se generan determinados conflictos propios, por ejemplo, con el orden social, que no se dan en otros ámbitos. Es éste el motivo por el que en los sucesivos apartados sólo prestaremos atención a la evolución, en cuanto haya tenido trascendencia desde el punto de vista del orden jurisdiccional competente en el cuadro normativo vigente.

Para ello, vamos a analizar de forma genérica el panorama existente antes de la LRJPAC; el inicial pero fallido propósito de la LRJPAC de establecer la unidad jurisdiccional; las sucesivas reformas con la intención de alcanzar esta finalidad en la LOPJ y la LJCA del año 1998 y la de la LRJPAC en 1999, especialmente relevante en el ámbito sanitario. También las reformas del año 2003 para tratar de zanjar el problema cuando se demanda a la Administración y su aseguradora. Y, por último, la clarificación introducida por la LJS y la nueva regulación impuesta por la LPAC y la LRJSP.

Este es el objeto que tendrán los próximos epígrafes sin perjuicio de que en posteriores capítulos se incida y profundice en algunos supuestos específicos como el de los entes de derecho público o privado o el de los contratistas de la Administración, en aquello que sea necesario para determinar el orden jurisdiccional competente en la actualidad.

2. Régimen y orden jurisdiccional competente hasta la LRJPAC.

El reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración es fruto de una larga evolución en la que se parte de la práctica ausencia de responsabilidad de la Administración, hasta llegar a su reconocimiento con gran amplitud.

Con anterioridad a la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 (en adelante LEF) y a la Ley de Régimen Local de 1950, no existía una norma específica sobre la cuestión; por eso, el régimen de responsabilidad civil aplicable era el previsto en los artículos 1902 y 1903 del CC. Por una parte, la inaplicación del art.1902 del CC a la Administración como consecuencia de la no aceptación de la teoría del órgano y la personalidad jurídica de la Administración²⁶⁴ y, por otra, la interpretación jurisprudencial del art.1903 del CC llevaban a afirmar una virtual irresponsabilidad de la Administración durante este periodo.

El art. 1903.5²⁶⁵ del CC fue interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de que de los daños ocasionados por la Administración a través de sus órganos o funcionarios en el ejercicio de su cargo, responderá personalmente el propio funcionario o el titular del órgano²⁶⁶, conforme a lo establecido en la Ley de 5 de abril de 1904 de responsabilidad civil de los funcionarios públicos y el Real Decreto de 23 de septiembre de 1904 que la desarrolla²⁶⁷ (Sentencias de 18 de mayo de 1904, 8 de julio de 1911 y 18 de febrero de 1914²⁶⁸). Lo normal es que la Administración actuara a través de funcionarios, no a través de agente especial cuyo concepto no fue nunca aclarado de forma definitiva. De otro lado, la Ley de responsabilidad civil de los

²⁶⁴ MARTÍN REBOLLO, L.; «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 4 (2000).

En. <https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/ayeryhoydelaresponsabilidadpatrimonialdelaadministracion.pdf> [Consultado el día 2 de diciembre de 2014], p. 283. También está publicado en *RAP*, nº 150 (2000).

²⁶⁵ El art.1903.5 CC señalaba: «*El Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un agente especial; pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior*» Este párrafo fue suprimido por la Ley 1/1991, 7 enero, de modificación de los Códigos Civil y Penal en materia de responsabilidad civil del profesorado.

²⁶⁶ En algunos casos, se aplicaba el principio *respondeat superior*, de tal forma que el superior asumía la responsabilidad asumiendo la actuación del inferior generadora de responsabilidad.

²⁶⁷ Ambas normas fueron derogadas formalmente a través de la disposición derogatoria única de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante Ley 4/1999). La responsabilidad reconocida por el artículo 81.3 de la Ley de funcionarios civiles del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero

²⁶⁸ Citadas por ENTRENA CUESTA, R.; «El texto refundido de la ley de régimen jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957», *RAP*, nº 24 (1957), p. 284.

funcionarios públicos permitía el ejercicio de la acción civil contra los funcionarios pero establecía condiciones difícilmente aplicables²⁶⁹. De cualquier modo, el conocimiento de las posibles reclamaciones por daños y perjuicios contra el Estado correspondía a los tribunales ordinarios sin hacer distinciones (art. 24 de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1911²⁷⁰).

El primer texto que reconocía tímidamente la responsabilidad patrimonial de la Administración fue el Texto articulado de la Ley de Régimen Local aprobado por Decreto de 16 de diciembre de 1950 (en adelante LRL 1950) en cuyo art.405 disponía: «*Las entidades locales responderán civilmente, en forma directa o subsidiaria, según se especifica en el artículo siguiente, de los perjuicios y daños que al derecho de los particulares irroge la actuación de sus órganos de Gobierno, o la de sus funcionarios o agentes, en la esfera de sus atribuciones respectivas. El daño habrá de ser efectivo, material e individualizado.*»

El art.406 del LRL 1950 distinguía según la Corporación Local actuara como «*persona jurídica de Derecho privado*», en cuyo caso eran aplicables los artículos 1902 ss del CC y cuando actuara como persona jurídica-pública «*en la esfera de sus atribuciones específicas*». En este caso, se establecía una subdistinción: respondería de forma directa en materia contractual y cuando «*los daños hayan sido producidos con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos o del ejercicio de las atribuciones de la Entidad Local, sin culpa o negligencia graves imputables personalmente a sus Autoridades, funcionarios o agentes*». Si eran ocasionados con culpa o negligencia graves, respondía la Entidad Local de forma subsidiaria (art.409 del LRL 1950).

Por lo que respectaba al orden jurisdiccional competente también se realizaba esta distinción: si se lesionaban «*derechos administrativos*», la competencia pertenecía a la jurisdicción contencioso-administrativa, si se lesionaban «*derechos civiles*», a la jurisdicción ordinaria (art.407 del LRL 1950). Se asume así la distinción que ya recogía implícitamente la Ley sobre el ejercicio de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 13 de septiembre de 1888 (conocida como Ley de Santamaría de Paredes²⁷¹).

²⁶⁹ MARTÍN REBOLLO, L.; «Ayer y hoy...», *op. cit.*, pp. 283 y 284.

²⁷⁰ CLAVERO ARÉVALO, M. F.; *op. cit.*, p. 89.

²⁷¹ El criterio utilizado era que para poder interponer un recurso contencioso-administrativo ante dicha jurisdicción las Administraciones debían vulnerar un derecho administrativo. Se excluían las cuestiones de orden civil. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.; «Unidad de...», *op. cit.*, p. 165.

Esta Ley se circunscribía al ámbito local por lo que a nivel estatal continuaba sin existir una norma específica que regulara la responsabilidad de la Administración: se debía acudir al Código Civil. La situación cambia radicalmente con la aprobación de la LEF cuyo sistema, en lo esencial, es el que permanece vigente en la actualidad²⁷². A diferencia de la anterior, su carácter es general y unificador²⁷³.

El eje central es el art.121 de la LEF que señala: «*dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento 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 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.*» A pesar de la dicción del precepto, la indemnización alcanza a toda lesión que los particulares sufran en sus bienes o derechos (art.133.1 del REF), y no sólo de los patrimoniales²⁷⁴. La competencia para conocer de estas reclamaciones recaía en la jurisdicción contencioso-administrativa (artículos 128 de la LEF y 141 del Decreto de 26 de abril de 1957 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa [en adelante REF]). Seguía manteniéndose, por tanto, la dualidad jurisdiccional existente en el Texto Refundido de la Ley de lo Contencioso-Administrativo (Decreto de 8 de febrero de 1952²⁷⁵) y la LRL 1950²⁷⁶.

El sistema de dualidad jurisdiccional se rompe con la aprobación de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956 (en adelante LJCA 1956)²⁷⁷ cuyo art.3.b) vino a consagrar la unidad jurisdiccional en responsabilidad patrimonial de la Administración Pública atribuyendo el conocimiento de todas las cuestiones que se suscitasen al orden contencioso-administrativo. Sin embargo, tuvo una efímera vigencia por cuanto al año siguiente el Decreto de 26 de julio de 1957, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Régimen Jurídico

²⁷²MARTÍN REBOLLO, L.; «Ayer y hoy...», *op. cit.*, p. 287. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid..

²⁷³ Así lo puso de manifiesto el art.133.2 del REF: «*Las Corporaciones locales y Entidades institucionales quedan sujetas también a la responsabilidad que regula este capítulo.*»

²⁷⁴ El art.133.1 REF elimina la alusión a los bienes «*a que esta Ley se refiere.*» De esta forma, esclarecía las dudas que planteaba el art.121 LEF.

²⁷⁵ La Ley de Santamaría de Paredes a la que con anterioridad hemos hecho referencia fue reformada en 1894 y constituye la disposición básica de las refundidas en este Decreto de 1952 que sería la norma aplicable a la jurisdicción contencioso-administrativa.

²⁷⁶MARTÍN REBOLLO, L.; «Ayer y hoy...», *op. cit.*, p. 290.

²⁷⁷ Esta Ley estuvo vigente hasta el 14 de diciembre de 1998, momento en el que fue derogada a través de la disposición derogatoria segunda a) de la LJCA.

de la Administración del Estado (en adelante LRJAE), que estuvo vigente en materia de responsabilidad hasta el año 1992²⁷⁸, volvió a restaurar el sistema de dualidad jurisdiccional.

La LRJAE distinguía, por un lado, el régimen de responsabilidad del Estado por el funcionamiento de los servicios públicos, fiscalizable en el orden contencioso-administrativo (art.40 de la LRJAE y art.3.b) de la LJCA 1956); y, por otro lado, en su art. 41, la responsabilidad del Estado cuando actuara en relaciones de Derecho privado que debía exigirse ante los tribunales ordinarios, rompiéndose así la unidad de fuero de conformidad con lo que permitía el art.2 párrafo primero de la LJCA 1956²⁷⁹. Como señaló MARTÍN REBOLLO, «su artículo 41, terminó convirtiéndose en la espita a través de la cual se generalizaría luego, hasta tiempos muy recientes, la dualidad jurisdiccional como una fórmula prácticamente de libre opción²⁸⁰.»

Este sistema, que en teoría sólo era aplicable a la Administración del Estado, se hizo extensivo por la jurisdicción civil a la Administración Local, para la que debía seguir rigiendo el principio de unidad jurisdiccional (art. 3.b) LJCA 1956²⁸¹), y a la institucional, aunque de forma muy discutida, en base a los artículos 77.1 y 78.1 de la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958 (en adelante LEEA²⁸²). Los servicios sanitarios estaban gestionados por el INSALUD, Entidad

²⁷⁸ La disposición derogatoria dos a) de la LRJPAC deroga los artículos 40 a 43 de la LRJAE que regulaban lo relativo a la responsabilidad.

²⁷⁹ De la competencia del orden contencioso-administrativo quedaba excluida de conformidad con el art.2 párrafo primero de la LJCA 1956: «*las cuestiones de índole civil o penal atribuidas a la jurisdicción ordinaria, y aquellas otras que, aunque relacionadas con actos de la Administración pública, se atribuyan por una Ley a la Jurisdicción social o a otras Jurisdicciones.*»

²⁸⁰ MARTÍN REBOLLO, L.; «Ayer y hoy...», *op. cit.*, p. 291.

²⁸¹ Al menos hasta 1985, año en el que se aprueba la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local cuyo art.54 se remite a la legislación general (estatal) sobre responsabilidad administrativa. El motivo era que las Corporaciones Locales no entraban dentro del ámbito de aplicación de la Ley. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.; «Responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 209 y 210; CLAVERO ARÉVALO, M. F.; *op. cit.*, pp. 96, 97 y 121; LÓPEZ MENUDO, F.; «Artículo 144. Responsabilidad de Derecho Privado» en la obra colectiva *Comentarios a la Ley 30/92* dirigida por SÁNCHEZ MORÓN, M. y MAURANDI GUILLÉN, N., Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2013, p. 920; MAURANDI GUILLÉN, N.; *op. cit.*, p. 958; REAL PÉREZ, A.; «28 de abril de 1992. Responsabilidad civil extracontractual. Jurisdicción competente cuando se demanda conjuntamente a una Administración Pública y a un particular. Concurrencia de responsables. solidaridad. Culpa. Su configuración actual en la responsabilidad civil. Daño indemnizable. la reparación del mismo está presidida por el principio de indemnidad», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 29 (1992), pp. 529-548 *apud* MORENO MOLINA, J. A. y MAGÁN PERALES, J. M.; *op. cit.*; LEGUINA VILLA, J.; «Responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 5.

²⁸² En base a estos preceptos el régimen de dualidad jurisdiccional en materia de responsabilidad de la Administración, fue trasladado a los organismos autónomos estatales. PANTALEÓN PRIETO, A.F.; *Responsabilidad médica...*, *op. cit.*, p. 17; CLAVERO ARÉVALO, M. F.; *op. cit.*, p. 98; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.; «Responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 290; SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J.A. Y FERNÁNDEZ MONTALVO, R.; *op. cit.*, p. 413.

Gestora de la Seguridad Social (entidad de derecho público) perteneciente, por tanto, a la Administración institucional sobre la que se discutía su inclusión en el ámbito de aplicación de la LEEA (art. 5). Si se consideraba excluido de la Ley se debía aplicar el sistema de unidad jurisdiccional en favor del contencioso-administrativo (art. 3.b) de la LJCA²⁸³). Se reconstituyó, por tanto, el sistema de dualidad jurisdiccional²⁸⁴.

La Administración tras haber pagado la indemnización a los lesionados podía ejercitar acción de regreso frente a la autoridad, funcionario o agente que hubiera incurrido en culpa o negligencia graves, siendo la resolución recurrible en vía contencioso-administrativa (art. 42 de la LRJAE y artículos 1.1 y 3.b) de la LJCA 1956).

Por otra parte, la responsabilidad directa de la Administración prevista en los artículos 40 y 41 de la LRJAE, no impedía articular acción civil directa frente a las autoridades y funcionarios si los daños hubieran sido causados por éstos con culpa o negligencia grave en el ejercicio de su cargo (art. 43 LRJAE). En tales casos, por consiguiente, el particular podía optar por dirigirse tanto frente a la Administración como frente al funcionario ya que se trataba de responsables solidarios (art. 135.3 de la REF)²⁸⁵. La competencia pertenecía a la jurisdicción civil ya que al ser particulares no podían ser demandados ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art.1 y 3.b) de la LJCA 1956). Si la responsabilidad exigible fuera de tipo penal, la competencia correspondía al orden penal (art.44 LRJAE).

Ante este panorama legislativo se producían tensiones entre los órdenes jurisdiccionales civil, contencioso-administrativo y social que se declaraban

Para algunos autores, el régimen de la LRJAE no era aplicable ni a la Administración Local ni a la Institucional para las que debía seguir rigiendo el principio de unidad jurisdiccional (art. 3. b) LJCA 1956). LEGUINA VILLA, J.; «Responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 5; GONZÁLEZ PÉREZ, J.; «Orden jurisdiccional competente para conocer de las cuestiones de responsabilidad patrimonial en los supuestos de concurrencia de culpas de la Administración Pública y del administrado», *REDA*, nº 89 (1996), p. 94; RIVERA FERNÁNDEZ, M.; *op. cit.*, p. 1612.

²⁸³ Sobre las posturas a favor y en contra, *vid.* PANTALEÓN PRIETO, A.F.; *Responsabilidad médica...*, *op. cit.*, p. 22.

²⁸⁴ Para MARTÍN REBOLLO se reconstituyó *contra legem*. MARTÍN REBOLLO, L.; «Ayer y hoy...», *op. cit.*, pp. 291 y 292; HUERGO LORA, A.; «El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas», *InDret*, nº 3 (2003). En <http://www.indret.com> [Consultado el día 8 de marzo de 2019], p. 9; BOCANEGRA SIERRA, R.; «Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración por daños causados a terceros», *REDA*, nº 18 (1978), pp. 397 a 406; PANTALEÓN PRIETO, A. F.; «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: sobre la jurisdicción competente», *REDA*, nº 91 (1996), pp. 403 a 413.

²⁸⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T-R.: *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 13ª ed., 2013, pp. 423 y 424.

competentes para conocer de las reclamaciones como consecuencia de la responsabilidad médico-sanitaria pública en base a los siguientes argumentos:

2.1 La noción restrictiva de servicio público, el peregrinaje jurisdiccional, la vis atractiva y la no división de la continencia de la causa como criterios para atraer la competencia al orden civil. Conflictos con la jurisdicción contencioso-administrativa.

El orden jurisdiccional civil fundamentaba su competencia en cuatro razones principalmente:

1. La principal controversia entre el orden civil y el contencioso-administrativo vino dada por la diferente interpretación del concepto «*servicios públicos*» y «*relaciones de Derecho privado*» en materia de responsabilidad administrativa²⁸⁶. Si la asistencia sanitaria de la Seguridad Social se podía calificar como servicio público, las reclamaciones relativas a la responsabilidad patrimonial de la Administración correspondían al orden contencioso-administrativo. En caso contrario, se entendía que era una actividad privada a la que resultaba aplicable lo dispuesto en el art.41 LRJAE que atribuía la competencia a los tribunales ordinarios.

La jurisdicción contencioso-administrativa y parte de la doctrina²⁸⁷, especialmente la administrativista, acogían un concepto amplio de servicio público comprensivo de

²⁸⁶ Sobre la diferente interpretación de estos conceptos *vid.* GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, pp. 28 a 52.

²⁸⁷ Se muestra totalmente contrario al criterio mantenido por la jurisdicción civil. Una cosa es lo que considera razonable de *lege ferenda* pero de *lege lata* «*la jurisdicción competente en materia de responsabilidad de INSALUD por los daños producidos por defectuosa asistencia sanitaria a beneficiarios de dicha prestación de la Seguridad Social es la contencioso-administrativa, si no lo es la social*» (que fue descartada por el Auto del TS de la Sala de Conflictos de Competencia de 21 de junio de 1991). PANTALEÓN PRIETO, A. F.; *Responsabilidad médica...*, *op. cit.*, pp. 20, 21 y 32; PEMÁN GAVÍN de acuerdo con su defensa de un concepto amplio de servicio público, consideraba «insostenible» los argumentos manifestados por la jurisdicción civil para defender su competencia. PEMÁN GAVÍN, J.; «*La responsabilidad patrimonial...*», *op. cit.*, pp. 288 a 290 y 312; FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M.; *El servicio público de la sanidad: el marco constitucional*, Madrid, Civitas, 1984, pp. 26 a 39; IRURZUN MONTORO, F.; *op. cit.*, pp. 430 y 431. Para DESDENTADO DAROCA se trata de una actividad administrativa prestacional sin que se pueda calificar como relación jurídico-privada la relación entre el INSALUD y los particulares. Es una relación jurídico-pública: «*su fuente no es la autonomía de la voluntad sino la ley, no se regula por normas de Derecho Privado sino por normas de Derecho Público (el Derecho de la Seguridad Social), y la prestación de asistencia sanitaria se realiza por un organismo público que cumple con ella una finalidad que la Constitución y las leyes imponen a los poderes públicos (artículos 41 y 43 de la CE, art. 2 de la LGSS y artículos 1, 3 y 4 de la Ley). La responsabilidad originada por la prestación defectuosa de la asistencia sanitaria es una responsabilidad derivada de un funcionamiento de un servicio público [...]*» No puede corresponder al orden civil. DESDENTADO DAROCA, E.; *op. cit.*, p. 319; BUENAGA CEBALLOS, O.; *op. cit.*, critica la forma de interpretar el concepto de servicio público por el orden civil.

toda actividad administrativa en sentido amplio, de giro o tráfico administrativo, toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa incluyendo las actividades puramente materiales o de hecho que se ejercen, incluso por omisión, pasividad o inactividad (por tanto, no sólo cuando haya obrado en el estricto ejercicio de una potestad administrativa) (SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 27 de marzo de 1980 [RJ 1980\2249]; 14 de abril de 1981 [RJ 1981\1843]; 10 de noviembre de 1983 [RJ 1983\6070]; 12 de marzo de 1984 [RJ 1984\2508]; 14 de junio de 1991 [RJ 1991\5115]; 28 de octubre de 1998 [RJ 1998\8928]; 27 de junio de 2006 [RJ 2006\4752], entre otras). Por tanto, la asistencia sanitaria de la Seguridad Social podía catalogarse como servicio público y la competencia para conocer de las cuestiones relativas a la responsabilidad patrimonial por defectuosa asistencia sanitaria de la Administración correspondía al orden contencioso-administrativo. Existían discrepancias doctrinales sobre si la competencia del orden civil quedaba circunscrita a los casos en los que el servicio público sanitario se prestaba a través de entes instrumentales regidos por el Derecho privado (entidades públicas empresariales, principalmente), porque eran los supuestos en los que la Administración actuaba en relaciones de Derecho privado²⁸⁸; o por contra, en estos casos también resultaba aplicable el régimen de responsabilidad público y la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en cuanto desempeñaban un servicio público de acuerdo con el art. 40 de la LRJAE. Las garantías del ciudadano no podían verse reducidas por el recurso a este tipo de entes públicos²⁸⁹.

Sin embargo, la jurisdicción civil, salvo alguna puntual excepción²⁹⁰, en una interpretación restrictiva de la noción de servicio público circunscribiéndola a la

²⁸⁸ Esta era la opinión de MARTÍN REBOLLO que consideraba que éste era el único supuesto en el que podría haber sido aplicado el art.41 LRJAE, como entendió la doctrina mayoritaria en las primeras interpretaciones del precepto. MARTÍN REBOLLO, L.; «Ayer y hoy...», *op. cit.*, p. 291 y 298. En el mismo sentido MAURANDI GUILLÉN que señaló que esta era la interpretación que predominó en la doctrina. MAURANDI GUILLÉN, N.; *op. cit.*, p. 957.

²⁸⁹ Según GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ que sostienen esta postura en el caso de RENFE, así lo advirtió el Consejo de Estado. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T-R.: *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II* (2013), *op. cit.*, p. 404. Sin embargo, con relación a RENFE, la jurisdicción contenciosa reconoció la competencia de la jurisdicción civil por negarle a ésta la condición de Administración (STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 16 de enero de 1991 [RJ 1991\397] y todas las que en ella se citan).

Aunque advierte que es discutible, distingue según si presta un servicio público o no, debiendo atribuirse en el primer supuesto su conocimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa. CLAVERO ARÉVALO, M. F.; *op. cit.*, pp. 99 a 102; GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, pp. 54, 55 y 86. En contra, PANTALEÓN que está a favor a la competencia del orden civil. PANTALEÓN PRIETO, A. F.; «Responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 410 y 411.

²⁹⁰ STS (Sala de lo Civil), 19 de abril de 2000 (RJ 2000\2977).

actuación formal de la Administración, generalizaba prácticamente para todas las Administraciones Públicas lo establecido en el art. 41 LRJAE. Como la prestación de atención médico-sanitaria bien por el INSALUD o por los servicios autonómicos de salud, en cuanto actividad material, no se entendía producida en el ámbito de sus facultades soberanas (no se estaba en presencia del *ius imperii*) ni era un servicio público, sino una relación de Derecho privado, su enjuiciamiento correspondía al orden civil²⁹¹ (art. 2.a) de la LJCA 1956 y art. 41 de la LRJAE). Así lo afirmaban las SSTS (Sala de lo Civil), 15 de marzo de 1993 (RJ 1993\2276); 8 de abril de 1996 (RJ 1996\2988); 18 de febrero de 1997 (RJ 1997\1240); 26 de mayo de 1997 (RJ 1997\4115) o 28 de noviembre de 2000 (RJ 2000\9303) con cita de muchas otras.

De esta forma, como señala MARTÍN REBOLLO, la jurisdicción civil instituye, de facto, una «*dualidad jurisdiccional «a la carta»*²⁹²». El resultado fue que muchos asuntos similares fueron resueltos tanto por la jurisdicción contencioso-administrativa como por la civil.

2. Dos de los argumentos más esgrimidos por la jurisdicción civil para asumir la competencia en reclamaciones por asistencia sanitaria en combinación con los otros expuestos fueron la necesidad de evitar el peregrinaje de jurisdicciones y la vis atractiva del orden civil (art. 9.2 y 85.1 de la LOPJ).

La jurisdicción civil asumía la competencia jurisdiccional en esta materia en base a la necesidad de evitar o terminar con el denominado «peregrinaje de jurisdicciones o jurisdiccional». Esta doctrina se puso de relieve de forma temprana en las SSTS (Sala de lo Civil) de 5 de julio de 1983 (RJ 1983\4068) y 1 de julio de 1986 (RJ 1986\4559). La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo entendía que era la solución más razonable, equitativa y conforme al sentido del valor “Justicia” ínsito en nuestra Constitución. Los Tribunales deben realizar un juicio de constitucionalidad en la aplicación de la norma dejando de aplicar las que por las especiales circunstancias del caso restrinjan manifiestamente «*el derecho a obtener la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos o produzcan, prácticamente, un estado de indefensión contrario al derecho fundamental consagrado por el art. 24 del texto constitucional*» (STS (Sala de lo Civil)

²⁹¹ Además, responderá conforme a las normas sustantivas civiles art. 1902 y 1903 CC aunque excepcionalmente se mantuvo la existencia de responsabilidad contractual. DESDENTADO DAROCA, E.; *op. cit.*, p. 311 citando a GONZÁLEZ ORTEGA, S.; *op. cit.*, p. 281; RIVERA FERNÁNDEZ hace breve análisis jurisprudencial al respecto, *Vid.* RIVERA FERNÁNDEZ, M.; *op. cit.*, pp. 1629 a 1631 nota a pie 25.

²⁹²MARTÍN REBOLLO, L.; «Ayer y hoy...», *op. cit.*, p. 291.

de 5 de julio de 1983 (RJ 1983\4068), considerando 3). Así sucedería, por ejemplo, si tras numerosos años de pleitos ante los Tribunales Civiles, habiendo llegado el asunto a la última instancia (casación), se hubiera admitido la excepción de incompetencia de jurisdicción (en el marco de unas normas competenciales dudosas como son las de responsabilidad patrimonial de la Administración), obligando a los demandantes a acudir a otro orden jurisdiccional e iniciar un nuevo proceso para tratar de obtener la indemnización con la que reparar la lesión. Ello provocaría, según el Tribunal Supremo, una «negación real de la tutela judicial efectiva del art.24 de la Constitución» además de «dilaciones indebidas y verdaderas injusticias», respondiendo, además, a un elemental principio de economía procesal (SSTS (Sala de lo Civil), de 28 de noviembre de 2000 (RJ 2000\9303), fº jº 2º y las numerosas sentencias que en ella se citan; 18 de febrero de 1997 (RJ 1997\1240); 10 de febrero de 2000 (RJ 2000\845); 31 de enero de 2003 (RJ 2003\854) o 30 de enero de 2004 (RJ 2004\439)). Algunas de estas sentencias llaman la atención sobre la frecuencia con la que se ha utilizado esta fundamentación que no ha terminado de explicitarse con todas las razones que la justifican y que ha recibido numerosas críticas doctrinales²⁹³.

A este argumento se sumaba el de la *vis atractiva*. Las dudas para concretar el orden jurisdiccional competente dada la ambigüedad de las normas de distribución de competencias llevaban a otorgar preferencia al orden civil atendiendo a la vis atractiva y al valor matriz y residual del orden jurisdiccional civil (art. 9.2 LOPJ)²⁹⁴ (SSTS (Sala de lo Civil), 22 de noviembre de 1985 (RJ 1985\5632); 25 de octubre de 1989 (RJ 1989\6964); 27 de febrero de 1995 (RJ 1995\4077); 30 de abril de 1998 (RJ 1998\3457) o 3 de diciembre de 1999 (RJ 1999\8532)).

3. A estos argumentos añade el de la no división de la continencia de la causa cuando junto a la Administración se demandaba a los profesionales sanitarios (al cirujano, al jefe de servicio, al director del hospital, al médico, anestésista...) y/o al

²⁹³ Como apuntó GAMERO CASADO: «si el orden civil no es competente para conocer del asunto, la lógica procesal exige que lo inadmita, incluso sin necesidad de que se hubiera sustanciado una excepción dilatoria de incompetencia, por cuanto este vicio es de orden público y debe ser apreciado de oficio por el Tribunal». Asimismo, recuerda que los tribunales sólo pueden resolver conforme a la equidad cuando no exista un precepto legal aplicable. GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, op. cit., pp. 143 y 144.

²⁹⁴ Esta argumentación fue criticada por PANTALEÓN PRIETO para el que se interpreta el precepto de forma errónea dado que sólo puede aplicarse cuando no haya norma (y en este caso sí la había), no cuando puedan existir dudas sobre su interpretación. PANTALEÓN PRIETO, A. F.; *Responsabilidad médica...*, op. cit., p. 17.

concesionario o contratistas y/o a la aseguradora de la Administración o a sujetos que concurran a la producción del daño (reclamaciones mixtas).

El razonamiento era que como los particulares no podían ser demandados ante la jurisdicción contencioso-administrativa (al no ser Administración; art.1 y 3.b) de la LJCA 1956) bastaba con demandar a un tercero (funcionario o empleado público o la aseguradora, por ejemplo) junto con la Administración para que la competencia pudiera atribuirse al orden civil dado su carácter atrayente (art. 9.2 de la LOPJ). Lo contrario supondría que la causa se viera dividida entre el orden civil (para el tercero) y el contencioso-administrativo (para la Administración), con el grave riesgo de jurisprudencia y fallos contradictorios lo que produciría un debilitamiento del derecho a la tutela judicial efectiva, así como lo desaconsejan razones de economía procesal²⁹⁵ (SSTS (Sala de lo Civil), 2 de febrero de 1987 (RJ 1987\673); 7 de abril y 25 octubre de 1989 [RJ 1989\2997 y RJ 1989\6964]; 2 de junio y 20 de octubre de 1993 [RJ 1993\4380]; 24 de junio de 1997 [RJ 1997\5208] y todas las que en ella se citan; 22 de diciembre de 1999 [RJ 1999\9487²⁹⁶]; 2 de diciembre de 2002 [RJ 2002\10419] o 23 de diciembre de 2004 [RJ 2005\1608]). En el mismo sentido se pronunció el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción²⁹⁷ en sentencia de 21 de diciembre de 1993 (RJ 1993\9933); o en tres sentencias de 21 de marzo de 1994 (RJ 1994\2517), (RJ 1994\2520) y (RJ 1994\2518). La jurisdicción contencioso-administrativa, por su parte, no reclamaba el conocimiento de los asuntos cuando se demandaba a un particular junto con la Administración. Se limitaba a analizar si la intervención del particular afectaba al nexo de causalidad o moderaba la responsabilidad, pero no se manifestaba sobre la responsabilidad del particular (STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 27 de mayo de 1995 (RJ 1995\5257²⁹⁸). Esta argumentación, sin embargo, no estuvo exenta de críticas por una parte de la doctrina²⁹⁹.

²⁹⁵ CLAVERO ARÉVALO puso de manifiesto la dificultad y la imposibilidad conforme a la regulación existente en este tiempo de atribuir la competencia al orden contencioso-administrativa cuando se demandaba a la Administración con particulares. No obstante, entendía que en los casos de corresponsabilidad de la Administración y particulares si el daño se había ocasionado por el funcionamiento de un servicio público, sería aconsejable su atribución al orden contencioso-administrativo. CLAVERO ARÉVALO, M. F.; *op. cit.*, pp. 102 a 105.

²⁹⁶En relación a una demanda conjunta frente a la Administración y su aseguradora

²⁹⁷ Dirime los conflictos entre los juzgados y tribunales y la Administración (artículos 38 a 41 LOPJ).

²⁹⁸ GUERRERO ZAPLANA, J.; *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*, Lex Nova, Valladolid, 5ª ed., 2006, pp. 290 y 291.

²⁹⁹ Para PANTALEÓN PRIETO no sería posible la acumulación de acciones puesto que el art. 154.2 LEC 1881 (actual art. 73.1.1º de la LEC) prohíbe la acumulación de acciones en un mismo proceso cuando la competencia corresponda a órdenes jurisdiccionales diferentes. La finalidad es impedir «*que la*

En algún caso, por ejemplo, de accidentes de tráfico, se excepcionaba la competencia del orden civil atribuyéndose al contencioso-administrativo cuando el particular no era demandado a título personal, sino como parte insoluble de la Administración, es decir, cuando actuaba como funcionario o agente de la Administración titular del servicio público o cuando fueran concesionarios o contratistas que actuaban en la esfera de la prestación del servicio público³⁰⁰ (STS (Sala de Conflictos de Jurisdicción), de 20 de junio de 1994 [RJ 1994\5025] y Auto del TS (Sala de Conflictos de Competencia), 19 de diciembre de 1996 [RJ 1996\9187]). Sin embargo, no lo entendía así la jurisdicción civil que seguía admitiendo las demandas conjuntas frente a la Administración y el concesionario y contratista asumiendo como propia la competencia por entender que existía solidaridad en la responsabilidad³⁰¹ (STS (Sala de lo Civil), de 28 de marzo de 1990 [RJ 1990\1734] y todas las que en ella se citan). Esta problemática no se generó en el campo sanitario en el que la competencia se asumía por la jurisdicción civil.

2.2 Competencia del orden social: la responsabilidad por el funcionamiento del servicio público sanitario como prestación de la Seguridad Social. Conflictos con el orden civil.

La jurisdicción social se declaraba competente para conocer de las reclamaciones por los daños ocasionados por el funcionamiento del servicio público sanitario prestado por las instituciones sanitarias de la Seguridad Social (en este momento, el INSALUD, principalmente) al considerar que se trataba de una prestación de la Seguridad Social. Dado que la prestación sanitaria formaba parte de la acción protectora de la Seguridad Social³⁰² (art. 98 del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social), los conflictos derivados tanto de su

*acumulación pueda convertirse en una fácil vía de evasión de la jurisdicción que el legislador quiere competente». Otra cosa es que considere de lege ferenda que se deba atribuir exclusivamente a la jurisdicción civil. PANTALEÓN PRIETO, A. F.; *Responsabilidad médica...*, op. cit., p. 23 y «Responsabilidad patrimonial...», op. cit., pp. 403 a 413; HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2003), op. cit., p. 10. Sobre la doctrina a favor y en contra Vid. PANTALEÓN PRIETO, A. F.; *Responsabilidad médica...*, op. cit., p. 23 nota a pie 6. Este argumento no ha sido acogido por el TS (Vid. STS (Sala de lo Civil), de 8 de mayo de 2007 [RJ 2007\3560]).*

³⁰⁰ Se consideraban actos propios de la Administración y, por tanto, competente a la jurisdicción contencioso-administrativa. GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, op. cit., pp. 50 y 51.

³⁰¹ MARTÍN REBOLLO, L.; «Ayer y hoy...», op. cit., p. 303.

³⁰² Por eso, la aplicación de este argumento se circunscribía únicamente a los supuestos en los que el sujeto estaba bajo la cobertura del sistema de Seguridad Social (STS (Sala de lo Social), 24 de abril de 1990 [RJ 1990/3486], fº jº 5º).

no prestación, del reintegro de gastos médicos por utilizar servicios diferentes a los de la Seguridad Social, como de su defectuosa prestación en los que se solicitaba el pago de la correspondiente indemnización eran reclamaciones «*en materia de Seguridad Social*» y, por tanto, competencia del orden social (art. 9.5 de la LOPJ; art. 1.4 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980 sustituido posteriormente por el art.2.b) del Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral que era el vigente en ese momento [en adelante LPL 1990]³⁰³).

Se partía como fundamento del art. 41 de la LRJAE que declaraba la competencia de los tribunales ordinarios para conocer de la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados en relaciones de Derecho privado, entendiéndose esta alusión extensiva al orden social y no sólo al civil en una interpretación analógica e integradora del precepto cuando nos situábamos ante conflictos en materia de Seguridad Social. Quedaba excluida la competencia del orden contencioso-administrativo en cuanto una Ley realizaba una atribución al orden social (art. 2 párrafo primero de la LJCA 1956). En este sentido se pronunció la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencias de 24 de abril de 1990 (RJ 1990/3486³⁰⁴); 5 de junio de 1991 (RJ 1991\5131) o 20 de abril de 1992 (RJ 1992\2662 y las que en ellas se citan.

Esto provocó que se generasen problemas competenciales especialmente entre el orden social y civil³⁰⁵. A partir de 1992 se vuelven especialmente intensos con el orden contencioso-administrativo (*Vid. Infra*, Capítulo III, 4.1 y 2). Frente al razonamiento del orden social, la jurisprudencia civil entendía que se estaba ante un pleito sobre responsabilidad extracontractual, fundado en un ilícito civil, y, por consiguiente, dirimible en la jurisdicción civil (STS (Sala de lo Civil), 20 de febrero de 1981 (RJ 1981\564); 22 de junio de 1988 (RJ 1988\5124); 21 de septiembre de 1988 (RJ 1988\6847); 23 de noviembre de 1990 (RJ 1990\9042) y las que en ellas se citan). Ante la falta de previsión expresa que atribuyera la competencia al orden social, la competencia correspondía al orden civil en virtud de su *vis atractiva* (art. 9.2 de la LOPJ). Muestra del conflicto de competencia que existía entre estos dos órdenes son el

³⁰³ Fue derogado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (en adelante LPL 1995), vigente hasta el 11 de diciembre de 2011 cuando fue derogado por la LJS.

³⁰⁴ En un caso en el que se discute si la competencia corresponde al orden social o civil.

³⁰⁵ Cómo señaló PANTALEÓN PRIETO, curiosamente los primeros problemas en torno al orden jurisdiccional competente fueron entre el orden civil y social. PANTALEÓN PRIETO, A. F.; *Responsabilidad médica...*, *op. cit.*, p. 30.

Auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2004 (RJ 1994/10587) que, siguiendo un auto anterior de 21 de junio de 1991, resuelve en favor del orden social por considerar que se trataba de una reclamación en Seguridad Social mientras que en un auto anterior de la misma sala de 23 de diciembre de 1993 (RJ 1993\10126) se descartó la conexión entre la prestación de la Seguridad Social y las consecuencias dañosas derivadas de la prestación sanitaria, atribuyendo la competencia al orden civil. Una cosa sería la prestación de asistencia sanitaria pública que se integraría dentro de la acción protectora de la Seguridad Social y otra distinta el resultado dañoso derivado de dicha asistencia que no lo estaría.

3. Marco constitucional de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Con la Constitución Española se viene a constitucionalizar en el art.106.2 la cláusula general de responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento de los servicios públicos³⁰⁶ estableciendo que «*los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.*» Por otra parte, el art. 9.3 de la CE garantiza el principio de responsabilidad de los poderes públicos.

En el art. 106.2 de la CE, por un lado, se establece una garantía patrimonial indemnizatoria del ciudadano³⁰⁷ puesto que tiene como finalidad la reparación de la

³⁰⁶ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R.; «Artículo 106.2: La responsabilidad patrimonial de la Administración» en la obra colectiva *Comentarios a la Constitución Española. Tomo VIII, Artículos 97 a 112* dirigida por ALZAGA VILAAMIL, O., Edersa, Madrid, 1998, p. 593. Disponible en www.vlex.es [Consultado el día 16 de diciembre de 2015].

³⁰⁷ El propio Tribunal Constitucional considera que la figura de la responsabilidad (art.106.2 CE) y la expropiatoria (art.33.3 CE) son modalidades del mismo género: la garantía patrimonial del ciudadano (STC (Pleno) 61/1997, de 20 marzo [RTC 1997\61]; 112/2018, de 17 octubre [RTC 2018\112] y 79/2019 de 5 junio [RTC 2019\79]).

Como «*núcleo básico garantizador del ciudadano*» e indisponible lo define: MARTÍN REBOLLO, L.; «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica», *Documentación Administrativa*, nº 237-238 (1994), pp. 52 y 53; MIR PUIGPELAT, O.; «La reforma del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificaciones de la LRJPAC», *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 4 (1999). En <http://hdl.handle.net/10230/42931> [Consultado el día 13 de abril de 2020], p. 1022; JIMÉNEZ BONILLA, S.; *op. cit.*, p. 592; LEGUINA VILLA, J.; *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, Tecnos, Madrid, 2ª ed., 1983 y «Artículo 106.2. La responsabilidad de la Administración Pública» en la obra colectiva *Comentarios a la Constitución Española* dirigida por CASAS BAAMONDE, M. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., Fundación Wolters

lesión o dejar indemne el patrimonio privado que ha resultado lesionado como consecuencia del funcionamiento del servicio público³⁰⁸. Por otro lado, al incluirse dentro del Título IV de la CE relativo al Gobierno y la Administración, se convierte en principio central de la configuración constitucional de las Administraciones Públicas³⁰⁹. Empero, la Constitución defiere a la Ley la concreción y desarrollo del régimen de responsabilidad debiendo respetar en cualquier caso los elementos esenciales constitucionalizados que son indisponibles para el legislador, a saber: lesión o daño; imputable al funcionamiento de los servicios públicos; nexos causal que vincule el perjuicio con el funcionamiento del servicio público y el derecho de la víctima o titular de los bienes a ser indemnizado. Más discutible es si el régimen de responsabilidad objetiva está o no constitucionalizado (*Vid.* la importante STC 112/2018, de 17 de octubre [RTC 2018/112]³¹⁰)³¹¹.

Kluwer, Madrid, 2008, p. 1734; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T-R.: *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II* (2013), *op. cit.*, pp. 389 y 399; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R.; *op. cit.*

Según CUETO PÉREZ: «La figura de la responsabilidad patrimonial constituye [...] una pieza fundamental del Estado de Derecho y goza de un carácter primordial en las relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos. [...] Junto al principio de legalidad, de seguridad jurídica o el de tutela judicial efectiva, el principio de garantía patrimonial constituye uno de los pilares del Estado social y democrático de Derecho (art. 1 CE)». CUETO PÉREZ, M.; *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 76 y 77.

Ha de tenerse en cuenta que la función de la responsabilidad patrimonial no se limita únicamente «a la integridad patrimonial del administrado, sino asimismo como parámetro de control de la actividad administrativa, esto es, como pauta de comportamiento de la Administración y como estándar de funcionamiento de los servicios públicos.» GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, pp. 21 y 215; MARTÍN REBOLLO, L.; «Nuevas perspectivas de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario», *La Revista de Responsabilidad Médica*, Enero (2015). En <http://www.defensamedica.org/revistaenero2015/> [Consultado el día 23 de noviembre de 2015], pp.82 a 84.

³⁰⁸ LEGUINA VILLA, J.; *La responsabilidad civil...*, *op. cit.* y «Artículo 106.2...», *op. cit.*, p. 1734; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T-R.: *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II* (2013), *op. cit.*, pp. 389 y 399; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R.; *op. cit.*

³⁰⁹ MARTÍN REBOLLO, L.; «Ayer y hoy...», *op. cit.*, pp. 292 y 293. En el mismo sentido, MONTROYA MARTÍN, E.; *Las empresas públicas sometidas al Derecho Privado*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 802.

³¹⁰ De algunos pasajes parece desprenderse la consagración de la responsabilidad objetiva de la Administración a nivel constitucional, sin embargo, se añade que dado que se remite a la Ley, ésta podría excluir la indemnización sin vulnerar el art. 106.2 de la CE.

Más recientemente a raíz de la importante sentencia del TC: MIR PUIGPELAT, O.; «La garantía constitucional de la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración», *RAP*, nº 213 (2020), pp. 29 a 47; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I.; «La responsabilidad objetiva de la administración pública y la equidistribución del coste del bien común», *REDA*, nº 195 (2018), pp. 155 a 192; ROCA TRÍAS, E. Y NAVARRO MICHEL, M.; *Derecho de Daños. Textos y materiales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 330 y 331.

³¹¹ *Vid.* LÓPEZ MENUDO, F.; «Artículo 139. Principios de la responsabilidad» en la obra colectiva *Comentarios a la Ley 30/92* dirigida por SÁNCHEZ MORÓN, M. y MAURANDI GUILLÉN, N., Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2013, p. 854;

En contra, MARTÍN REBOLLO, L.; «Ayer y hoy...», *op. cit.*, p. 292; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.; «Nuevas perspectivas de la responsabilidad administrativa (y III)», *Relaciones Laborales*, nº 1 (1999). En www.laleydigital.es [Consultado el día 5 de febrero de 2020]. A favor, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R.; *op. cit.*; PAREJO ALFONSO, L.; *Lecciones de...*, *op. cit.*, pp. 1084 y 1085;

Los tribunales llevan a cabo una interpretación amplia del concepto de servicio público a los fines del art. 106.2 de la CE como «*toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo*» (Vid, por todas, STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 23 de diciembre de 1998 [RJ 1998\10381] o 10 de abril de 2012 [RJ 2012\4463]), sin que actualmente quepa duda sobre la configuración de la sanidad pública como servicio público a estos efectos³¹². Estamos ante el funcionamiento del servicio público sanitario cuando la asistencia sanitaria se presta dentro de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud con independencia de la forma de gestión. Como señala la doctrina, la garantía de indemnidad patrimonial reconocida constitucionalmente en el art. 106.2 no puede verse mermada, recortada o hacerse depender de la vestidura jurídica o de la forma de gestión de los servicios públicos por los que opte la Administración, ya que el art.106.2 de la CE no distingue si el servicio ha sido prestado por una Administración o por un ente privado en virtud de un contrato, simplemente que sea consecuencia del funcionamiento del servicio público (*Vid. Infra*, Capítulo IV, 3.1). Esta afirmación resulta relevante puesto que en el campo del servicio público sanitario los Servicios de Salud suelen adoptar formas de personificación diversas y recurrir a fórmulas de gestión tanto directa, con la creación de entes con diferente ropaje jurídico (público o privado), como indirecta.

De otro lado, la Ley a la que se remite la norma constitucional es de competencia estatal ya que el art.149.1.18ª de la CE atribuye competencia exclusiva al Estado para la regulación del «*sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas.*» Por tanto, el régimen jurídico sobre la responsabilidad es general y único para todas las Administraciones Públicas³¹³ (por todas, STC 112/2018, de 17 de octubre [RTC 2018/112]), cuestión que no es baladí en el ámbito sanitario, en el que como hemos visto, la competencia para organizar y gestionar los Servicios de Salud es autonómica. En la actualidad, el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones está

CUETO PÉREZ, M.; *Responsabilidad de la...*, *op. cit.*, p. 77; Según RODRÍGUEZ LÓPEZ la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha declarado de forma reiterada que la responsabilidad patrimonial de la Administración plasmada en el art.106.2 de la Constitución se configura como responsabilidad objetiva. RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.; *op. cit.*, p. 80.

³¹² GARRIDO FALLA, F.; *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 3ª ed., 2001, pp. 789 a 791; FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M.; *op. cit.*, pp. 26 a 39.; BEATO ESPEJO, M.; «El Sistema...(2ª parte)», *op. cit.*, p. 403; PEMÁN GAVÍN, J.; *Asistencia Sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, Comares, Granada, 2005; *Derecho a la salud...*, *op. cit.*, pp. 79 a 80 y «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 162 a 192 y 288; CUETO PÉREZ, M.; *Responsabilidad de la...*, *op. cit.*, pp. 162 a 192.

³¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T-R.; *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II* (2013), *op. cit.*, p. 386; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R.; *op. cit.*

plasmado en la LPAC y la LRJSP tras la derogación de la LRJPAC y el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el RPRP que era donde se preveía y que a continuación analizaremos.

4. El texto inicial de la LRJPAC y el RPRP.

La LRJPAC en desarrollo de lo previsto en los artículos 9.3 y 106.2 de la Constitución Española³¹⁴ reguló el sistema de responsabilidad patrimonial de todas las Administraciones Públicas en su Título X (artículos 139 a 146).

Por Administración Pública entendía el art. 2.2: la Administración General del Estado; las Comunidades Autónomas; la Administración Local y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas que sujetaban su actividad a lo establecido en la LRJPAC cuando ejercitaban potestades administrativas, remitiéndose a lo previsto en sus normas de creación en lo que respectaba al resto de su actividad.

De su regulación cabe destacar que derogaba los artículos 40 a 43 de la LRJAE³¹⁵; que la resolución administrativa que se dictaba en el procedimiento de responsabilidad, fuera la relación pública o privada, ponía fin a la vía administrativa (art. 142.6 de la LRJPAC); que cuando las Administraciones Públicas actuaban en relaciones de Derecho privado respondían directamente, exigiéndose la responsabilidad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 142 y 143 (art. 144 de la LRJPAC); que su art. 145.1 establecía la responsabilidad directa de la Administración sin perjuicio de la posterior acción de regreso frente a las autoridades y personal a su servicio; y, que según el art. 146 «*la responsabilidad civil y penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente.*»

En desarrollo de la LRJPAC se aprobó el RPRP. Con la finalidad de retornar al sistema de unidad jurisdiccional poniendo fin a los conflictos de competencia entre el orden civil, social y contencioso-administrativo, la disposición adicional 1ª del RPRP vino a concentrar en este último orden jurisdiccional todas las reclamaciones en materia

³¹⁴ Con anterioridad a la LRJPAC, el art. 40.1 de la LRJAE desarrollaba el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración del art. 106.2 de la CE (STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 22 de noviembre de 1991 [RJ 1991\8844], Fº jº 3º).

³¹⁵ Disposición derogatoria dos a).

de asistencia sanitaria³¹⁶. Disponía: «de conformidad con lo establecido en los artículos 2.2 y 139 a 144 y concordantes de la LRJPAC, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa y contencioso-administrativa prevista en dicha Ley y en el presente Reglamento.»

A pesar de que estas normas trataron de restaurar la unidad jurisdiccional, el resultado como veremos fue infructuoso³¹⁷, suscitándose numerosos conflictos de competencia.

4.1 Argumentos del orden contencioso-administrativo: unificación.

Frente a la legislación anterior, tras la entrada en vigor de la LRJPAC, la mayor parte de la doctrina³¹⁸, especialmente la administrativista, y el Tribunal Supremo, tanto

³¹⁶ Como señalaba su Exposición de Motivos: «Igualmente de la consideración conjunta del artículo 2.2 y del Título X de la LRJPAC de 26 de noviembre se desprende la inclusión en el sistema de responsabilidad patrimonial de los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, superando con ello un largo debate jurisprudencial y doctrinal. En este sentido ha informado el Consejo General del Poder Judicial a quien se ha sometido el proyecto de Reglamento a dictamen.»

³¹⁷ Ya lo auguraba y cotejaba en su trabajo GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, pp. 84 y 104; Como señalaba CADENAS SOBREIRA, sin haber sido modificada ni la LOPJ ni la LJCA, la LRJPAC no justificaba una decisión inequívoca. CADENAS SOBREIRA, M. A.; *op. cit.*, p. 55.

³¹⁸ MARTÍN REBOLLO, L.; «Ayer y hoy...», *op. cit.*, pp. 295 y 296; LEGUINA VILLA, J.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 402 y 403 y «Responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 6; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T.-R.; *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 4ª ed., 1993, p. 427 aunque entendió que no había unidad en cuanto al régimen sustantivo; ENTRENA CUESTA, R.; *Curso de Derecho Administrativo. Vol. I*, Tecnos, Madrid, 11ª ed., 1995, p. 329; GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.; *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común: (LRJPAC de 26 de noviembre)*, Civitas, 2ª ed., Madrid, 1994, p. 1391; GIMENO SENDRA, V.; GARBERÍ LLOBREGAT, J. Y MORENO CATENA, V.; *Derecho procesal administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, p. 75 y 118; GARBERÍ LLOBREGAT, J.; «Acciones de...», *op. cit.*, p. 113; BOCANEGRA SIERRA, R.; «La responsabilidad civil...», *op. cit.*, pp. 236 y ss; TORRENT I RIBERT, P. J.; *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: especial consideración de la derivada del uso de las vías públicas, el seguro de la responsabilidad civil de los entes públicos*, Mafre, Madrid, 1995, pp. 87 y ss; LÓPEZ MENUDO, F.; «Artículo 144...», *op. cit.*, p. 920; MIR PUIGPELAT, O.; «La jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: una polémica que no cesa. Comentario a los Autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 y 21 de octubre de 2002 y propuesta de reforma legislativa», *InDret*, nº 3 (2002). En <http://www.indret.com> [Consultado el día 17 de marzo de 2015], pp. 9 y 10. Publicado también en la obra colectiva *La justicia administrativa: libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta* coordinado por MONTORO CHINER, M. J., Atelier, Barcelona, 2003; SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J.A. Y FERNÁNDEZ MONTALVO, R.; *op. cit.*, p. 413; JIMÉNEZ BONILLA cita el Dictamen del Consejo de Estado nº 2704/96, de 7 de noviembre. JIMÉNEZ BONILLA, S.; *op. cit.*, pp. 548 y 549; HERNÁNDEZ

las resoluciones de la Sala de Conflictos (esenciales son los Autos del Tribunal Supremo (Sala de Conflictos de Competencia), 7 de julio de 1994 [RJ 1994/7998]³¹⁹; 27 de octubre de 1994 [RJ 1994/10587]; 11 de diciembre de 1995 [RJ 1995\9783]; 25 de octubre de 1996 [RJ 1996\9128]; 10 diciembre 1996 [RJ 1996\9130] o 18 de junio de 1999 [RJ 1999\6963], entre otros); como la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 20 de diciembre de 1997 [RJ 1998\1238]; 18 y 27 de noviembre de 1999 [RJ 2000\1365 y RJ 2000\1377]; 28 de marzo de 2000 [RJ 2000\3097] o 13 de febrero de 2003 [RJ 2003\2379]³²⁰) y las que en ellas se citan), sostuvieron insistentemente que con la entrada en vigor de la LRJPAC se retornó al sistema de unidad procedimental y jurisdiccional en favor del contencioso-

DEL CASTILLO, A.; «Capítulo II. Exigencia Judicial de la Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. I. Jurisdicción civil y contencioso-administrativa. Concurrencia de jurisdicciones. 2. Situación actual; principio de unificación de fuero», en la obra colectiva *Manual de Responsabilidad Pública* dirigida por la Dirección del Servicio Jurídico de la Abogacía General del Estado, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2ª ed., 2015, p. 577.

Sobre la atribución de competencia al orden contencioso-administrativo para el conocimiento de las reclamaciones en asistencia sanitaria: IRURZUN MONTORO, F.; *op. cit.*, pp. 421 a 434; DE PALMA DEL TESO, A.; «El lamentable peregrinaje jurisdiccional entre el orden social y el contencioso-administrativo en materia de reclamaciones de indemnización por daños derivados de la deficiente atención sanitaria de la Seguridad Social», *REDA*, nº 89 (1996), p. 138; NOGUERA DE LA MUELA, B.; «La unidad jurisdiccional...», *op. cit.*, pp. 597 a 606; MUGA MUÑOZ, J. L.; «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por el contagio de SIDA», *RAP*, nº 136 (1995), p. 303; RIVERO YSERN, J. L.; «La responsabilidad de la Administración Pública en materia sanitaria», en la obra colectiva *La responsabilidad de los profesionales y de las administraciones sanitarias: Actas del II Congreso "Derecho y Salud" Granada, noviembre 1993*, Consejería de Salud-Junta de Andalucía, Sevilla, 1994, pp. 97, 98 y 109; PANTALEÓN PRIETO, A. F.; *Responsabilidad médica...*, *op. cit.*, p. 34; SEIJAS QUINTANA, J. A.; «Responsabilidad civil médico sanitaria: ejercicio y condicionamientos», *Actualidad Civil*, Tomo 2 (1995). En www.laleydigital.es [Consultado el día 9 de diciembre de 2016]; GUERRERO ZAPLANA, J.; «La Jurisdicción competente para conocer de las reclamaciones de responsabilidad por defectuosa asistencia sanitaria en el marco de la Seguridad Social», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 267 (1996); FONTÁN TIRADO, R.; «Competencia objetiva en materia de responsabilidad sanitaria: aproximación urgente a la luz de las leyes 29/1998 y 4/1999», *La Ley*, nº 3 (1999). En www.laleydigital.es [Consultado el día 12 de enero de 2016]; PEMÁN GAVÍN, J.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 286, 290, 321, 322 y 328; GARCÍA GARCÍA, M. J.; «La responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos en la Ley 4/1999 de 13 de enero», *La Ley*, nº 9 (2000). En www.laleydigital.es [Consultado el día 12 de enero de 2017]; DESDENTADO DAROCA comparte la opinión de CONDE MARTÍN DE HIJAS en el sentido de que no sólo tras la reforma sino con anterioridad el orden competente no podía ser otro que el contencioso-administrativo (aunque reconoce que la cuestión antes de la reforma era oscura por el carácter de organismos autónomos apátridas de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, la posible analogía con el reintegro de los gastos médicos y el principio de unidad jurisdiccional). CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.; «Indemnización por asistencia sanitaria defectuosa: orden jurisdiccional competente», *Actualidad Laboral*, nº 44 (1994), p. 3015 *apud* DESDENTADO DAROCA, E.; *op. cit.*, pp. 312 y 320 a 324; GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, pp. 36 a 39, 86, 100 a 110, 178 a 203; CUETO PÉREZ, M.; *Responsabilidad de la...*, *op. cit.*, pp. 439 a 443.

³¹⁹ Se publicaron numerosos comentarios en relación a este importante Auto, *Vid.* por todos, DESDENTADO DAROCA, E.; *op. cit.*, p. 312; PEMÁN GAVÍN, J. M.; «Responsabilidad patrimonial de la Administración y jurisdicción competente: sobre el alcance de la unificación operada por la LRJPAC, de 26 de noviembre (ATS Sala Conflictos de 7 de julio de 1994)», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 5 (1994).

³²⁰ Reiteran la doctrina establecida por la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo.

administrativo que pasaría a ser el único competente en responsabilidad patrimonial de la Administración, tanto en relaciones de Derecho público como privado. Eliminaba así la dualidad jurisdiccional prevista en la legislación anterior.

Sin embargo, existían discrepancias doctrinales sobre si también se había llevado a cabo la unificación del régimen sustantivo aplicable. La doctrina estaba dividida entre aquellos que entendían que no, de tal forma que cuando la Administración actuara en relaciones de Derecho privado quedaba sometida al régimen de Derecho privado, y los que consideraban que el régimen sustantivo aplicable era el propio del Derecho Administrativo³²¹.

La LRJPAC no contenía un precepto que atribuyera expresamente la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativo por lo que los argumentos utilizados para defender la unificación jurisdiccional fueron básicamente:

-El principio de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública tiene un alcance general y unitario como se desprende de los artículos 106.2 y 149.1.18ª de la CE. Como ha afirmado la Sala de Conflictos de Competencia en los autos anteriores: *«la unidad procedimental, jurisdiccional y de régimen jurídico [...] no es otra cosa que una consecuencia lógica del sistema único, directo y objetivo de responsabilidad patrimonial de la Administración»* (Vid., por todas, Auto del TS (Sala de Conflictos de Competencia), 7 de julio de 1994 [RJ 1994/7998], fº jº 3º).

-Que el art. 145.1 de la LRJPAC establecía el principio de reclamación directa de responsabilidad patrimonial a la Administración con independencia de que derivara de relaciones de Derecho público o privado.

-El restablecimiento del sistema de unidad jurisdiccional se derivaba principalmente de la unificación del procedimiento administrativo para reclamar la indemnización por responsabilidad de las Administraciones Públicas, fuera la naturaleza de la relación pública o privada (artículos 142 y 143 de la LRJPAC (art. 144 de la LRJPAC). Estos preceptos, aunque de forma indirecta, establecían la sumisión al orden contencioso puesto que la resolución expresa o presunta del procedimiento que agotaba la vía administrativa (art. 142.6 LRJPAC) era impugnabile ante la jurisdicción contencioso-

³²¹ Vid. la doctrina que cita a favor y en contra MIR PUIGPELAT, O.; «La reforma del...», *op. cit.*, pp. 1019 a 1021; Se muestran a favor IRURZUN MONTORO, F.; *op. cit.*, p. 432; JIMÉNEZ BONILLA, S.; *op. cit.*, pp. 550; En contra, GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F.; «El nuevo sistema de responsabilidad patrimonial de la administración», *La Ley*, nº 4 (1993). En www.laleydigital.es [Consultado el día 30 de julio de 2020].

administrativa, en cuanto se trataba de un acto de una Administración pública sujeto al Derecho Administrativo (art.1 de la LJCA 1956; excluido del orden social en aplicación del art.3.a) de la LPL 1990³²²), mediante el planteamiento de un recurso contencioso-administrativo (art. 37.1 de la LJCA 1956³²³). Además, se trataba de una cuestión sobre responsabilidad patrimonial de la Administración Pública (art.9.4 de la LOPJ y art. 3.b) de la LJCA 1956). Esto, junto a la derogación de los artículos 40 a 43 de la LRJAE que establecían la dualidad jurisdiccional, conllevaba el restablecimiento de la unidad jurisdiccional.

Con estos argumentos se defendió que el conocimiento de las pretensiones de responsabilidad por los daños provocados por el funcionamiento del servicio público sanitario correspondía únicamente a los órganos del orden contencioso-administrativo, previa tramitación del correspondiente procedimiento administrativo. Ello por cuanto le resultaba aplicable el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración por tratarse del funcionamiento de un servicio público prestado por las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social que, en cuanto entidades de derecho público, tenían la condición de Administración Pública³²⁴, según el art. 2.2 de la LRJPAC. Supuesto que generó incontables conflictos de competencia con el orden social.

Frente a los argumentos del orden social, para que los daños causados en prestaciones sanitarias hubieran podido considerarse integrados en la acción protectora de la Seguridad Social en lugar de responsabilidad patrimonial de la Administración, hubiera sido necesaria una norma que así lo hubiera dispuesto expresamente, siendo insuficiente la previsión de la disposición adicional 6º de la LRJPAC. Desde la LRJPAC sólo un concepto muy amplio de reclamaciones en materia de Seguridad Social, no establecido en ninguna ley, permitiría que las reclamaciones por responsabilidad patrimonial derivadas de una defectuosa asistencia sanitaria pudieran sustraerse al régimen procedimental y jurisdiccional unitario que estableció la LRJPAC. Por el contrario, se incluye dentro de la prestación de la Seguridad Social, y por tanto, la

³²² «No conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social: a) De las pretensiones que versen sobre la impugnación de los actos de las Administraciones Públicas sujetos al derecho administrativo en materia laboral.»

³²³ En la nueva redacción dada a este precepto por la disposición adicional 10ª de la LRJPAC, establecía: «el recurso contencioso-administrativo será admisible en relación con las disposiciones y con los actos de la Administración que hayan puesto fin a la vía administrativa, de conformidad con lo previsto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.»

³²⁴ Les resultaba aplicable el régimen de responsabilidad de la LRJPAC. GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, op. cit., pp. 97 a 100 y 116; OLMEDA FREIRE, G. B.; op. cit.

competencia es del orden social, la prestación de asistencia sanitaria en especie y el reembolso de gastos médicos de prestaciones en especie (el llamado «sistema de pago por tercero») que es diferente a la indemnización por asistencia sanitaria deficiente. Mientras que en el primero, «*se satisface el derecho de asistencia sanitaria mediante restitución patrimonial*», en el segundo, se produce el resarcimiento de daños por asistencia sanitaria defectuosa. En este caso, «*ya no es posible la prestación de asistencia sanitaria, ni en forma de prestación directa en especie, ni en forma de prestación en metálico reparatoria; lo único que cabe es una genérica compensación indemnizatoria, que tiene su causa no en la recuperación de la salud, ya perdida o disminuida inevitablemente como consecuencia de defecto en la actividad asistencial, sino en el hecho de que tal asistencia no se prestara en su momento en las condiciones requeridas. Esta indemnización supone una protección resarcitoria del daño causado, pero no una protección reparatoria del bien jurídico lesionado*³²⁵» (Voto particular de la STS (Sala de lo Social), 10 de julio de 1995 [RJ 1995/5488], fº jº 2º). Esta distinción es importante por cuanto en el primer caso, la competencia sería del orden social al ser una reclamación en materia de Seguridad Social como sucede en la actualidad mientras que en el segundo la competencia es del orden contencioso-administrativo³²⁶.

-La disposición adicional del RPRP no realizaba una nueva atribución competencial que no se hallase prevista, de forma implícita, en la Ley; de ahí que, no adoleciera de vicio *ultra vires*³²⁷.

³²⁵ Como criticó PEMÁN GAVÍN en el orden social se llevó a cabo una indebida «*equiparación entre el derecho a exigir las prestaciones y el derecho a exigir las posibles consecuencias dañosas derivadas de las prestaciones realizadas*». PEMÁN GAVÍN, J.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 320 a 322. En similar dirección IRURZUN MONTORO añade que el art. 9.5 de la LOPJ utiliza un criterio material de pretensiones propias de la Seguridad Social, en el que no se incluyen «*las reclamaciones por responsabilidad patrimonial que se fundan en el Derecho administrativo y no en el Derecho de la Seguridad Social*» IRURZUN MONTORO, F.; *op. cit.*, pp. 431 y 432. Aunque concluyen que la competencia es del orden civil, consideran que la pretensión indemnizatoria no es una prestación de la Seguridad Social. SERRANO ALONSO, E.; *op. cit.*, pp. 1 a 10; SERRA DOMÍNGUEZ, M.; *op. cit.*, pp. 8 y 9.

³²⁶ La clave en los conflictos surgidos entre el orden social y contencioso-administrativo radicaba en determinar el alcance material de la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social. Si abarca también al derecho a la indemnización derivado de una defectuosa prestación o no. GAMERO CASADO justifica por qué no estaría incluida y se trata de un supuesto de responsabilidad administrativa. *Vid.*, GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, pp. 183 a 190 y toda la doctrina que cita.

³²⁷ En sentido claro, SERRA DOMÍNGUEZ, M.; *op. cit.*, p.15; RIVERO YSERN, J. L.; *op. cit.*; VÁZQUEZ GARCÍA, J. A.; «El conflicto de jurisdicciones en las reclamaciones por actuaciones sanitarias», en la obra colectiva *La responsabilidad de los profesionales y de las administraciones sanitarias: Actas del II Congreso "Derecho y Salud" Granada, noviembre 1993*, Consejería de Salud-Junta de Andalucía, Sevilla, 1994, pp. 155 a 159.

Asimismo, siguiendo los anteriores razonamientos, la competencia, no sin discusiones, correspondía al orden contencioso-administrativo también cuando se formulaban reclamaciones de responsabilidad patrimonial frente a entidades de derecho público sometidas al Derecho privado, que tenían el carácter de Administración Pública de acuerdo con lo que establecían los artículos 2.2, 142 a 144 de la LRJPAC y artículos 1.1 y 37.1 de la LJCA 1956. Este era el caso de las entidades públicas empresariales como RENFE³²⁸.³²⁹ Sin embargo, tampoco existía unanimidad doctrinal en esta cuestión. La dicción del art. 2.2 de la LRJPAC, junto con la vigencia de los artículos 77 y 78 de la LEEA³³⁰, llevó a parte de la doctrina a defender la pervivencia de la dualidad jurisdiccional de tal forma que cuando estas entidades ejercieran potestades administrativas el orden jurisdiccional competente sería el contencioso-administrativo, mientras que si no ejercen funciones públicas se someterían al orden civil³³¹. Los entes de naturaleza privada creados por la Administración (sociedades y fundaciones) se excluían del ámbito de aplicación de la LRJPAC y, por consiguiente, la competencia se atribuía a la jurisdicción civil³³² (*Vid. Infra*, Capítulo IV).

³²⁸Auto del TS (Sala de Conflictos de Competencia), 27 de diciembre de 2001 (RJ 2005\7822) aunque resuelve conforme al art. 9.4 LOPJ y art.2.e) de la LJCA en los que claramente se establecía la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa ya apunta que este criterio de atribución competencial ya se había iniciado con los artículos 142.6 y 144 de la LRJPAC y se ve ratificado con posterioridad.

³²⁹ GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, pp. 110 a 117; En este sentido, la mayor parte de la doctrina administrativista, entre ellos, MARTÍN REBOLLO señala que el procedimiento de responsabilidad patrimonial termina con una resolución administrativa que es impugnable ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art.1 y 3.b) de la LJCA 1956), añadiendo: «Novedad que, no obstante, para significar algo, debería incluir la actividad privada de los entes públicos instrumentales ahora denominados «Entidades públicas empresariales», que son también Administración (inciso primero del art. 2.2 de la LRJPAC) y que constituyen el instrumento a través del cual la Administración General del Estado o la de las Comunidades Autónomas propiamente dicha usan el Derecho privado. Si no, ¿qué supuestos relevantes existen de «relaciones de Derecho privado»? La Administración usa el Derecho privado básicamente a través de esos entes instrumentales. Y es a esos entes públicos instrumentales –no a las empresas y sociedades de titularidad pública– a los que se les debe aplicar la previsión unificadora.» MARTÍN REBOLLO, L.; «Ayer y hoy...», *op. cit.*, p. 297; MIR PUIGPELAT, O.; «La reforma del...», *op. cit.*, pp. 1021 a 1023.

³³⁰ Derogada por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

³³¹ Aunque GAMERO CASADO se manifiesta expresamente en contra y a favor de la unidad jurisdiccional en el contencioso-administrativo, esta doctrina se puede consultar en GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, pp. 111 y 112.

³³² MARTÍN REBOLLO, L.; «Ayer y hoy...», *op. cit.*, p. 297 y «La responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 52 y 53; MIR PUIGPELAT, O.; «La reforma del...», *op. cit.*, pp. 1021 a 1023; Para GAMERO CASADO aunque conforme a la redacción de la LRJPAC se llegaba a esta conclusión, defendía que cuando prestaran un servicio público debían quedar sometidas al régimen de responsabilidad del art. 106.2 de la CE y de la LRJPAC correspondiendo la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa. GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, pp. 91, 106, 145 a 149.

4.2 Argumentos del orden social.

A pesar de la dicción de la LRJPAC, no existió unanimidad jurisprudencial ni doctrinal sobre esta materia³³³. Se siguieron generando conflictos de competencia, especialmente intensos entre el orden contencioso-administrativo y social cuando se trataba de reclamaciones por asistencia sanitaria recibida en el marco de la Seguridad Social. De forma contraria a las resoluciones de la Sala de Conflictos y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, la Sala 4ª de lo Social sostuvo la competencia del orden social³³⁴ (SSTS (Sala de lo Social), 10 de julio de 1995 [RJ 1995/5488³³⁵] (la discrepancia existente en esta materia se pone de manifiesto en la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo dado que esta sentencia tuvo cinco votos particulares); 16 de octubre de 1995 [RJ 1995\7759]; 9 de febrero de 1996 [RJ 1996\1008]; 18 de mayo de 1996 [RJ 1996\4477]; 10 de junio de 1996 [RJ 1996\5007]; 19 de diciembre de 1996 [RJ 1996\9807]; o 18 de septiembre de 1997 [RJ 1997\9471], entre otras). Los argumentos invocados fueron principalmente:

-Que la LRJPAC no tenía competencia para alterar el régimen del art. 9.4 de la LOPJ. En este sentido, llegó a plantearse una cuestión de inconstitucionalidad por la Audiencia Provincial de Madrid para estudiar si esta regulación vulneraba el 122.1 de la

³³³ En contra de que la LRJPAC hubiera concentrado toda la competencia jurisdiccional en el orden contencioso-administrativo y a favor de la competencia del orden civil o social, en los casos de daños generados por la prestación de la asistencia sanitaria pública: ZARAGOZA TEULER, V. A.; «El orden jurisdiccional social y sus conflictos de competencia con los órdenes civil y contencioso en reclamaciones derivadas de asistencia sanitaria». En https://porticolegal.expansion.com/pa_articulo.php?ref=151 [Consultado el día 1 de noviembre de 2016]; CAMPOS ALONSO, M. A.; «Responsabilidad derivada de la defectuosa dispensación de asistencia sanitaria a un beneficiario de la Seguridad Social», *La Ley*, nº 4 (1996). En www.laleydigital.es [Consultado el día 22 de diciembre de 2016]; GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F.; «El nuevo...», *op. cit.*; BUENAGA CEBALLOS, O.; *op. cit.*; FONTANILLA PARRA, J. A.; «Algunas cuestiones relativas a las reclamaciones derivadas de mala praxis médica. Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1997», *La Ley*, nº 6 (1997). En www.laleydigital.es [Consultado el día 22 de diciembre de 2012]; CAMÓS VICTORIA, I.; *op. cit.*, pp. 647 a 668.

³³⁴ Aunque la doctrina de la Sala de Conflictos se inclinaba por la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al determinar la competencia ignoraba las citadas resoluciones, salvo en el caso concreto que resolvía, lo que resultaba criticable, aunque posible, dado que los autos de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo no crean jurisprudencia. Ello por mucho que dicha sala insistiera en afirmar que de esa referencia doctrinal sólo cabría apartarse por causas muy justificadas y excepcionales. Por otra parte, la jurisprudencia la crean las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo y concretamente, en este caso, las del orden social.

³³⁵ Comentarios de esta sentencia podemos encontrar en: DE PALMA DEL TESO, A.; «El lamentable...», *op. cit.*, pp. 135 a 148; ALARCÓN CASTELLANOS, M. M., MUESMANN, M. y ROLDAN MARTÍNEZ, A.; «Sobre la jurisdicción competente en materia de prestaciones sanitarias», *REDT*, nº 81 (1997), pp. 129 a 146; ÁLVAREZ MONTERO, A.: «Reclamación de indemnización por daños y perjuicios causados por asistencia sanitaria defectuosa en el ámbito de la Seguridad Social. La persistente controversia sobre la jurisdicción competente», *REDT*, nº 82 (1997), pp. 249-258. Especialmente crítico, desmontando cada uno de los argumentos que plantea: GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, pp. 190 a 198.

CE al variar los criterios de delimitación jurisdiccional del art. 9.4 de la LOPJ. El Auto del TC nº 292/1997, de 22 julio (RTC 1997/292), que no llegó a pronunciarse sobre la cuestión de la unidad jurisdiccional³³⁶, sólo señaló que el art.142.6 de la LRJPAC, al establecer que con la resolución administrativa terminaba dicha vía, no estaba realizando una atribución jurisdiccional concreta al orden contencioso-administrativo y, por tanto, no contradecía el enunciado genérico del art. 9.4 de la LOPJ.

-El RPRP que realizaba una atribución expresa en favor del orden contencioso-administrativo, incurría en un vicio *ultra vires* ya que ni la LOPJ ni la LRJPAC ordenaban expresamente eso, no bastando con decir que estaba en el espíritu de la Ley³³⁷.

-Los defensores de la competencia del orden jurisdiccional social entendían que, dado que la prestación de asistencia sanitaria formaba parte de la acción protectora de la Seguridad Social y que las Entidades Gestoras de la Seguridad Social eran responsables de estas prestaciones (art.38.1.a) y b) y 41 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social [en adelante TRLGSS 1994]), los conflictos derivados de su no prestación o de su defectuosa prestación que daban derecho a la correspondiente indemnización, se integraban dentro de la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social (del mismo modo que se integraban la posibilidad de exigir la prestación misma o el reintegro de los gastos ocasionados por la utilización de servicios ajenos a la Seguridad Social). La acción resarcitoria para reclamar la indemnización se calificaba como reclamación «*en materia de Seguridad Social*» y por ende, la competencia era del orden social (art.9.5 de la LOPJ y art.2.b) del LPL 1990). Lo que se impugnaba no era un acto administrativo sujeto al Derecho Administrativo en materia social (art. 3.a) LPL 1990) ni tampoco responsabilidad de la Administración derivada del funcionamiento de un servicio público.

³³⁶ Vid. GAMERO CASADO, E.; «Constitucionalidad de la unificación jurisdiccional en materia de responsabilidad administrativa (Comentario del ATC de 22 de julio 97)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 332 (1998) para el que con este pronunciamiento se confirma la unidad jurisdiccional.

³³⁷ DÍEZ MARTÍNEZ, A.; «Últimos criterios jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil derivada de la asistencia médico-sanitaria», *Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol. III (1996). En www.aranzadidigital.es [Consultado el día 9 de diciembre de 2016]; ALONSO OLEA, M.; «Responsabilidad del hospital por el acto del médico», *REDT*, nº 79 (1996), pp. 777 y ss; ALONSO OLEA, M. y ALONSO GARCÍA, R. M.; *Derecho procesal del trabajo*, Thomson-Civitas, Madrid, 5ª ed., 2008. En www.aranzadidigital.es [Consultado el día 14 de septiembre de 2016]. Así lo entendió PANTALEÓN PRIETO aunque considera que la LRJPAC ha retornado al sistema de unidad jurisdiccional. PANTALEÓN PRIETO, A. F.; *Responsabilidad médica...*, *op. cit.*, pp. 33 a 37.

-El art.2.2 de la LRJPAC sometía a los entes de derecho público, entre los que se encontraban las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, a la LRJPAC cuando ejercitaban potestades administrativas, sometiéndose en el resto a lo que dispusieran sus normas de creación. «*Como se ve, deja a salvo la singularidad prestacional de una Entidad Gestora de la Seguridad Social, que cubre una prestación de la Seguridad Social (disposición adicional sexta)*» (STS (Sala de lo Social), 10 de julio de 1995 [RJ 1995/5488]) Y, la disposición adicional 6ª de la LRJPAC precisaba que la impugnación de los actos de la Seguridad Social se regían por el art. 2 de la LPL 1990.

La LRJPAC en su art. 2.2 y disposición adicional 6ª lo que venía era a confirmar que se respetaba lo establecido en el art. 2 de la LPL 1990 (competencia del orden social) y no a restablecer la unidad jurisdiccional en el sentido en que el orden contencioso-administrativo había adquirido competencias en materia de prestaciones que se atribuían antes y por ley al orden social.

4.3 Argumentos del orden civil.

Un sector doctrinal³³⁸ más reducido rechazaba que se hubiera producido la reunificación de la competencia en el contencioso-administrativo. Según los casos, la competencia correspondía al orden contencioso o civil. La mayor parte de la jurisprudencia civil³³⁹ admitió que la LRJPAC produjo un cambio de paradigma en el ámbito competencial concentrándose las reclamaciones dirigidas únicamente contra la Administración en la jurisdicción contencioso-administrativa (SSTS (Sala de lo Civil), 6 de junio de 1997 [RJ 1997\4610]; 16 de diciembre de 1998 [RJ 1998\9559]; 16 de marzo de 2000 [RJ 2000\1840]; 31 de enero de 2003 [RJ 2003\854] o 2 de diciembre de 2002 [RJ 2002\10419] donde se afirma la competencia de la jurisdicción contencioso-

³³⁸ Vid. Supra, la doctrina citada y VÁZQUEZ GARCÍA, J. A.; *op. cit.*, pp. 155 a 159; SERRERA CONTRERAS, P. L.; «Art. 144. Responsabilidad de Derecho Privado» en la obra colectiva *Estudios y Comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tomo II, Ministerio de Justicia y de la Presidencia, Madrid, 1993, pp. 106 y 107; Entendían que del art. 142.6 y 144 de la LRJPAC lo único que cabía desprender es que para las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, sean en relaciones de Derecho público o privado, deberá tramitarse el correspondiente procedimiento administrativo con el que se pone fin a la vía administrativa paso previo para poder acceder a la vía jurisdiccional que corresponda, contencioso-administrativa, en relaciones de Derecho público, o civil, en relaciones de Derecho privado.

³³⁹ Alguna sentencia esporádica siguió manteniendo el criterio anterior a la entrada en vigor de la LRJPAC (STS (Sala de lo Civil), 7 de marzo de 2000 (RJ 2000\1508) que cita abundante jurisprudencia anterior a la entrada en vigor de la LRJPAC).

administrativa cuando se exija responsabilidad a una entidad pública empresarial como es RENFE. Aunque en algunos casos puntuales, al ser asuntos que llegaron hasta la casación, el orden civil siguió conociendo para evitar el peregrinaje jurisdiccional (STS (Sala de lo Civil), 26 de marzo de 2001 (RJ 2001\4764).

4.3.1 Competencia jurisdiccional cuando se demandaba a la Administración y a un particular. En especial, la acción directa frente al empleado o funcionario público.

La posible vuelta a la unidad jurisdiccional en el contencioso-administrativo no solventaba el problema cuando la reclamación se dirigía conjuntamente frente a la Administración y a un sujeto privado. En este sentido, la LRJPAC no regulaba unos criterios que permitieran delimitar el orden jurisdiccional competente con claridad. Había que hacer una doble distinción según si el sujeto privado codemandado junto a la Administración era parte del personal al servicio de las Administraciones Públicas o no.

Si el sujeto privado que concurría junto a la Administración a la producción del daño no formaba parte del personal al servicio de la Administración se podía mantener la competencia del orden civil, ya que se trataba de sujetos privados (art. 9.2 LOPJ) y nada preveía al respecto la LRJPAC. Sin embargo, más discutible era sostener también su competencia con relación a la Administración si se entendía que de la responsabilidad de ésta sólo podían conocer los tribunales contenciosos³⁴⁰. La Sala de lo Civil del TS defendió la acumulación en el orden civil en virtud de la no división de la continencia de la causa, evitación del peregrinaje de jurisdicciones y la vis atractiva (SSTS (Sala de lo Civil), 6 de junio de 1997 [RJ 1997\4610]; 20 de marzo de 1999 [RJ 1999/1660]; 16 de marzo de 2000 [RJ 2000\1840]; 18 de diciembre de 2000 [RJ 2000\10124]; 5 de febrero de 2001 (RJ 2001/542); 18 de septiembre de 2002 [RJ 2002\7814] o 25 de enero de 2005 [RJ 2005\1160].

De otro lado, se suscitó una importante discusión doctrinal y jurisprudencial sobre si la LRJPAC impedía ejercitar la acción directa frente al empleado o funcionario público que ocasionaba un daño en el ejercicio de sus funciones. La respuesta a esta cuestión resultaba esencial en la determinación del orden jurisdiccional competente, puesto que una respuesta positiva suponía que se pudiera mantener la práctica frecuente, especialmente en el ámbito sanitario, de demandar a éstos junto con la Administración

³⁴⁰ CUETO PÉREZ, M.; *Responsabilidad de la...*, *op. cit.*, p. 444; GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, pp. 155 y 163 a 165; MARTÍN REBOLLO, L.; «La responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 89 a 93.

en la vía civil, mientras que una respuesta negativa cerraba la competencia en estos casos a la jurisdicción civil³⁴¹.

El hecho de que el art. 145.1 de la LRJPAC estableciera la obligación de los particulares de exigir directamente la responsabilidad a la Administración junto con la derogación del art. 43 de la LRJAE y del art. 135 del REF³⁴², que permitían dirigirse directamente frente a los funcionarios y autoridades, llevaron a parte de la doctrina³⁴³ a afirmar que la intención de la LRJPAC era eliminar el derecho de opción de los particulares. Ya no cabía exigir la responsabilidad directamente en la vía civil a los funcionarios y empleados públicos. De ello derivaban dos consecuencias principalmente:

1. De orden sustantivo: el funcionario o empleado público sólo iba a responder en vía de regreso frente a la Administración en caso de dolo, culpa o negligencia graves. Acción de regreso que tenía carácter potestativo, según la redacción original del art. 145.2 de la LRJPAC.

2. De orden procesal: la competencia correspondía al orden contencioso-administrativo pues se exigía la responsabilidad directa de la Administración (*Vid. Supra*, Capítulo III, 4.1). Dado que no se podía ejercitar acción directa frente al funcionario o empleado público se excluía, en este sentido, la competencia de la

³⁴¹ Como señaló MARTÍN REBOLLO lo verdaderamente relevante no es que se admitiera la posibilidad de demandar personal y únicamente al funcionario puesto que en la mayoría de los casos no se hacía al ser normalmente insolvente, sino la posibilidad, frecuente en la práctica, de que se pudiera seguir reclamando conjuntamente frente a éstos y la Administración en la vía civil o no. *Ibid.*, p. 9.

³⁴² Disposición derogatoria única del RPRP.

³⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T-R.: *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II* (2013), *op. cit.*, p. 424; MARTÍN REBOLLO, L.; «La responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 93 a 96.; LÓPEZ-MÉDEL BÁSCONES, J.; «Responsabilidad de las Administraciones Públicas (exégesis de la elaboración de la LRJPAC)» en la obra colectiva *Estudios y Comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tomo II, Ministerio de Justicia y de la Presidencia, Madrid, 1993, p. 492.; PANTALEÓN PRIETO, A. F.; *Responsabilidad médica...*, *op. cit.*,

pp. 55 a 59; NAVARRO MUNUERA, A.; «La regulación de la responsabilidad de las Administraciones Públicas» en la obra colectiva *Administración Pública y Procedimiento Común: Comentarios a la LRJPAC, de 26 de noviembre* coordinada por TORNOS MAS, J., Bosch, Barcelona, 1994, pp. 542 y 543; CUETO PÉREZ, M.; *Responsabilidad de la...*, *op. cit.*, pp. 443 y 444; ALONSO COLOMER, F.; «La responsabilidad patrimonial de los empleados públicos en el marco estatutario», *Revista Gallega de Administración Pública*, nº 5 (1993), p. 133; GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, pp. 116 a 122 y 155 a 163; BLASCO ESTEVE, A.; «La responsabilidad de la Administración» en la obra colectiva *Comentario sistemático a la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común: (LRJPAC de 26 de noviembre)*, Carperi, Madrid, 1993, p. 441.

Esta solución venía siendo demanda por parte de la doctrina: GUAITA, A.: «El proceso de responsabilidad civil de los funcionarios administrativos», *Anuario de Derecho Civil*, nº 1 (1953). *Vid.*, sobre el debate en torno a si la legitimación pasiva correspondía únicamente a la Administración o no la abundante cita bibliográfica que realiza: GAMERO CASADO, E.; «Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas», *REDA*, nº 103 (1999), p. 375.

jurisdicción civil decayendo todos sus argumentos (vis atractiva, no división de la continencia de la causa...). Sólo cabía plantear la acción penal y civil derivada de delito ante el orden penal o civil, si había reserva de la acción (art. 146 de la LRJPAC).

Sin embargo, estas consideraciones no fueron pacíficas. El hecho de que el art. 146 de la LRJPAC se remitiera para exigir la responsabilidad civil del personal al servicio de las Administraciones Públicas (por tanto, no solo la responsabilidad penal o la civil derivada de delito), a la legislación correspondiente (artículos 1902 y ss del CC, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de 5 de abril de 1904 de Responsabilidad Civil de los Funcionarios Públicos y su Reglamento³⁴⁴: que no establecieron ninguna restricción para demandar al funcionario o empleado público que causara el daño), hicieron que otra parte de la doctrina³⁴⁵ y jurisprudencia defendieran la pervivencia de la acción civil directa frente al funcionario o empleado público. La derogación del art. 43 de la LRJAE no significaba la supresión de la responsabilidad civil directa del funcionario sino la intención de la LRJPAC de instaurar una regulación única y homogénea para todas las Administraciones Públicas, dado que dicha norma era sólo de carácter estatal. Otro de los preceptos que abonaba esta tesis era el art.35.j) de la LRJPAC que disponía que los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, tenían derecho: «j) a exigir las responsabilidades de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente.» Asimismo, frente a los que alegaban la

³⁴⁴ Existían dudas sobre si la Ley de 5 de abril de 1904 y su Reglamento siguieron vigentes tras la entrada en vigor de la LRJPAC. Para la STS (Sala de lo Civil), de 17 de febrero de 2006 (RJ 2006\889), «*el reconocimiento normativo de una responsabilidad solidaria de la Administración y del funcionario, exigible frente a éste por la vía de la Ley de 5 de abril de 1904, queda suprimido cuando, en ejecución de la LRJPAC, se aprueba el Reglamento de procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial*». Para algunos autores, como MARTÍN REBOLLO, estas normas habían dejado de estar vigente. MARTÍN REBOLLO, L.; «La responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 84 y 94. Para los que consideran que se mantiene la acción directa, esta Ley, que se deroga expresamente en 1999 a través de la reforma introducida por la Ley 4/1999, no puede entenderse derogada de forma tácita con la aprobación de la LRJPAC porque no hay una incompatibilidad de normas sino una remisión del art.146.1 de la LRJPAC a «*la legislación correspondiente*».

³⁴⁵ LEGUINA VILLA, J.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 407; PARADA VÁZQUEZ, R.; *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común: (estudio, comentarios y texto de la LRJPAC, de 26 de noviembre)*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pp. 453 y 454. GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.; *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, pp. 1473 a 1475 y 1483 a 1484; PEMÁN GAVÍN, J.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 312, 313 y 328; COSCUELLA MONTANER, L.; *Manual de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 5ª ed., 1994, p. 512; RODA GARCÍA, L. Y GALÁN CORTES, J. C.; «Cauce procesal adecuado en reclamaciones simultáneas contra la Administración y el personal sanitario», *La Ley*, Tomo 2 (1996). En www.laleydigital.es [Consultado el día 1 de septiembre de 2016]; SERRA DOMÍNGUEZ, M.; *op. cit.*, p. 16; SERRERA CONTRERAS, P. L.; «Art. 145. Exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas» en la obra colectiva *Estudios y Comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tomo II, Ministerio de Justicia y de la Presidencia, Madrid, 1993, p. 112.

dicción literal del art. 145 de la LRJPAC, consideraban que éste regulaba únicamente la responsabilidad de la Administración, no la del personal a su servicio, que por ende no impedía y para cuya exigencia se remitía a la legislación correspondiente (art. 146 de la LRJPAC). Se derivaban dos consecuencias:

1. De orden sustantivo: el funcionario o empleado público podía responder cuando el daño era provocado por culpa leve conforme a lo dispuesto en el art. 1902 del CC y no sólo cuando fuera grave.

2. De orden procesal: el ejercicio de la acción directa para reclamar la responsabilidad frente al funcionario o empleado público se debía plantear ante el orden civil³⁴⁶. La demanda conjunta frente a la Administración sanitaria y a los médicos, enfermeros, anestesistas... quedaba deferida a la competencia de la jurisdicción civil en virtud de su *vis atractiva* (art. 9.2 de la LOPJ), de la proscripción del peregrinaje jurisdiccional y la no división de la continencia de la causa. Se mantenía la misma situación que existía con anterioridad a la entrada en vigor de la LRJPAC y del RPRP.

Sin embargo, tampoco existió unanimidad en este sentido. Algún autor que admitió la posibilidad de dirigir la acción civil frente al personal al servicio de la Administración rechazaba la posibilidad de acumular las acciones, entendiendo que la acción frente al personal debía ventilarse ante la jurisdicción civil, mientras que la ejercitada contra la Administración debía ir a la jurisdicción contencioso-administrativa, dada la unificación llevada a cabo por la LRJPAC y el RPRP³⁴⁷.

Toda esta polémica, como veremos posteriormente, cesa con la entrada en vigor de la LJCA en 1998 y las modificaciones introducidas en la LOPJ (1998) y en la LRJPAC (1999). Durante el tiempo intermedio entre la LRJPAC y la entrada en vigor de estas normas el Tribunal Supremo, no sin muchas vacilaciones, pareció inclinarse por la supresión del derecho de opción. Al respecto resultó clara la STS (Sala de lo Civil), de

³⁴⁶ Recuérdese la peculiaridad del recurso contencioso-administrativo que impedía que los particulares pudieran ser demandados por esta vía.

³⁴⁷ Según SEIJAS QUINTANA tras la LRJPAC no eran ya admisibles los argumentos hasta ese momento defendidos por la jurisdicción civil para fundamentar la acumulación de acciones, entre otros motivos, porque la jurisdicción competente para el conocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración era la contencioso-administrativa sin que el orden civil pudiera alegar su competencia residual (art. 9.2 de la LOPJ). Asimismo, porque el art. 154.2 de la LEC 1881 prohibía la acumulación de acciones en un mismo proceso cuando la competencia correspondía a órdenes jurisdiccionales diferentes. SEIJAS QUINTANA, J. A.; «Responsabilidad civil médico sanitaria: ejercicio...», *op. cit.*

17 de febrero de 2006 (RJ 2006\889)³⁴⁸, que señaló que el sistema de opción desapareció con la LRJPAC debido: a la dicción literal del art. 145 de la LRJPAC que impedía al perjudicado ejercitar acción directa frente al causante del daño; a la derogación del art. 43 de la LRJAE y del art. 135 del REF; a que considerar vigente el derecho de opción suponía «remontarse al régimen general de la culpa civil contenido en los artículos 1902 ss. del Código civil (LEG 1889, 27) o al régimen sustantivo de esta responsabilidad contenido en la Ley de 5 de abril de 1904, con la reviviscencia difícilmente explicable, en términos de interpretación evolutiva de las Leyes, de principios incompatibles con los que fue desarrollando la legislación posterior, tendente a restringir la responsabilidad del funcionario a los casos de dolo o culpa grave y a prescindir del principio respondeat superior»; a que la mención que realizaba el art. 146 de la LRJPAC había que entenderla hecha a la responsabilidad civil derivada de actos realizados dentro de la esfera personal y privada del funcionario o empleado público, con desconexión del servicio. Así venía a confirmarlo el que la Ley 4/1999 que lo suprimía, señalaba en su Exposición de Motivos que iba a «clarificar» el régimen. En el mismo sentido, STS (Sala de lo Civil), 16 de marzo de 2000 (RJ 2000\1840).

Sin embargo, en el específico ámbito de las reclamaciones en responsabilidad médico-sanitaria la jurisprudencia del Tribunal Supremo³⁴⁹, incluida la sentencia anteriormente citada, sostuvo la doctrina totalmente contraria. Teniendo en cuenta la especialidad de la materia sanitaria, reconocía la competencia del orden jurisdiccional civil cuando se acumulaban las demandas frente a la Administración sanitaria y al personal a su servicio (médicos, enfermeros, anestesiólogos...). Los argumentos seguían siendo los mismos: *vis atractiva* (art. 9.2 de la LOPJ); no división de la contienda de la causa para evitar resoluciones contradictorias; principio de economía procesal y

³⁴⁸ Comentada por: MIR PUIGPELAT, O.; «Sin opción. Comentario a la STS 17.2.2006, por la que se niega el derecho de opción de las víctimas de exigir responsabilidad civil a los funcionarios públicos ante los órganos de la jurisdicción ordinaria», *InDret*, nº 3 (2006). En <http://www.indret.com> [consultado el día 6 de octubre de 2016]; BELLO JANEIRO, D.: «Sentencia de 17 de febrero de 2006», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 73 (2007).

³⁴⁹ En este sentido ya se había pronunciado parte de la doctrina civilista: Según SERRA DOMÍNGUEZ: tras la reforma, la jurisdicción competente dependía de cuál era la causa de pedir. Si se pretendía solicitar únicamente la responsabilidad del Estado por funcionamiento del servicio sanitario, la competencia correspondía a la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, si «se pretende solicitar la responsabilidad del médico o del hospital, de la institución sanitaria por culpa o negligencia o incumplimiento de contratos, es otro problema; serán competentes [...] los Tribunales Civiles». SERRA DOMÍNGUEZ, M.; *op. cit.*, p. 144. En el mismo sentido, SERRANO ALONSO, E.; *op. cit.*, pp. 1 y ss. Para PEMAN GAVÍN seguía existiendo una vía que no había sido suprimida por la LRJPAC y en la que se podía reconducir la competencia al orden civil: cuando se demandaba al profesional y a la Administración responsable. PEMÁN GAVÍN, J.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 312, 313 y 328.

necesidad de evitar un peregrinaje jurisdiccional que conllevaría dilaciones indebidas³⁵⁰ (SSTS (Sala de lo Civil), 15 de julio de 2003 (RJ 2003, 4463); 23 de diciembre de 2004 (RJ 2005\1608); 10 de julio de 2007 (RJ 2007\5130); 28 de diciembre de 2007 (RJ 2008\337) que cita numerosas sentencias; 17 de septiembre de 2008 [RJ 2008\5517]; 20 de junio de 2008 (RJ 2008\4260) y todas las que en ellas se citan).

Estaba claro, como señaló, MIR PUIGPELAT que si la jurisprudencia del Tribunal Supremo entendió suprimido el derecho de opción tras la entrada en vigor de la LRJPAC, se debía haber alcanzado la misma conclusión cuando se planteaban reclamaciones por defectuosa asistencia sanitaria. El argumento de la vis atractiva sólo era alegable en caso de laguna que, en estos casos, no existía³⁵¹.

Frente a esta jurisprudencia, la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo declinaba la competencia en favor del orden contencioso-administrativo cuando se reclamaba conjuntamente a la Administración y al personal sanitario (médico, enfermeros, anestesiastas...). A éstos no se les demandaba como profesional particular sino como personal al servicio de la Administración insertado en el propio funcionamiento del servicio, motivo por el que les resultaba aplicable el sistema de responsabilidad previsto en la LRJPAC y el RPRP que unificaban en el contencioso-administrativo el conocimiento de ésta materia (Auto del TS (Sala de Conflictos de Competencia), 25 de marzo de 1998 [RJ 1998\7336]; 10 de noviembre de 1998 [RJ 1999\1577]; 19 de diciembre de 1996 [RJ 1996\9187]; 17 de julio de 1997 [RJ 1998\1322]).

³⁵⁰ Decía la STS (Sala de lo Civil), de 17 de febrero de 2006 (RJ 2006\889), fº jº 10º, en este punto bastante criticable, que la negación del derecho de opción desde la aprobación de la LRJPAC no resultaba contraria a la doctrina mantenida por la misma sala en sentencias anteriores que reconocían la competencia del orden civil «*para conocer de las reclamaciones, especialmente en materia de responsabilidad médica, entabladas conjuntamente contra servicios sanitarios públicos y profesionales médicos en el período comprendido entre la entrada en vigor de la LRJPAC (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) en su primera redacción y la modificación introducida por la Ley 4/1999 (RCL 1999, 114, 329) (coetánea con la reforma del art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial [RCL 1985, 1578, 2635] y con la entrada en vigor de la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa [RCL 1998, 1741]), pues en ellas no se decide, como ha venido a ocurrir en el caso enjuiciado, sobre la facultad de demandar a los funcionarios o agentes de la Administración por hechos realizados en el ejercicio de sus funciones, sino que la Sala se inclina, teniendo en cuenta la especialidad de la materia sanitaria y durante el expresado período normativo, por dar prevalencia al principio de vis atractiva [fuerza atractiva] del orden jurisdiccional civil hasta que la Ley 4/1999 (disposición adicional duodécima) hizo una particular y definitiva referencia a la competencia del orden Contencioso-Administrativo para conocer de la responsabilidad patrimonial en materia de servicios sanitarios públicos; o bien aplica dicha vis atractiva cuando se demanda conjuntamente a la Administración y a personas privadas que concurren con ella a la producción del resultado dañoso, hasta que la nueva redacción del art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635) eliminó esta posibilidad.*»

³⁵¹MIR PUIGPELAT, O.; «Sin opción...», *op. cit.*, p.6.

Por su parte, cuando la acción se dirigía directamente frente a la aseguradora de la Administración o conjuntamente frente a ambas, la competencia se reconducía al conocimiento de la jurisdicción civil.

5. Intentos normativos para restaurar el principio de unidad de fuero.

Dada la intensa polémica que seguía existiendo en torno al orden jurisdiccional competente, el legislador entre los años 1998 a 2000 llevó a cabo una serie de importantes reformas tendentes a reforzar y hacer explícita la idea de la unidad jurisdiccional, concentrando en el orden contencioso-administrativo todas las cuestiones relativas a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, intentando poner fin a la confusión competencial y a las discrepancias existentes entre los distintos órdenes jurisdiccionales³⁵².

5.1 La reforma del art. 9.4 de la LOPJ y la aprobación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa: la responsabilidad patrimonial de la Administración como criterio de atribución de la competencia al orden contencioso-administrativo.

El legislador de 1998 modificó el art. 9.4 de la LOPJ y aprobó la nueva LJCA detallando de forma precisa la extensión del orden contencioso-administrativo para lograr, como apuntó ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, *«la rotunda claridad y el éxito del terminante mandato del legislador:»* que el orden contencioso-administrativo conozca de las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración³⁵³.

³⁵² Así lo puso de manifiesto claramente la STS (Sala de lo Civil), 20 de junio de 2008 (RJ 2008\4260), fº jº 2º: *«La entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de junio (RCL 1998, 1741), reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, y la reforma operada por la citada Ley Orgánica 6/1998 (RCL 1998,1735) en materia de competencia de los tribunales de este orden, junto con la modificación de la LRJPAC (RCL 1992, 2512 y 2775 y RCL 1993, 246) llevada a cabo por la Ley 4/1999, de 13 de enero (RCL 1999, 114 y 329), constituyen, pues, el punto de inflexión en el mantenimiento de la señalada doctrina jurisprudencial, en la medida en que configuran un marco competencial, material y jurisdiccional, que sitúa de manera decidida en el ámbito de la jurisdicción Contencioso-Administrativa la competencia para conocer de las pretensiones de responsabilidad patrimonial deducidas conjuntamente contra las Administraciones Públicas y los particulares, poniendo fin de este modo a la divergencia de las respuestas judiciales de los tribunales de los distintos órdenes al examinar estas cuestiones con anterioridad a ese nuevo marco normativo, y ajustándose, por ende, a los designios del legislador comunitario de concentrar las reclamaciones contra la Administración en el ámbito de la jurisdicción Contencioso-Administrativa (cfr. artículo 215 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea [RCL 1999, 1205 ter]).»*

³⁵³ ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M.; *op.cit.*

Por un lado, en virtud del art. único 1 de la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se modifica el art.9.4 de la LOPJ para incluir un segundo apartado en el que se establece que los Tribunales y Juzgados del orden contencioso-administrativo: *«conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional.»*

Con la modificación de la LOPJ en el mismo sentido que la LJCA, se evita así cualquier tacha de inconstitucionalidad³⁵⁴.

Por otra parte, se aprueba la LJCA³⁵⁵ que en su artículo 2.e) dispone:

«El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social.»

Esta unificación legal zanjó definitivamente la controversia sobre el retorno a la unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública ya que, por un lado, atribuye genéricamente la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa, sin discriminar si la Administración actúa en relaciones de Derecho público o privado³⁵⁶; y, por otro lado, prohíbe expresamente al orden civil y social conocer de este tipo de reclamaciones³⁵⁷³⁵⁸. Así lo entendió tanto la Sala de lo

³⁵⁴ Precisamente, como se señala en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial la modificación tiene por finalidad que la LOPJ tuviera una regulación acorde o coherente con las previsiones que en materia competencial tenía la nueva LJCA. Dado que era una materia reservada a la Ley Orgánica, debía ser modificada por una norma de igual rango, de ahí la modificación de la LOPJ.

³⁵⁵ Deroga la anterior LJCA 1956 en virtud de su disposición derogatoria segunda a). En este punto, sigue el criterio del anterior art. 3.b) de la LJCA 1956.

³⁵⁶ Para algunos se recupera el principio de unidad jurisdiccional, y para otros se confirma la unidad jurisdiccional ya establecida en la LRJPAC de forma implícita

³⁵⁷ Como señaló MIR PUIGPELAT: esta tajante y poco frecuente prohibición en nuestro ordenamiento se explica por la grave polémica existente y por la voluntad del legislador de ponerle fin. MIR PUIGPELAT, O.; «La jurisdicción...», *op. cit.*, pp. 4 y 5. «El precepto no parece admitir excepción alguna» SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J.A. Y FERNÁNDEZ MONTALVO, R.; *op. cit.*, p. 442.

Civil como la de lo Social del TS (como muestra SSTS (Sala de lo Civil), 18 de septiembre de 2002 (RJ 2002\7814) y (Sala de lo Social), 19 de abril de 1999 [RJ 1999\4528³⁵⁹]). Se pone así fin a la mayoría de los conflictos competenciales. La búsqueda de la unificación es subrayada en la propia Exposición de Motivos de la LJCA: «*Algo parecido debe decirse de las cuestiones que se susciten en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Los principios de su peculiar régimen jurídico, que tiene cobertura constitucional, son de naturaleza pública y hoy en día la Ley impone que en todo caso la responsabilidad se exija a través de un mismo tipo de procedimiento administrativo. Por eso, parece muy conveniente unificar la competencia para conocer de este tipo de asuntos en la Jurisdicción Contencioso-administrativa, evitando la dispersión de acciones que actualmente existe y garantizando la uniformidad jurisprudencial, salvo, como es lógico, en aquellos casos en que la responsabilidad derive de la comisión de una infracción penal.*»

Por tanto, de acuerdo con el art. 9.4 de la LOPJ y 2.e) de la LJCA cuando se pretendan ejercitar pretensiones indemnizatorias frente a entidades que tengan el carácter de Administración, la competencia corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. Entendiéndose por tales, según el art. 1.2 de la LJCA: «*a) La Administración General del Estado; b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas; c) Las Entidades que integran la Administración local; y, d) Las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales.*»

En este sentido, inicialmente, se afirmó la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de los conflictos que sobre responsabilidad patrimonial de la Administración podían y pueden plantearse frente a entidades que teniendo personalidad jurídico-pública y la condición de Administración sujetan parte de su actuación al Derecho privado, como son las entidades públicas empresariales, entre ellas RENFE. Así lo expresó *obiter dicta* el Auto del TS (Sala de Conflictos de

³⁵⁸Vid. AA. VV.; *La reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Institut d'Estudis Autonomics, Barcelona, 1995, pp. 16 y ss; GAMERO CASADO, E.; «Los contratos...», *op. cit.*, pp. 362 y 363 y la abundante bibliografía que cita.

³⁵⁹ Ciertamente, la nueva norma no desmonta el argumento del orden social en tanto que si resulta aplicable a la responsabilidad patrimonial de la Administración y, las reclamaciones por defectuosa prestación de asistencia sanitaria no lo son (al ser conflictos sobre una prestación de la Seguridad Social) no le resultaría aplicable. Sin embargo, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo entendió que una vez entrada en vigor estas normas que introducían una unificación legal, la competencia para reclamar la indemnización por defectuosa asistencia sanitaria por parte de la Administración Sanitaria corresponderá a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Competencia), 27 de diciembre de 2001³⁶⁰ (RJ 2005\7822) o 21 de octubre de 2002 (JUR 2009\12656) aunque en la actualidad, con relación a RENFE, parece ser otra la solución alcanzada (*Vid. Supra*, Capítulo IV, 2).

El problema se sigue planteando cuando el sujeto que presta el servicio no es una Administración como puede ser una sociedad, fundación o un contratista en gestión indirecta puesto que a priori quedan fuera del ámbito de aplicación de la norma.

La adopción del sistema de unidad jurisdiccional en favor del orden contencioso-administrativo no estuvo exenta de críticas; así autores como PANTALEÓN PRIETO propusieron de *lege ferenda*, cuando estaba en fase de Anteproyecto la LJCA (pero también con anterioridad), un sistema de unidad jurisdiccional en favor del orden civil³⁶¹.

³⁶⁰ Fundamento jurídico 2º: «Una vez determinada la personalidad jurídica de RENFE, como reiteradamente viene señalando esta Sala Especial de Conflictos de Competencia, en aplicación del artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 (RCL 1985, 1578, 2635) (reformada en este punto por la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio [RCL 1998, 1735]), 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 se derive, deberán sustanciarse, necesariamente, ante los Órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Añadiéndose, incluso, que si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional.

Este criterio de atribución competencial, ya iniciado en los artículos 142.6 y 144 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), se ha visto ratificado por el artículo 2.e) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998 [...].

De ello se deduce que, con independencia de la relación jurídica, pública o privada, en la que se haya ocasionado el daño, cuando estemos en presencia de una reclamación de este carácter formulada contra una Administración Pública, como es el caso de RENFE, constituida como Entidad Pública Empresarial, la Jurisdicción competente será siempre la Contencioso-Administrativa.

Ello implica que, desde esta perspectiva argumental, no puedan admitirse las razones invocadas por el Ministerio Fiscal para atribuir la competencia a la jurisdicción civil, al entender que, en este caso, RENFE es una entidad de derecho público que actúa en régimen de derecho privado, pues también en este supuesto, a la vista de la normativa expuesta, debe primar, como determinante de la atribución competencial, su carácter de Administración Pública.

[...] De todo ello, como cuestión de principio, puede afirmarse que después de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998 (RCL 1998, 1741), toda reclamación indemnizatoria derivada de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación, pública o privada en que se ocasione, deberá ser sustanciada ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, incluso en el caso de que a la producción del daño hayan concurrido sujetos privados, quienes deberán, también, ser demandados ante este orden jurisdiccional.» Diferente era en el caso de que se demandara al ente público junto con la aseguradora puesto que en ese caso se atraía la competencia a la jurisdicción civil.

³⁶¹PANTALEÓN PRIETO, A. F.; *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 235 a 243 y *Responsabilidad médica...*, *op. cit.*, pp. 32, 41, 50 y 51; GARNICA MARTÍN, J. F.; «La acción directa frente al asegurador en supuestos de responsabilidad de agentes públicos. Jurisdicción competente», *Actualidad Civil*, nº 5 (2000), p. 1509. Muy crítica se muestra CUETO PÉREZ: «a nuestro juicio esta solución iría contra toda coherencia del sistema jurídico y contra el reparto jurisdiccional que realiza la LOPJ.» CUETO PÉREZ, M.; *Responsabilidad de la...*, *op. cit.*, p. 449.

5.1.1 La concurrencia de sujetos privados a la producción del daño.

Con objeto de asegurar la exclusividad del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, el art. 9.4 de la LOPJ señala que incluso si se demanda a los sujetos privados que concurren a la producción del daño junto a la Administración, la pretensión se deducirá también frente a ellos ante el orden contencioso-administrativo, añadiendo el art. 2.e) de la LJCA que la Administración no podrá ser demandada ante el orden civil ni social, aunque concorra con estos sujetos privados. Se otorga una *vis atractiva* a la jurisdicción contencioso-administrativa³⁶² para intentar acabar con la práctica frecuente de demandar al sujeto privado para atraer la competencia al orden civil³⁶³. Por sujetos privados que concurren a la producción del daño entiende la propia Exposición de Motivos de la LO 6/1998, de 13 de julio, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial: «*aquellos que no están al servicio de los poderes públicos actuantes en cada situación; la responsabilidad de quienes si lo están se exigirá, en todo caso, en los términos de la LRJPAC*». Según la doctrina mayoritaria³⁶⁴, ello venía a significar que no cabía demandar al empleado o funcionario público, debiendo dirigirse la reclamación directamente frente a la Administración, sin perjuicio de la posterior acción de regreso frente a los mismos (art. 145.2 LRJPAC y art. 19 RPRP), lo que viene a confirmarse con la legislación posterior. Por contra, de admitirse esta posibilidad debían ser demandados junto a la Administración en la jurisdicción contencioso-

³⁶² No estuvo exenta de polémica. El Dictamen del Consejo de Estado nº 503/1995, de 15 de junio sobre el Anteproyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa señaló que «*ello contradice cierta jurisprudencia que había propugnado excluir del orden contencioso-administrativo los pleitos en que se demandase conjuntamente a una Administración pública y a particulares por estimar que la Jurisdicción Contencioso-administrativa es un orden "especializado" frente a la Civil y ésta, como orden común, goza de fuerza de atracción.*» Nótese que con anterioridad al Anteproyecto que acaba convirtiéndose en Ley, existieron otros anteriores. El penúltimo fue uno de 1995 sobre el que se emite este Dictamen y a cuya fundamentación se remite el Dictamen del Consejo de Estado nº 1125/1997, de 29 de mayo sobre el Anteproyecto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en todos aquellos apartados que no han sufrido variación en el Anteproyecto definitivo.

Para LEGUINA VILLA, sin embargo, esta posibilidad es la opción más coherente y pone de manifiesto la naturaleza ordinaria, no especial, de la jurisdicción contencioso-administrativa. Afirma: «*La jurisdicción es única y su naturaleza ordinaria es predicable por igual de todos los órdenes jurisdiccionales, como también lo es el carácter especializado de todos ellos -y no sólo del contencioso-administrativo- en el desempeño de la función judicial que ratione materiae tienen legalmente encomendada.*» LEGUINA VILLA, J.; «Responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 13.

³⁶³ Se intentan cegar legalmente los argumentos de la *vis atractiva*, no división de la contienda de la causa y proscripción del peregrinaje jurisdiccional que alegaba la jurisdicción civil para asumir la competencia.

³⁶⁴ SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J.A. Y FERNÁNDEZ MONTALVO, R.; *op. cit.*, pp. 443 y 444; HERNÁNDEZ DEL CASTILLO, A.; «Capítulo II.1.2 Situación actual ...», *op. cit.*, p. 600; GAMERO CASADO, E.; «El nuevo...», *op. cit.*

administrativa³⁶⁵, como sucedía cuando se demandaba a la Administración y el personal sanitario (STS (Sala de lo Civil), 28 de diciembre de 2007 (RJ 2008\337)). Si bien, en la mayoría de los casos se parte a estos efectos de la reforma introducida por la Ley 4/1999 (SSTS (Sala de lo Civil), 4 de julio de 2007 (RJ 2007\5580); 20 de junio de 2008 (RJ 2008\4260) y las que en ellas se citan).

La doctrina mayoritaria considera que el art. 9.4 de la LOPJ no establece un litisconsorcio pasivo necesario³⁶⁶ por lo que se podría optar por ejercitar la acción

³⁶⁵Así lo cita, aunque no es la opinión que comparte MARTÍN REBOLLO, L.; «Ayer y hoy...», *op. cit.*, pp. 300 y 301.

³⁶⁶GARBERÍ LLOBREGAT considera que el litisconsorcio es voluntario: «*el mismo no puede obedecer a los patronos del litisconsorcio necesario, el cual se fundamenta en razones de índole material que hacen inviable emitir un pronunciamiento judicial sobre el fondo de un conflicto sin que en él intervengan todos los titulares del derecho material discutido. En nuestro caso, sin embargo, si se impide que las acciones de responsabilidad patrimonial contra Administración y contra sujeto privado puedan ser ejercitadas separadamente no es, desde luego, por razones de derecho material, sino por salvaguardar la exclusividad del orden jurisdiccional administrativo en todos los casos en que se promueva una acción de este tipo contra la Administración; el que las acciones, desde un plano teórico, pueden ser perfectamente ejercitadas de manera separada lo demuestra el hecho de que, con anterioridad a la L.O. 6/1998, esa era precisamente la solución que regía en nuestro Derecho.*

Además, sostener que tal litisconsorcio es de carácter necesario supondría, por ejemplo, la total imposibilidad de que la víctima del daño pudiese renunciar a dirigir la acción contra la Administración, decantándose únicamente por interponerla contra el sujeto privado que haya concurrido a la producción del daño, y viceversa. Y esta posibilidad, tratándose de derechos civiles puramente patrimoniales y, por tanto, de la libre disposición del interesado, difícilmente puede ser cuestionada con rigor.

Es claro, en consecuencia, que el litisconsorcio que se forma con la puesta en práctica de la previsión del art. 9.4.II LOPJ es de carácter voluntario. Lo que igualmente evidencia que el imperativo “deducirá” que emplea la norma no se refiere a una supuesta obligación de ejercitar conjuntamente de ambas acciones (cuyo ejercicio independiente, demandando únicamente al particular, o demandando únicamente a la Administración, resulta perfectamente posible), sino a la Jurisdicción competente (si el interesado pretende ejercitar ambas acciones, entonces tendrá que deducirlas imperativamente ante la Jurisdicción contencioso-administrativa).

Siendo voluntario dicho litisconsorcio, por otro lado, no puede sino concluirse en que, aunque existan sujetos privados que hayan concurrido a la producción del daño, la relación jurídica procesal se encontrará regularmente constituida aunque el actor demande única y exclusivamente a la Administración, sin que, en tal caso, ni el Juez de oficio, ni la propia Administración demandada, puedan apreciar o alegar defecto alguno en la constitución de los elementos subjetivos de dicha relación jurídica, ni, por ende, provocar la llamada al proceso de dichos sujetos privados no demandados.»

GARBERÍ LLOBREGAT, J.; «Acciones de...», *op. cit.*, p. 123; COBO OLVERA, T. Y COBO PERALTA, T. A.; *El procedimiento para la exigencia de la responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas. Ley 39/2015 y Ley 40/2015. Normativa, jurisprudencia, doctrina y formularios*, Wolters Kluwer, Madrid, 7ª ed., 2019, p. 36. BUSTO LAGO, J. M.; «La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas» en la obra colectiva *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II coordinada por REGLERO CAMPOS, L. F. y BUSTO LAGO, J. M., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 5ª ed., 2014, p. 1964.

Sin embargo, RIVERA FERNÁNDEZ, a la luz de la cuestión sobre si el ejercicio frente a al particular supone renuncia a la acción frente a la Administración establece que «*puede que la solución al presente conflicto venga dada por otra vía. A saber, el artículo 71.1.d) de la LRJCA al disponer que, admitida la pretensión del perjudicado, la sentencia «declarará en todo caso el derecho a la reparación señalando asimismo quien viene obligado a indemnizar», y excluir la aplicación incondicionada de la regla de la solidaridad en la responsabilidad concurrente [...] de la Administración Pública y el particular, abre la puerta a la consideración de la existencia de un posible supuesto de litisconsorcio pasivo necesario, que, en cualquier caso, y ante la necesidad de traer al procedimiento a la Administración Pública debe conllevar, necesariamente, la inhibición del juez civil a favor del orden contencioso-administrativo.*

únicamente frente al particular, en cuyo caso la competencia corresponde al orden civil; exclusivamente frente a la Administración en el orden contencioso-administrativo, previa tramitación de la vía administrativa; o, de forma acumulada frente a ambas en cuyo caso los artículos 9.4 de la LOPJ y 2.e) de la LJCA imponen forzosamente la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Ahora bien, si el perjudicado opta por no acumular las acciones frente al particular y la Administración, se debate si supone la renuncia al ejercicio de la acción. Mientras que para una parte, si el perjudicado se dirige exclusivamente frente al sujeto privado que concurre a la producción del daño, no se podría reclamar simultánea o sucesivamente en la vía administrativa y contencioso-administrativa frente a la Administración, por entender que ha renunciado a la acción³⁶⁷; del mismo modo, a la inversa, se entendería renunciada la acción frente al particular³⁶⁸. Otra parte considera que sí podría porque no cabe inferir renuncia de ese mero comportamiento³⁶⁹.

La acumulación de acciones frente a la Administración y a los sujetos privados que concurren a la producción del daño en el orden contencioso-administrativo no ha estado exenta de crítica, entre otros motivos, por los problemas que genera la existencia de codemandados con formas de responsabilidad diferentes -la Administración y sus empleados públicos-, que lo harán conforme al régimen público y los sujetos privados

Ésta, no me cabe duda, ha sido la intención del legislador, si no fuera así dejaría en agua de borrajas todo el intento legislativo, manifestado por activa y por pasiva, de plasmar la «unidad jurisdiccional» en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas». RIVERA FERNÁNDEZ, M.; op. cit., p. 1661.

³⁶⁷ LEGUINA VILLA, J.; «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. Artículo 2.e)», REDA, nº 100 (1998), p. 104 y «Responsabilidad patrimonial...», op. cit., p. 14; GAMERO CASADO, E.; «El nuevo...», op. cit.

³⁶⁸ Sería posible en cuanto se trata de derechos patrimoniales de libre disposición. GARBERÍ LLOBREGAT, J.; «Acciones de...», op. cit.; COBO OLVERA, T. Y COBO PERALTA, T. A.; op. cit., p. 36; BUSTO LAGO, J. M.; «La responsabilidad...», op. cit., p. 1964.

³⁶⁹ SALA SÁNCHEZ, XIOL RÍOS y FERNÁNDEZ MONTALVO entienden que la carencia de una regulación procesal adecuada que regule la intervención del sujeto privado, hace que la acumulación de acciones tenga carácter potestativo si no se quiere ocasionar indefensión, por lo que podrá reclamarse directamente frente al particular en el orden civil y simultánea o posteriormente frente a la Administración en la vía administrativa y contencioso-administrativa. Asimismo, si el recurso contencioso-administrativo es desestimado se podrá accionar frente al particular en el orden civil. SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J.A. Y FERNÁNDEZ MONTALVO, R.; op. cit., pp. 444 a 448. RIVERA FERNÁNDEZ señala por una parte que, si habiéndose demandado a la Administración en el orden contencioso, se quisiera reclamar frente al sujeto privado se deberá hacer en el contencioso-administrativo, debiendo inhibirse el orden civil. Y, por otra, rechaza radicalmente que se entienda renunciada la acción frente a la Administración en aquellos casos en que se ha reclamado previamente contra el particular porque se estaría «cerca de vulnerar el artículo 24 de la CE». RIVERA FERNÁNDEZ, M.; op. cit., pp. 1660 y 1661.

que responderán conforme a las reglas propias del Código Civil³⁷⁰. Así, por ejemplo, ¿sigue conociendo el orden contencioso-administrativo si el tribunal entiende que no hay responsabilidad por parte de la Administración? La jurisprudencia ha entendido que sí, que se llegará hasta la finalización del proceso respecto al particular que será juzgado conforme a las normas propias del Derecho Civil (SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 26 de septiembre de 2007 [RJ 2007\7088]; 21 de noviembre de 2007 [RJ 2007\8464]; 21 de julio de 2009 [RJ 2009\7150]) o 2 de diciembre de 2010 [RJ 2010\8805]³⁷¹); o, la continuación del proceso frente al particular si la Administración se allana; la interrupción del plazo de prescripción frente al sujeto privado si se inicia un procedimiento administrativo para reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración; qué sucede si se inadmite el recurso por no haberse agotado la vía administrativa previa frente a la Administración³⁷²; o qué posición puede ocupar el particular en el procedimiento administrativo, son algunas de las cuestiones que se plantean cuyo estudio excede del ámbito de este trabajo³⁷³.

No es inusual que en la prestación de la asistencia sanitaria dañosa intervengan un centro público y un centro privado. Piénsese en un parto asistido en un Hospital privado en el que por negligencia el bebé haya sufrido algún daño y sea trasladado a un Hospital Público en el que tampoco es tratado conforme a la *lex artis* o se provoque otro daño. En virtud del art. 9.4 de la LOPJ y art.2.e) de la LJCA se podrá demandar conjuntamente a ambos en el orden contencioso-administrativo.

Tras estas dos reformas, que entraron en vigor el 14 de diciembre de 1998 y que perduran en la actualidad, tanto la vía social como la civil pierden su importancia en

³⁷⁰ GUERRERO ZAPLANA, J.; «La Jurisdicción...», *op. cit.*, p. 269. Grandes objeciones doctrinales en torno a la atribución de la competencia al orden contencioso-administrativo cuando se demanda a particulares plantea: MARTÍN REBOLLO, L.; «La responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 90 y ss; GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F.; *Responsabilidad patrimonial de la Administración. Cuándo y cómo indemniza la Administración. Régimen general y especialidades en el ámbito sanitario, urbanístico y otros*, Comares, Granada, 2ª ed., 2020, pp. 147 a 149; Como afirma JIMÉNEZ BONILLA: «la nueva regulación resuelve el problema del fuero, pero conlleva nuevos problemas técnicos dogmáticos derivados de la acumulación de pretensiones ante el orden contencioso de tan diferente régimen tanto sustantivo como adjetivo». JIMÉNEZ BONILLA, S.; *op. cit.*, pp. 561 a 563; HERNÁNDEZ DEL CASTILLO, A.; «Capítulo II.I.2 Situación actual...», *op. cit.*, pp.604 a 607.

³⁷¹ COBO OLVERA, T. Y COBO PERALTA, T. A.; *op. cit.*, pp. 41 y 42.

³⁷² Téngase en cuenta que para dirigirse frente al particular en la vía contencioso-administrativa tiene que ejercitarse la acción acumuladamente frente a la Administración debiendo agotarse previamente la vía administrativa.

³⁷³ Sobre todas estas cuestiones, *Vid.* BUSTO LAGO, J. M.; «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1965; GARBERÍ LLOBREGAT, J.; «Acciones de...», *op. cit.*, p. 124. Algunos de estos problemas son puestos de manifiesto por: SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J.A. Y FERNÁNDEZ MONTALVO, R.; *op. cit.*, pp. 445 y 446; JIMÉNEZ BONILLA, S.; *op. cit.*, pp. 561 a 563.

favor de la contencioso-administrativa. Empieza a consolidarse el principio de unidad jurisdiccional en torno a esta jurisdicción, si bien se mantienen algunas excepciones y casos conflictivos, como veremos posteriormente.

5.2. Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común.

La Ley 4/1999 introdujo importantes modificaciones en la regulación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas con la intención de poner fin a algunos de los aspectos más problemáticos señalados por doctrina y jurisprudencia³⁷⁴. Como puso de manifiesto CASINO RUBIO, de toda la reforma destacaba el afán por «*cerrar definitivamente cualquier resquicio de entrada a la competencia del resto de jurisdicciones y a la aplicación de otro sistema de responsabilidad que no sea justamente el diseñado en la propia LRJPAC*³⁷⁵».

Por lo que a nosotros nos interesa se aprobaron tres importantes modificaciones:

5.2.1 Responsabilidad de la Administración en relaciones de Derecho privado: el art. 144 de la LRJPAC y la unidad de régimen jurídico y de fuero.

La Ley 4/1999 dio una nueva redacción al art.144 de la LRJPAC en la que, además de recoger la responsabilidad directa de la Administración cuando actuase en relaciones de Derecho privado –lo que no suponía ninguna novedad-, añadía: «*la responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley.*» A diferencia de la redacción original³⁷⁶, optaba claramente, como señaló su propia Exposición de Motivos, por la unificación del régimen jurídico sustantivo de

³⁷⁴ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, M.; «Principios generales de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», *Actualidad Administrativa*, Nº 27 (1999). En www.laleydigital.es [Consultado el día 12 de enero de 2017].

³⁷⁵ CASINO RUBIO, M.; «El Derecho sancionador y la responsabilidad patrimonial de la Administración», *Documentación Administrativa*, nº 254-255 (1999), pp. 346 y 347. En su opinión, las modificaciones no terminaban de cumplir ese objetivo al dejar fuera tanto del régimen sustantivo como de la unidad jurisdiccional la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración derivada de delito. *Ibidem*.

³⁷⁶ En la redacción original se remitía solo a los dos artículos que regulaban el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial (artículos 142 y 143 de la LRJPAC), lo que generó dudas sobre si la unificación se limitaba únicamente al procedimiento, o se expandía al régimen jurídico aplicable y la jurisdicción competente, como hemos visto.

responsabilidad patrimonial de la Administración³⁷⁷, actuara en relaciones de Derecho público o privado, en consonancia con la unidad de fuero³⁷⁸.

La clave radicaba pues en determinar el concepto de Administración Pública. Según la doctrina mayoritaria se incluía no sólo a las Administraciones territoriales e institucionales sometidas al Derecho público sino también a las entidades de Derecho público sometidas al Derecho privado que responderían conforme al régimen previsto en la LRJPAC. Por el contrario, quedaban excluidas de su ámbito de aplicación los entes de Derecho privado creados instrumentalmente por la Administración que respondían a priori conforme a las reglas propias del Derecho privado (art. 2.2 de la LRJPAC)³⁷⁹.

La unidad procedimental ya se había alcanzado en 1992 y se confirmaba con la remisión a los artículos 139 y ss de la LRJPAC. La unidad jurisdiccional venía plenamente garantizada desde el año anterior con la LOPJ y la LJCA.

5.2.2 La supresión de la acción directa frente al funcionario o empleado público: art.146 de la LRJPAC.

El art. primero apartado 40 de la Ley 4/1999 modificó el art. 146.1 de la LRJPAC suprimiendo toda referencia a la posibilidad de que los perjudicados pudieran exigir responsabilidad civil al personal al servicio de la Administración³⁸⁰. Concretamente, se sustituyó la referencia a la «*responsabilidad civil*» por la más específica «*responsabilidad civil derivada de delito*» y se cambió el encabezamiento del precepto

³⁷⁷ Así lo puso de manifiesto LÓPEZ ÁLVAREZ: «*la nueva redacción del art. 144 opta claramente por una unificación del régimen sustantivo, incluyendo en el régimen general y único derivado del art. 106.2 de la Constitución todo supuesto de actuación (acción u omisión) administrativa generadora de una lesión resarcible, cobrando la consideración de único elemento relevante la condición subjetiva: que la lesión sea imputable a una Administración Pública*». LÓPEZ ÁLVAREZ, E.; «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas» en la obra colectiva *Comentarios a la reforma del Procedimiento Administrativo (Análisis de la Ley 4/1999)* coordinada por SALA SÁNCHEZ, P., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 586 y 587.

³⁷⁸ Según MARTÍN REBOLLO: «*Un planteamiento que se funda también en la idea de concebir la responsabilidad como formando parte del núcleo básico del status garantizador común del ciudadano; un núcleo básico que hay que asegurar sea cual sea el régimen jurídico aplicable a la actividad de la Administración [...]*». MARTÍN REBOLLO, L.; «Ayer y hoy...», *op. cit.*, pp. 297 y 298.

Sobre la justificación de la unificación del régimen sustantivo de responsabilidad extracontractual de la Administración, *vid.* GAMERO CASADO, E.; «El nuevo...», *op. cit.*

³⁷⁹ *Vid.* por todos, MIR PUIGPELAT, O.; «La reforma del...», *op. cit.*, pp. 1022 y 1036. MARTÍN REBOLLO, L.; «Ayer y hoy...», *op. cit.*, p. 302; GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, pp. 91, 106, 145 y «El nuevo...», *op. cit.*

³⁸⁰ En contra de la eliminación de la responsabilidad civil directa de los funcionarios se muestra PARADA VÁZQUEZ, R.; «Justicia administrativa e irresponsabilidad de los servidores públicos», *RAP*, nº 153 (2000), pp. 71 a 90 *apud* HUERGO LORA, A.; *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p.33.

por «*responsabilidad penal*». Por su parte, se mantenía vigente la exigencia directa de responsabilidad a la Administración (art. 145.1 de la LRJPAC). En concordancia con esta desaparición se derogaban expresamente la Ley de 5 de abril de 1904 y el Real Decreto de 23 de septiembre de 1904, relativos a la responsabilidad civil de los funcionarios públicos (disposición derogatoria única de la Ley 4/1999³⁸¹). Todo ello con la intención de clarificar «*el régimen instaurado por la LRJPAC de exigencia directa de responsabilidad a la Administración*» (Exposición de Motivos Ley 4/1999). Por tanto, parece que la *voluntas legis* en 1992 fue la de eliminar la acción directa frente al funcionario o empleado público.

Con este cambio normativo se acababa con el sistema de opción (vía contencioso-administrativa y vía civil) y se confirmaba el fin definitivo de uno de los argumentos más usados por la jurisdicción civil. Quedaba absolutamente clara la competencia del orden contencioso-administrativo, ya que la única vía que tenían los particulares para exigir la responsabilidad era dirigir la reclamación directamente frente a la Administración iniciando el correspondiente procedimiento administrativo (art.145.1 de la LRJPAC) cuya resolución era impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art.9.4 LOPJ y 2.e) LJCA). No cabía accionar frente al funcionario o empleado público (STS (Sala de lo Civil), de 28 de diciembre de 2007 (RJ 2008\337)). Obviamente, si el funcionario actuaba en el ámbito de su esfera privada cabía ejercitar directamente frente a él la acción en la vía civil (art. 9.2 de la LOPJ).

No obstante, si los daños y perjuicios habían sido causados por los funcionarios o empleados públicos con dolo, culpa o negligencia graves, la Administración podía recuperar todo o parte de lo pagado ejercitando de oficio una acción de regreso que se configura como obligatoria, mediante el procedimiento administrativo previsto reglamentariamente (art.145.2 LRJPAC³⁸²). La resolución era impugnabile en la vía contencioso-administrativa.

³⁸¹ A pesar de que teóricamente estaban vigentes, habían caído en desuso.

³⁸²El apartado 2 del art. 145 de la LRJPAC también fue modificado por la Ley 4/1999 para establecer el carácter obligatorio de la acción de regreso frente al carácter potestativo «podrá exigir» que tenía hasta ese momento. No obstante, a pesar de su carácter obligatorio, la acción de regreso no es ejercitada frecuentemente por la Administración. En opinión de FORTES LÓPEZ se debe en parte a la «*falta de tradición en nuestra trayectoria jurídico-administrativa que no ha exigido la responsabilidad patrimonial del personal al servicio de la Administración, ya nos hemos referido a que falta en nuestra sociedad la conciencia de responsabilidad, y pensamos que, en parte también, por la indeterminación de algunos aspectos de su regulación legal y reglamentaria que no facilita su depuración.*» FORTES GONZÁLEZ, A. I.; *La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las administraciones*

Tras la nueva redacción dada por la Ley 4/1999, sólo se mantiene una excepción, la posibilidad de exigir responsabilidad penal y civil derivada de delito al personal al servicio de la Administración, de conformidad con la legislación correspondiente (art. 146.1 de la LRJPAC).

5.2.3 La unidad jurisdiccional en reclamaciones por asistencia sanitaria pública: disposición adicional 12ª de la LRJPAC.

Como venimos afirmando a lo largo de todo el trabajo, uno de los campos de mayor complejidad para la concreción del orden jurisdiccional competente es y ha sido el de los conflictos derivados de responsabilidad médico-sanitaria pública. La asunción de la competencia por cuatro órdenes jurisdiccionales diferentes con criterios jurisprudenciales dispares y la multitud de conflictos de competencia generadores de una gran inseguridad jurídica, justificaron la introducción en 1999 de una nueva disposición adicional 12ª³⁸³ que, con objeto de terminar con esta situación, venía a residenciar todos los conflictos sobre responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria pública en el orden contencioso-administrativo, salvo en caso de responsabilidad penal y civil derivada de delito, estableciendo un mismo procedimiento para reclamar en todos los casos. Afirma la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999: *«En concordancia con el artículo 144, la nueva disposición adicional duodécima pone fin al problema relativo a la disparidad de criterios jurisprudenciales sobre el orden competente para conocer de estos procesos cuando el daño se produce en relación con la asistencia sanitaria pública, atribuyéndolos al orden contencioso-administrativo»*³⁸⁴.

Se trata de una de las modificaciones más importantes y relevantes para nuestro objeto de estudio según la cual: *«La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su*

públicas, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2014, pp. 95 y 96. En www.vlex.es [Consultado el día 17 de enero de 2016].

³⁸³ Así se había instado por parte de la doctrina: GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, pp. 225 y 232.

³⁸⁴ Así lo afirma expresamente: STS (Sala de lo Social), 29 de octubre de 2001 [RJ 2001\10023]; STS (Sala de lo Civil), 26 de marzo de 2001 [RJ 2001\4764].

revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso». Esta disposición adicional reiteraba prácticamente el contenido de la disposición adicional 1ª del RPRP, salvo en la redacción de su inciso final, que incluía a los centros sanitarios concertados. Subsanaba así el posible vicio *ultra vires* del que podía adolecer la disposición reglamentaria³⁸⁵.

Esta norma se enmarca, así, en el proceso legislativo iniciado por los artículos 9.4 de la LOPJ y 2.e) de la LJCA tendente a garantizar la unidad de fuero en el contencioso-administrativo³⁸⁶. Si bien, como apunta MIR PUIGPELAT, mientras que estos lo hacen desde una perspectiva general, la disposición adicional 12ª de la LRJPAC se limitaba al sector concreto de la asistencia sanitaria pública³⁸⁷. Establecía un régimen jurídico en parte especial para este tipo de reclamaciones³⁸⁸ ya que se incluían dentro de su ámbito de aplicación, y por ende, sujetos a la vía administrativa y contencioso-administrativa, las reclamaciones que por indebida prestación del servicio sanitario se planteaban, por ejemplo, contra entidades privadas vinculadas o dependientes de la Administración o sujetos que habían celebrado conciertos, convenios singulares de vinculación o concesiones³⁸⁹, que a priori quedaban excluidos del ámbito de aplicación de la LRJPAC y de los artículos 9.4 de la LOPJ y 2.e) de la LJCA.

Con la disposición adicional 12ª de la LRJPAC se lograba una unificación integral en un triple plano: procedimental, jurisdiccional y sustantivo. De tal modo que, todas las reclamaciones por daños ocasionados por o con ocasión de la asistencia sanitaria recibida dentro del sistema público de salud, con independencia de la forma de gestión,

³⁸⁵ En este sentido, Dictamen 1556/1997, de 22 de enero de 1998, sobre el Anteproyecto de Ley 4/1999.

³⁸⁶ MAURANDI GUILLÉN, N.; *op. cit.*, pp. 954 y 955; BUSTO LAGO, J. M.; «Ejercicio de la acción directa frente a la entidad aseguradora de la administración pública», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 12 (2005). En www.aranzadidigital.es [Consultado el día 9 de marzo de 2019].

³⁸⁷ Aunque pudiera parecer superflua esta disposición adicional por reiterar lo ya previsto en la LOPJ y la LJCA no lo es puesto que seguía vigente la disposición adicional 6ª de la Ley 30/992 que había servido al orden social para fundamentar su competencia, así como, a diferencia de estas normas, incluía dentro de su ámbito de aplicación a los centros concertados. MIR PUIGPELAT, O.; «La reforma del...», *op. cit.*, pp. 1031 y 1032.

³⁸⁸ Como apuntó VILLAR ROJAS, este precepto era una disposición adicional que regulaba «un régimen especial de responsabilidad patrimonial, en particular su ámbito subjetivo». «Se trata de una norma que añade, completa o precisa, el contenido de la parte principal de la ley con la que tiene relación, en este caso la regulación sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas de los art. 139 a 145 de la LRJPAC, de 26 de noviembre. En otras palabras, sin esta disposición, el supuesto de hecho que regula o al que se refiere quedaría fuera, en todo o en parte, de la parte dispositiva de la ley. De ahí que su contenido precise de continuas idas y venidas a la regulación general para articular de forma completa su régimen jurídico.» VILLAR ROJAS, F. J.; «Responsabilidad en la gestión directa...», *op. cit.*, p. 8.

³⁸⁹ Aunque la disposición adicional 12ª de la LRJPAC sólo se refería a los conciertos, la doctrina lo amplió a todos los supuestos, *Vid. Infra*, Capítulo V, 2.4.

se tramitarían a través del correspondiente procedimiento administrativo previo antes de acudir a la vía judicial contencioso-administrativo siguiendo el mismo régimen jurídico-público y las mismas garantías³⁹⁰, con la excepción de la responsabilidad penal y civil derivada de delito. Aunque no aludía al régimen material aplicable, la interpretación de esta disposición junto con el art. 106.2 de la CE, llevaba a la aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial público de la LRJPAC³⁹¹. Lo decisivo era que se estaba en presencia de daños por el funcionamiento del servicio público sanitario. Lo contrario suponía que el paciente quedara sujeto a un diferente régimen jurídico, procedimental y jurisdiccional, según la asistencia sanitaria la hubiera recibido en un centro público o concertado, por ejemplo, teniendo en cuenta, además, que en la mayoría de los casos la forma de gestión viene impuesta por la propia Administración y no se hace depender de la libre elección del paciente que, en algunos casos, incluso lo desconoce.

Eso explicaba que, con la intención de lograr la unificación procedimental y jurisdiccional, abarcara dentro de su ámbito de aplicación a sujetos que no tenían la consideración de Administración o entidades públicas. Lo relevante a la hora de determinar los sujetos pasivos de las reclamaciones de acuerdo con lo que establecía la disposición adicional 12ª de la LRJPAC, no era si se trataba de una Administración Pública, sino si se estaba ante entidades, servicios o centros que realizaban prestaciones sanitarias propias del Sistema Nacional de Salud. Ello permitía incluir dentro de su ámbito de aplicación a entidades de derecho privado creadas por la propia Administración para la prestación del servicio; a centros privados que proporcionaban el servicio sanitario público en régimen de concierto, convenio singular de vinculación o concesión o a una Mutua Colaboradora con la Seguridad Social para la prestación de asistencia sanitaria en accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. A lo que debía atenderse, por tanto, era a su integración en el Sistema Nacional de Salud en cuanto llevaran a cabo prestaciones sanitarias responsabilidad de los poderes públicos (art.44.1 y 45 de la LGS) (SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 20 de febrero

³⁹⁰GÓMEZ LIGÜERRE, C.; «Problemas de...», *op. cit.*, p. 15; CUETO PÉREZ, M.; «Responsabilidad patrimonial de la Administración y gestión privada...», *op. cit.*, pp. 344 y 358; CUETO PÉREZ, M.; «Responsabilidad Patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario» en la obra colectiva *Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tomo II dirigida por QUINTANA LÓPEZ, T., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2013, pp. 1025 y ss; VILLAR ROJAS, F. J.; «Responsabilidad en la gestión directa...», *op. cit.*, pp. 14, 18 y 19; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.; *op. cit.*, pp. 241, 245 y 251.

³⁹¹ GUDÍN R-MAGARIÑOS, A. E.; «La responsabilidad patrimonial de los centros sanitarios concertados. Incidencia de los aspectos procesales en la reapertura de una polémica», *AFDUDC*, nº 14 (2010). En <http://hdl.handle.net/2183/8295> [Consultado el día 3 de septiembre de 2017], p. 486; MIR PUIGPELAT, O.; «La reforma del...», *op. cit.*, p. 1032.

de 2007 (RJ 2007\843³⁹²); 24 de mayo de 2007 (RJ 2007\5088); 18 de octubre de 2011 (RJ 2012\1207) o 30 de septiembre de 2011 (RJ 2012\1020), entre otras y Autos del TS (Sala de Conflictos de Competencia), 24 de octubre de 2005 (JUR 2005\266763); 29 de junio de 2007 (RJ 2007\5529) o 24 de junio de 2010 (JUR 2010\265829). Se acogía, de esta forma, un concepto de servicio público material y no subjetivo u orgánico³⁹³ para atribuir la competencia exclusivamente a la jurisdicción contencioso-administrativa.

No obstante, no toda la doctrina se mostró conforme con la atribución de esta materia al orden contencioso-administrativo por considerar que no se había destruido el argumento para atribuir la competencia al orden social, cual es el de que no se trataba de una reclamación en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración sino de una prestación de la Seguridad Social³⁹⁴. Discrepancia que no existió en el ámbito jurisprudencial. Tras la reforma de los artículos 2.e) LJCA y art. 9.4 LOPJ y la disposición adicional 12ª de la LRJPAC, estaba clara la unificación en la jurisdicción contencioso-administrativa y así lo asumieron los tres órdenes jurisdiccionales tanto el civil, el social como el contencioso-administrativo. Justamente lo puso de manifiesto la propia Sala de Conflictos del Tribunal Supremo en el auto 20 de diciembre de 2002

³⁹² Fº jº 4º: «La atribución de competencia efectuada por la citada Disposición Adicional Duodécima de la Ley 30/92 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), 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 (RCL 1986, 1316), 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.

Por ello, ha de estarse a dichas circunstancias para determinar la jurisdicción competente en cada caso en atención a la prestación realizada y su relación con el Sistema Nacional de Salud».

³⁹³HORGUÉ BAENA, C.; «La responsabilidad del contratista por daños causados a terceros en la ejecución de los contratos administrativos», RAP, nº 147 (1998), pp. 365, 366 y 367.

³⁹⁴En opinión de CAMÓS VICTORIA se llega a la paradoja de que «podrá reclamarse ante el orden jurisdiccional social, en los supuestos legalmente previstos, el reintegro de los gastos efectuados por la prestación de asistencia sanitaria por servicios ajenos a la Seguridad Social (en los supuestos de no prestación de asistencia sanitaria por la entidad pública), pero no plantear reclamación ante el orden social por la prestación defectuosa (prestación incompleta de asistencia sanitaria por parte de la Entidad gestora).» CAMÓS VICTORIA, I.; *op. cit.*, pp. 647 a 668; MARTÍN JIMÉNEZ, R.; *Los actos administrativos laborales y su control jurisdiccional*, Madrid, 2001, pág. 132 y ss. RODRÍGUEZ ESCANCIANO; *Deficiencias del proceso laboral y claves para su reforma*, Univ. de León, 2001, pág. 56 *apud* ALONSO OLEA, M. y ALONSO GARCÍA, R. M.; *op. cit.*

MIR PUIGPELAT y RIVERA FERNÁNDEZ aunque consideraban que la competencia era del orden contencioso-administrativo, defendían que la nueva regulación no eliminaba el principal argumento de la jurisdicción social para defender su competencia. MIR PUIGPELAT, O.; «La reforma del...», *op. cit.*, pp. 1035 y 1036; RIVERA FERNÁNDEZ, M.; *op. cit.*, pp. 1671 y 1672.

(JUR 2009\12652), que citando sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social, afirma en el fundamento jurídico 2º: «[...] *se está ante una reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, cuyo conocimiento y decisión viene atribuido, según lo establecido concordadamente por los artículos 2 e) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998, de 13 de julio, y 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificada por Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, y la Disposición Adicional duodécima de la Ley 4/1999, de 13 de enero, a la Jurisdicción del Orden Contencioso-Administrativo, como ha sido, finalmente, admitido de forma pacífica por la doctrina jurisprudencial recogida en Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2000, 31 de marzo de 2001, 18 de mayo de 2001, 16 de junio de 2001, 3 de julio de 2001 y 2 de enero de 2002, y de la Sala Cuarta del mismo Tribunal de 19 de abril de 1999 y 29 de octubre de 2001, habiéndose así mantenido también por esta Sala Especial de Conflictos de Competencia en autos de 11 de junio de 2000 y 14 de junio de 2001, entre otros.*» En el mismo sentido, STS (Sala de Conflictos de Jurisdicción), 10 de octubre 2003 (RJ 2004/5210) o SSTS (Sala de lo Civil), 7 de marzo de 2000 (RJ 2000\1508); 26 de marzo de 2001 (RJ 2001\4764); 4 de julio de 2007 (RJ 2007\5580); 16 de mayo de 2007 (RJ 2007\3112) y 20 de junio de 2008 (RJ 2008\4260).

5.3 Real Decreto 29/2000 sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud (hoy INGESA).

Conforme a la habilitación que hacía el apartado 2 del art. Único de la Ley 15/1997, el Gobierno aprobó el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud (en la actualidad INGESA).

En el art. 35 del RD 29/2000 se establece expresamente la tramitación administrativa de conformidad con la LRJPAC y el RPRP (referencias que hay que entender realizadas a la LPAC) y contencioso-administrativa para conocer de las reclamaciones encaminadas al resarcimiento de los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria prestada a través de centros, servicios y establecimientos sanitarios que adopten la forma de fundaciones, consorcios, sociedades y fundaciones públicas sanitarias previstas en este Real Decreto, «*así como mediante la constitución de cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en derecho, garantizando y preservando en todo caso su condición de*

servicio público.» La reclamación, según su apartado 2, deberá dirigirse al INGESA «contra cuya resolución cabe recurso contencioso-administrativo, pudiendo actuar los centros sanitarios, en virtud de su personalidad jurídica, como codemandados. En tal caso, se considerarán parte demandada las personas legitimadas, conforme se establece en el artículo 21.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.»

A pesar de su carácter aclaratorio, la relevancia de este Real Decreto es muy reducida por cuanto sólo se aplica al INGESA, encargado únicamente de la gestión sanitaria para Ceuta y Melilla y, tampoco regula los supuestos de gestión indirecta. Sin embargo, servía de argumento en apoyo de la defensa de la jurisdicción contencioso-administrativa. La disposición adicional 12ª de la LRJPAC permitía justificar la regulación del sistema de reclamaciones en este Reglamento, impidiendo que se pudiera alegar un vicio *ultra vires*. Veremos si tras su derogación ello sigue siendo posible (*Vid. Infra*, Capítulo 3.3)

5.4 Cuestiones problemáticas o discutibles: ¿retorno al peregrinaje jurisdiccional?

Las previsiones de la LOPJ, la LJCA y la reforma introducida por la Ley 4/1999 en la LRJPAC aunque esclarecedoras, no bastaron para garantizar la competencia exclusiva y excluyente de la jurisdicción contencioso-administrativa en todos los casos.

Si bien, en el ámbito sanitario público, a raíz de la disposición adicional 12ª de la LRJPAC hubo pocas discrepancias sobre el sometimiento de las acciones resarcitorias frente a las entidades con personalidad jurídico-pública pero sujetas al Derecho privado, las entidades privadas del sector público, las Mutuas Colaboradoras y los concesionarios y contratistas (a excepción de que hubieran contratado con alguna de las Mutualidades administrativas), a la tramitación administrativa prevista en la LRJPAC, revisable en el orden contencioso-administrativo en todo caso. Fuera de este campo, se mantuvieron algunos supuestos problemáticos. Por ejemplo, si las entidades públicas sujetas con carácter general al Derecho privado, particularmente las entidades públicas empresariales, quedaban sujetas al régimen sustantivo y procedimental de responsabilidad patrimonial previsto en la LRJPAC y a la competencia del contencioso-administrativo, únicamente cuando ejercitasen potestades administrativas (como pudiera dependerse del art. 2.2 de la LRJPAC) o en todos los casos, esto es, actuaran en relaciones de Derecho público o privado (artículos 139 y 144 de la LRJPAC).

Si se demandaba a las entidades privadas del sector público (sociedades y fundaciones) que no tenían la consideración de Administración (art. 2.2 y 144 de la LRJPAC; art. 1.2 de la LJCA), la competencia correspondía en principio al orden civil. Empero, cuando el daño era por el funcionamiento de un servicio público, la jurisprudencia mediante la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, solía atraer la competencia al orden contencioso-administrativo (*Vid. Infra*, Capítulo IV, 3.2).

Si el concesionario o contratista no prestaba un servicio sanitario o lo prestaba en virtud de un concierto celebrado con algunas de las Mutualidades administrativas, la discusión sobre a quién resultaba imputable el daño (si al sujeto privado o a la Mutualidad o Administración contratante) tenía reflejo en la posibilidad de atribuir la competencia a la jurisdicción civil, si se entendía imputable el daño al primero (*Vid. Infra*, Capítulo V).

De otro lado, la suscripción de un seguro de responsabilidad civil/patrimonial por la Administración, originó importantes controversias en torno al orden jurisdiccional competente para conocer de las acciones ejercitadas acumuladamente frente a la Administración y su compañía aseguradora o únicamente frente a esta última en virtud del art. 76 de la LCS.

La doctrina mayoritaria, en su gran parte civilista³⁹⁵, así como la jurisprudencia civil y la Sala de Conflictos de Competencia, aunque no siempre de forma unánime, entendieron que dentro del concepto de «sujetos privados» que concurren a la producción del daño a que aluden los artículos 9.4 de la LOPJ y 2.e) de la LJCA no se

³⁹⁵DÍAZ ALABART, S.; «Responsabilidad civil de centros docentes públicos», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 52 (2000), p. 316; DÍAZ ALABART, S. Y ASÚA GONZÁLEZ, C.; *Responsabilidad de la Administración en la sanidad y en la enseñanza*, Montecorvo, Madrid, 2000, p. 68; GUERRERO ZAPLANA, J.; *Las reclamaciones...*, *op. cit.*, p. 291; SOTO NIETO, F.; «La unidad de fuero en la demanda contra el seguro de Responsabilidad Civil y Administración: análisis de un caso que ha quedado fuera», *Diario Médico*, Sección Normativa, 29 de octubre de 2003, p. 12; GALÁN CORTÉS, J. C.; *Responsabilidad civil médica*, Civitas (Thomson Reuters), Cizur Menor (Navarra), 6ª ed., 2018, pp. 54 y 55; GÓMEZ LIGÜERRE, C.; «Sobre la posibilidad de que la víctima ejercite la acción directa contra la compañía aseguradora de la Administración pública», *InDret*, nº 3 (2001). En <http://www.indret.com> [Consultado el día 12 de junio de 2019], p. 4; GARBERÍ LLOBREGAT, J.; «Acciones de...», *op. cit.*, p. 121; DE ÁNGEL YÁGUEZ, R.; «Acción directa del perjudicado contra la aseguradora de una Administración pública: jurisdicción competente (contraste --¿o coincidencia?-- entre «conceptos» e «intereses»)», *La Ley*, nº 5574 (2002). En www.laleydigital.es [Consultado el día 18 de enero de 2016]. Publicado también en la obra colectiva *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón* coordinada por ECHANO BASALDUA, J. I., Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pp. 643 a 663; GAMERO CASADO, E.; «Los contratos...», *op. cit.* y «El nuevo...», *op. cit.*; JIMÉNEZ LÓPEZ, M. N.; «Orden jurisdiccional competente para conocer de las reclamaciones por responsabilidad patrimonial en caso de seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas», *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, nº 23 (2009), p. 71; SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J.A. Y FERNÁNDEZ MONTALVO, R.; *op. cit.*, p. 454.

incluía a la aseguradora de la Administración puesto que en virtud del contrato de seguro, ésta se obliga a cubrir la responsabilidad civil de la Administración una vez que el daño se ha producido (art. 73 LCS), pero no lo ocasiona. Dado que se admitía el ejercicio de la acción directa del art. 76 de la LCS frente a la aseguradora y ni la LJCA ni la LOPJ preveían fórmula alguna para demandar a la aseguradora ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la competencia, aunque de forma muy discutida, correspondía a la jurisdicción civil, tanto cuando se ejercitaba acción directa únicamente frente a la aseguradora (*ex art. 76 de la LCS*), como cuando se demandaba a ésta junto con la Administración asegurada. Los argumentos para fundamentar su competencia seguían siendo: la vis atractiva del orden civil (art. 9.2 de la LOPJ), razones de economía procesal, la no división de la contienda de la causa y la necesidad de evitar resoluciones judiciales contradictorias con las que se produciría un debilitamiento del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE ya que de lo contrario, el perjudicado tendría que entablar dos procesos ante dos jurisdicciones diferentes: la contencioso-administrativa para la Administración y la civil para la aseguradora, retornando a la dualidad y al peregrinaje jurisdiccional³⁹⁶. Mientras no se modificara la legislación contemplando una llamada expresa de la compañía aseguradora a la jurisdicción contencioso-administrativa, la competencia correspondería a los jueces del orden civil. Esta argumentación no era contraria a lo dispuesto en el art. 2.e) de la LJCA, que impedía que la Administración fuera demandada por este motivo ante el orden civil, ya que la prohibición no se recogía de forma expresa en el art. 9.4 de la LOPJ (Autos del TS (Sala de Conflictos de Competencia³⁹⁷), de 27 de diciembre de 2001³⁹⁸ [RJ 2002\4086]; 16 de diciembre de 2002 [JUR 2003\21553]; 21 de octubre de

³⁹⁶ GARBERÍ LLOBREGAT, J.; «Una mala...», *op. cit.*

³⁹⁷ Aunque algunos de estos autos no resolvían en los casos específicos de defectuosa asistencia sanitaria, su doctrina se aplicaba por la Sala de lo Civil del TS para resolver los supuestos en los que se demandaba conjuntamente a la aseguradora y a la Administración.

³⁹⁸ Aunque este auto no es específico en materia de defectuosa asistencia sanitaria ha sido el referente utilizado para resolver esta problemática tanto por la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo como por la Sala Primera.

Un comentario sobre este auto en, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.; «Responsabilidad civil o patrimonial de las Administraciones públicas y jurisdicción competente», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 22 (2001). En www.aranzadidigital.es [Consultado el día 18 de julio de 2017]; GÓMEZ LIGÜERRE, C.; «Cambio de vía. Auto de la Sala especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2001», *InDret*, nº 4 (2002). En <http://www.indret.com> [Consultado el día 12 de junio de 2019]. Totalmente en contra de este auto con relación a cuando se reclama frente a la Administración y su aseguradora, entendiéndose que la competencia corresponde al orden contencioso-administrativo como con posterioridad estableció el legislador se muestra MIR PUIGPELAT, O.; «La jurisdicción...», *op. cit.*, pp. 13 y ss. *Vid. Supra*, toda la doctrina citada en contra de la competencia de la jurisdicción civil y a favor de la contencioso-administrativa que se muestra crítica con estos autos del TS. HUERGO LORA se muestra crítico con este auto. En primer lugar, porque el art.

2002 [JUR 2009\12656³⁹⁹]; 30 de marzo de 2004 [JUR 2004/137161]; 28 de junio de 2004 [JUR 2005/135730] o 18 de octubre de 2004 [JUR 2005\231280]; y, las SSTS (Sala de lo Civil), de 2 de diciembre de 2002 (RJ 2002\10419); 30 de mayo de 2007 [RJ 2007/4973]; 28 de diciembre de 2007 [RJ 2008\337] o 15 de mayo de 2008 [RJ 2008\3078]. En el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria era habitual demandar al ente que prestaba el servicio sanitario público junto a la aseguradora para así atraer la competencia a la jurisdicción civil, que era más rápida.

Otra parte de la doctrina⁴⁰⁰ y de la jurisprudencia⁴⁰¹, aunque minoritaria, se inclinaban por la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando se demandaba conjuntamente a la Administración y su aseguradora. Entre otros motivos,

73.1.1º de la LEC prohíbe la acumulación de acciones que corresponden a distintos órdenes jurisdiccionales en un mismo proceso como se realiza en este caso ya que la responsabilidad patrimonial de RENFE compete a la jurisdicción contencioso-administrativa mientras que la acción directa frente a la aseguradora al orden civil. En segundo lugar, la doctrina de la vis atractiva que justifica la necesidad de evitar dos procesos diferentes cuando se reclama frente a la Administración y al particular que concurre en la producción del daño no tiene justificación en los casos en los que se quiera reclamar frente a la aseguradora y la Administración ya que no existe la necesidad de tramitar dos procesos diferentes para lograr la íntegra reparación del daño puesto que no hay una relación de coautoría. Si se reclama únicamente contra la Administración en la vía administrativa y contencioso-administrativa se puede lograr que se declare la responsabilidad y la citada reparación. HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2003), *op. cit.*, pp. 12 a 14.

³⁹⁹ Comentado por GÓMEZ LIGÜERRE, C.; «Dos veces en la misma piedra», *InDret*, nº 1 (2003). En <http://www.indret.com> [Consultado el día 12 de junio de 2019].

⁴⁰⁰ MIR PUIGPELAT, O.; «La jurisdicción...», *op. cit.*, pp. 13 y ss; BUSTO LAGO, J. M.; «La responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 2054 y 2055; GÓMEZ LIGÜERRE advirtiendo de las dificultades para delimitar el orden jurisdiccional competente pues la aseguradora no es un sujeto que haya concurrido a la producción del daño (art. 9.4 de la LOPJ) y la jurisdicción civil no tenía competencia para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración (art. 9.4 de la LOPJ y 2.e) de la LJCA), se inclinaba por atribuir la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa reconociéndole legitimación a la aseguradora a través del art. 21.1.b) LJCA, dado los problemas prácticos que suponía aceptar la competencia de la jurisdicción civil. GÓMEZ LIGÜERRE, C.; «Paso a nivel», *op. cit.*, pp. 12 y 13 y «Problemas de...», *op. cit.*, pp. 19 y 20; ARNAIZ SERRANO, A.; *Las compañías aseguradoras en los procesos penal y contencioso-administrativo*, Fundación Mapfre (Instituto de Ciencias del Seguro), Madrid, 2008. En https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/11082/companias_arnaiz_2008.pdf?sequence=1&isAllowed=y [Consultado el 20 de julio de 2019], p. 86; XIOL RÍOS se mostraba favorable a la acumulación de acciones frente a la Administración y su compañía aseguradora en la jurisdicción contencioso-administrativa dado que el carácter solidario de la responsabilidad posibilitaba que el fallo condenatorio fuera extensible a la aseguradora. Aunque admitía que era necesario una regulación legal expresa sobre la materia; XIOL RÍOS, J. A.; «El ejercicio de la acción directa frente al asegurador de la responsabilidad civil de los entes públicos y asimilados», *Libro de ponencias del III Congreso de la Asociación de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 2003 En <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaJuanAntonioXiolRios.html> [consultado el día 14 de enero de 2015]; GARNICA MARTÍN, J. F.; «La acción ...», *op. cit.*, pp. 1521 y 1522.

⁴⁰¹ Algunas sentencias de las Audiencias Provinciales y de la Sala de Conflictos de Jurisdicción del TS se mostraron en contra, *vid.* ARQUILLO COLET, B.; *Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 111 a 114; BUSTO LAGO, J. M.; «La responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 2054 y 2055 y «Ejercicio de...», *op. cit.*; HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, pp. 172 y 176; GARNICA MARTÍN, J. F.; «La acción ...», *op. cit.*, pp. 1512 y 1513.

por la voluntad del legislador de establecer el principio de unidad jurisdiccional en el orden contencioso-administrativo (art. 9.4 de la LOPJ y art.2.e) de la LJCA) y la prohibición de demandar a la Administración ante el orden civil y social que deriva del art. 2.e) de la LJCA. Otros⁴⁰² por su parte, admitían la división de la contienda de la causa, debiendo interponerse la acción directa frente a la aseguradora en el orden civil, y la reclamación de responsabilidad de la Administración en el contencioso-administrativo.

Ante estas dudas jurisprudenciales, se convirtió en práctica habitual dirigir la acción conjuntamente frente a la Administración y la compañía de seguros ante el orden civil, burlando así la pretendida unidad jurisdiccional contencioso-administrativa⁴⁰³. De ahí que HUERGO LORA afirmara *«las reformas legislativas de 1992, 1998 y 1999, aunque enérgicas, han sido poco prácticas al ignorar un elemento tan presente en la práctica como el seguro»*⁴⁰⁴.

No existe discusión, sin embargo, sobre la exclusión de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para el conocimiento de las cuestiones que se suscitaran sobre responsabilidad penal y responsabilidad civil derivada de delito, así lo indica la propia Exposición de Motivos de la LJCA (*Vid. Infra*, Capítulo VIII).

⁴⁰² Afirma HUERGO LORA: *«No es posible demandar conjuntamente a la Administración y a su asegurador, ni en vía contenciosa (salvo que el asegurador comparezca como codemandado [interviniendo como interesado], defendiendo la validez del acto dictado por la Administración) [en cuyo caso sí podría conocer el contencioso-administrativo frente a ambas], ni en vía civil, en este caso porque el orden civil carece de competencia para pronunciarse sobre la responsabilidad civil de la Administración. Si se presenta la demanda conjunta en vía civil, deberá ser parcialmente inadmitida por falta de jurisdicción, continuando sólo contra el asegurador.»* HUERGO LORA, A.; *«El seguro...»* (2002), *op. cit.*, pp. 75, 171 a 178.

COBO OLVERA Y COBO PERALTA entendía que dado que, por una parte, no se podía demandar a la Administración en el orden civil y por otra, la aseguradora no podía ser demandada en el proceso contencioso-administrativo pudiendo intervenir en cuanto interesada como simple coadyuvante, la única solución posible en ese momento era la de demandar a la Administración ante la jurisdicción contencioso-administrativa y a la compañía aseguradora ante la civil, a pesar de las dificultades que ello generaba. COBO OLVERA, T. Y COBO PERALTA, T. A.; *op. cit.*, pp. 39 y 40.

⁴⁰³ GUERRERO ZAPLANA, J.; *Las reclamaciones...*, *op. cit.*, p. 275.

⁴⁰⁴HUERGO LORA, A.; *«El seguro...»* (2002), *op. cit.*, p. 168.

6. La reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003: los intentos del legislador por cerrar los problemas jurisdiccionales y reforzar la unidad de fuero: la demanda frente a la aseguradora y la Administración.

En concordancia con la voluntad del legislador de situar en el ámbito contencioso-administrativo el conocimiento de todas las pretensiones de responsabilidad patrimonial de la Administración y zanjar las discrepancias en torno al orden jurisdiccional competente, la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LO 19/2003) llevó a cabo otra importante modificación en los art. 9.4 de la LOPJ y art. 2.e) de la LJCA⁴⁰⁵, reservando expresamente a los tribunales del orden contencioso-administrativo el conocimiento de la acción que se ejercita de forma conjunta contra la Administración y su aseguradora⁴⁰⁶. Para ello, el art. 21.1.c) de la LJCA⁴⁰⁷ incluye expresamente entre los sujetos con legitimación pasiva en el proceso contencioso-administrativo a la

⁴⁰⁵ La Ley Orgánica 19/2003 modificó en su apartado uno del artículo único el art.9.4 de la LOPJ al que añade: «Igualmente conocerán (en referencia al orden contencioso-administrativo) de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.

También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas.»

En el apartado uno de la disposición adicional decimocuarta modificó el art.2.e) de la LJCA, añadiendo lo que hemos resaltado en negrita: «**El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.**»

La modificación del art. 9.4 de la LOPJ fue en un sentido parecido al propuesto por MIR PUIGPELAT y permite pronunciarse al orden contencioso-administrativo sobre todas las cuestiones relativas tanto a la responsabilidad patrimonial como al seguro, si bien, como veremos, no se configura como un litisconsorcio pasivo necesario. MIR PUIGPELAT, O.; «La jurisdicción...», *op. cit.*, p. 27.

⁴⁰⁶ Confirma así esta reforma la posición mantenida por gran parte de la doctrina administrativa, *Vid. Supra*. «El enésimo intento», señala ROMERO REY, C.; «*Modificaciones en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa introducidas por la LO 19/2003, de 23 de diciembre*», *Actualidad Administrativa*, nº 6 (2004). En www.laleydigital.es [Consultado el día 10 de diciembre de 2017]; GÓMEZ LIGÜERRE, C.; RAMOS GONZÁLEZ, S. y LUNA YERGA, A.; «Todos a una. Jurisdicción competente para condenar a la Administración pública y a su compañía aseguradora», *InDret*, nº 1 (2004). En <http://www.indret.com> [Consultado el día 12 de junio de 2019]; GONZÁLEZ QUINZÁ, A.; «Algunas reflexiones urgentes sobre las reformas en materia de responsabilidad patrimonial introducidas en la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma de la LOPJ», *Actualidad Administrativa*, nº 17 (2004), pp. 2052 a 2066; GUERRERO ZAPLANA, J.; *Las reclamaciones...*, *op. cit.*, pp. 291 y 292.

⁴⁰⁷ Apartado introducido en virtud de la disposición adicional decimocuarta apartado segundo de la LO 19/2003.

aseguradora «*que siempre será parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren*».

Llamada legal expresa en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa que vino a dejar sin efecto la doctrina jurisprudencial que atribuía la competencia a la jurisdicción civil cuando se demandaba conjuntamente a la aseguradora y a la Administración, contradiciendo la prohibición del legislador de demandar a la Administración en la vía civil o social (art. 2.e) LJCA). Esta reforma, que evita la división de la continenencia de la causa, vuelve a incidir en la vis atractiva de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando se demanda a la Administración junto a un sujeto privado, reforzando así el principio de unidad de fuero (SSTS (Sala de lo Civil) 28 de diciembre de 2007 [RJ 2008\337] o 30 de mayo de 2007 (RJ 2007\4973)).

Sin embargo, la reforma no ha zanjado definitivamente el problema de la cuestión jurisdiccional ni logra alcanzar de forma plena el principio de unidad de jurisdicción⁴⁰⁸ puesto que, como veremos, la mayor parte de la jurisprudencia y de la doctrina entienden que esta previsión es aplicable únicamente cuando la demanda se dirige contra la Administración y su aseguradora de forma conjunta. La solución es otra cuando se ejercita la acción directa del art. 76 de la LCS únicamente frente a la aseguradora de la Administración puesto que la competencia, aunque de forma discutida y problemática, se atribuye a los órganos de la jurisdicción civil. Así lo empezó a poner de manifiesto el temprano Auto del TS (Sala de Conflictos de Competencia), 28 de junio de 2004 (JUR 2005\135730) o 18 de octubre de 2004 (JUR 2005\231280⁴⁰⁹); 22 de marzo de 2010 (números 3, 4 y 5) [JUR 2010\112006; JUR 2010\112007; JUR 2010\112009] y las SSTS (Sala de lo Civil), 28 de diciembre de 2007 [RJ 2008\337]; 30 de mayo de 2007 (RJ 2007\4973) o 15 de octubre de 2013⁴¹⁰ (RJ 2013\6956) (*Vid. Infra*, Capítulo VII).

⁴⁰⁸ GAMERO CASADO, E.; «Los seguros...», *op. cit.*

⁴⁰⁹ Aunque en estos dos autos no se aplica la nueva reforma de 2003 al no estar vigente en el momento de presentar la reclamación, se empieza a apuntar que sólo es aplicable cuando se reclama de forma conjunta y no cuando se ejercita la acción directa únicamente frente a la aseguradora.

⁴¹⁰ Aparece muy bien resumida esta jurisprudencia en su fundamento jurídico segundo: «*Se trata de un problema que ha sido resuelto reiteradamente por esta Sala atribuyendo competencia a la jurisdicción civil cuando la demanda se dirige en el ejercicio de la acción directa del artículo 76 LCS (RCL 1980, 2295), contra el asegurador de la Administración (SSTS 30 de mayo 2007; 21 de mayo 2008 y 11 de febrero 2011 (RJ 2011, 938)), antes y después de la reforma del artículo 9 de la LOPJ (RCL 1985, 1578 y 2635) y que ha sido también corroborado por numerosos autos de la Sala de Conflictos de este Tribunal (Autos de fecha 22/03/2010 -Conflicto Competencia 23/2009 (JUR 2010, 112006), 25/2009 y*

7. La errónea derogación del artículo 9.4 de la LOPJ.

Los párrafos segundo y tercero del art. 9.4 de la LOPJ parecieron ser derogados por error en virtud del art. 2 de la LO 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las leyes orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial que, en lugar de señalar que el párrafo primero del art. 9.4 de la LOPJ quedaba redactado conforme a lo establecido en esta ley, dijo que el apartado cuarto del art. 9 quedaba redactado de esa forma, con lo que se suprimían de forma inexplicable los párrafos segundo y tercero del apartado 4 destinados a regular la competencia contencioso-administrativa en responsabilidad patrimonial. Este error fue subsanado por el legislador en virtud de la disposición final primera de la Ley Orgánica 4/2011, de 11 de marzo⁴¹¹, que sustituía la referencia al apartado cuarto del art. 9 de la LOPJ por el párrafo primero del apartado cuarto del mismo artículo de la LOPJ, resurgiendo los apartados segundo y tercero de la LOPJ⁴¹².

8. La Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social: exclusión expresa del orden social para conocer de las reclamaciones por asistencia sanitaria pública.

Aunque pocas dudas caben ya sobre la falta de competencia del orden social para conocer de las reclamaciones por los daños ocasionados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, la LJS lo deja claro. Como señala su Exposición de Motivos «*el objetivo principal de esta nueva Ley es establecer, ampliar, racionalizar y definir con mayor claridad el ámbito de conocimiento del orden jurisdiccional social, con*

27/2009 -, 18/10/2010 - CC. 21/2010 -, 17/10/2011 - CC. 27/2011 -, 3/10/2011 - CC. 28/2011 -, 5/12/2011 - CC. 46/2011 -, 24/09/2012 (JUR 2012, 356562) - CC. 22/2012 - y CC 4/2013).

La reforma de la LOPJ llevada a cabo por la LO 19/2003 (RCL 2003, 3008), reconoce expresamente la competencia del orden jurisdiccional contencioso administrativo cuando el interesado accione directamente contra el asegurador de la Administración, junto a la Administración respectiva". Con ello se ha puesto fin a la competencia del orden civil para el conocimiento de las demandas dirigidas conjuntamente contra la Administración y el asegurador, pero este precepto ha sido interpretado por los AATS (Sala de Conflictos) de 18 de octubre de 2004 y 28 de junio de 2004 (teniendo en cuenta la inclusión del último inciso, que no figuraba en algunos textos prelegislativos) en el sentido de que, según expresión del primero de los citados autos, "la reforma introducida por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, en el art. 9.4 LOPJ, en el sentido de atribuir al orden jurisdiccional contencioso-administrativo las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra el asegurador de la Administración, se refiere al supuesto de que se reclame contra aquella "junto a la Administración respectiva", lo que excluye el supuesto de haberse demandado únicamente a la Compañía de Seguros".»

⁴¹¹Ley Orgánica 4/2011, de 11 de marzo, complementaria de la Ley de Economía Sostenible, por la que se modifican las Leyes Orgánicas 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

⁴¹² JIMÉNEZ BONILLA, S.; *op. cit.*, pp. 571 a 574.

fundamento en su mayor especialización, conocimiento más completo de la materia social y marco procesal especialmente adecuado a los intereses objeto de tutela de este orden», poniendo fin a los conflictos de jurisdicción y a la existencia de resoluciones judiciales contradictorias que ponen en peligro el derecho a la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica.

Para una correcta delimitación de las materias que son competencia del orden jurisdiccional social, la LJS recoge en el art. 2 los asuntos que son competencia de esta jurisdicción, mientras que en el art. 3 realiza una delimitación negativa detallando las materias que están excluidas. Según el art. 3.g) de la LJS: *«No conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social: g) De las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, sean estatales o autonómicos, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.»* La exclusión específica de los asuntos en reclamaciones de asistencia sanitaria que realiza la LJS es prácticamente una réplica de la disposición adicional 12ª de la LRJPAC.

9. La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

La entrada en vigor de la LPAC y la LRJSP, que derogan la LRJPAC y el RPRP, no alteran sustancialmente la regulación del sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas que subsiste, en lo que nos interesa, prácticamente en los mismos términos: responsabilidad directa de la Administración con la imposibilidad de dirigirse directamente frente al funcionario o empleado público (art. 32 y 36.1 de la LRJSP) salvo que se exija responsabilidad penal o civil derivada de delito (art. 37 de la LRJSP); sin perjuicio de la posterior acción de regreso por la Administración (art. 36 apartados 2 a 6 de la LRJSP); mismo régimen de responsabilidad patrimonial, tanto en relaciones de Derecho público como privado (art.35 de la LRJSP); exigencia de responsabilidad a través del correspondiente procedimiento administrativo cuya resolución pone fin a la vía administrativa (artículos 65, 67, 81, 91, 92, 96.4 y 114.1.e)

de la LPAC). Sin embargo, sí se han introducido importantes novedades que pueden afectar a la concreción del orden jurisdiccional competente para conocer de las reclamaciones por asistencia sanitaria pública, especialmente la derogación de la disposición adicional 12ª de la LRJPAC en virtud de la disposición derogatoria única.2.a) y d) de la LPAC, que serán objeto de estudio en los capítulos sucesivos (*Vid. Supra*, Capítulo I, 5).

CAPÍTULO IV

ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE CUANDO EL SERVICIO ES GESTIONADO DE FORMA DIRECTA: ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO.

1. Gestión a través de órgano interpuesto sin personalidad jurídica.

Si como es lo más frecuente la asistencia sanitaria es prestada por un establecimiento interpuesto sin personalidad jurídica (Centros de Salud, hospitales, Centros Hospitalarios de Alta Resolución...), la responsabilidad se exigirá de conformidad con las disposiciones aplicables a la Administración, organismo o entidad en la que se integren, a los que se imputarán los daños. En la mayoría de los casos los Servicios de Salud autonómicos. Habrá de estarse pues a la naturaleza del ente gestor al que pertenece.

2. Gestión a través de organismos públicos y entidades de derecho público.

Como vimos *Supra* Capítulo II, 3.3.1, el INGESA (Entidad Gestora de la Seguridad Social) es una entidad de derecho público adscrita al Ministerio de Sanidad y las Comunidades Autónomas en el ejercicio de su potestad de autoorganización han optado por configurar a sus Servicios de Salud como organismos autónomos -en su mayoría- (aunque con otra denominación) o entes de derecho público (próximos a las entidades públicas empresariales o con un régimen especial). Al margen de los Servicios de Salud, algunas han creado entidades de derecho público o, en Andalucía, las agencias públicas empresariales (similares a las entidades públicas empresariales estatales) para gestionar el servicio. Por eso, a lo largo de la exposición cuando nos refiramos a organismos autónomos o entidades públicas empresariales estaremos haciendo también referencia a los entes o entidades de derecho público, así como a las agencias públicas empresariales. También se han constituido otras entidades de derecho público, como los consorcios y, aunque hoy en desuso, fundaciones públicas sanitarias del art. 111 de la Ley 50/1998 como organismos públicos, a los que se le aplican supletoriamente las normas previstas para las entidades públicas empresariales.

Las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que se formulen por la lesión que sufran los particulares como consecuencia del funcionamiento del servicio sanitario público prestado por alguno de estos organismos o entidades de derecho público se sujetan al régimen sustantivo de responsabilidad patrimonial derivado del art. 106.2 de la CE y los artículos 32 y ss de la LRJSP, debiendo seguirse las previsiones procedimentales previstas en la LPAC para su exigencia (artículos 65, 67, 81, 91, 92, 96.4 y 114.1.e)). Incluso cuando actúen en relaciones de Derecho privado (art. 35 de la LRJSP).

La responsabilidad, por tanto, no podrá ser exigida directamente ante los Tribunales. La resolución expresa que pone fin a la vía administrativa (art. 114.1.e) de la LPAC) o la desestimación presunta por silencio (24.1 de la LPAC) posibilitará el ejercicio de la acción de responsabilidad ante los jueces del orden contencioso-administrativo, sin perjuicio del posible planteamiento del recurso potestativo de reposición (art. 123 de la LPAC). En nuestra opinión, el régimen jurídico, procedimental y jurisdiccional no se ha visto alterado, en estos casos, por la supresión de la disposición adicional 12ª de la LRJPAC. Los principales argumentos que manejamos para alcanzar esta conclusión son los siguientes:

1. Tanto el INGESA, como los Servicios de Salud autonómicos que adoptan la forma de organismo autónomo o entes de derecho público, así como las entidades de derecho público, agencias públicas empresariales, los consorcios y las fundaciones públicas sanitarias están sujetas a la LRJSP y a la LPAC en cuanto, al tratarse de organismos públicos y entidades de derecho público vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas⁴¹³, forman parte del sector público institucional (art. 2.2.a) de la LRJSP y LPAC) y tienen la condición de Administración Pública (art. 2.3 de la LRJSP y LPAC).

⁴¹³ Los términos “vinculado” y “dependiente” implican que existe una relación de instrumentalidad. Los entes instrumentales tienen dos características fundamentales. En primer lugar, están dotados de personalidad jurídica-propia y por tanto hay una distinción y separación respecto del Ente que lo crea. En segundo lugar, aunque tienen personalidad jurídica-propia, se encuentran en una relación de dependencia o vinculación respecto al Ente que lo constituye. DE AHUMADA RAMOS, F. J.; *op. cit.*, p. 407. Esa dependencia o vinculación se manifiesta «en el sentido de que se subordinan a la dirección política o estratégica de aquella, que nombra, además, a los miembros de sus órganos superiores o directivos y ejerce una pluralidad de controles, ya sean de legalidad, de oportunidad o de eficacia, aparte de los controles presupuestarios y contables». SÁNCHEZ MORÓN, M.; «Artículo 2. Ámbito de aplicación» en la obra colectiva *Comentarios a la Ley 30/92* dirigida por SÁNCHEZ MORÓN, M. y MAURANDI GUILLÉN, N., Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2013, p. 31; VILLAR ROJAS, F. J.; *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 97.

Las normas autonómicas y sus normas de creación las definen expresamente como organismos públicos o entidades de derecho público, aunque estén sujetas a un régimen especial. La naturaleza jurídica de los consorcios como entidad de derecho público que otrora generaba dudas, ha quedado clarificada en la actualidad con el art. 118.1 de la LRJSP (que tiene carácter básico)⁴¹⁴ y el art. 84.1.d) de la LRJSP que los integra dentro del sector público institucional estatal. Por otra parte, estas entidades se encuentran en una relación de instrumentalidad respecto de la Administración: las crea -normalmente la Consejería competente en materia de Salud-, delimita sus fines, ejerce facultades de control y supervisión de la actuación de los entes, nombra y remueve a sus directivos⁴¹⁵... Aunque en los consorcios la instrumentalidad puede verse matizada, la obligatoria adscripción a una Administración refuerza su carácter instrumental⁴¹⁶ (artículos 120 a 122 de la LRJSP y disposición adicional única de la Ley 15/1997 de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud).

La LRJSP y la LPAC al delimitar su ámbito subjetivo de aplicación no hace distinciones entre los distintos tipos de entidades de derecho público. A diferencia de la LRJPAC, tampoco especifica que sujetan su actividad a lo dispuesto en la norma cuando ejerzan potestades administrativas, supeditándose en el resto a lo que dispongan sus normas de creación. Por consiguiente, se podría entender que las entidades de derecho público se someten de forma preferente a lo que establecen la LPAC y la LRJSP⁴¹⁷. Claramente es así cuando estamos ante organismos autónomos que están

⁴¹⁴ Con relación al Consorcio Sanitario Público del Aljarafe así lo ha afirmado la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 10 de febrero de 2020 (RJ 2020\351): «*La creación del consorcio Sanitario Público del Aljarafe-San Juan de Dios, es anterior al clarificador art. 84 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre (RCL 2015, 1478, 2076), Sector Público estatal, que en su punto 1. D) incluye como sector público institucional estatal a los consorcios.*

La respuesta a la pregunta sometida a interés casacional es que los servicios prestados en un consorcio calificado por la administración como entidad de derecho público deben considerarse como prestados en un ente público instrumental a efectos de reconocimiento de trienios.»

⁴¹⁵ Normalmente, la mayoría del Consejo de Administración está formado por sujetos pertenecientes a la Consejería y es presidido por el Consejero de Salud correspondiente. El Director Gerente suele ser nombrado por el Gobierno autonómico a propuesta del Consejero de Salud.

⁴¹⁶ Ciertamente en el caso de los consorcios, la instrumentalidad ha de entenderse de forma rebajada «*como una vinculación de conexión o enlace entre el consorcio y las Administraciones que lo integran, más que como una subordinación o dependencia al uso*». BOTO ÁLVAREZ, A.; «La noción de sector público institucional: aplauso, crítica y desconcierto», *Documentación Administrativa*, nº 2 (2015). En <http://dx.doi.org/10.24965/da.v0i2.10265> [Consultado el día 15 de mayo de 2018], p. 5. No obstante, la instrumentalidad se ve reforzada por la obligatoria adscripción a una Administración Pública. De ahí que esta matización no impida su integración en el sector público institucional ni su catalogación como Administración. MARTÍN LORENZO, B.; *op. cit.*; SILES MARC, V.; *op. cit.*

⁴¹⁷ MARTÍN DELGADO, I.; «Artículo 2» en la obra colectiva *Comentarios a la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público* dirigida por CAMPOS ACUÑA, C., Wolters Kluwer, Madrid, 2017, pp. 40 y 41. En el mismo sentido, GAMERO CASADO: el que ahora no se diga que se someten las entidades de derecho público a la LPAC o a la LRJSP cuando ejercitan potestades administrativas no significa que

sometidos con carácter general al Derecho Público. Sin embargo, las entidades públicas empresariales y entes autonómicos asimilados se rigen con carácter general por el Derecho privado *«excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en su Ley de creación, sus estatutos, la Ley de Procedimiento Administrativo Común, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, y el resto de normas de derecho administrativo general y especial que le sean de aplicación»* (art. 104 de la LRJSP [para las de ámbito estatal]). ¿Quedan sujetas las entidades públicas empresariales y entes asimilados al régimen de responsabilidad previsto en la LRSJP y al procedimiento de la LPAC cuando prestan el servicio público sanitario? En mi opinión, la respuesta es que sí. La LRJSP y la LPAC someten a las Administraciones Públicas, también a las instrumentales, al régimen de responsabilidad patrimonial previsto en los artículos 32 y ss de la LRJSP, incluso cuando actúan en relaciones de Derecho privado (art. 35 de la LRJSP), debiendo seguirse la correspondiente tramitación administrativa cuya resolución será impugnable en la vía contencioso-administrativa (artículos 9.4 de la LOPJ y 2.e) de la LJCA). Los organismos, entes y entidades de derecho público sanitarias en cuanto participan de la condición de Administración quedan sujetos al mismo sistema, procedimiento y unidad de fuero. Si incluso se cuestiona su aplicación a las entidades de derecho privado (*Vid. Infra*, Capítulo IV, 3), cuanto más será aplicable a los entes que tienen naturaleza pública.

Toda esta problemática trae causa de la normativa anterior. La LRJPAC tras catalogarlas como Administración Pública señalaba que *«sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación»* (art. 2.2). En aplicación de este precepto se podía llegar a la conclusión de que sólo se aplicaría el régimen sustantivo y procedimental de responsabilidad patrimonial de la Administración cuando ejercieran potestades administrativas o lo dispusieran sus normas de creación, quedando sometidas

«queden excluidas del ámbito de aplicación de la LPAC cuando ejerzan potestades administrativas, sino que más bien se da por sentado que se someten con carácter general a esta Ley, y por supuesto también y especialmente cuando ejerzan potestades administrativas.» GAMERO CASADO, E.; «Capítulo I. La estructura de la legislación sobre procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público y sus criterios de aplicación», en la obra colectiva *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tomo I, dirigida por GAMERO CASADO, E., Tirant Lo Blanch, 2017. En www.tirant.com [Consultado el día 20 de febrero de 2018], p. 143.

en cuanto al resto al régimen civil, con la consiguiente competencia del orden civil⁴¹⁸. Tras la reforma introducida por la Ley 4/1999 en el art. 144 de la LRJPAC (en el mismo sentido el art. 1.2 del RPRP) con la finalidad de unificar el régimen jurídico aplicable, la doctrina mayoritaria⁴¹⁹ entendió que en cuanto los citados entes públicos instrumentales

⁴¹⁸ En este sentido MARTÍN-PALACÍN GUTIÉRREZ señala que «aunque el régimen de responsabilidad patrimonial extracontractual parece haber prescindido del tipo de relaciones en las que actúe la Administración, qué duda cabe que en el campo de determinación inicial del concepto de Administración Pública y por lo que a las Entidades Públicas Empresariales se refiere, resulta esencial distinguir cuando ejercitan potestades públicas y cuando no, a los efectos de someterlas a este régimen.» MARTÍN-PALACÍN GUTIÉRREZ, J. L.; «Capítulo I. Teoría General de la Responsabilidad Patrimonial o extracontractual. I Elementos subjetivos. 1.1. La Administración Pública Responsable. 1.1 Teoría General» en la obra colectiva *Manual de Responsabilidad Pública* dirigida por la Dirección del Servicio Jurídico de la Abogacía General del Estado, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2ª ed., 2015, p. 94; Para GÓMEZ LIGÜERRE el criterio delimitador para aplicar el régimen de responsabilidad patrimonial y atribuir la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa sería el de las potestades públicas, entre las que estaría la prestación de un servicio público. En todos aquellos casos en que la entidad pública empresarial no ejercitara potestades públicas sino que actuara estrictamente sometida al Derecho privado, la competencia correspondería a la jurisdicción civil (Auto del TS (Sala de Conflictos de Competencia), 18 de diciembre de 2009). GÓMEZ LIGÜERRE, C.; «Cambio de vía...», *op. cit.*; «Dos veces...», *op. cit.* y *Derecho aplicable...*, *op. cit.*, pp. 190 y 191; GONZÁLEZ PÉREZ, J.; *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Civitas Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 7ª ed., 2015, p. 256; NAVARRO PALACIOS, M.; «Empresa pública, personalidad, responsabilidad» en la obra colectiva *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el marco de la estructura territorial del Estado. III Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía* coordinada por HINOJOSA MARTÍNEZ, E., Comares, Granada, 2000, pp. 159 y 160; MARTÍN DELGADO, I.; *op. cit.*, p. 38.

⁴¹⁹ LÓPEZ ÁLVAREZ, E.; *op. cit.*, pp. 588 y 589; Para MIR PUIGPELAT sin embargo, cuando el art. 2.2 de la LRJPAC alude al concepto «actividad» no incluye el régimen de responsabilidad. En puridad, el régimen de responsabilidad no forma parte de la «actividad del ente». Se aplica el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas porque tienen la condición de Administración, con independencia de si ejerce potestades administrativas o no, o de si lo establece su norma de creación. Además, en el ámbito sanitario estamos ante un servicio público sin que pueda haber una merma en la garantía de los particulares porque la Administración opte por otra forma de personificación. MIR PUIGPELAT, O.; *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria...*, *op. cit.*, pp. 97 a 105; «La jurisdicción...», *op. cit.*, pp. 12 y 13 y «La reforma del...», *op. cit.*, pp. 1021 a 1023; REBOLLO PUIG, M.; «La reclamación de la indemnización» en la obra colectiva *Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tomo I dirigida por QUINTANA LÓPEZ, T., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2013, pp. 101 y 102; «El Procedimiento Administrativo en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Especial referencia a la Comunidad Andaluza» en la obra colectiva *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el marco de la estructura territorial del Estado. III Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía* coordinada por HINOJOSA MARTÍNEZ, E., Comares, Granada, 2000, pp. 303 a 305 y «Vía administrativa y jurisdicción competente para declarar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», *Revista Jurídica de Andalucía*, nº 26 (1998), pp. 1076 a 1077; JIMÉNEZ BONILLA, S.; *op. cit.*, p. 553; MARTÍN REBOLLO, L.; «Ayer y hoy...», *op. cit.*, p. 297 y «La responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 52, 53 y 88; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.; «Reflexiones sobre la «huida» del derecho administrativo», *RAP*, nº 140 (1996), p. 55; GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, pp. 110 a 117; CARAZA CRISTÍN, M. DEL M.; *La responsabilidad patrimonial de la Administración y su relación con los estándares de calidad de los servicios públicos*, INAP, Madrid, 2016, pp.276 y 294; MONTOYA MARTÍN, E.; «El sistema de responsabilidad de las empresas públicas sometidas al Derecho privado», en la obra colectiva *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el marco de la estructura territorial del Estado. III Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía* coordinada por HINOJOSA MARTÍNEZ, E., Comares, Granada, 2000, pp. 122 y 123; DE VICENTE DOMINGO, R.; «La responsabilidad patrimonial de los entes públicos instrumentales en la legislación y la jurisprudencia administrativas» en la obra colectiva *Nuevas perspectivas del régimen local: estudios en homenaje al*

tenían la condición de Administración (art. 2.2 de la LRJPAC), su responsabilidad, también cuando actuaran en relaciones de Derecho privado, se sujetaba al régimen público de responsabilidad siendo revisable en la jurisdicción contencioso-administrativa tras la tramitación de la vía administrativa. Lo relevante era que tuviera la condición formal de Administración Pública y no el sector del ordenamiento, público o privado, por el que debiera regir su actuación ni si ejercitaban potestades administrativas o no.

La cuestión, sin embargo, en la actualidad sigue sin ser pacífica y genera algunas situaciones controvertidas. Es el caso de las reclamaciones que se plantean frente a RENFE-Operadora, entidad pública empresarial, por los daños causados a usuarios del servicio público de transporte de viajeros por ferrocarril⁴²⁰. Mientras que en un primer estadio la Sala de Conflictos del TS afirmó la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa (con carácter *obiter dicta* se pronunciaron los Autos del TS (Sala de Conflictos de Competencia), 27 de diciembre de 2001⁴²¹ (RJ 2005\7822) o 21 de octubre de 2002 (JUR 2009\12656), con posterioridad ha sostenido la competencia de la jurisdicción civil, sin que la entrada en vigor de la LRJSP y la LPAC haya supuesto un cambio en su doctrina tradicional, a favor de la jurisdicción civil. El fundamento radica en que en tanto se trata de una entidad pública empresarial se rigen por el Derecho privado excepto en lo que respecta a la formación de la voluntad de sus órganos, si actúa en el ejercicio de potestades administrativas o cuando lo establezcan determinadas normas, como la LRJSP, la LPAC o sus normas de creación (art. 104 de la LRJSP). Por eso, entiende que tiene una naturaleza híbrida. Por un lado, como organismo público tiene consideración de Administración y sus actos están sujetos al Derecho Administrativo, revisables en el orden contencioso-administrativo; pero, por otro lado, son sociedades mercantiles sometidas al ordenamiento jurídico privado. Como las reclamaciones por la prestación del servicio ferroviario no guarda relación ni con la formación de voluntad de sus órganos ni con el ejercicio de potestades administrativas, el conocimiento de esta pretensión sometida al Derecho privado

profesor José M^a Boquera Oliver coordinada por CLIMENT BARBERÁ, J. y BAÑO LEÓN, J. M., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 356 y 357.

⁴²⁰ Sobre esta cuestión *Vid.*, GÓMEZ LIGÜERRE, C.; *Derecho aplicable...*, *op. cit.*, pp. 187 a 191.

⁴²¹ Fundamento jurídico 2º: aludiendo a los artículos 2.e) de la LJCA, 9.4 de la LOPI, 142.6 y 144 de la LRJPAC «*de ello se deduce que, con independencia de la relación jurídica, pública o privada, en la que se haya ocasionado el daño, cuando estemos en presencia de una reclamación de este carácter formulada contra una Administración Pública, como es el caso de RENFE, constituida como Entidad Pública Empresarial, la Jurisdicción competente será siempre la Contencioso-Administrativa*», descartando la competencia del orden civil.

correspondería a la jurisdicción civil (Autos del TS (Sala de Conflictos de Competencia), 15 de marzo de 2017 [JUR 2017\69914] o 30 de mayo de 2018 [JUR 2018\165159]; con anterioridad a la LRJSP y la LPAC, Autos del TS (Sala de Conflictos de Competencia), 18 de diciembre de 2009 [JUR 2010\50039]; 11 de abril de 2013 [JUR 2013\173447]; 24 de abril de 2015 [JUR 2015\123037]; 19 de diciembre de 2016 [JUR 2017\19242]). Sin embargo, el TS cambia de criterio si la reclamación se dirige conjuntamente frente a RENFE-Operadora y ADIF, entidad pública empresarial encargada de administrar la infraestructura ferroviaria puesto que atribuye la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa de acuerdo con el art. 9.4 de la LOPJ y art. 2.e) de la LJCA. Se estaría ejercitando una demanda frente a una Administración (ADIF) y un particular que concurre a la producción del daño (RENFE-Operadora). Asimismo porque a ADIF se le reconoce competencia *«para la resolución de reclamaciones de responsabilidad patrimonial que se formulen respecto de la actuación del mismo, que habrá que entender referida a la actividad incluida en el contexto de la prestación del servicio que ADIF tiene asignada y que dé lugar a la reclamación de un usuario de dicho servicio, se inserta de manera nítida en el ámbito del Derecho administrativo»*.

Esta última afirmación aboca directamente a la aplicación del art. 9.4 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) y al art. 1 LJCA (RCL 1998, 1741), sin contradecir cuantas apreciaciones puedan hacerse respecto del régimen jurídico aplicable a ADIF cuando no ejerce potestades administrativas» (Autos del TS (Sala de Conflictos de Competencia), 7 de marzo de 2018 [JUR 2018\87094] y 8 de junio de 2018 [RJ 2018\2903]). Los argumentos de la Sala de Conflictos del TS, como ha puesto de manifiesto, GÓMEZ LIGÜERRE son muy discutibles, entre otros motivos, porque tanto RENFE-Operadora como ADIF son entidades públicas empresariales que aunque tengan funciones propias y diferentes, casi imperceptibles por el usuario, prestan el servicio público de transporte por ferrocarril lo que no justifica esta diversidad de tratamiento y de orden competente para conocer de las reclamaciones de responsabilidad⁴²².

⁴²² GÓMEZ LIGÜERRE que entiende que el régimen jurídico y la jurisdicción competente dependen de si las entidades públicas empresariales están ejercitando potestades administrativas, estima que los argumentos del TS no son correctos: *«la sujeción al Derecho privado de tales entidades no las sustrae del régimen administrativo de responsabilidad patrimonial por los daños que causen en la prestación de los servicios públicos que se les encomiendan. Función para la que disponen de potestades administrativas»*. La atribución a ADIF de la potestad de resolver expedientes de responsabilidad

En el campo de la responsabilidad sanitaria, sin embargo, no se plantea este debate y los argumentos se ven reforzados porque la mayor parte de las normas de creación y los estatutos de los distintos entes de derecho público se remiten en lo que respecta a la responsabilidad patrimonial a lo dispuesto en la LRJSP y la LPAC. Por citar algunos ejemplos: art. 59.3.d) de la Ley de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid; artículos 4.2.d) y 60 de la Ley de Ordenación Sanitaria Cataluña; art.21.3 de la Ley de Ordenación Sanitaria de Euskadi o art. 18 de la Ley 8/2007, de 30 de julio, del Instituto Catalán de la Salud. También en los estatutos de algunos de los consorcios: art. 9.2 de los Estatutos del Consorcio Hospital General Universitario de Valencia o el art. 9.2 de los Estatutos del Consorcio Hospitalario Provincial de Castellón⁴²³. En el ámbito del INGESA, el art. 35 del RD 29/2000 somete expresamente a la tramitación administrativa y contencioso-administrativa las reclamaciones encaminadas al resarcimiento de los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria prestada a través de centros, servicios y establecimientos sanitarios que adopten la forma de fundaciones, consorcios, sociedades y fundaciones públicas sanitarias *«así como mediante la constitución de cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en derecho, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público.»*

2. El art. 9.4 de la LOPJ y el art. 2.e) de la LJCA atribuyen a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento exclusivo de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive, pública o privada. A estos efectos se entiende por Administración: *«las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las*

patrimonial, está amparada por la Ley y *«confirma la regla general que asocia el ejercicio de potestades públicas a la responsabilidad patrimonial por los daños causados en la prestación del servicio público», tanto en el caso de ADIF como en el de RENFE. GÓMEZ LIGÜERRE, C.; Derecho aplicable..., op. cit., pp. 190 y 191.*

⁴²³ Resolución de 14 de julio de 2017, del director gerente del Consorci Hospital Universitari de València, por la cual se dispone la publicación de los estatutos refundidos del CHGUV en cuyo art. 9.2 dispone: *«el Consorcio tiene atribuida la competencia para tramitar y resolver las reclamaciones de responsabilidad patrimonial a que se refieren los artículos 106.2 de la Constitución española, con sujeción a lo previsto al efecto en las leyes reguladoras del procedimiento administrativo común y del sector público.»* En el mismo sentido, Resolución de 22 de abril de 2013, del director gerente del Consorcio Hospitalario Provincial de Castellón, por la que se dispone la publicación de los estatutos del mismo, de 17 de diciembre de 2003, y del acuerdo de delegación de competencias en materia de personal, contratación administrativa y gestión económica, aprobado en la sesión del Consejo de Gobierno del Consorcio de 8 de noviembre de 2011.

*Entidades locales*⁴²⁴.» (art. 1.2.d) de la LJCA). En consecuencia, la responsabilidad patrimonial de los organismos autónomos, entes o entidades de derecho público, agencias públicas empresariales, consorcios⁴²⁵ o fundaciones públicas que presten el servicio sanitario, se dilucidará en el orden contencioso-administrativo en tanto entidades de derecho público que tienen la condición de Administración Pública a estos efectos. Así lo afirmó desde un principio la STS (Sala de lo Civil), de 7 de marzo de 2000 (RJ 2000\1508⁴²⁶).

3. Un último argumento que puede servir en defensa de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa es que estos entes, entidades de derecho público y consorcios en tanto tienen personalidad jurídica, patrimonio y tesorería propios responderán de los daños ya que a ellos les será imputable⁴²⁷. Sin embargo, cuando las reclamaciones de responsabilidad patrimonial contra el ente público instrumental se resuelven por los órganos de la Administración matriz de la que dependen, normalmente la Consejería competente en materia de Salud, se le reconoce legitimación pasiva y se interpondrá frente a ella el recurso en el orden contencioso-administrativo (artículos 1.2.b) y 2.e) de la LJCA y art. 9.4 de la LOPJ). Por ejemplo, en Andalucía, si el servicio es prestado por un centro de una agencia pública empresarial la competencia para resolver los procedimientos de responsabilidad patrimonial corresponde al titular de la Consejería con competencia en materia de Salud (art. 92 de la LPAC y art. 26.2.k) de la

⁴²⁴ Con relación a los Entes instrumentales no se establece el sometimiento sólo cuando ejerzan potestades administrativas a estilo de lo que disponía la LRJPAC. Aunque se llegó a establecer en el proyecto de la LJCA finalmente se suprimió. MOREU CARBONELL, E.; «Capítulo 1. El ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa» en la obra colectiva *Estudio de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* dirigida por EZQUERRA HUERVA, A. y OLIVÁN DEL CACHO, J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 45.

⁴²⁵ Con anterioridad a la entrada en vigor de la LRJSP y la LPAC, el legislador guardaba silencio sobre la naturaleza jurídica del consorcio lo que unido a que la LJCA no menciona en su ámbito de aplicación ni al consorcio ni a las fórmulas asociativas entre las Administraciones Públicas planteaba dudas a la doctrina sobre su inclusión en el ámbito subjetivo de aplicación de la LJCA. *Ibid.*, pp. 50 y 51. En la actualidad, como vimos Supra se definen claramente como entidades de derecho público.

⁴²⁶ Fundamento jurídico 2º: «en la actualidad no cabe duda que corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de las pretensiones dirigidas contra la Administración sanitaria y sus entidades, cualquier que sea la naturaleza de la actividad que determine el nacimiento de la responsabilidad, según las disposiciones en vigor (artículo segundo de la Ley 29/1998, de 13 de julio [RCL 1998, 1741]; disposición adicional duodécima (Ley 4/1999) incorporada a la LRJPAC; y Ley Orgánica del Poder Judicial, nueva redacción artículo 9.4, dada por Ley Orgánica 6/1998 [RCL 1998, 1735]).»

⁴²⁷ Son «centro autónomo de imputación de derechos, deberes y responsabilidades». SÁNCHEZ MORÓN, M.; «Artículo 2...», *op. cit.*, p.13; MUÑOZ MACHADO, S.; *La responsabilidad civil concurrente de las administraciones públicas (y otros estudios sobre responsabilidad)*, Civitas, Madrid, 2ª ed., 1998, pp. 163, 171 y 172; LÓPEZ MENUDO, F.; GUICHOT REINA, E. y CARRILLO DONAIRE, J. A.; *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 264.

LAJAndalucía). De tal forma que la resolución expresa o presunta será impugnabile en la vía contencioso-administrativa en la que resultará demandada la Consejería de Salud (Administración matriz [Junta de Andalucía]) y junto a ella, normalmente, la agencia pública empresarial correspondiente (ente instrumental) (artículos 21.1.a) y b de la LJCA) (SSTSJ de Andalucía (Málaga), 10 de mayo de 2018 (JUR 2018\303051); 19 de marzo de 2018 (JUR 2018\252640) o 17 de junio de 2019 (JUR 2019\327376).

3. Gestión a través de entidades de derecho privado.

Para la prestación del servicio es posible que la Administración Pública haya creado una sociedad o fundación con personalidad jurídico-privada (*Vid. Supra*, Capítulo II, 3.3.2).

3.1 La noción objetiva de servicio público para delimitar la responsabilidad patrimonial derivada del art. 106.2 de la CE.

La práctica unanimidad de la doctrina⁴²⁸ entiende que el art. 106.2 de la CE consagra la garantía patrimonial de los particulares que han sufrido una lesión como consecuencia del funcionamiento de un servicio público sin que la Constitución distinga si el servicio es gestionado directamente a través de órganos sin personalidad, entes de derecho público o privado o de forma indirecta. Acoge de esta forma una concepción objetivo-funcional o material de la expresión «servicios públicos»⁴²⁹ poniendo el énfasis

⁴²⁸ VILLAR ROJAS, F. J.; *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 98 y 99; CUETO PÉREZ, M.; *Responsabilidad de la...*, *op. cit.*, p. 219 y «Avances y retrocesos en la responsabilidad de las administraciones públicas tras la reforma de la Ley 30/92», *Revista de Administración Pública*, nº 152 (2000), p. 286. Con relación a la nueva normativa: CUETO PÉREZ, M.; «Responsabilidad patrimonial de la Administración y gestión privada...», *op. cit.*, p. 345; MIR PUIGPELAT, O.; *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria...*, *op. cit.*, pp. 119 a 124 y «La reforma del...», *op. cit.*, p. 1022; REBOLLO PUIG, M.; «La reclamación...», *op. cit.*, pp. 105 y 106; GONZÁLEZ PÉREZ, J.; *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones...*, *op. cit.*, p. 426; GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.; *Comentarios a...*, *op. cit.*, pp. 2193, 2312 y 2313; BELADÍEZ ROJO, M.; *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 44, 45, 49, 57, 75 a 78; GUERRERO ZAPLANA, J.; *Las reclamaciones...*, *op. cit.*, p. 289; MARTÍN REBOLLO, L.; «Ayer y hoy...», *op. cit.*, pp. 302 y 312; MONTORO CHINER, M. J. y HILL PRADOS, M. C.; *Responsabilidad patrimonial de la administración y contrato de seguro*, Atelier, Barcelona, 2002, pp. 102 a 105; MONTOYA MARTÍN, E.; «El sistema...», *op. cit.*, pp. 107 a 109, 111, 113 y 120 a 124; y *Las empresas públicas...*, *op. cit.*, pp. 489, 490 y 553 a 557; DE VICENTE DOMINGO, R.; *op. cit.*, pp. 351 a 374; CARAZA CRISTÍN, M. DEL M.; *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 279 a 281, 292 y 293; GAMERO CASADO instaba a llevar a cabo una reforma legislativa en consonancia con la Constitución. GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, pp. 91 a 94, 146 a 149, 224; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.; *op. cit.*, pp. 239 a 242 y 245 a 252; DE AHUMADA RAMOS, F. J.; *op. cit.*, p. 462; JIMÉNEZ BONILLA, S.; *op. cit.*, pp. 592 y 593.

⁴²⁹ Por contraposición, la interpretación orgánica de la expresión supondría restringir el concepto a los supuestos en los que las funciones administrativas son desempeñadas directamente por la Administración.

en la prestación del servicio público, en este caso, el sanitario, con independencia de la tipología de los entes que tengan encomendada su gestión. Ello sería acorde con la amplia interpretación que el TS hace del concepto de servicio público a los fines del art. 106.2 de la Constitución (*Vid. Supra*, Capítulo III, 3). La utilización de fórmulas jurídico-privadas de personificación para la gestión del servicio no provoca que deje de ser un servicio público. Lo único que cambia es el ropaje jurídico, puesto que las prestaciones, los derechos del paciente, etc. van a ser los mismos. Por tanto, allá donde haya un daño como consecuencia del funcionamiento del servicio público, se deberá aplicar el régimen de responsabilidad diseñado en el art.106.2 de la CE con independencia de la vestidura jurídica del ente que lo presta (entidad pública empresarial, sociedad mercantil, fundación, concesionarios o contratistas...). Lo contrario, supondría admitir que a la Administración, en el ejercicio de su potestad de autoorganización, le baste con crear este tipo de entes sometidos al Derecho privado para eludir la garantía institucional del sistema de responsabilidad del art. 106.2 de la CE, rompiendo la unidad del sistema⁴³⁰. Así lo ha puesto de manifiesto de forma constante el Consejo Consultivo de Andalucía en numerosos dictámenes que se apoyan

Como señala VILLAR ROJAS, en realidad la interpretación jurídico-material del concepto de servicio público es el único criterio para exigir la responsabilidad extracontractual de una Administración que ha huido del derecho administrativo. VILLAR ROJAS, F. J.; *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 88. Como ya advertía VILLAR ROJAS «*si el art. 106.2 CE incorporase una concepción subjetiva de responsabilidad patrimonial, como la legislación básica ha querido establecer, la disposición adicional 12ª, por ampliar su ámbito subjetivo hacia otro funcional, debería ser considerada inconstitucional; o bien, debería entenderse que el elemento subjetivo no es determinante de la aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial.*» En esta última interpretación tiene cabida la disposición adicional 12ª de la LRJPAC dentro del art. 106.2 CE porque la CE emplea un concepto funcional de servicio público. VILLAR ROJAS, F. J.; «*Responsabilidad en la gestión directa...*», *op. cit.*, pp. 16, 17 y 20.

El concepto funcional de servicio público está muy bien resumido por el TS en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, 21 de abril de 1998 (RJ 1998\4045) fº jº 3º: «*lo que distingue la actividad administrativa, en el sentido de los servicios públicos a los que se refiere la ley cuando disciplina la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, no es que sus elementos instrumentales sean diferentes o estén modificados en función de una actividad prestacional o de otra índole de la administración, sino el fin a que en su conjunto la actividad administrativa se dirige (la satisfacción de los intereses generales), el carácter con que lo hace (de modo continuo o regular), los límites a que está sujeta (los fijados por la atribución de potestades por el ordenamiento jurídico) y las prerrogativas inherentes a la específica regulación del ejercicio de las potestades en el marco del derecho público. Los elementos personales o reales que se integran en la actividad administrativa no deben ser diferentes de los necesarios para el desarrollo de cualquier actividad humana útil o productiva, pues su característica radica en la afección teleológica o instrumental al servicio.*» VILLAR ROJAS, F. J.; «*Responsabilidad en la gestión directa...*», *op. cit.*, pp. 12, 17 y 20; BELADÍEZ ROJO, M.: *op. cit.*, p. 63.

⁴³⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, pp. 960 y 961; CUETO PÉREZ, M.; *Responsabilidad de la...*, *op. cit.*, p. 219. MIR PUIGPELAT, O.; *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria...*, *op. cit.*, pp. 119, 138 y 139; VILLAR ROJAS, F. J.; «*Responsabilidad en la gestión directa...*», *op. cit.*, p. 20; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.; *op. cit.*, p. 240.

en el Dictamen nº 123/1998, de 17 de diciembre y nº 231/2008, de 15 de abril⁴³¹: *«El principio de responsabilidad de los poderes públicos, plasmado en el artículo 9.3 de la Constitución como una de las piezas básicas del Estado de Derecho, se concreta después en su artículo 106.2 con independencia de la tipología de los entes que tengan encomendada la gestión de los servicios públicos en cuyo seno se produce el daño.»* La clave de bóveda del sistema de responsabilidad patrimonial la pone la Constitución en la *«la noción objetiva de servicio público»*. Esta conclusión se alcanza además con una interpretación sistemática y finalista de los artículos 14 y 149.1.18ª de la Constitución de los que resulta que la *«atribución al Estado de la competencia para regular la responsabilidad de todas las Administraciones Públicas está derechamente encaminada a preservar un tratamiento igual de los españoles, diseñando un único sistema de responsabilidad»*. Lo contrario, puede suponer una vulneración del principio de igualdad de trato como puso de manifiesto la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 24 de octubre de 1984 (RJ 1984\6194⁴³²). En este sentido se han pronunciado también las SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 4 de junio de 1992 (RJ 1992\4928) o 25 de octubre de 1996 (RJ 1996\7124) o la de 25 de febrero de 1998 (RJ 1998\1810)⁴³³.

⁴³¹ Memoria del Consejo Consultivo Andalucía año 2018. Se puede consultar en <https://www.consejoconsultivodeandalucia.es/wp-content/uploads/2019/07/Memoria-2018-con-marcadores.pdf>

⁴³² Considerando 5: *«ya que el principio de igualdad de trato ante la Ley obviamente exige que el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública sea el mismo y sin privilegios ni diferenciaciones para la Administración Local con respecto de la Administración General del Estado, como así, al máximo nivel de la jerarquía normativa, vino a ser confirmado por el artículo 106-2 de la Constitución (RCL 1978\2836), conectado en este aspecto con los artículos 9-3, 14 y 149-18.ª de dicha Ley Fundamental; es decir, que la Administración, en cualquiera de sus grados territoriales, funcionales o institucionales, responde del funcionamiento de sus servicios en daños o materialmente derivados de su funcionamiento y que el administrado no tenga obligación de soportar establecida en la Ley»*.

⁴³³ Señala en su fundamento jurídico 3º: *«... hay que considerar como idea rectora en esta materia la de que en toda clase de daños producidos por servicios y obras públicas en sentido estricto, cualquiera que sea la modalidad de la prestación (directamente, o a través de entes filiales sometidos al derecho privado o por contratistas o concesionarios), la posición del sujeto dañado no tiene porqué ser recortado en su esfera garantizadora frente a aquellas actuaciones de titularidad administrativa en función de cuál sea la forma en que son llevadas a cabo...»*.

3.2 La doctrina del levantamiento del velo, la relación de instrumentalidad y la prestación de un servicio público como formas de imputar el daño a la Administración matriz y reconducir la competencia al orden contencioso-administrativo.

Las entidades instrumentales privadas creadas para la gestión de un servicio público en cuanto tienen personalidad jurídica propia y diferenciada de la Administración, patrimonio y tesorería propios, son centro autónomo de imputación y deberán responder de los daños que causen a terceros⁴³⁴. A pesar de que del art. 106.2 de la CE se desprende que lo correcto es la sujeción al régimen público de responsabilidad en cuanto prestan un servicio público, estas entidades quedaban al margen del ámbito de aplicación de la LRJPAC, y por ende de su sistema de responsabilidad, en cuanto no tenían cabida dentro del concepto de entidades de derecho público⁴³⁵. La personificación jurídico-privada del ente imponía que su responsabilidad se rigiera por las reglas propias del Derecho privado⁴³⁶, basado en la culpa, correspondiendo la competencia al orden civil⁴³⁷. Así resultaba tanto de los artículos 2, 139, 142, 143 y

⁴³⁴ COSCUELLA MONTANER, L.; *Manual de Derecho Administrativo*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 31ª ed., 2020, p. 623; REBOLLO PUIG, M.; «La reclamación...», *op. cit.*, pp. 106 y 107; BELADÍEZ ROJO, M.: *op. cit.*, pp. 64, 65 y 76; Para MUÑOZ MACHADO en tanto que son entes dotados de personalidad jurídica propia se convierten en centros de imputación de responsabilidad separados de la Administración que lo crea. Empero, se pueden trasladar las consecuencias lesivas de la actividad a la Administración matriz en aplicación de la técnica del levantamiento del velo. No se pronuncia sobre la competencia jurisdiccional. MUÑOZ MACHADO, S.; *La responsabilidad...* (1998), *op. cit.*, pp. 163, 164, 167 y 171; MONTOYA MARTÍN, E.; «El sistema...», *op. cit.*, pp. 107 a 109, 121 y 124 y *Las empresas públicas...*, *op. cit.*, pp. 487, 488 553-557; CARAZA CRISTÍN, M. DEL M.; *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 294 y 295; DE AHUMADA en la mayoría de los casos se da un fenómeno de doble imputación a la sociedad y a la Administración Pública u Organismo Público que tenga la titularidad del capital social. En la mayoría de los casos, como después expondremos, entiende que la responsabilidad es solidaria. DE AHUMADA RAMOS, F. J.; *op. cit.*, pp. 456 a 470.

⁴³⁵ SÁNCHEZ MORÓN, M.; «Artículo 2...», *op. cit.*, p. 30; MIR PUIGPELAT, O.; *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria...*, *op. cit.*, pp. 115, 117 y 118; MONTORO CHINER, M. J. y HILL PRADOS, M. C.; *op. cit.*, p. 103; GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, pp. 96, 106 y 145 y la abundante bibliografía que cita. La mayor parte de la doctrina circunscribió la noción de «Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes» a las personas jurídico-públicas de naturaleza institucional. MONTOYA MARTÍN, E.; «El sistema...», *op. cit.*, p. 115 y la abundante cita bibliográfica en la nota a pie 43; VILLAR ROJAS, F. J.; «Responsabilidad en la gestión directa...», *op. cit.*, pp. 9 y 10.

⁴³⁶ El art. 10 de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid dentro de las normas especiales aplicables a las personas jurídico-públicas, las somete al régimen de responsabilidad de Derecho Privado.

⁴³⁷ BALLINA DÍAZ, D.; «Reclamaciones frente a las actuaciones de las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal: jurisdicción competente y legitimación de los concejales para su impugnación», *REALA. Nueva época*, nº 2 (2014). En <http://dx.doi.org/10.24965/reala.v0i2.10194> [Consultado el día 13 de junio de 2021], pp. 162 a 166.; REBOLLO PUIG tras afirmar que con carácter general, el régimen de responsabilidad de estas entidades cuando no presten un servicio público es de Derecho privado entiende que cuando gestionen un servicio público como se desprende del art. 106.2 de la CE, tiene sentido aplicar el régimen jurídico-administrativo de responsabilidad aunque en la actualidad no sea lo que parezca

145.1 de la LRJPAC como de la normativa procesal que somete a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa las cuestiones relativas a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas sin que las entidades de derecho privado dependientes o vinculadas de una Administración tengan dicha condición (art. 9.4 de la LOPJ y artículos 1.2 y 2.e) de la LJCA)⁴³⁸. Aun cuando hubo autores, como MONTOYA MARTÍN⁴³⁹, que en una interpretación amplia del art.2.2 de la LRJPAC trataron de abarcar a las sociedades mercantiles en mano pública cuando desempeñaran un servicio público, no era la conclusión que resultaba de la legislación vigente. Por este motivo desde la doctrina⁴⁴⁰ se insistía constantemente en la necesidad de llevar a cabo una reforma legislativa que sujetara a las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de la Administración (sociedad con capital íntegra o mayoritariamente público o la fundación en mano pública) que gestionan un servicio público al régimen jurídico-administrativo de responsabilidad extracontractual⁴⁴¹, en consonancia con los

deducirse de la legislación (LRJPAC). REBOLLO PUIG, M.; «La reclamación...», *op. cit.*, pp. 105 y 106; GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, pp. 91, 92, 94, 145 y 149.

Por su parte BELADÍEZ ROJO entiende que la responsabilidad deberá exigirse conforme a los principios del art. 106.2 de la CE pero en la jurisdicción civil al tratarse de sujetos de Derecho privado. BELADÍEZ ROJO, M.: *op. cit.*, pp. 76 y 77.

⁴³⁸ MOREU CARBONELL, E.; *op. cit.*, pp. 47 y 48 que cita abundante doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia y las Audiencias Provinciales.

⁴³⁹ Para MONTOYA MARTÍN el precepto resulta insuficiente por «establecer una frontera injustificable de la consideración de Administración Pública a personificaciones mercantiles en los supuestos que ejerzan potestades públicas». Por eso, entendió que el art. 2.2 de la LRJPAC debía abarcar a las sociedades mercantiles en mano pública en la medida en que desempeñan funciones públicas y servicios públicos ya que en caso contrario quedaría a la libre discrecionalidad de la Administración someterse a las garantías y principios de la LRJPAC. Sostiene en otro lugar, «el dato de la personalidad jurídica de Derecho público o privado es hoy por hoy un dato meramente contingente. Por ello, hacer depender del carácter de la personificación instrumental la aplicación de las garantías y principios establecidos en la Ley 30/92, convierten de hecho, en «papel mojado» el art. 2.2 y el thelos que late en el precepto, que no es otro que asegurar a los administrados un tratamiento igual ante todas las Administraciones bajo cualquier ropaje en el quehacer administrativo». MONTOYA MARTÍN, E.; «El sistema...», *op. cit.*, pp. 107 a 124 y *Las empresas públicas...*, *op. cit.*, pp. 485 a 495 y 553 a 557.

⁴⁴⁰ REBOLLO PUIG, M.; «La reclamación...», *op. cit.*, pp. 106 y 107 y «El Procedimiento...», *op. cit.*, pp. 279 a 281; SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, pp. 960 y 961; Ya MARTÍN-RETORTILLO propuso de *lege ferenda* cuando estaba en trámite la LJCA la introducción de una cláusula general que permitiera el enjuiciamiento por los Tribunales de lo Contencioso de las acciones relacionadas con los servicios públicos prestados por una sociedad mercantil en mano pública. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.; «Reflexiones sobre...», *op. cit.*, p. 56; GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, p. 149; DE VICENTE DOMINGO, R.; *op. cit.*, p. 357; MONTOYA MARTÍN, E.; «El sistema...», *op. cit.*, pp. 107 a 109, 111, 113 y 120 a 124; y *Las empresas públicas...*, *op. cit.*, pp. 488 a 490 y 553 a 557; MONTORO CHINER, M. J. y HILL PRADOS, M. C.; *op. cit.*, pp. 102 a 105; CARAZA CRISTÍN, M. DEL M.; *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 279 a 298; MIR PUIGPELAT, O.; *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Edisofer, Madrid, 2ª ed., 2012, p. 343 y 344; YÁÑEZ DÍAZ, C.; *op. cit.*, pp. 186 y 192.

⁴⁴¹ No así cuando ejercitara una actividad puramente mercantil o empresarial en cuyo caso quedan sometidas a las reglas propias del Derecho privado y a la competencia jurisdiccional de este sector del ordenamiento, el civil. MONTOYA MARTÍN, E.; *Las empresas públicas...*, *op. cit.*, pp. 553 a 557; REBOLLO PUIG, M.; «La reclamación...», *op. cit.*, pp. 105 y 106; MIR PUIGPELAT, O.; *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia ...*, *op. cit.*, p. 345.

principios previstos constitucionalmente en el art. 106.2 de la CE, correspondiendo su revisión a la jurisdicción contencioso-administrativa. A estos efectos, deben ser tratadas como si de auténticas Administraciones Públicas se tratara -aunque en sentido estricto no lo sean-, «*sometiéndolas a las reglas materiales y procesales propias de la responsabilidad patrimonial*», como apunta MIR PUIGPELAT⁴⁴².

Partiendo de esta base se realizaron dos interesantes propuestas para articular el cauce a través del cual exigir la responsabilidad del ente privado. Para REBOLLO PUIG se debería tramitar reclamación previa ante la Administración matriz que, como titular del servicio, se pronunciaría sobre el derecho o no a la indemnización, cuya resolución será susceptible de recurso en el orden contencioso-administrativo⁴⁴³. Para MIR PUIGPELAT⁴⁴⁴ el ente instrumental privado debería tramitar y resolver el procedimiento de responsabilidad patrimonial y asumir la indemnización, correspondiendo el control jurisdiccional de sus resoluciones al orden contencioso-administrativo más acostumbrado a las reglas materiales y procesales propias de la responsabilidad jurídico-administrativa. Para ello sería razonable que la ley remitiera a lo que disponga su norma de creación, de modo similar, a lo que sucede con los entes instrumentales públicos. No obstante, según el autor, nada habría que objetar a que la Administración matriz optara por reservarse la competencia para tramitar y resolver el procedimiento de responsabilidad, así como asumir la indemnización.

Ante tal realidad legislativa, con la finalidad de asegurar la aplicación del régimen de responsabilidad administrativo cuando el daño es causado por una sociedad o fundación en mano pública tanto la doctrina como la jurisprudencia han buscado expedientes para imputar el daño a la Administración matriz y así reconducir la competencia jurisdiccional al contencioso-administrativo. La titularidad pública del servicio, la relación de instrumentalidad y la doctrina del levantamiento del velo han permitido trasladar a la Administración matriz la responsabilidad por la actuación

⁴⁴² *Ibid.*, pp. 345 y 346.

⁴⁴³ En consonancia con su postura de que la competencia para conocer de las reclamaciones frente a concesionarios corresponde al contencioso-administrativo añade que no tiene sentido, según el citado autor, que si a los concesionarios se aplica el régimen público de responsabilidad y la competencia corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa tengan un régimen más público de responsabilidad que cuando el servicio es gestionado por una entidad de Derecho privado perteneciente a la Administración. REBOLLO PUIG, M.; «La reclamación...», *op. cit.*, pp. 106 y 107 y «El Procedimiento...», *op. cit.*, pp. 279 a 281.

⁴⁴⁴ MIR PUIGPELAT, O.; *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia ...*, *op. cit.*, pp. 345 y 346. Parece seguir los pasos de este autor CARAZA CRISTÍN, M. DEL M.; *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 279 a 298.

llevada a cabo por el ente instrumental y residenciar la competencia en el orden contencioso-administrativo (art. 9.4 de la LOPJ y 2.e) de la LJCA).

De forma prácticamente unánime la doctrina⁴⁴⁵ coincide en que si como consecuencia de la gestión de un servicio público la sociedad con capital íntegra o mayoritariamente público (según los casos) o la fundación en mano pública causan un daño, podrá imputarse a la Administración matriz en virtud de la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad que permite prescindir del dato formal de la personalidad jurídico-privada de la sociedad o fundación y descubrir a la Administración matriz que se oculta bajo el ropaje jurídico de la entidad de derecho privado.

La relación de instrumentalidad y dependencia respecto de la Administración que las crea, las dota de su patrimonio, las dirige y controla (miembros de la Administración

⁴⁴⁵ DE VICENTE DOMINGO, R.; *op. cit.*, pp. 360 a 374; REBOLLO PUIG, M.; «La reclamación...», *op. cit.*, pp. 104 a 107; VILLAR ROJAS, F. J.; «Responsabilidad en la gestión directa...», *op. cit.*, pp. 3, 12 a 14 y *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 94 a 99; MUÑOZ MACHADO, S.; *La responsabilidad...* (1998), *op. cit.*, pp. 164, 167 a 170; NAVARRO PALACIOS, M.; *op. cit.*, pp. 161 y 162; Como ha señalado MONTOYA MARTÍN: «*Todo dependerá, pues, de la relevancia que se dé a la relación de instrumentalidad existente entre la entidad mercantil y la Administración pública matriz, al análisis que se haga de la posición con la que la entidad instrumental actúa superando, si es preciso, el dato de la forma jurídica.*» MONTOYA MARTÍN, E.; «El sistema...», *op. cit.*, p. 103; CARAZA CRISTÍN, M. DEL M.; *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 286, 287 y 295 a 297; GUERRERO ZAPLANA, J.; *Las reclamaciones...*, *op. cit.*, p. 289; NOGUERA DE LA MUELA, B.; *El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de contratos de las administraciones públicas: (Real Decreto Legislativo 2-2000, de 16 de junio, por el que se aprueba su texto refundido)*, Atelier, Barcelona, 2001, pp. 149 y 177; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER añade: «*el «disfraz» de sociedad mercantil no puede conducir a refrendar una situación de inmunidad de poder.*» No es posible que la Administración en el ejercicio de sus funciones interponga una persona jurídico-privada como forma de exonerarse de responsabilidad. Se deberá razonar sobre la técnica del levantamiento del velo. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.; «Reflexiones sobre...», *op. cit.*, p. 56 y MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.; «Las empresas públicas: reflexiones del momento presente» en la obra colectiva *Administración instrumental: libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, vol. 2 coordinada por PÉREZ MORENO, A., Civitas, Madrid, 1994, p. 1028; MONTORO CHINER Y HILL PRADOS tras analizar los criterios según los cuales las entidades con forma privada se incluirían en el sistema constitucional de responsabilidad patrimonial señala que ante la insuficiencia de los criterios que citan solo se podría suplir mediante la técnica del levantamiento del velo. Según MONTORO CHINER Y HILL PRADOS, «*el procedimiento de reclamación se instará ante la Administración a la que está vinculada la entidad, o que posea el capital mayoritario, o que fuese titular del servicio que se presta, aunque el contrato de seguro se haya contraído directamente por la entidad privada.*» MONTORO CHINER, M. J. y HILL PRADOS, M. C.; *op. cit.*, pp. 104 y 105; SÁNCHEZ MORÓN, M.; *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, pp. 960 y 961; CUETO PÉREZ, M.; «Responsabilidad Patrimonial de la Administración en el...», *op. cit.*, p. 1041 y «Responsabilidad patrimonial de la Administración y gestión privada...», *op. cit.*, p. 345; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.; *op. cit.*, pp. 245 a 256; BALLESTEROS FERNANDEZ, A.; «La responsabilidad patrimonial de los entes instrumentales de la Administración y su transmisión a la entidad matriz», *REALA*, n° 300-301 (2006), pp. 170 a 179; ORTIZ VAAMONDE entiende que sólo cabría levantar el velo de la personalidad jurídica a instancia del tercero perjudicado en los casos en que la personalidad jurídica del ente privado sea instrumental y se actúe al margen de la libre competencia, como sucedería en la gestión del servicio público. ORTIZ VAAMONDE, S.; *El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros*, La Ley, Madrid, 2004, pp. 49 a 157; YÁÑEZ DÍAZ, C.; *op. cit.*, pp. 156 a 186.

forman parte de sus órganos directivos)...⁴⁴⁶ hace que realmente estos entes carezcan de total autonomía y que sean meros instrumentos organizativos de la Administración que es quien en el fondo gestiona el servicio público. Por eso, cuando son de capital enteramente público se considera la gestión del servicio directa y pueden ser medios propios de la Administración. La personalidad jurídica propia del ente se diluye en la de la Administración⁴⁴⁷, «equiparándose la entidad instrumental privada con su socio o fundador (la Administración titular del servicio)⁴⁴⁸». Todo depende del grado de dependencia entre ambas, esto es, de que exista o no una identidad sustancial entre el ente gestor del servicio y la Administración titular del mismo. Por ejemplo, podría haber separación si el capital no es íntegramente público, o el personal de la Administración no participa en los órganos de dirección o gestión⁴⁴⁹...

La personificación no puede utilizarse como barrera para eludir el régimen público de responsabilidad y la competencia del contencioso-administrativo cuando quien realmente está actuando es la Administración titular del servicio público. De este modo,

⁴⁴⁶ Por ejemplo, DE AHUMADA hace recaer la imputación o no a la Administración según ésta tenga o no un control efectivo sobre la sociedad o fundación de que se trate distinguiendo según el capital sea de titularidad íntegramente público o no. Así los daños ocasionados por sociedades mercantiles cuyo capital pertenece íntegramente a la Administración serán imputables a ésta dada la «vinculación existente entre las sociedades mercantiles y la Administración titular del capital social, con el control efectivo que ello comporta sobre la actividad de la sociedad». A la entidad privada resultará aplicable el mismo régimen de responsabilidad que a la Administración. La responsabilidad patrimonial, por tanto, en este caso, será solidaria. La demanda dirigida conjuntamente frente a las dos se sustanciará ante el orden contencioso-administrativo. Sin embargo, entiende que se podrá demandar separadamente a la Administración en el orden contencioso-administrativo y al ente instrumental ante la jurisdicción civil. Cuando se trate de sociedades de capital mayoritaria o minoritariamente públicas, esto es, que estén participadas por la Administración o por organismos públicos así como las fundaciones el daño será imputable a la Administración y existirá responsabilidad patrimonial solidaria de la Administración cuando ésta ostenta directa o indirectamente la dirección o el control de la gestión sobre la entidad (ej. mayoría del capital; mayoría de los votos; pueda designar más de la mitad de los miembros...). DE AHUMADA RAMOS, F. J.; *op. cit.*, p. 455 a 470.

⁴⁴⁷ MIR PUIGPELAT, O.; *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria...*, *op. cit.* CHICHILLA MARTÍN pone diversos ejemplos legales en los que la sociedad de *facto* no tendría una personalidad jurídica propia y diferenciada de la Administración de la que dependen. No se le trata como un sujeto independiente sino que se produce una identificación entre los entes instrumentales y la Administración matriz. Así sucede con los encargos a medios propios personificados en los que se encargan prestaciones propias de un contrato pero no se les otorga naturaleza contractual porque aunque el servicio sea prestado por una entidad con personalidad jurídica y patrimonio propios «se considera que dicha Administración está ejecutando «de manera directa» el objeto del contrato. Por la misma razón no pueden participar en licitaciones públicas del poder adjudicador (art. 32.2.d) de la LCSP.» CHINCHILLA MARÍN, C.; *op. cit.*, pp. 36 a 55. Por contra, FUERTES señala que las singularidades que pone de relieve CHINCHILLA MARTÍN no son suficientes para negar la personalidad jurídica separada. Se trata, en su opinión, de un mero «desfallecimiento», que no absoluto fallecimiento de la sociedad, en situaciones muy específicas. FUERTES, M.; «Acotaciones al estudio de Carmen Chinchilla sobre las sociedades públicas y la responsabilidad por sus deudas», *RAP*, nº 206 (2018). En: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.206.03> [Consultado el día 9 de marzo de 2021], pp. 79 a 81.

⁴⁴⁸ MIR PUIGPELAT, O.; *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria...*, *op. cit.*, pp. 112 y 113.

⁴⁴⁹ CHINCHILLA MARÍN, C.; *op. cit.*, p. 55

como se reclama la responsabilidad patrimonial de una Administración Pública, la competencia recae sobre la jurisdicción contencioso-administrativa una vez agotada la vía administrativa previa (art. 142.7 de la LRJPAC; art. 1.2 del RPRP; art. 9.4 de la LOPJ y art. 2.e) de la LJCA.). Lo mismo sucederá si se reclama conjuntamente frente a la Administración matriz y al ente privado que presta el servicio.

Lo contrario supondría admitir la ruptura de la unidad de régimen jurídico, procedimental y jurisdiccional por la creación de un ente de derecho privado. Bastaría, por ejemplo, con crear un centro hospitalario en forma de fundación para excluir la responsabilidad patrimonial de la Administración y el sometimiento al procedimiento administrativo y a la jurisdicción contencioso-administrativa⁴⁵⁰.

En esta línea también se ha pronunciado la jurisprudencia del TS⁴⁵¹ aunque no de forma constante, unas veces alega la doctrina del levantamiento del velo; otras, la

⁴⁵⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, pp. 960 y 961.

⁴⁵¹ El TC ha reconocido la posibilidad de levantar el velo de la personalidad de las entidades de derecho privado creadas por una Administración (STC 14/1986, de 31 enero (RTC 1986\14)).

Uno de los pronunciamientos más relevantes al respecto: STS (Sala de lo Civil), 28 de mayo de 1984 (RJ 1984\2800), fº jº 4º y 5º: «*Que ya, desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (artículos primero, 1, y noveno, 3), se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (art. séptimo, 1, del Código Civil), la tesis y práctica de penetrar en el «substratum» personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (art. sexto, 4, del Código Civil), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar («levantar el velo jurídico») en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. séptimo, 2, del Código Civil) en daño ajeno o de «los derechos de los demás» (art. 10 de la Constitución) o contra interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un «ejercicio antisocial» de su derecho (art. séptimo, 2, del Código Civil), lo cual no significa -ya en el supuesto del recurso- que haya de soslayarse o dejarse de lado la personalidad del ente gestor constituido en sociedad anónima sujeta al Derecho privado, sino sólo constatar, a los efectos de tercero de buena fe (la actora y recurrida perjudicada), cual sea la auténtica y «constitutiva» personalidad social y económica de la misma, el substrato real de su composición personal (o institucional) y negocial, a los efectos de la determinación de su responsabilidad «ex contractu» o aquiliana, porque, como se ha dicho por la doctrina extranjera, «quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independientes» y menos «cuando el control social efectivo está en manos de una sola persona, sea directamente o a través de testaferros o de otra sociedad», según la doctrina patria.*

Que también en el ámbito del Derecho administrativo, cuando se habla de los «entes públicos» o de gestión («mutatis mutandi»), a los que se reviste de una forma jurídica perteneciente al Derecho privado (Sociedades anónimas, por ejemplo), según se señala por autorizada doctrina, no se hace sino utilizar una técnica ofrecida por ese Derecho de modo instrumental, del uso de un procedimiento en el que «la sociedad aparece como una simple forma para encubrir la creación de un ente final puro y simple», externamente regida por el Derecho privado, pero en realidad -internamente- de la pertenencia de la Administración, tal como en el caso del recurso ocurre y se declara por la Sentencia de instancia, en el que, según el contrato, el Ayuntamiento es órgano de la Sociedad municipal y el Alcalde su Presidente del Consejo, es decir, con el poder, siquiera compartido, de gestión de la entidad, circunstancia más que suficiente para no considerar tercero o extraño al Ayuntamiento con respecto a la sociedad municipal demandada y, consecuentemente, bastante para llegar a la misma conclusión que la sentencia

identidad sustancial entre la personalidad del ente instrumental y la de la Administración matriz. La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 22 de diciembre de 2014 (RJ 2014\6637), con cita de otras muchas, afirma la responsabilidad de la Comunidad de Madrid en cuanto titular del servicio público de transporte gestionado por Metro de Madrid, S.A. Señala en el fundamento jurídico 4º: *«La constitución de la sociedad anónima fue la fórmula adoptada para conseguir una mayor eficacia administrativa, pero no por ello permite eludir el régimen específico de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en huida del derecho administrativo, y mucho menos tras las reformas normativas emprendidas por la Ley Orgánica 6/1998 (RCL 1998, 1735), modificativa del artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578 y 2635), y por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre (RCL 2003, 3008), modificativa del artículo 2.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que tratan de evitar lo que se conoce con el nombre de "peregrinaje jurisdiccional"»*. Sin embargo, el Auto del TS Tribunal Supremo (Sala de Conflictos de Competencia), 26 de febrero de 2019 (JUR 2019\87604), frente al planteamiento de una acción indemnizatoria frente a Metro Madrid, S.A. sostiene la competencia del orden civil, *Vid. Infra*.

También la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 8 de marzo de 2011 (RJ 2011\2014)⁴⁵² declara la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa (en detrimento del orden civil) para conocer de una acción de reclamación de responsabilidad patrimonial por el daño ocasionado por la «Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S. A.» al extraviar la solicitud y documentación dirigida a una Administración. Señala en su fundamento jurídico 5º: *«es el funcionamiento de los servicios públicos, o mejor dicho, que la lesión sea consecuencia de ese funcionamiento, lo que determina la responsabilidad patrimonial de la Administración pública correspondiente, es decir, de aquella que ostenta potestades administrativas sobre el servicio público en cuestión. Así se deriva de lo que dispone el art. 106.2 de la CE y así se establece en el art. 139.1 de la LRJPAC»* En el mismo sentido, SSTS (Sala

impugnada, es decir, que la interpelación hecha al Municipio vale para la sociedad como órgano integrante de ésta y que ésta ni puede ni debe pretender escapar de sus efectos [...]».

⁴⁵² *Vid.* un pequeño comentario de LÓPEZ MENUDO, F.; GUICHOT REINA, E.; CARRILLO DONAIRE, J.A.; «Crónicas de Jurisprudencia. IX Responsabilidad Administrativa», *Justicia Administrativa: Revista de derecho administrativo*, nº 54 (2011), pp. 188 a 190.

de lo Contencioso-Administrativo), 4 de junio de 1992 (RJ 1992\4928⁴⁵³) (para una fundación) o 31 de julio de 1992 (RJ 1992\6596)⁴⁵⁴; Autos del TS (Sala de Conflictos de Competencia), 30 de septiembre de 2014 (JUR 2014\257653) o 20 de noviembre de 2007 (JUR2008\19551⁴⁵⁵) o 26 de septiembre de 2018 (JUR 2018\268785) en el que atribuye al contencioso-administrativo, en lugar de al orden civil, el conocimiento de la pretensión resarcitoria de daños contra GALASA, S. A., empresa de capital

⁴⁵³ El Ayuntamiento frente al que se reclama responsabilidad por el fallecimiento de un menor en la piscina municipal alega falta de legitimación pasiva dado que el servicio era gestionado por el Instituto Municipal de Deportes una Fundación pública del servicio municipal con personalidad jurídica y patrimonio propio. El TS rechaza este razonamiento dado que la «*personificación como instrumento de la potestad organizatoria de la Administración no puede utilizarse por los entes públicos para eludir el cumplimiento de sus obligaciones y derechos que consagra el ordenamiento jurídico.*»

⁴⁵⁴ Lo mismo se prevé cuando se trata de fiestas patronales en las que el TS levanta el velo de la personalidad haciendo responsable al Ayuntamiento (SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 25 de octubre de 1996 [RJ 1996\7124]; 23 de febrero de 1995 [RJ 1995\1280] o 17 de noviembre de 1998 [RJ 1998\9149]). *Vid.* BLANQUER CRIADO, D. V. Y GUILLÉN GALINDO, M. A.; *Las fiestas populares y el derecho: régimen jurídico, responsabilidad patrimonial y pólizas de seguro*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 148 a 153.

Vid. la abundante cita de jurisprudencia que atribuye la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa cuando el servicio público es gestionado por una sociedad pública. MONTOYA MARTÍN, E.; «El sistema...», *op. cit.*, pp. 91 a 100.

⁴⁵⁵ Claro resulta el fº jº 3º: «*Pues bien, de lo antedicho se desprende que la sociedad anónima contra la que se dirige la pretensión resarcitoria no es una mera concesionaria del Ayuntamiento de Cuevas de Almanzora para la prestación del servicio público, de competencia municipal, de abastecimiento de agua, sino, conforme al art. 85.3.c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril (RCL 1985, 799, 1372), de Bases del Régimen Local, una persona jurídica para la gestión directa de un servicio público local (por más que el art. 103 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por RD Legvo. 781/1986, de 18 de abril (RCL 1986, 1238, 2271, 3551, impusiera la forma de sociedad limitada y por más que en la escritura de constitución se citara el art. 104 y no el 103 de dicho Texto Refundido), ya que el capital social pertenece íntegramente a todas las entidades locales fundadoras, a diferencia de lo previsto en el Ap. 4 e) de ese mismo art. 85 para la gestión indirecta, y no hay resquicio alguno para la intervención de ninguna persona o entidad que no sea Administración Pública. En definitiva, tanto en su origen, un convenio entre la Junta de Andalucía y la Diputación Provincial de Almería, como en su fundación, por la propia Diputación y doce Ayuntamientos, y por su régimen de gobierno, siempre por personas que ostenten el cargo de diputados provinciales y de ediles de dichos Ayuntamientos, la personalidad administrativa de la sociedad, su carácter de Administración Pública, es indiscutible en todo cuanto se refiere a la prestación del servicio público y, por tanto, también en cuanto a su responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dicho servicio, ya que en realidad la constitución de una sociedad anónima fue la fórmula adoptada para aunar los esfuerzos de todas las entidades públicas fundadoras en la prestación del servicio público que a cada una de ellas incumbía por separado, pero sin que ello les permitiera eludir el régimen específico de su responsabilidad patrimonial tras una serie de importantes modificaciones normativas que, iniciadas con la Ley 30/92 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) y culminadas con las reformas de la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) y de la LJCA (RCL 1998, 1741) en 2003, pretenden hacer realidad el principio de unidad de jurisdicción para la Administración Pública, que resultaría eludido mediante ese revestimiento puramente formal del mismo modo que cuando la persona física pretende salvar su propia responsabilidad patrimonial universal ocultándose en una persona jurídica y haciendo precisa la aplicación de la técnica del "levantamiento del velo".*

Así las cosas, conforme a los artículos 9.4 LOPJ y 2 e) LJCA en relación con los artículos 139 y 140 de la Ley 30/92 y 54 de la ya citada Ley 7/85, debe decidirse que la competencia para conocer de la pretensión resarcitoria corresponde al orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo, sin que ello signifique apartarse del criterio mantenido por esta Sala en su Auto de 15 de octubre de 2004 (JUR 2005, 231284) (conflicto núm. 20/04), porque en tal caso la pretensión se dirigía contra una sociedad anónima de capital "mayoritariamente público" mediante la cual un Ayuntamiento gestionaba "de modo indirecto" el servicio público de mercados y abastecimientos del que era titular.»

íntegramente público encargada de la gestión del agua, como ya había sostenido en otros muchos autos anteriores que cita. A decir del TS en su fundamento jurídico 3º: «El criterio es que las concesionarias de aguas con capital público íntegro o mayoritario realizan una gestión directa (gestión propia), y quedan sujetas, en materia patrimonial, al Derecho Administrativo y a la jurisdicción contencioso-administrativa, mientras que si el capital no tiene este carácter, se trata de una gestión indirecta y la competencia es la que corresponde a la jurisdicción civil en asuntos de responsabilidad contractual o extracontractual.

A efectos procesales, se entiende por Administración Pública las entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales (art. 2.º de la Ley 29/1998, de 13 julio (RCL 1998, 1741), reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Dicha vinculación con la Administración es directa, en cuanto corporación de Derecho público, si la entidad creada lo es para gestión directa del servicio público, que puede llevarse a cabo, como en este caso, mediante sociedad mercantil local, cuyo capital social es de titularidad pública.

En los demás casos, estamos ante una gestión indirecta (art. 85.2.B de la Ley 7/1985, de 2 abril (RCL 1985, 799, 1372), de Bases del Régimen Local) en la que por ser el ente, no de titularidad de una entidad territorial, sino parcial o minoritariamente, se justifica la atribución de la competencia a la jurisdicción civil.

En suma, en la gestión directa está comprometida la actuación del ente territorial, mientras que en el caso de la gestión indirecta el compromiso no es imputado al ente territorial, sino a la entidad concesionaria (arts. 196 y 197 del Ley 9/2017, de 8 de noviembre (RCL 2017, 1303y RCL 2018, 809), de Contratos del Sector Público, con anterioridad arts. 214 y 215 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (RCL 2011, 2050y RCL 2012, 106), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público).» La sociedad en cuestión de capital íntegramente público, gobernada por concejales o personal de la diputación, no sería una mera concesionaria «la personalidad administrativa de la sociedad, su carácter de Administración Pública, es indiscutible en todo cuanto se refiere a la prestación del servicio público y, por tanto, también en cuanto a su responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dicho servicio, ya que en realidad la constitución de una sociedad anónima fue la fórmula adoptada para aunar los

esfuerzos de todas las entidades públicas fundadoras en la prestación del servicio público que a cada una de ellas incumbía por separado, pero sin que ello les permitiera eludir el régimen específico de su responsabilidad patrimonial.

Así las cosas, conforme a los arts. 9.4 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) y art. 2.e de la Ley 29/1998 (RCL 1998, 1741) , en relación con el art. 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre (RCL 2015, 1478, 2076), de Régimen Jurídico del Sector Público y 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril (RCL 1985, 799, 1372) , Reguladora de las Bases del Régimen Local , debe decidirse que la competencia para conocer de la pretensión resarcitoria corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.» (fundamento jurídico 5°).

Sin embargo, no faltan sentencias que atribuyen la competencia a la jurisdicción civil alzando la personalidad jurídica propia y diferenciada del ente como barrera que impide comunicar la responsabilidad de la sociedad o fundación en mano pública a la Administración matriz. Ante el hecho de que el daño no es imputable a una Administración y que las pretensiones se dirigen contra sujetos privados cuyos actos no son de los que según el art. 1.1 y 2 de la LJCA y art. 9.4 de la LOPJ pueden ser revisados por la vía contencioso-administrativa, la competencia corresponde al orden civil (art. 9.2 de la LOPJ). Así sucede particularmente, aunque no únicamente, cuando el servicio es gestionado por sociedades que no son de capital íntegramente público pero sí mayoritariamente público, en cuanto no tienen la condición de medio propio ni gestionan directamente el servicio. Se hace depender el pronunciamiento del grado de dependencia entre la Administración y la sociedad.

En este sentido, se pronuncian los autos del TS (Sala de Conflictos de Competencia), de 1 de julio de 2008 (JUR 2008\297979) o 17 de febrero de 2015 (JUR 2015\75841) para una sociedad de capital íntegramente público; o de 26 de febrero de 2019 (JUR 2019\87604) que concluye que del ejercicio de la acción indemnizatoria frente a Metro Madrid, S.A. debe conocer el orden civil, no el contencioso-administrativo. Parte el tribunal de dos consideraciones previas: que la acción ejercitada por los daños y perjuicios sufridos por el mal funcionamiento del servicio de transporte es una acción de responsabilidad civil y que Metro de Madrid, S. A. es una sociedad mercantil que presta el servicio público de viajeros. A decir del TS no encaja en ninguno de los supuestos del artículos 9.4 de la LOPJ y 2.e) de la LJCA porque ni se dirige a impugnar una actuación administrativa de un organismo público ni es una

reclamación basada en un contrato administrativo (la relación entre Metro y la usuaria queda al margen de la LCSP). Se sirve para ello de lo que declaró en sus Autos de 17 de marzo de 2016 (JUR 2016\74735); 9 de mayo de 2017 (JUR 2017\124278) y 3 de octubre de 2011 (JUR 2011\373973): *«en un supuesto semejante al presente, en que la reclamación también se dirigía contra Metro Madrid, S.A., razonábamos que no se trataba de un supuesto de responsabilidad civil patrimonial de una Administración pública incardinable en los arts. 9.4 LOPJ y 2.e) LJCA , porque "el hecho determinante de la responsabilidad reclamada no se sitúan en la órbita del derecho público, sino privado. No se hace referencia a una actividad de ejercicio de potestades públicas, ni a materias excluidas del ordenamiento jurídico privado (aplicación de normativa presupuestaria, control financiero, control de eficacia y contratación), sino a una materia sujeta al derecho privado, y, por lo tanto, de conocimiento del orden jurisdiccional civil".»*

Para sociedades de economía mixta: Autos de la Sala de Conflictos de Competencia del TS, 15 de octubre de 2004 (JUR 2005\231284) y 19 de noviembre de 2007 (JUR 2008\19547)⁴⁵⁶. Esta doctrina encuentra fiel reflejo en el Auto de la AP de Madrid, de 6 de octubre de 2009 (AC 2010\666). Si se ejercita la acción únicamente frente a la sociedad con capital mayoritariamente público, concesionaria del servicio, en este caso una empresa mixta en la que el 51% del capital pertenecía a un Ayuntamiento, la competencia corresponde a la jurisdicción civil, ya que no existe imputación del daño a ninguna Administración Pública (presupuesto para atribuir la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa [artículos 9.4 LOPJ y 2.e) LJCA]). Diferente hubiera sido si se hubiera constituido un litisconsorcio pasivo entre la sociedad y la Administración puesto que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 9.4 de la LOPJ y art. 2.e) de la LJCA, la competencia correspondería en tal caso siempre a la jurisdicción contencioso-administrativa. Citando diversos autos del TS, argumenta que otra sería la conclusión si el capital social fuera en su totalidad de titularidad pública. A estos efectos, ha de entenderse competente la jurisdicción contencioso-administrativa porque se está en presencia de un verdadero ente administrativo de titularidad pública aunque adopte la configuración formal de sociedad anónima (es constituido por entes públicos, el capital es enteramente público, están gobernadas por los integrantes de la Administración...). Por tanto, siendo indudable su carácter de Administración Pública,

⁴⁵⁶ Citados por REBOLLO PUIG, M.; «La reclamación...», *op. cit.*, p. 103 y «El Procedimiento...», *op. cit.*, pp. 302 y 303.

no puede eludir el régimen de responsabilidad de la LRJPAC ni el principio de unidad jurisdiccional constituido en la LOPJ y la LJCA.

En el ámbito de los daños «causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria» no hizo falta recurrir a estas fórmulas porque la disposición adicional 12ª de la LRJPAC⁴⁵⁷ y el art. 1.3 del RPRP (art. 35 del RD 29/2000 para el INGESA) sometían a todas las «entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud», con independencia de la fórmula organizativa pública o privada, al régimen jurídico de responsabilidad patrimonial previsto en la LRJPAC, debiendo seguirse para su reclamación la tramitación administrativa previa prevista en la LRJPAC y el RPRP, correspondiendo su revisión a la jurisdicción contencioso-administrativa. La necesidad de reclamación administrativa previa permitía superar el posible obstáculo del ámbito subjetivo de la competencia de los tribunales contencioso-administrativos cuando se reclamaba responsabilidad patrimonial, garantizando así la unidad de fuero. Se solía imponer el deber de reparar el daño a la entidad gestora en cuanto tiene responsabilidad directa, normalmente el INGESA o los servicios autonómicos de salud correspondientes⁴⁵⁸. Así era confirmado por la jurisprudencia (SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 27 de diciembre de 2011 (RJ 2012\3102⁴⁵⁹); 7 de noviembre de 2011 (RJ 2012\1943) u 11 de mayo de 2010 (RJ 2010\4945); STSJ Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 10 de marzo de 2016 (JUR

⁴⁵⁷ Con anterioridad a esta disposición adicional sí se acudió a ella. Por un lado, la relación de instrumentalidad y el grado de dependencia entre la Administración matriz y el ente instrumental (en el ámbito estatal, por ejemplo, aunque el RD 29/2000 les reconoce autonomía de gestión señala que los entes deben ajustarse a los criterios de planificación que establezca el INGESA y a las disposiciones y criterios generales que dicte sobre estructura organizativa, planes de calidad del centro, normas internas de funcionamiento, gestión de recursos económicos, de tesorería, de patrimonio y de recursos humanos [artículos 4 y 12.1]; por el INGESA son fijadas las prestaciones sanitarias, los objetivos, actividades y los recursos que pueden emplear [art. 4.2]; tiene el control de gestión y funcionamiento de estas entidades instrumentales [art. 13], entre otros); y por otro, que se estaba prestando un servicio público como es el sanitario, permitía diluir la personalidad jurídica e imputar el daño a la Administración titular del servicio. Por ello concluye, «la gestión de la asistencia sanitaria mediante fórmulas jurídico-privadas [...] no exonera de responsabilidad a la Administración obligada a asegurar su prestación, ni puede desplazar su régimen de garantías». Si bien, como advierte el propio autor tras la disposición adicional 12ª de la LRJPAC no es necesario acudir a estos argumentos para resolver los problemas derivados de la gestión a través de formas jurídico-privadas puesto que se resuelve legalmente. VILLAR ROJAS, F. J.; «Responsabilidad en la gestión directa...», *op. cit.*, pp. 7, 14 y 16.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, p.19; CUETO PÉREZ, M.; «Responsabilidad patrimonial de la Administración y gestión privada...», *op. cit.*, p. 344.

⁴⁵⁹ Se condena a la Consejería de Sanidad de Madrid por un daño causado por la asistencia prestada por la Fundación Hospital Alcorcón.

2016\93472⁴⁶⁰) o el Auto de la AP de Tarragona (Sección 1ª), 17 de mayo de 2006 (AC 2006\2036⁴⁶¹).

Derogada la disposición adicional 12ª de la LRJPAC sin que se haya introducido una previsión homóloga en la LPAC y la LRJSP, habrá de analizarse si del régimen legal vigente se puede arribar a la misma conclusión o si ha cambiado el sistema. De ser así, para el INGESA, el art. 35 del RD 29/2000 que reitera lo previsto en la disposición adicional 12ª y que no ha sido derogado, se podría quedar sin su principal base legal. Podría adolecer de vicio *ultra vires*⁴⁶², porque el apartado 2 del art. Único de la Ley 15/1997 no lo habilita expresamente a regular estas cuestiones que están reservadas a la Ley⁴⁶³, *Vid. Supra*, Capítulo III, 5.3.

3.3 El ámbito subjetivo de aplicación de la LRJSP y la LPAC: entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de la Administración. El ejercicio de potestades administrativas.

Una de las principales novedades de la LRJSP y la LPAC ha sido la inclusión dentro de su ámbito subjetivo de aplicación de las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas, en cuanto pertenecen al sector público institucional, aunque no tengan la condición de Administración (art. 2 de la LRJSP y LPAC). De acuerdo con el art. 2.2.b) de la LRJSP y la LPAC se someterán a lo dispuesto en estas normas en lo que específicamente se refieran a las mismas, en particular, a los principios previstos en el art.3 de la LRJSP, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas.

Pese a que el art. art.2.2.b) de la LRJSP y la LPAC no define cuáles son las entidades de derecho privado, está pensando en las sociedades mercantiles y las

⁴⁶⁰ En un supuesto de lesión ocasionada por la asistencia sanitaria prestada por la Fundación Sanitaria del Hospital de la Santa Cruz y San Pablo se señala expresamente la necesidad de presentar reclamación patrimonial previa ante la Administración competente y la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa rechazando la de la jurisdicción civil.

⁴⁶¹ Declara la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en una reclamación de cantidad por responsabilidad extracontractual contra el Hospital Universitari Sant Joan de Reus, SAM., perteneciente al Grupo SAGESSA.

⁴⁶² RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.; *op. cit.*, p. 235.

⁴⁶³ La habilitación legal es para «determinar las formas jurídicas, órganos de dirección y control, régimen de garantías de la prestación, financiación y peculiaridades en materia de personal de las entidades que se creen para la gestión de los centros y servicios mencionados.» Se podría entender que se extralimitaría porque la regulación de las reclamaciones y orden jurisdiccional competente no se encuadra claramente en la habilitación legal, en una materia que, por otra parte, exige reserva de ley (art. 117.3 y 122 CE).

fundaciones en mano pública, como advirtió el Consejo de Estado en el Dictamen nº 274/2015, de 29 de abril, sobre el Anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público⁴⁶⁴. Tampoco distingue el precepto entre las sociedades de capital íntegramente público y las que cuentan con socios privados aunque la participación pública sea mayoritaria, en las que puede quedar debilitada o comprometida la relación de instrumentalidad, algo que ha sido criticado por la doctrina⁴⁶⁵. No comprende, sin embargo, a las sociedades en las que la participación pública es minoritaria puesto que quedan excluidas del sector público (art. 111 de la LRJSP y art. 166.1.c) de la LPAP [para las sociedades estatales] o art. 5 de la Ley Hacienda Andaluza).

Las sociedades mercantiles y las fundaciones privadas⁴⁶⁶ del sector público sanitario están incluidas dentro del ámbito de aplicación de la LRJSP y LPAC (art.2.2.b)). Son dos los argumentos que permiten llegar a esta conclusión: 1º) Son entidades de derecho privado; 2º) Se encuentran en una relación de dependencia o vinculación respecto de la Administración. Con carácter general, en el ámbito sanitario, son creadas por la Administración, normalmente el INGESA o los Servicios de Salud o Administración autonómica, que suele ser el único socio (en el caso de las sociedades) o fundador (en el caso de las fundaciones); las dota de su patrimonio (suscribe y desembolsa íntegramente el capital social [en el caso de las sociedades]; aporta la dotación inicial [en las fundaciones]); ostenta la dirección y el control efectivo sobre la actividad de la entidad en cuanto nombra a los miembros de sus órganos directivos (frecuentemente de entre sujetos pertenecientes a la propia Administración) que suelen estar presididos por el titular de la Consejería competente en materia de Salud (Consejo de Administración [en el caso de las sociedades]; o del Patronato [en las fundaciones]). Suelen tener la condición de medio propio de la Administración lo que denota su carácter instrumental y su dependencia y subordinación a la Administración matriz. Aunque existan algunas

⁴⁶⁴ MARTÍN DELGADO, I.; *op. cit.*, p. 43; ÁLVAREZ HERRANZ, B.; «Artículo 2. Ámbito subjetivo de aplicación» en la obra colectiva *Régimen jurídico del Sector Público y Procedimiento Administrativo Común* dirigida por RECUERDA GIRELA, M. A., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 65 y 975.

⁴⁶⁵ SÁNCHEZ MORÓN, M.; «La regulación del sector público institucional en el proyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público», *DA. Nueva época*, nº 2 (2015). En <http://dx.doi.org/10.24965/da.v0i2.10261> [Consultado el día 15 de mayo de 2018], p. 7; BOTO ÁLVAREZ, A.; «La noción...», *op. cit.*, p.2; PIZARRO NEVADO, R.; «Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público», en la obra colectiva *El nuevo régimen jurídico del sector público* dirigida por GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., Wolters Kluwer, Madrid, 2016, p. 30.

⁴⁶⁶ Se excepcionan las fundaciones públicas sanitarias que al tener personalidad jurídico-pública y carácter instrumental tienen la consideración de Administración Pública (art.2.3 de la Ley 40/2015).

fundaciones, como la del Hospital de la Santa Cruz y San Pablo, en las que la dependencia de la Administración se ve atenuada por la entrada de sujetos privados que desembolsan parte de la aportación inicial y forman parte de su patronato, ésta sigue ostentando la dirección sobre la entidad en cuanto la participación pública es del 80% y de los 5 miembros que integran el patronato, 4 son elegidos por la Administración.

La novedosa modificación que introduce el art. 2.2 de la LRJSP y la LPAC, respecto a la normativa anterior, alabada por algunos⁴⁶⁷ y criticada por otros⁴⁶⁸ al entender principalmente que no cabe una atribución genérica de potestades administrativas a este tipo de entes, supone una especie de reversión del fenómeno de la huida del Derecho Administrativo y de intento de retorno al Derecho Administrativo⁴⁶⁹.

⁴⁶⁷GAMERO CASADO, E.; «Capítulo I. La estructura...», *op. cit.*, pp. 146 a 147, 187, 193 y 207; MARTÍN DELGADO, I.; *op. cit.*, pp. 39 y 40; LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I.; «El Derecho Administrativo y la actividad relacional de las entidades de derecho privado de la administración», *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, Vol. 19, nº 1 (2016), pp. 66, 67, 72 y 73.

⁴⁶⁸ SÁNCHEZ MORÓN al analizar el Proyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público llega a proponer que se retire y que se aborden las reformas necesarias pero con más sosiego y con mayor cuidado. SÁNCHEZ MORÓN, M.; «La regulación...», *op. cit.*, pp. 7 y 11; PIZARRO NEVADO, R.; «Disposiciones generales...», *op. cit.*, pp. 30 y 31; MONTOYA MARTÍN, E.; «Las sociedades estatales en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de 2015, de régimen jurídico del sector público» en la obra colectiva *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público* dirigida por LÓPEZ MENUDO, F., Instituto García Oviedo, Sevilla, 2016, pp.210 a 212 y «Capítulo XLVI. El sector público institucional», en la obra colectiva *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tomo II, dirigida por GAMERO CASADO, E., Tirant Lo Blanch, 2017. En www.tirant.com [Consultado el día 20 de febrero de 2018], pp. 2547 a 2553. Para CHINCHILLA MARTÍN se trata de un reconocimiento extravagante, anómalo y paradójico ya que sólo los poderes públicos pueden ejercer potestades públicas. El que se sometan a la LPAC cuando ejercen potestades administrativas supondrá que les será aplicable «la ley que regula los actos administrativos, con sus atributos de presunción de validez y ejecutividad; el procedimiento administrativo; los medios de ejecución forzosa de los actos administrativos; el silencio; los recursos administrativos, la revisión de oficio, etc.» CHINCHILLA MARÍN, C.; *op. cit.*, pp. 22 a 27. Muy crítico se muestra TORRE DE SILVA: «[...] Pero resulta sin duda una anomalía que una sociedad mercantil que opera en el mercado y que acaso compite con otras sea titular de potestades públicas.» TORRE DE SILVA, J.; «La criticable aplicación de la Ley 39/2015 a las sociedades mercantiles del sector público» [en línea]. Post publicado en <https://cms.law/es/ESP/Publication/La-criticable-aplicacion-de-la-Ley-39-2015-a-las-sociedades-mercantiles-del-sector-publico> [Consultado el día 12 de octubre de 2019].

⁴⁶⁹ GAMERO CASADO, E.; «¿El «retorno» al derecho administrativo?: manifestaciones en las leyes de procedimiento, régimen jurídico y contratos del sector público», *REDA*, nº 189 (2018). En www.aranzadigital.es [Consultado el día 26 de junio de 2019] Apunta este autor «ambas previsiones (la aplicación de la LPAC y la LRJSP a las entidades privadas del sector público cuando ejerzan potestades administrativas y sujeción a los principios del art. 3 de la LRJSP) se encuentran íntimamente conectadas por la identidad de los efectos que persiguen: ampliar el ámbito de aplicación del Derecho administrativo más allá de los contornos que tiene actualmente establecidos en el Derecho positivo, sometiendo a las entidades privadas en mano pública a un régimen jurídico básico más severo y menos permisivo que el precedente». GAMERO CASADO, E.; «Capítulo I. La estructura...», *op. cit.*, pp. 144.; SANCHEZ MORÓN, M.; «El retorno del Derecho Administrativo», *RAP*, nº 206 (2018). En <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.206.02> [Consultado el día 12 de octubre de 2019]; LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I.; *op. cit.*, pp. 74 a 76; RIVERA FRADE, M. D.; «La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en las Leyes 39/2015 y 40/2015. Aspectos sustantivos», *Revista de la Asesoría Jurídica de la Xunta de Galicia*, nº 7 (2017), pp. 75 a 76 y «Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas cuando actúan a través de sujetos privados. Especial referencia a los contratistas y a los concesionarios», *REGAP*, nº 58 (2019), pp. 364 y 365.

Así lo demuestra el hecho de que cuando entidades privadas vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas ejerzan potestades y funciones materialmente administrativas queden sujetas al Derecho Administrativo, preservando de esta forma las garantías jurídico-administrativas y reconociendo un fenómeno que se venía produciendo en la práctica y al que se le da respuesta legal, lo que ha merecido el reconocimiento por parte de la doctrina⁴⁷⁰. Ahora bien, sin que ello conlleve la atribución de personalidad jurídico-pública a la sociedad o fundación ni su conversión en Administración Pública.

El legislador al introducir esta innovación debería haber llevado a cabo una labor de coordinación entre todas las normas vigentes. Se advierte por la doctrina como principal inconveniente que, debiendo corresponder a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia para controlar los actos de las entidades de derecho privado en el ejercicio de potestades administrativas, no se haya modificado la LJCA para incluirlas dentro de su ámbito de aplicación⁴⁷¹. En principio, a la luz del art. 1 de la

⁴⁷⁰MARTÍN DELGADO, I.; *op. cit.*, pp. 41 y 43; Para LÓPEZ GONZÁLEZ: «precisamente lo que se ha echado de menos en nuestro Derecho administrativo —desde hace décadas— ha sido el reconocimiento expreso e indubitado de esta realidad: el ejercicio de potestades administrativas por parte de entidades privadas del sector público. Esta laguna u omisión del legislador ha posibilitado la existencia de ámbitos de inmunidad en el ejercicio de competencias administrativas en régimen de gestión directa bajo formas de personificación de Derecho privado, impidiendo con ello la aplicación del Derecho administrativo como ordenamiento común del ejercicio de las potestades administrativas, cualquiera que sea el sujeto que —de conformidad con la ley— las tenga atribuidas.» LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I.; *op. cit.*, pp. 67 y 68. Según GAMERO CASADO, aunque parte de la doctrina se opone a que las entidades de derecho privado puedan ejercer potestades administrativas «nuestro ordenamiento contempla ya supuestos en que lo viene haciendo, y también existen numerosos ejemplos del ejercicio de potestades administrativas por los particulares. [...] No parece muy coherente aceptar que existan todos esos supuestos de ejercicio de potestades administrativas por particulares en sentido estricto, y negar al mismo tiempo la posibilidad de que se adscriba el ejercicio de funciones análogas a los medios propios de la Administración Pública. Lo que hacen estas leyes es, por tanto, aflorar a la realidad normativa y devolver al redil del Derecho todo un ámbito de actuación que hasta la fecha se movía en un limbo normativo, y a mi juicio, hay que aplaudir esta comprometida apuesta del legislador». Como señala el propio autor, algunos autores ya venían extrayendo esta conclusión de lo dispuesto en el art. 2.2 de la LRJPAC que a diferencia de las actuales LRJSP y LPAC sólo establecía expresamente el sometimiento a lo dispuesto en la LRJPAC cuando se ejercitaran potestades administrativas por entidades de derecho público. GAMERO CASADO, E.; «Capítulo I. La estructura...», *op. cit.*, pp. 144 a 148, 186, 187 y 193 y «Capítulo I. Delimitación conceptual de la potestad administrativa» en la obra colectiva *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo* dirigida por GAMERO CASADO, E., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 390 a 394.

⁴⁷¹ GAMERO CASADO al comentar el art. 1.2 de la LJCA insiste en la necesidad de reformar esta norma: «es de señalar que el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa no se corresponde pues -al menos expresamente- con el ámbito de aplicación del Derecho Administrativo, pues [...] la LPAC y la LRJSP se aplican a las entidades privadas del sector público cuando ejerzan potestades administrativas. Esta asincronía de las normas debería remediarse mediante una modificación de la LJCA que amplíe expresamente su ámbito al ejercicio de potestades administrativas por sujetos con personalidad jurídico-privada.» GAMERO CASADO, E. Y FERNÁNDEZ RAMOS, S.; *op. cit.*, p. 649. Afirma el autor que en este sentido son normas insuficientes puesto que ni se contempla una supervisión y control por la Administración ni su sometimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa. GAMERO

LJCA y siendo sujetos privados la competencia correspondería al orden civil por lo que se requiere de previsión expresa para atraer la competencia al orden contencioso, a semejanza de lo que se establece para los actos de las Corporaciones de Derecho público en el ejercicio de funciones públicas o los actos de los concesionarios dictados en el ejercicio de potestades administrativas (art. 2.c) y d) de la LJCA). No obstante, para algunos autores, se debería admitir aun a falta de mención expresa en este sentido⁴⁷², *Vid. Infra*.

Asimismo, aunque se reconoce que puedan ejercitar potestades administrativas. Por una parte, no abarca a cualquier tipo de potestad administrativa ya que en ningún caso podrán ejercitar las que impliquen ejercicio de autoridad, como advierte el art. 113 de la LRJSP para las sociedades mercantiles de ámbito estatal, lo que, según la doctrina, se debería haber hecho constar en el art.2.2.b) de la LRJSP y LPAC⁴⁷³. Por otra parte, la propia norma entra en contradicción puesto que al regular las fundaciones que forman parte del sector público institucional estatal señala en su art. 128.2 de la LRJSP,

CASADO, E.; «Capítulo I. Delimitación...», *op. cit.*, pp. 112, 113, 138 a 140; MARTÍN DELGADO, I.; *op. cit.*, p. 41; MARTÍN REBOLLO, L.; «La nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común», REDA, nº 174 (2015), p. 17; FERNÁNDEZ FARRERES, G.; «El procedimiento administrativo común en la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre: novedades y algunas cuestiones problemáticas», Cuadernos de Derecho Local, nº 41 (2016), p.20; LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I.; *op. cit.*, p. 68; SALA SÁNCHEZ, P.; «Reflexiones puntuales sobre algunos aspectos de las nuevas Leyes de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de Régimen Jurídico del Sector Público», *Revista Española de Control Externo*, nº 54 (2016). En file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ReflexionesPuntualesSobreAlgunosAspectosDeLasNueva-5744233.pdf [Consultado el día 5 de junio de 2019], p. 23; DESCALZO GONZÁLEZ, A.; «El acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa de las decisiones objetivamente administrativas de las entidades de derecho privado» en la obra colectiva *20 años de la Ley de lo Contencioso-Administrativo* coordinada por LÓPEZ RAMÓN, F. Y VALERO TORRIJOS, J., Instituto Nacional de Administración Pública, Murcia, 2019, pp. 320 a 323.

⁴⁷² «Más aún, incluso en defecto de previsión expresa, sería coherente que este orden jurisdiccional admitiera los recursos interpuestos contra las actuaciones dictadas por las entidades del sector público con personalidad privada en ejercicio de potestades administrativas, como adecuación material de la LJCA a la LPAC y LRJSP», aunque insiste en la necesidad de reformar la LJCA. GAMERO CASADO, E.; «Capítulo I. La estructura...», *op. cit.*, p. 195. En el mismo sentido, PAREJO ALFONSO: en sede interpretativa ha de incluirse dentro del ámbito de aplicación de la jurisdicción contencioso-administrativa a las entidades del sector público, incluso si tienen forma jurídico-privada, en tanto que ejerzan potestades administrativas (actos o actuaciones sometidas al Derecho Administrativo). PAREJO ALFONSO, L.; *Lecciones de...*, *op. cit.*, p. 1177; SALA SÁNCHEZ: «los actos de estas sociedades dictados en aplicación de las potestades administrativas y, en general, los de los entes regidos por el Derecho privado, serán fiscalizables por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa aunque se eche de menos la previsión específica de esta jurisdiccionalidad, que podría articularse así en virtud de lo dispuesto en las leyes atributivas de la potestad cuando determinan la terminación de la vía administrativa contra tales actos». SALA SÁNCHEZ, P.; «Reflexiones puntuales...», *op. cit.*, pp. 22 y 23.

DESCALZO GONZÁLEZ, sin embargo, como forma de reconducir la competencia al orden contencioso-administrativo (art. 1.1 de la LJCA), opta por «imputar la decisión objetivamente administrativa a la Administración matriz sobre la base de la mera condición instrumental de la personificación privada». Se obvia la personalidad jurídico-privada para centrarse en la naturaleza pública de la decisión. DESCALZO GONZÁLEZ, A.; «El acceso...», *op. cit.*, pp. 323 y 324.

⁴⁷³ GAMERO CASADO, E.; «Capítulo I. La estructura...», *op. cit.*, pp. 190 a 192.

repetiendo lo que ya disponía el art. 46.1.a) de la Ley de Fundaciones, que en ningún caso podrán ejercer potestades públicas⁴⁷⁴. Lo mismo se prevé en algunas normas autonómicas como, por ejemplo, la andaluza⁴⁷⁵ o la gallega⁴⁷⁶.

Tampoco se concreta quién es el sujeto legitimado para ejercer la referida potestad, puesto que en las sociedades y fundaciones de las que estamos discutiendo el personal es laboral salvo alguna excepción⁴⁷⁷. Y, según el art. 9.2 del EBEP: «*el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca.*» Sin entrar en el debate de si el precepto reserva a funcionarios públicos únicamente las potestades que implican ejercicio de autoridad o se extiende a cualquier potestad, el TC ha admitido que se puedan adscribir funcionalmente funcionarios públicos de la Administración a las entidades de derecho privado para el desempeño de estas funciones (STC 236/2015, de 19 de noviembre (RTC 2015\236)⁴⁷⁸.

⁴⁷⁴ Según GAMERO CASADO Y FERNÁNDEZ RAMOS, esto sería discutible teniendo en cuenta que las fundaciones tienen que perseguir fines de interés general definidos en la Ley (art. 34 de la CE) y que no tienen ánimo de lucro, «*exigencias que no se imponen en modo alguno a las sociedades mercantiles del sector público*», que sí pueden ejercer potestades administrativas. GAMERO CASADO, E. Y FERNÁNDEZ RAMOS, S.; *op. cit.*, p. 307.

Una de las cuestiones que ha sido más criticada por la doctrina es que a pesar de la amplitud con que ha sido redactado el art.2 (carácter básico), la mayor parte de los artículos de la LRJSP son aplicables únicamente a la Administración General del Estado y a su sector público institucional. Así se desprende del art. 81.3 y de la disposición final 14ª de la LRJSP. MONTOYA MARTÍN, E.; «Las sociedades...», *op. cit.*, pp. 201 y 208; RIVERO ORTEGA, R.; «VI. Novedades en la regulación de las entidades instrumentales de naturaleza pública» en la obra colectiva *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público* dirigida por LÓPEZ MENUDO, F., Instituto García Oviedo, Sevilla, 2016, pp. 185 a 187; CHINCHILLA MARÍN, C.; *op. cit.*, p. 21.

⁴⁷⁵ En Andalucía se prevé que ni las sociedades ni las fundaciones puedan disponer de facultades que impliquen ejercicio de autoridad en tanto que tienen personalidad jurídico-privada (art. 52.3 LAJAndalucía). Más adelante se prevé incluso que las sociedades no puedan ejercer en ningún caso potestades administrativas (art.75.2 LAJAndalucía) ni las fundaciones potestades públicas (art. 78.1 de la LAJAndalucía en relación con el art. 57.1 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía).

⁴⁷⁶ Establece el art. 103.2 de la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia que «*las sociedades mercantiles autonómicas en ningún caso dispondrán de facultades que impliquen el ejercicio de potestades administrativas*» y el art. 115.1 de la misma norma que «*las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma no podrán ejercer potestades públicas.*»

⁴⁷⁷ CARAZA CRISTÍN, M. DEL M.; *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 280; MONTOYA MARTÍN, E.; «Las sociedades...», *op. cit.*, pp. 211 a 215.

⁴⁷⁸ Vid. el debate sobre esta cuestión y la jurisprudencia citada en GAMERO CASADO, E.; «Capítulo VI. Ejercicio de potestades administrativas por entidades del sector público con personalidad de Derecho privado» en la obra colectiva *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo* dirigida por GAMERO CASADO, E., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 432 a 437; MONTOYA MARTÍN, E.; «Capítulo XLVI...», *op. cit.*, pp. 2551 y ss; SALA SÁNCHEZ, P.; «Reflexiones puntuales...», *op. cit.*,.

La imprecisión de estas normas que aluden a conceptos que no quedan delimitados normativamente, pueden ser fuente de gran confusión⁴⁷⁹. Como se interroga SÁNCHEZ MORÓN⁴⁸⁰: ¿a qué «potestades administrativas» se refiere, que sean distintas de las «facultades que impliquen ejercicio de autoridad»? ¿Cuál es la diferencia –si la hay– entre las «potestades administrativas» que excepcionalmente podrían ejercer los entes privados del sector público y las «potestades públicas» que en ningún caso pueden ejercer las fundaciones?

En la precisión del concepto de potestades administrativas encontramos principalmente dos posturas. Algunos autores identifican el concepto de potestades administrativas del art. 2.2 de la LRJSP y LPAC con el ejercicio de funciones materialmente administrativas o públicas⁴⁸¹. Según GAMERO CASADO⁴⁸² se pueden definir como «*un poder jurídico unilateral, reconocido para la satisfacción del interés general, sometido a la ley, a control jurisdiccional (judicial y constitucional) y a garantías de alcance constitucional, cuyo ejercicio es obligado para su titular, quien la ostenta en virtud de una atribución articulada conforme al principio de legalidad*⁴⁸³», sin que sea parte necesaria de su naturaleza jurídica su atribución a una Administración. Su ejercicio puede corresponder, por tanto, a entes privados del sector público o incluso a sujetos privados siempre que estén supervisados por la Administración y sus actos de aplicación sean revisados por la jurisdicción contencioso-administrativa. Para GAMERO CASADO, las potestades administrativas no se traducen únicamente en actos desfavorables, sino también, en concordancia con la legislación y jurisprudencia más reciente, los poderes funcionales que producen efectos favorables, como puede ser, el otorgamiento de una subvención o la adjudicación de un contrato. Se caracteriza por la unilateralidad aunque no conlleva la ejecutoriedad. Este concepto amplio de potestad permite sujetar al Derecho Administrativo determinadas actuaciones, con independencia

⁴⁷⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M.; «La regulación...», *op. cit.*, p. 7; MONTOYA MARTÍN, E.; «Las sociedades...», *op. cit.*, p. 210; GAMERO CASADO, E.; «Capítulo I. La estructura...», *op. cit.*, p. 191; MARTÍN REBOLLO, L.; «La nueva...», *op. cit.*, p. 17; FERNÁNDEZ FARRERES, G.; *op. cit.*, pp. 20 y ss; BOTO ÁLVAREZ, A.; «La noción...», *op. cit.*, p. 2; PIZARRO NEVADO, R.; «Disposiciones generales...», *op. cit.*, pp. 30 y 31; LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I.; *op. cit.*, p. 71.

⁴⁸⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M.; «La regulación...», *op. cit.*, p. 7.

⁴⁸¹ MARTÍN DELGADO, I.; *op. cit.*, pp. 40 y 41; LÓPEZ GONZÁLEZ lo equipara al ejercicio de funciones o competencias administrativas como puede ser la gestión de subvenciones públicas. LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I.; *op. cit.*, p. 68.

⁴⁸² Sobre la delimitación de potestad administrativa de otros poderes así como el desarrollo de cada una de las notas conceptuales de potestad administrativa, *Vid.* GAMERO CASADO, E.; «Capítulo I. La estructura...», *op. cit.*, pp. 149 a 185 y «Capítulo I. Delimitación...», *op. cit.*, pp. 49 a 113.

⁴⁸³ GAMERO CASADO, E.; «Capítulo I. La estructura...», *op. cit.*, p. 161.

del sujeto que las lleve a cabo, por tanto, aunque sea una entidad privada del sector público⁴⁸⁴. Ahora bien, el art.2.2.b) de la LPAC y la LRJSP no se puede considerar como «una patente de corso para que las entidades del sector público con forma de personificación jurídico-privada ejerzan cualesquiera potestades administrativas», ya que sería contrario al ordenamiento jurídico. En ningún caso, podrán ejercitar las potestades que impliquen el ejercicio de autoridad o *imperium* (por ejemplo, fe pública, ejecución forzosa de los actos administrativos o la imposición de sanciones administrativas), que serán ejercidas únicamente por funcionarios. Aunque el propio autor advierte de la volatilidad de sus contornos y de la dificultad de dirimir unas de otras⁴⁸⁵.

En esta misma línea, para SALA SÁNCHEZ⁴⁸⁶ por potestad administrativa «cabe entender la facultad de crear unilateralmente e imponer situaciones jurídicas cuya validez y eficacia descansa en la presunción «*iuris tantum*» de que son conformes con el ordenamiento». Se podrá equiparar a funciones públicas cuando «sean imposiciones unilaterales con consecuencias jurídicas que puedan actuarse directamente». Serán facultades que impliquen ejercicio de autoridad cuando se trate de «*poderes de imposición sobre las personas, que afectan a su esfera de libertad y que están sujetas a controles jurisdiccionales [...] o a reconocimientos específicos en materia de procedimiento administrativo.*»

De otro lado, SÁNCHEZ MORÓN y MONTOYA MARTÍN consideran que no cabe atribuir en abstracto el ejercicio de potestades administrativas o públicas a las entidades de derecho privado en mano pública puesto que es un núcleo que corresponde a las Administraciones o entidades públicas⁴⁸⁷. SÁNCHEZ MORÓN define como potestades públicas «aquellas que no puede realizar ningún particular, ya que son inherentes al poder público y se ejercen en relaciones de supremacía, está y ha estado

⁴⁸⁴ GAMERO CASADO, E.; «Capítulo I. Delimitación...», *op. cit.*, p. 33. Sobre el ejercicio de potestades administrativas por entidades privadas del sector público, *Ibid.*, pp. 388 a 447.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, pp. 117 a 125 y «Capítulo I. La estructura...», *op. cit.*, pp. 185, 19 a 192. En el mismo sentido, LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I.; *op. cit.*, pp. 71 y 72.

⁴⁸⁶ SALA SÁNCHEZ, P.; «Reflexiones puntuales...», *op. cit.*, p. 22.

⁴⁸⁷ MONTOYA MARTÍN, E.; «Las sociedades...», *op. cit.*, pp. 210 y 212 y «Capítulo XLVI...», *op. cit.*, pp. 2545 a 2549; Según la posible excepcionalidad que permite a las sociedades el ejercicio de potestades administrativas equivale a otorgarle «potestas» o «autoritas» lo que es incongruente con que se le prohíba el ejercicio de potestades que impliquen ejercicio de autoridad. GÓMEZ JIMÉNEZ, M. L.; «Organización y funcionamiento del sector público institucional (II)», en la obra colectiva *El nuevo régimen jurídico del sector público* dirigida por GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 293 y 294. Sobre la doctrina crítica con la atribución de potestades administrativas a las sociedades mercantiles, *Vid. Supra* la citada en la nota a pie 35.

siempre reservado a las Administraciones y entidades de derecho público, pues a ellas y solo a ellas se les aplica la generalidad de las garantías del derecho público, desde el principio de vinculación positiva a la ley, pasando por la garantía del procedimiento contradictorio, hasta el régimen de recursos, amén de la imparcialidad que garantiza el estatuto de las autoridades y funcionarios públicos que las ejercen»⁴⁸⁸.

Para SÁNCHEZ MORÓN, cuyo criterio es seguido por MONTOYA MARTÍN, los autores del Proyecto, ya convertido en Ley, «*quizá han considerado que una sociedad del sector público ejerce una potestad administrativa cuando adjudica un contrato del sector público, pues tal adjudicación está sujeta a principios y requisitos de procedimiento propios del Derecho público. O bien que lo mismo sucede si una sociedad o fundación pública otorga ayudas o subvenciones con cargo a sus presupuestos o actuando como entidad colaboradora de la Administración. O han entendido que ejercen algún tipo de potestad pública cuando colaboran con una Administración como medio propio o servicio técnico de la misma. Pero en todos estos casos es impropio decir que ejercen potestades administrativas. Lo que sucede es que a ese tipo de actividades, de por sí privadas, ya que puede realizarlas también un particular o empresa privada, se les aplican ciertas garantías de derecho público cuando se ejercen por entidades del sector público y con recursos públicos: transparencia, igualdad y no discriminación, motivación o justificación de la decisiones, a veces incluso una posibilidad de recurso o reclamación ante la Administración de tutela. Pero no es lo mismo tener que respetar ciertas garantías de derecho público en sus relaciones con los particulares que ejercer potestades públicas, lo que significa que se sitúan en posición de supremacía. Pues en todos esos casos a que nos hemos referido y otros semejantes, como en el de las encomiendas de gestión a medios propios, las entidades de derecho privado no dictan actos administrativos, ni se someten al régimen general de recursos*⁴⁸⁹.»

¿Podría entenderse que la prestación del servicio público sanitario supone el ejercicio de potestades administrativas a efectos del art. 2.2.b) de la LRJSP y LPAC, y

⁴⁸⁸ A ello se suma el que las entidades privadas del sector público tienen distintos criterios de funcionamiento en cuanto pueden tener ánimo de lucro, operan en el tráfico privado o pueden formar parte de sus órganos rectores, sujetos privados no vinculados a la tutela de los intereses públicos. La conclusión es que no cabe atribuir en abstracto este tipo de potestades a las entidades privadas del sector público por cuanto pone «*en riesgo de quiebra el sistema de garantías de Derecho administrativo*».

⁴⁸⁹*Id.*; En el mismo sentido, MONTOYA MARTÍN, E.; «Las sociedades...», *op. cit.*, pp. 210 y 211 y «Capítulo XLVI...», *op. cit.*, pp. 2546 y 2547.

por consiguiente, en caso de daños y perjuicios quedan sometidas las entidades privadas del sector público al régimen de responsabilidad patrimonial derivado de los artículos 32 y ss de la LRJSP y al procedimiento administrativo establecido en la LPAC?

Para parte de la doctrina, la prestación de un servicio público, como el sanitario, podría entenderse que supone el ejercicio de ciertas potestades públicas⁴⁹⁰, de donde se desprende la aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Sin embargo, como apunta otro sector doctrinal⁴⁹¹, en sentido estricto difícilmente se puede considerar que la prestación del servicio público sanitario conlleve necesariamente el ejercicio de potestades administrativas (imposición unilateral, posición de supremacía...), que, además, en principio, quedarían vedadas a las fundaciones privadas del sector público sanitario⁴⁹². Otra cosa es que en la línea interpretativa amplia del concepto de potestad administrativa como funciones públicas, se puedan entender incluidos los servicios públicos sanitarios encomendados por ley a una Administración y para cuya gestión se crean sociedades mercantiles y fundaciones sanitarias en mano pública⁴⁹³, que deben quedar sujetos a ciertas garantías de derecho

⁴⁹⁰ Con relación a las nuevas LRJSP y la LPAC lo afirma CUETO PÉREZ, M.; «Responsabilidad patrimonial de la Administración y gestión privada...», *op. cit.*, p. 345; VILLAR ROJAS señala que: «*el servicio público se reconoce porque el sujeto obligado por la ley a su prestación recibe potestades administrativas bastantes para atender aquél deber; o, como afirma la jurisprudencia, «lo racionalmente determinante es que se actúen las facultades administrativas propias del desenvolvimiento del servicio público que se trate, con independencia de la condición o cualidad de quien ejerza tales facultades»*». VILLAR ROJAS, F. J.; «Responsabilidad en la gestión directa...», *op. cit.*, p.16; Por su parte, GÓMEZ LIGÜERRE, aunque en relación con RENFE y ADIF que son entidades públicas empresariales, subraya que para la prestación del servicio público disponen de potestades administrativas de tal forma que quedan sujetas al régimen de responsabilidad patrimonial por los daños que ocasionen en la prestación de un servicio público. GÓMEZ LIGÜERRE, C.; *Derecho aplicable...*, *op. cit.*, pp. 190 y 191.

⁴⁹¹ En este sentido, se pronuncian MONTORO CHINER y HILL PRADOS con relación al art. 106.2 de la CE: «*no queda otra solución que buscar el criterio “servicio público” como hilo conductor que permita aplicar la garantía de la responsabilidad patrimonial allí donde esté presente, materialmente, la actuación, el servicio o la función pública, conceptos estos que no tienen por qué coincidir necesariamente y en todo caso con el de potestades administrativas. Puede darse el caso de sociedades mercantiles gestoras de servicios públicos (de capital público o mixto) que no tengan atribuidas ni parcialmente, ni en bloque, potestades administrativas*». MONTORO CHINER, M. J. y HILL PRADOS, M. C.; *op. cit.*, pp. 102 a 105; GONZÁLEZ PÉREZ al analizar el art. 2.2 y la disposición adicional 12ª de la LRJPAC afirma: «*difícilmente puede considerarse la prestación sanitaria el ejercicio de una potestad administrativa*». GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.; *Comentarios a...*, *op. cit.*, p. 2311. En esta línea se manifiesta la SAP de Las Palmas (Sección 4ª), 18 de enero de 2018 (JUR 2018\262826) que afirma tajantemente que en la prestación del servicio sanitario no acontece el ejercicio de potestades administrativas.

⁴⁹² En este sentido, se manifiesta GÓMEZ LIGÜERRE que al entender que la prestación del servicio conlleva el ejercicio de potestades administrativas extiende el régimen de responsabilidad patrimonial que se deberá exigir en la vía administrativa antes de interponer recurso contencioso-administrativo, únicamente a las entidades públicas empresariales y a las sociedades mercantiles. Las fundaciones del sector público estarían sometidas al Derecho privado. GÓMEZ LIGÜERRE, C.; *Derecho aplicable...*, *op. cit.*, pp. 181 y 182.

⁴⁹³ En este sentido MONTOYA MARTÍN al interpretar el concepto de potestades administrativas al que aludía el art. 2.2 de la LRJPAC en relación con las entidades de derecho público establecía que «*en este*

público, entre las que está, la relativa a la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento del servicio, como así parece refrendarlo el art. 35 de la LRJSP. La consecuencia lógica, en principio será que en cuanto ejercen «potestades administrativas», quedan sujetas al régimen de responsabilidad patrimonial y al procedimiento administrativo previsto en la LPAC para su exigencia (art.2.2.b) de la LPAC), debiendo dilucidarse los conflictos en el orden contencioso-administrativo. Si bien, como expondremos a continuación, se plantean numerosas dificultades interpretativas. Dadas las dudas que genera esta argumentación, es posible que en base al art. 35 de la LRJSP se pueda alcanzar la misma conclusión sin necesidad de recurrir a este expediente.

3.4 El régimen de responsabilidad derivado del art. 35 de la LRJSP y sus consecuencias jurídico-procesales con relación a la jurisdicción competente.

El legislador, en esa especie de retorno al Derecho Administrativo⁴⁹⁴, ha sometido a las entidades privadas del sector público al régimen de responsabilidad extracontractual de Derecho Administrativo. Dispone el art. 35 de la LRJSP: «*cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando concurra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad.*» Los difusos términos en los que aparece redactado este precepto hace difícil desentrañar su significado y se presta a variadas interpretaciones.

género de actividades amén de las clásicas y consabidas potestades exorbitantes (potestad sancionador, recuperación de oficio, deslinde, potestad expropiatoria, ejecución forzosa, potestad tarifaria...) han de incluirse todos aquellos servicios públicos encomendados por ley a una Administración pública [...]. Lo mismo cabe respecto de aquellos servicios declarados por ley esenciales y para cuya gestión se crea una sociedad mercantil pública.» MONTOYA MARTÍN, E.; *Las empresas públicas...*, op. cit., pp. 487 y 488. Del mismo modo, DE VICENTE DOMINGO al concretar en qué casos las entidades públicas empresariales quedaban sujetas a la LRJPAC por ejercitar potestades administrativas, incluía «*las actividades prestacionales cumplan una finalidad claramente pública, o sea, de servicio público, sobre todo si requieren potestades públicas.*» DE VICENTE DOMINGO, R.; op. cit., pp. 351 a 374.

⁴⁹⁴ Como apunta LÓPEZ GONZÁLEZ la nueva regulación del art. 2.2.b) de la LPAC y la LRJSP junto con el art. 35 de la LRJSP constituyen una «*cláusula de retorno y sometimiento al Derecho administrativo de actividades de las entidades de Derecho privado de las Administraciones Públicas.*» Se aplica a estas entidades un nuevo régimen jurídico de Derecho público integrado por: «*a) la aplicación de los principios generales de los artículos 3º y 81 de la Ley 40/2015; b) la aplicación de las Leyes 39/2015 y 40/2015 cuando dichas entidades ejerzan potestades administrativas, y, finalmente, c) la aplicación del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas a las entidades de Derecho privado del sector público.*» LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I.; op. cit., pp. 74 y 75

Las entidades de derecho privado a las que parece ir referida esta norma serían las del art. 2.2.b) de la LRJSP y la LPAC, que quedarán sujetas a las normas de la Ley que se refieran a las mismas, entre las que se halla ésta. No comprende, como veremos, a los concesionarios y contratistas (*Vid. Infra*, Capítulo V, 2.5), planteándose la duda sobre si se extiende a las sociedades y fundaciones con capital o aportación/patrimonio mayoritariamente público que pertenecen al sector público y en principio entran dentro del ámbito de aplicación de la LRJSP y la LPAC. En mi opinión, la sujeción a lo dispuesto en el art. 35 de la LRJSP dependerá del grado de dependencia y de la relación de instrumentalidad entre la Administración y el ente que está desempeñando el servicio público⁴⁹⁵. En el ámbito del INGESA, por ejemplo, el sistema de reclamación es el mismo con independencia de que la aportación pública sea mayoritaria o única (artículos 35 y 54 del RD 29/2000).

Por otra parte, aunque el precepto va referido a los casos en que se actúe en relaciones de Derecho privado, cuanto más cabrá aplicarlo cuando la actividad esté sujeta al Derecho administrativo, como en la prestación de asistencia sanitaria⁴⁹⁶. Sin embargo, cuando el servicio público es prestado por una entidad privada del sector público los Tribunales a veces sitúan la actividad dentro del Derecho privado, *Vid. Supra*, Capítulo IV, apartado 3.2⁴⁹⁷.

El art. 35 de la LRJSP difiere en su contenido del art. 144 de la LRJPAC del que trae causa. El anterior art. 144 de la LRJPAC vino a unificar el régimen de responsabilidad patrimonial poniendo el énfasis en la cuestión objetiva, esto es, actuara la Administración Pública en relaciones de Derecho público o Derecho privado,

⁴⁹⁵ Se suele poner de relieve el carácter instrumental de estas entidades financiadas o controladas mayoritariamente por un organismo público cuando se crean para satisfacer el interés general, como es la prestación de un servicio público, al margen de las actividades puramente mercantiles o industriales. Así resulta del Derecho Comunitario que tiende a considerarlas como «organismos de Derecho Público». GAMERO CASADO, E.; «Capítulo I. La estructura...», *op. cit.*, p. 205; ORTIZ VAAMONDE, S.; *op. cit.*, pp. 156, 157 y 508.

⁴⁹⁶ En este sentido, CUETO PÉREZ, M.; «Responsabilidad patrimonial de la Administración y gestión privada...», *op. cit.*, p. 345; AA.VV.; *Responsabilidad patrimonial en la Administración del Principado de Asturias* obra colectiva coordinada por GALLEGRO RIESTRA, S. M., Instituto Asturiano de Administración Pública «Adolfo Posada», 2016. En https://www.asturias.es/RecursosWeb/iaap/contenidos/Articulos/Publicaciones_IAAP/C_04_Responsabilidad_patrimonial-web.pdf [Consultado el día 16 de mayo de 2018], pp. 15, 18 y 19, 25. El resto de la doctrina lo aplica sin más a los casos en que la entidad privada presta un servicio público sin aludir a esta cuestión.

⁴⁹⁷ Por su parte, el art. 37.2 de la Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración entiende que tienen naturaleza jurídico-privada las relaciones de las personas usuarias con el prestador del servicio cuando la gestión es directa a través de entes instrumentales del sector público de naturaleza privada.

respondía directamente de los daños de conformidad con el régimen sustantivo y procedimental establecido en la LRJPAC, asumiendo la competencia el orden contencioso-administrativo (art. 9.4 LOPJ y art. 2.e) de la LJCA). Empero, guardaba silencio sobre los supuestos en los que quien actuaba no era directamente una Administración sino una entidad de derecho privado perteneciente al sector público que además, estaban excluidas del ámbito de aplicación de la LRJPAC⁴⁹⁸. El art. 35 de la LRJSP viene a colmar esta laguna poniendo el acento en la cuestión subjetiva «*que se actúe a través de entidad de derecho privado*». De esta forma, la doctrina científica⁴⁹⁹ manifiesta mayoritariamente que la novedad del precepto radica en que el legislador extiende el régimen de responsabilidad patrimonial administrativo derivado de los artículos 32 y ss de la LRJSP a las entidades de derecho privado a través de las cuales actúe la Administración para la prestación de servicios públicos, como sería el sanitario. Algo que ya se venía demandando y acogiendo por la doctrina y la jurisprudencia a través de diversos expedientes como hemos visto *Supra*, Capítulo IV, 3.2. Se dota de reconocimiento legal al hecho de que la utilización por la Administración de entidades instrumentales de naturaleza privada para la gestión del servicio público no altera el

⁴⁹⁸ VELASCO CABALLERO, F.; «Responsabilidad patrimonial de las sociedades municipales en la nueva LRJSP» [en línea]. Blog Instituto de Derecho Local-UAM, 7 de julio de 2016. En <http://www.idluam.org/blog/?p=394> [Consultado el día 15 de mayo de 2018].

⁴⁹⁹ *Id.*, MARTÍN DELGADO, I.; *op. cit.*, p. 41; LÓPEZ SAMANES, G.; «La responsabilidad patrimonial de la Administración en las Leyes 39/2015 y 40/2015, de 1 de octubre». En <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/responsabilidad-patrimonial-administracion/> [Consultado el día 17 de mayo de 2018]; VAQUER CABALLERÍA, M.; «Capítulo II. Los principios constitucionales de funcionamiento de las Administraciones Públicas», en la obra colectiva *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tomo I dirigida por GAMERO CASADO, E., Tirant Lo Blanch, 2017. En www.tirant.com [Consultado el día 20 de febrero de 2018], p. 240; LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I.; *op. cit.*, pp. 74 y 75; GARCÍA LUENGO, J.; «Instituciones sustantivas en la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público: los principios de la potestad sancionadora, la responsabilidad administrativa y el nuevo régimen de los convenios administrativos», *Estudios y Comentarios. La Administración al día* (2016). En <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1506842> [Consultado el día 5 de junio de 2019]; SANCHEZ MORÓN, M.; «El retorno...», *op. cit.*, pp. 59 y 60; COMPANYS I ALET, A.; «Principales novedades introducidas por las Leyes 39/2015 y 40/2015 en materia de procedimiento administrativo y régimen jurídico de las administraciones públicas», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 41 (2015). En <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4798/documento/foro04.pdf> [Consultado el día 28 de febrero de 2018], p. 90; En el mismo sentido, GARCÍA RUBIO, F. Y FUENTES I GASÓ, J. R.; *La responsabilidad de las Administraciones Públicas tras la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público. Cuatro estudios*, Atelier, Barcelona, 2017, pp. 31 y 53; PAREJO ALFONSO, L.; *Lecciones de...*, *op. cit.*, p. 1109; GAMERO CASADO, E. Y FERNÁNDEZ RAMOS, S.; *op. cit.*, pp. 733 y 734 aunque se muestra crítico en este sentido; PÉREZ PINO, M. D.; «Artículo 35. Responsabilidad de Derecho Privado» en la obra colectiva *Régimen jurídico del Sector Público y Procedimiento Administrativo Común* dirigida por RECUERDA GIRELA, M. A., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 1190 y 1191; AA.VV.; *Novedades en...*, *op. cit.*, pp. 443 y 444; CHINCHILLA MARÍN, C.; *op. cit.*, p. 34; COBO OLVERA, T. Y COBO PERALTA, T. A.; *op. cit.*, p. 145; RIVERA FRADE, M. D.; «La responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 77 y 78.

régimen de responsabilidad patrimonial constitucionalizado en el art. 106.2 de la CE⁵⁰⁰. Como ha señalado SÁNCHEZ MORÓN, entre otros aspectos, esta novedad «*parece explicarse más que nada por la voluntad del legislador de reconocer y reconducir la artificialidad que supone muchas veces la utilización instrumental de entidades privadas del sector público, levantando el velo de la personalidad*⁵⁰¹». Aunque no se les llega a calificar como Administraciones Públicas, en sentido estricto, en sentido lato si se les concibe como tales a efectos, por lo que nos interesa, de responsabilidad por los daños que causen en el funcionamiento del servicio público, puesto que están sometidas al Derecho Administrativo y a las garantías y principios de la LRJSP⁵⁰², prescindiendo de su naturaleza jurídico-privada. Se limita así la huida del Derecho Administrativo y se asegura a los pacientes un tratamiento común frente a los daños generados por el funcionamiento del servicio público sanitario, con independencia de la forma de gestión⁵⁰³.

La doctrina, no obstante, pone de relieve lo discutible de que se extienda su aplicación a todas las entidades privadas del sector público, incluso cuando desarrollen una actividad puramente mercantil o industrial, que tendrían cabida en las relaciones de Derecho privado a las que alude el art. 35 de la LRJSP. Se plantea si por el contrario, debiera quedar limitada únicamente a los supuestos en los que desempeñan funciones públicas, actividades o servicios públicos⁵⁰⁴.

⁵⁰⁰ FUERTES, M.; *op. cit.*, p. 87; GAMERO CASADO, E.; «Capítulo VI...», *op. cit.*, p. 437.

⁵⁰¹ SANCHEZ MORÓN, M.; «El retorno...», *op. cit.*, p. 59.

⁵⁰² En similar sentido se pronuncia GAMERO CASADO pero para cuando ejercen potestades administrativas. GAMERO CASADO, E.; «Capítulo I. La estructura...», *op. cit.*, p. 205.

⁵⁰³ Añade CARAZA CRISTÍN: «*En estos casos debe someterse, igualmente, al cumplimiento como mínimo, de los estándares de calidad aprobados por la Administración correspondiente, de forma que los ciudadanos y usuarios de los servicios públicos tengan un nivel mínimo de calidad garantizado en la prestación de estos, cualquiera que sea la forma jurídica elegida por la Administración para su gestión y, a la vez, un umbral cierto que, en caso de no respetarse y causar con ello un daño, sea prueba indiscutible de la anormalidad del funcionamiento del servicio a efectos de proceder a reconocer la responsabilidad correspondiente*». CARAZA CRISTÍN, M. DEL M.; *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 298.

⁵⁰⁴ Así lo advierte SANCHEZ MORÓN, M.; «El retorno...», *op. cit.*, p. 59. Para COMPANYS I ALET: «*en la práctica se dará una situación aparentemente contradictoria, pues entidades de Derecho privado tales como sociedades mercantiles, fundaciones, etc., participadas mayoritariamente por la Administración, y que sujetan su actividad al ordenamiento privado, responderán de los daños que ocasionen a terceros con arreglo al derecho administrativo y, en su caso, deberán ser demandadas ante la jurisdicción contenciosa-administrativa*». COMPANYS I ALET, A.; *op. cit.*, p. 90. Para GAMERO CASADO Y FERNÁNDEZ RAMOS «*resulta polémico que el sector público disponga de un «traje a medida», en el que actúa bajo formas de personificación de Derecho privado, pero se le haya de exigir responsabilidad con arreglo al Derecho Público*». GAMERO CASADO, E. Y FERNÁNDEZ RAMOS, S.; *op. cit.*, pp. 733 y 734.

Para CHINCHILLA MARTÍN no cabe descartar que este precepto se aplique a cualquier actuación de una sociedad mercantil pública ya que las relaciones jurídicas que entable se calificarán como privadas.

Lo único que resulta claro del art. 35 de la LRJSP es que los aspectos sustantivos de la responsabilidad son los de Derecho Administrativo. Resta ahora por completar cuál será la tramitación para su exigencia y el orden jurisdiccional competente, cuestiones sobre las que el precepto no establece precisiones claras⁵⁰⁵, a pesar de ser esa la intención⁵⁰⁶. Probablemente se han querido decir muchas cosas en un artículo que resulta absolutamente confuso, como se podrá comprobar.

Del texto del precepto parece colegirse que la responsabilidad podrá exigirse⁵⁰⁷:

a) Directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual presta el servicio público sanitario la Administración.

b) A la Administración matriz o de tutela, en una suerte de levantamiento del velo legal, ya que afirma que la responsabilidad de las Administraciones Públicas se exigirá de conformidad con el régimen de responsabilidad de los artículos 32 y ss cuando actúen a través de una entidad de derecho privado «*incluso cuando la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración*⁵⁰⁸». Se da reconocimiento legal a una solución que ya venía siendo acogida por la jurisprudencia *Vid. Supra*, Capítulo IV, 3.2.

En este caso, se deberá plantear la reclamación de responsabilidad ante la Administración matriz o de tutela, esto es, aquella de la que dependa o esté vinculada la entidad de derecho privado. La resolución expresa o presunta del procedimiento administrativo será impugnabile en el orden contencioso-administrativo en el que se

También porque la actuación de una sociedad mercantil es siempre la de la Administración de la que es mero instrumento. CHINCHILLA MARÍN, C.; *op. cit.*, pp. 34 y 35.

⁵⁰⁵ GARCÍA LUENGO llega a afirmar que «*la parquedad y falta de desarrollo de estas cuestiones es absolutamente desconcertante.*» GARCÍA LUENGO, J.; *op. cit.*

⁵⁰⁶ El Consejo de Estado, ante los supuestos dudosos sobre la atribución de competencia jurisdiccional recomendó al legislador: «*Sería conveniente, en este estado de cosas, que el texto de reforma estableciera de forma definitiva el alcance objetivo y subjetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, pronunciándose acerca de estos supuestos dudosos, fijando de ese modo los límites del principio de unidad jurisdiccional en esta materia, de forma coordinada con las normas orgánicas atributivas de competencia.*» Informe de 5 de marzo de 2015 del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, pp. 74 y 75.

Esta sugerencia tuvo como resultado la introducción del art. 35 de la LRJSP.

⁵⁰⁷ GARCÍA RUBIO, F. Y FUENTES I GASÓ, J. R.; *op. cit.*, p. 53. En el mismo sentido, SANCHEZ MORÓN, M.; «*El retorno...*», *op. cit.*, pp. 59 y 60; GAMERO CASADO, E.; «*Capítulo VI...*», *op. cit.*, pp. 438 y 439.

⁵⁰⁸ AA.VV.; *Responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, p.14; PIZARRO NEVADO, R.; «*Disposiciones generales...*», *op. cit.*, p. 117; SANCHEZ MORÓN, M.; «*El retorno...*», *op. cit.*, pp. 59 y 60; COBO OLVERA, T. Y COBO PERALTA, T. A.; *op. cit.*, p. 145; GAMERO CASADO, E.; «*Capítulo VI...*», *op. cit.*, p. 439; PAREJO ALFONSO, L.; *Lecciones de...*, *op. cit.*, p. 1109.

podrá demandar junto a la Administración, a la entidad de derecho privado vinculada o dependiente de ella y a la aseguradora (art. 9.4 de la LOPJ y 2.e) de la LJCA).

Para MARCOS MUÑOZ, este precepto viene a imputar en todo caso la responsabilidad a la Administración Pública matriz, consagrando una suerte de levantamiento del velo por razón de su instrumentalidad. Por ese motivo, no parece que en estos casos las entidades instrumentales puedan ser demandadas en el orden civil, sino que el conocimiento del asunto corresponderá al orden contencioso-administrativo toda vez que lo que se impugna es un acto de la Administración⁵⁰⁹.

En similar sentido, CUETO PÉREZ⁵¹⁰ entiende que en cuanto la prestación del servicio sanitario puede suponer el ejercicio de ciertas potestades administrativas, las sociedades o fundaciones sanitarias en mano pública quedarían sujetas al ámbito de aplicación de los artículos 2.2.b) de la LPAC y la LJRSP, y, por consiguiente, al régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y a la competencia del orden contencioso-administrativo. Ello exige que se plantee la oportuna reclamación de responsabilidad ante los Servicios de Salud correspondientes, que la resolverán sin derivar a los pacientes a que la reclamen directamente al centro privado. Se mantiene así el mismo sistema que venía rigiendo a la luz de la disposición adicional 12ª de la LRJPAC y del Real Decreto 29/2000, evitándose la ruptura de la unidad jurisdiccional. Esta postura vendría reforzada por lo dispuesto en el art. 35 de la LRJSP para cuando la Administración actúa en relaciones de Derecho privado.

Por su parte, COBO OLVERA Y COBO PERALTA⁵¹¹ de la previsión de que de los daños producidos por los entes privados responda la Administración matriz, derivan que estos responderán de los daños con arreglo al Derecho Administrativo, debiendo ser demandados ante el orden contencioso-administrativo.

⁵⁰⁹ Añade incluso que dado que la responsabilidad se exige a la Administración, no parece necesario que sus entidades instrumentales sean expresamente demandadas para hacer efectiva su responsabilidad. Y aun pudiendo la Administración declarar en vía administrativa la responsabilidad de su entidad (como presupuesto para la suya propia), no parece que ello pueda vincular, a modo de constricción, al reclamante, toda vez que la ley atribuye la responsabilidad a la propia Administración, sin que refiera ningún supuesto que diferencie cuando concurre la responsabilidad de uno u otro, de la Administración o de su ente instrumental. MARCOS MUÑOZ, F. J.; «Los codemandados en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Su intervención en el proceso y en el procedimiento administrativo. Referencia obligada a la responsabilidad patrimonial de la Administración.» En <http://noticias.juridicas.com> [Consultado el día 20 de mayo de 2018].

⁵¹⁰ CUETO PÉREZ, M.; «Responsabilidad patrimonial de la Administración y gestión privada...», *op. cit.*, p. 345.

⁵¹¹ COBO OLVERA, T. Y COBO PERALTA, T. A.; *op. cit.*, p. 145

Para FUERTES⁵¹², el art. 35 de la LRJSP tiene la virtualidad de trasladar al orden contencioso-administrativo toda responsabilidad, incluso aunque el daño sea ocasionado por una entidad privada instrumental, consolidando la unidad de fuero en materia de responsabilidad patrimonial. Lo que viene a decir el precepto es que la responsabilidad se exigirá siempre siguiendo el régimen propio de la responsabilidad de las Administraciones Públicas aun cuando se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúa. De ahí que la reclamación de los daños se debe seguir según el régimen de Derecho Administrativo, correspondiendo su conocimiento al orden contencioso-administrativo. PAREJO ALFONSO⁵¹³ añade que con esta precisión se resuelven los problemas que venían subsistiendo respecto al orden jurisdiccional. La competencia es del orden contencioso-administrativo pues la reclamación debe presentarse inexcusablemente ante la Administración Pública para que haya una decisión de Derecho Administrativo.

COMPANYS I ALET, GARCÍA RUBIO, F. y FUENTES I GASÓ abogan por la competencia del orden contencioso-administrativo en cuanto los entes responderán con arreglo al Derecho Administrativo⁵¹⁴.

En este mismo sentido, han comenzado a pronunciarse los tribunales. El Auto de la AP de Madrid (Sección 8ª), 24 de febrero de 2020 (JUR 2020\157645) en una interpretación combinada del art. 35 de la LRJSP y del nuevo concepto de sector público del art. 2.2.b) de la LRJSP y LPAC afirma: *«el art. 35 dice que su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los arts .32 y siguientes, de lo que se sigue que la responsabilidad patrimonial de estas entidades de derecho privado, sea cual sea la actividad en que intervengan, estará sometida a los mismos principios que la responsabilidad de la Administración Pública y será exigible con arreglo a los mismos procedimientos que aquella, y reclamable en vía contencioso-administrativa⁵¹⁵»* de conformidad con el art. 9.4 de la LOPJ.

⁵¹² FUERTES, M.; *op. cit.*, pp. 86 y 87. En el mismo sentido, AA.VV.; *Novedades en...*, *op. cit.*, pp. 444 a 448.

⁵¹³ PAREJO ALFONSO, L.; *Lecciones de...*, *op. cit.*, p. 1109.

⁵¹⁴ COMPANYS I ALET, A.; *op. cit.*, p. 90. En el mismo sentido, GARCÍA RUBIO, F. Y FUENTES I GASÓ, J. R.; *op. cit.*, pp. 31 y 53.

⁵¹⁵ En los mismos términos que este auto aunque es posterior se pronuncian: AA.VV.; *Novedades en...*, *op. cit.*, p. 444 a 448; LÓPEZ SAMANES, G.; *op. cit.*; PIZARRO NEVADO, R.; «Disposiciones generales...», *op. cit.*, p. 11; GAMERO CASADO, E. Y FERNÁNDEZ RAMOS, S.; *op. cit.*, pp. 720 y 730 aunque posteriormente GAMERO CASADO admite que se exija la responsabilidad de la entidad de derecho privado directamente en el orden civil, *Vid. Infra*.

Y se sigue reconociendo legitimación pasiva de la Administración cuando la asistencia sanitaria es dispensada por la fundación privada del sector público sanitario (Dictámenes de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid nº 153/2021, de 6 de abril o nº 564/2020, de 15 de diciembre).

La cuestión, no obstante, dista de ser pacífica, particularmente en lo que atañe a la forma en que se deba exigir directamente la responsabilidad a la entidad de derecho privado. La regulación separada de los aspectos materiales y procedimentales de la responsabilidad patrimonial en la LRJSP y la LPAC contribuye a sembrar más dudas sobre cuál ha sido la intención del legislador. ¿Se puede exigir directamente la responsabilidad del ente privado en la vía judicial o se deberá seguir la tramitación prevista en la LPAC? ¿cuál sería el orden jurisdiccional competente?

El art. 35 de la LRJSP se remite a lo dispuesto en los artículos 32 y ss de la LRJSP, por tanto, al régimen sustantivo de responsabilidad patrimonial, lo que podría conducir a que sujete a las entidades de derecho privado del sector público a las normas sustantivas pero no a las procedimentales. En este sentido, se podría prescindir de la tramitación del procedimiento administrativo previo, planteando la demanda directamente ante los Tribunales. En cuanto sujeto privado, la competencia jurisdiccional correspondería al orden civil ya que no se pretende exigir responsabilidad patrimonial de una Administración Pública al no tener estos entes la condición de Administración a efectos de la norma procesal ni se impugna la actuación de una Administración sujeta a Derecho Administrativo (art.1.1 y 2.e) de la LJCA). Así parece entenderlo GAMERO CASADO⁵¹⁶ que ante la falta de previsión de la LPAC entiende que al sujeto le caben dos opciones: exigir directamente la responsabilidad al ente privado en la vía civil que resolverá conforme a los principios y reglas del art. 32 y ss de la LRJSP, lo que en nuestra opinión tampoco sería satisfactorio; o bien, incoar el procedimiento administrativo ante la Administración matriz en la que se reclame solidariamente la responsabilidad de ambas, dilucidándose las pretensiones, como hemos visto *Supra*, en el orden contencioso-administrativo.

Los tribunales civiles, sin embargo, vienen declinando su competencia en favor del orden contencioso-administrativo cuando se ejercita una acción de responsabilidad contra una sociedad totalmente participada por la Administración. Estas entidades entran dentro del ámbito de aplicación de la LRJSP (art.2.2.b)) y le resulta aplicable lo

⁵¹⁶ GAMERO CASADO, E.; «Capítulo VI...», *op. cit.*, pp. 438 y 439.

dispuesto en el art. 35 de la LRJSP del que se desprende que el conocimiento de la acción ejercitada incumbe a la jurisdicción contencioso-administrativa (Autos de la AP de Madrid (Sección 14ª), 4 de abril de 2019 (JUR 2019\173041) o 26 de junio de 2018 (JUR 2018\241235⁵¹⁷). De forma tajante también se manifiesta el Auto de la AP de Madrid (Sección 13ª), 28 de mayo de 2020 (JUR 2020\238479) que sostiene claramente en el fundamento jurídico 2º: *«De la redacción de dicho precepto (en alusión al art. 35 de la LRJSP) se desprende que el perjudicado por la negligente actuación de la administración puede ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios, bien contra la administración cuando esta actúe directamente, o contra la entidad de derecho privado, cuando la administración actúe a través de ella, o bien contra la administración y la entidad privada solidariamente, o bien contra la administración y su aseguradora o contra esta última de forma directa, siendo competente en cualquiera de los supuestos la jurisdicción contencioso administrativa.»*

Por otra parte, también hay argumentos para defender la posición contraria. Como ha entendido la doctrina mayoritaria (*Vid. Supra*), en cuanto las entidades instrumentales de derecho privado están sujetas a las reglas y principios de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, será exigible conforme a los mismos procedimientos que para aquélla, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo. La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial que es la fórmula recogida por la LPAC, no sería más que una consecuencia de la sujeción al régimen de responsabilidad patrimonial, teniendo en cuenta además, que las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de la Administración pueden estar sujetas al ámbito de aplicación de la LPAC (art. 2.2.b)). Probablemente la confusión se deba a que la remisión que realiza el art. 35 de la LRJSP a que *«su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes»* se ha copiado del art. 144 de la LRJPAC sin tener en cuenta de que en esta norma se regulaba tanto el régimen sustantivo como procedimental.

Ahora bien, de ser así, ni el art. 35 de la LRJSP ni la LPAC mencionan cuál sería el órgano competente para tramitar y resolver el procedimiento de responsabilidad patrimonial.

⁵¹⁷ En estos dos casos se ejercitaba en el orden civil acción de responsabilidad extracontractual frente al Canal de Isabel II Gestión, S.A., sociedad participada totalmente por la Administración y creada para la prestación de servicios públicos relacionados con el agua.

Para VELASCO CABALLERO⁵¹⁸ sería la entidad de derecho privado la que tramitaría el procedimiento administrativo para la exigencia de responsabilidad ya que sería un supuesto de ejercicio de «*potestades públicas*» al que alude el art. 2.2.b) de la LRJSP y la LPAC. Sin embargo, este razonamiento no sería válido para las fundaciones a las que se les niega la posibilidad de ejercitar potestades públicas. En su opinión, aunque el resultado pueda parecer sorprendente no lo es tanto dado el proceso de «readministrativización» de las entidades privadas vinculadas o dependientes. Al igual que las sociedades mercantiles cuando son poderes adjudicadores se rigen por procedimientos administrativos (de adjudicación)⁵¹⁹, sucedería en el procedimiento de responsabilidad patrimonial. Así lo propone de *lege ferenda* MIR PUIGPELAT (*Vid. Supra*, Capítulo IV, 3.2), aunque entiende que nada habría que objetar si la Administración matriz se reservara la prerrogativa de tramitar y resolver el procedimiento⁵²⁰. Y, lo afirma claramente, la STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 18 de junio de 2021 (JUR 2021\318365) en relación con una compañía mercantil de capital exclusivamente público: «*es pues un ente instrumental del Ayuntamiento de Valls, que tiene competencia para tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial en el marco del derecho administrativo si el daño deriva de la gestión misma del servicio en el marco operativo decidido por la sociedad*», en aplicación del art. 35 de la LRJSP. De acogerse esta solución, como ha advertido SÁNCHEZ MORÓN⁵²¹, se plantean numerosos interrogantes ya que habría que determinar la naturaleza jurídica de la resolución, el sentido del silencio, así como su posible impugnación en la jurisdicción contencioso-administrativa o civil.

⁵¹⁸ VELASCO CABALLERO, F.; «Responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*

⁵¹⁹ Aunque quedan sujetos a normas de Derecho Público, la doctrina mayoritaria niega tajantemente que se trate de verdaderos actos administrativos, a pesar de la dicción literal del art. 41.2 de la LCSP, y que queden sujetos a la LPAC con las facultades de autotutela declarativa y ejecutiva ya que no son actos dictados por las Administraciones Públicas con arreglo al Derecho Administrativo. TORRE DE SILVA, J.; *op. cit.* En el mismo sentido, MONTOYA MARTÍN, E.; «Las sociedades...», *op. cit.*, pp. 210 y 211 y «Capítulo XLVI...», *op. cit.*, pp. 2546 y 2547. Para SÁNCHEZ MORÓN supone que el legislador admita expresamente la existencia de actos administrativos de entidades privadas del sector público que van a ser recurribles en la vía administrativa y posterior contencioso-administrativa. De donde deduce que «*será difícil no aplicarles en muchos aspectos las reglas generales y la construcción dogmática propia de los actos que figura en la LPAC*»: obligación de motivar y notificar... SANCHEZ MORÓN, M.; «El retorno...», *op. cit.*, p. 63. Aunque afirma con anterioridad en otro lugar, que cuando adjudican un contrato del sector público, no ejercitan una potestad administrativa ni dictan un acto administrativo propiamente dicho, sino que tal adjudicación está sujeta a los principios y requisitos propios del Derecho público. SÁNCHEZ MORÓN, M.; «La regulación...», *op. cit.*, p. 7.

⁵²⁰ MIR PUIGPELAT, O.; *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia ...*, *op. cit.*, p. 346.

⁵²¹ SANCHEZ MORÓN, M.; «El retorno...», *op. cit.*, pp. 59 y 60.

Empero, el art. 92 de la LPAC al regular el órgano competente para la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial no contiene para las entidades privadas del sector público ninguna previsión similar a la de las entidades de derecho público. Para estas, la Ley remite la competencia a los órganos que dispongan las normas que regulen su régimen jurídico, aplicándose en su defecto, la regla de que en el ámbito estatal será el Ministro respectivo y en el autonómico, los órganos correspondientes de la Comunidad Autónoma. De ello se podría desprender que no ha sido esa la voluntad de legislador.

Además, en ese caso, existirían serias dificultades para encuadrar la competencia en el orden contencioso-administrativo dada la falta de adecuación de la LJCA a la nueva realidad que de seguir este criterio derivaría de la LRJSP y la LPAC⁵²². Ni el art. 1.1, ni el art.2.e), ni el art.2.d) de la LJCA permiten justificar que el orden contencioso-administrativo conozca de las decisiones alcanzadas en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por las entidades de derecho privado del sector público. La naturaleza privada de estas entidades demandaría que se recogiese una previsión expresa en la LJCA. Como ya hemos advertido en otro lugar, las entidades de derecho privado no tienen la condición de Administración Pública a efectos de la LJCA por lo que ni se estaría exigiendo responsabilidad patrimonial de una Administración Pública (art. 2.e) de la LJCA), ni la decisión que adopte la entidad privada tendría cabida en el art. 1.1 de la LJCA («*actuaciones de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo*»).

Por otra parte, aunque pueda resultar ajeno a la jurisdicción contencioso-administrativa, la posibilidad de impugnar actos dictados por sujetos privados en este orden jurisdiccional no resulta del todo extraña. Encontramos en nuestra legislación ejemplos en los que la fiscalización en vía administrativa de las decisiones del ente privado que objetivamente tienen naturaleza pública por la Administración de tutela, tendrían la virtualidad de atraer la competencia al orden contencioso-administrativo. La lógica sería que tratándose de sujetos privados que quedan fuera del ámbito de aplicación de la LJCA por no incluirse en el concepto de «*Administración Pública*», se hace necesaria la intervención de una Administración Pública que abra las puertas de la

⁵²² De hecho, la STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 18 de junio de 2021 (JUR 2021\318365) anteriormente citada reconduce la competencia al orden contencioso-administrativo porque entiende que la reclamación también se ha dirigido al Ayuntamiento.

jurisdicción contencioso-administrativa (art. 1.1 y art.2.d) de la LJCA⁵²³). La legislación de contratación pública es clara muestra de ello. Cabrá la revisión de oficio (art. 41.2 de la LCSP) y formular recurso de alzada impropio frente a los actos de preparación y adjudicación relativos a contratos celebrados por las fundaciones y sociedades en mano pública, en este último caso, tengan la condición de poderes adjudicadores o no (artículos 44.6 y 321.5 de la LCSP). Ambos procedimientos se resuelven por el titular del Organismo al que corresponda la tutela de la entidad de derecho privado a la que está adscrita, siendo revisable en la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 27.1 de la LCSP y art.2.b) de la LJCA).

Por su parte, el art. 2. d) de la LJCA que regula dos supuestos distintos, atribuye, en el primer caso, a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento *«de los actos administrativos de control o fiscalización dictados por la Administración concedente, respecto de los dictados por los concesionarios de los servicios públicos que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a los mismos»*. Como ha apuntado HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO⁵²⁴ este supuesto no supone ninguna novedad. A través de la intermediación de una Administración se garantiza que actos dictados por sujetos privados pero que *«desde una perspectiva material, tienen una indudable condición administrativa, por emanar del ejercicio de potestades públicas e imponerse de manera unilateral sobre los usuarios del servicio público de que se trate»*, sean revisados en sede contencioso-administrativa.

Sí supone una verdadera innovación el segundo de los supuestos del art. 2.d) de la LJCA que permite impugnar directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, los actos dictados por los concesionarios de servicios públicos siempre que lo establezca la legislación sectorial correspondiente. No obstante, son muy escasos los ejemplos que encontramos en la legislación vigente⁵²⁵. Esta última previsión, por lo

⁵²³ DESCALZO GONZÁLEZ, A.; «El acceso...», *op. cit.*, p. 321; HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, J.; "Comentario al art. 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa" en la obra colectiva Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa dirigida por QUINTANA CARRETERO, J. P., Lex Nova, Valladolid, 2013. En www.aranzadidigital.es [Consultado el día 7 de junio de 2019].

⁵²⁴ *Id.*

⁵²⁵ GAMERO CASADO cita un ejemplo en el que vienen representados los dos supuestos que se plantean en el art. 2.d) de la LJCA: *«Reglamento de los Servicios de las Corporaciones Locales permite que se atribuya a los concesionarios de estos servicios la potestad de ejercitar la vía de apremio para el cobro de tarifas (art. 130 RSCL), para lo que el concesionario eleva en primer lugar a la entidad local una certificación de descubierto, que es objeto de fiscalización por parte de la corporación. Una vez fiscalizada, el concesionario puede tener atribuida la potestad de ejecución de oficio del descubierto. En tal caso, el particular afectado puede articular tanto un recurso contencioso-administrativo contra el*

demás, ha sido objeto de críticas. Para DESCALZO GONZÁLEZ puede suponer, «una potencial quiebra de los esquemas clásicos del Derecho Administrativo» e introduce un elemento de inseguridad jurídica frente la regla general del recurso administrativo. Afirma de forma tajante: «El recurso directo contra actos de particulares es un absurdo dogmático y práctico⁵²⁶.»

En la normativa se omite toda referencia a la posibilidad de revisar en vía administrativa la posible decisión del ente privado, ni siquiera en el ejercicio de potestades administrativas⁵²⁷. Por otra parte, tampoco el art. 2.d) de la LJCA serviría para justificar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa puesto que se limita a los concesionarios de servicios públicos, sin incluir a las entidades privadas del sector público, sin que además la legislación sectorial prevea la posibilidad de impugnación directa.

Como hemos expuesto, para la mayor parte de la doctrina y los tribunales la reclamación, incluso cuando se quiera exigir directamente la responsabilidad a la entidad de derecho privado, deberá presentarse ante la Administración matriz o de tutela que resolverá el procedimiento. Por lo que, obviamente se defiere el conocimiento al orden contencioso-administrativo (art. 9.4 de la LOPJ, artículos 1.1 y 2.e) de la LJCA). Esta conclusión vendría confirmada por el inciso final del art. 9.4 de la LOPJ que reserva a los tribunales del orden contencioso-administrativo el conocimiento «de las demandas de responsabilidad patrimonial que se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas⁵²⁸.»

Ante tal situación de confusión y ante la falta de una norma clara que permita sostener otra postura, nos parece ésta última la opción más adecuada. Se deberá presentar la reclamación ante la Administración matriz, en la que se podrá exigir la responsabilidad de ésta o solidariamente la de la entidad privada del sector público. El art. 35 de la LRJSP señala que incluso aunque se exija directamente la responsabilidad a la entidad de derecho privado quedarán sujetas al régimen sustantivo de la LRJSP y, por consiguiente, a la tramitación prevista en la LPAC, lo que tiene como consecuencia el

acto de fiscalización de una entidad local, como un recurso contencioso-administrativo contra el embargo que haya girado el concesionario». GAMERO CASADO, E. Y FERNÁNDEZ RAMOS, S.; op. cit., p. 640.

⁵²⁶ DESCALZO GONZÁLEZ, A.; «Capítulo 5. Objeto del Recurso Contencioso-Administrativo. Artículos 25 a 30» en la obra colectiva *Tratado de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 438

⁵²⁷ DESCALZO GONZÁLEZ, A.; «El acceso...», *op. cit.*, pp. 319 y 320.

⁵²⁸ GÓMEZ LIGÜERRE, C.; *Derecho aplicable...*, *op. cit.*, p. 186.

sometimiento al orden contencioso-administrativo. Esta postura sería coherente con la intención del legislador que subyace en la LRJSP y la LPAC de reconducir al campo del Derecho Administrativo a las entidades privadas meramente instrumentales cuando ejercen funciones públicas o prestan un servicio público, es como si de Administraciones Públicas se tratara. La trayectoria legislativa ha tendido a someter al mismo régimen, procedimiento y jurisdicción la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de un servicio público, particularmente en el ámbito sanitario. Es la Administración la que materialmente proporciona el servicio público sanitario con independencia de que para ello se valga de la creación formal de una sociedad o fundación, por lo que lo razonable es que no se quebrante ni la unidad de régimen jurídico, procedimental ni de fuero que suponen una garantía para los perjudicados⁵²⁹. Admitir lo contrario, como demuestran los antecedentes, podría volver a suscitar numerosos conflictos de competencia en un campo como el sanitario en el que se plantean abundantes reclamaciones. Por consiguiente, aunque haya sido derogada la disposición adicional 12ª de la LRJPAC, de la interpretación del Derecho positivo se mantendría el régimen de responsabilidad, procedimental y jurisdiccional en los mismos términos que lo venían siendo hasta ahora, encontrando apoyo legal el sistema previsto en el art. 35 del RD 29/2000.

⁵²⁹ En este sentido, GARCÍA LUENGO que advierte que la parquedad y falta de desarrollo de estas cuestiones es absolutamente desconcertante. GARCÍA LUENGO, J.; *op. cit.*

CAPÍTULO V

GESTIÓN INDIRECTA DE LA ASISTENCIA SANITARIA: LA PROBLEMÁTICA RESPONSABILIDAD DE LOS CONCESIONARIOS Y CONTRATISTAS

1. Introducción: las tres cuestiones a dilucidar.

La colaboración privada en la gestión de los servicios públicos sanitarios a través de fórmulas indirectas (contratos de concesión de servicios, contrato de servicios a la ciudadanía, contratos de gestión de servicios públicos [hoy eliminados] concierto o convenio singular de vinculación) es utilizada tanto para la prestación de algunos servicios (radiología, operaciones quirúrgicas...) como para la asistencia en atención primaria o especializada. Se suele recurrir a este tipo de fórmulas con la finalidad de reducir listas y tiempos de espera, pruebas diagnósticas⁵³⁰...

La determinación del sujeto responsable, el régimen aplicable y el cauce procesal para exigir la posible responsabilidad cuando el servicio público es gestionado de forma indirecta son de las cuestiones que más controversias suscitan en la actualidad y que siguen sin tener una respuesta legal satisfactoria, lo que hace que se convierta en un tema de una extraordinaria casuística jurisprudencial y doctrinal. Del examen de la doctrina de nuestros Tribunales y de los distintos Consejos Consultivos no resulta una respuesta clara. Es más, ni siquiera estaríamos en condiciones de afirmar con seguridad que la solución aplicada a los concesionarios y contratistas, en general, sea similar cuando la reclamación tiene por objeto la asistencia sanitaria prestada por un centro concertado o concesionado, y dentro de éstos, cuando el centro está concertado con alguna de las Mutualidades administrativas.

Ante el perjudicado se presenta pues un panorama extraordinariamente confuso que redundará en perjuicio del derecho a la tutela judicial efectiva. Por su parte, a las compañías aseguradoras tampoco les resulta indiferente la respuesta que se dé a estas cuestiones porque por un lado, según los casos tendrá que hacer frente al pago de la

⁵³⁰ MAYOR GÓMEZ, R.; «La problemática jurídica de la imputación de los daños causados en centros sanitarios privados concertados», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 3 (2013). En www.aranzadidigital.es [consultado el día 4 de junio de 2014].

indemnización; por otro lado, necesita conocer el objeto del seguro y la amplitud del riesgo para poder realizar un adecuado cálculo actuarial de sus primas⁵³¹.

De ahí que se haya criticado especialmente que ni la LPAC ni la LRJSP ni la LCSP hayan aprovechado la oportunidad brindada para regular estas cuestiones con la suficiente claridad⁵³², pero no sólo eso, podríamos decir que han introducido mayor incertidumbre en el ámbito sanitario con la eliminación de la disposición adicional 12^a de la LRJPAC.

En este orden de cosas son tres las principales cuestiones a dilucidar en esta materia:

1. El problema de la imputación, esto es, si de los daños ocasionados como consecuencia de la actuación del contratista o concesionario responde directamente la Administración o, por el contrario, será el contratista o concesionario salvo en los casos en que corresponda a la Administración. La respuesta que se dé a esta cuestión será esencial para contestar las demás.

2. En caso de considerar responsable al contratista o concesionario, ¿cuál sería el régimen sustantivo aplicable?

3. Cauce procedimental para la exigencia de responsabilidad al gestor indirecto, esto es, si es necesaria, o no, la tramitación previa de un procedimiento administrativo y el orden jurisdiccional competente: contencioso-administrativo o civil.

2. Antecedentes legislativos y marco normativo.

2.1 La Ley de Expropiación Forzosa y su Reglamento. Reglamento General de Contratación del Estado.

Hasta la LEF, promulgada en 1954, se carecía de una regulación específica sobre la materia⁵³³ y se entendía que los daños ocasionados por concesionarios y contratistas eran supuestos de responsabilidad civil entre particulares (no dictan actos administrativos, no forman parte de él funcionarios o empleados públicos, sus fondos no

⁵³¹ NARBÓN LAINEZ, E.; *op. cit.*, p. 3.

⁵³² *Id.*

⁵³³ Entre las primeras normas que hicieron referencia a la responsabilidad de los contratistas, la Ley de Obras Públicas de 15 de abril de 1877.

son públicos...), siéndole de aplicación el Código Civil y la jurisdicción competente la civil⁵³⁴.

La Ley de Expropiación Forzosa introdujo el régimen de responsabilidad extracontractual de los concesionarios de servicios públicos en los artículos 121.2 y 123 de la LEF así como en los artículos 134 y 137 del REF. Tras señalar el apartado primero del art. 121 de la LEF⁵³⁵ que «*dará 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*», añade el apartado segundo del mismo art. 121 LEF: «*en los 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.*» Régimen que en virtud del art. 134 del Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado (en adelante RGCE) se amplió a la ejecución de los contratos de obra pública. En el ámbito local, art. 128.1.3º del RSCL.

El orden jurisdiccional competente para conocer de las reclamaciones frente a daños causados por concesionarios o contratistas venía determinado por la existencia de un procedimiento administrativo previo para exigir la responsabilidad. Tanto el art. 123 LEF⁵³⁶ como el art. 134 RGCE⁵³⁷ establecieron que la reclamación se tenía que dirigir al órgano de contratación que, oído el contratista, resolvería sobre la procedencia, cuantía y el sujeto que debía pagar la indemnización, la Administración o el concesionario o contratista. La resolución, vinculante tanto para el perjudicado como

⁵³⁴ BOCANEGRA SIERRA, R.; «La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas de la Administración por daños causados a terceros», *Documentación Administrativa*, nº 237-238 (1994), pp.205 y 206; PASTOR LÓPEZ, M.; «VIII. La responsabilidad de los contratistas de la Administración por los daños causados a terceros» en la obra colectiva *Manual de Responsabilidad Pública* dirigida por la Dirección del Servicio Jurídico de la Abogacía General del Estado, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2ª ed., 2015, p. 496.

⁵³⁵ Sobre la regulación y la interpretación doctrinal y jurisprudencial de este precepto *vid.* ALONSO MAS, M. J. Y NARBÓN LÁINEZ, E. J.; *La responsabilidad por los daños causados en la ejecución de contratos administrativos*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 31 a 44.

⁵³⁶ Art. 123 de la LEF: «*Cuando se trate de servicios concedidos, la reclamación se dirigirá a la Administración que otorgó la concesión, en la forma prevista en el párrafo 2 del artículo 122, la cual resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagarla, de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 121. Esta resolución dejará abierta a la vía contencioso-administrativa, que podrá utilizar el particular o el concesionario, en su caso.*»

⁵³⁷ Art. 134 del RGCE: «*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.* »

para el concesionario o contratista, era impugnabile por cualquiera de ellos en la jurisdicción contencioso-administrativa. La Administración ejercitaba lo que se ha dado en llamar una función arbitral⁵³⁸ puesto que ventilaba un posible conflicto entre particulares, aunque no únicamente, pues también resolvía intereses propios en cuanto examinaba si le era atribuible a ella la responsabilidad o no⁵³⁹.

Con este marco normativo, la doctrina prácticamente unánime⁵⁴⁰ y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS entendieron que el cauce procedimental para reclamar los daños ocasionados por los concesionarios y contratistas era el administrativo cuya resolución era impugnabile ante el orden contencioso-administrativo, con independencia del régimen jurídico de fondo aplicable y de que el deber de reparación fuera imputable a la Administración o al contratista (*Vid.* por todas,

⁵³⁸ La facultad de la Administración de emitir resoluciones sobre la responsabilidad patrimonial de los concesionarios y contratistas se justificó en base a las potestades de interpretación del alcance y consecuencias del contrato. Informe del Consejo de Estado de 5 de marzo de 2015, sobre el Anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; NARBÓN LAINEZ, E.; *op. cit.*, pp. 49 y 50.

⁵³⁹ MARTÍN REBOLLO, L.; «Ayer y hoy...», *op. cit.*, p. 303. Justificada, según BOCANEGRA SIERRA, por tratarse también de una resolución de intereses propios. BOCANEGRA SIERRA, R.; «La responsabilidad civil...», *op. cit.*, p. 209; CANTERO MARTÍNEZ, J.; «La responsabilidad patrimonial por actuaciones sanitarias realizadas por contratistas o concesionarios de la Administración en los Dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 47 (2009). En

<http://docm.castillalamancha.es/portaldocm/descargarArchivo.do?ruta=Revista47.pdf&tipo=rutaRevistas> [Consultado el día 16 de agosto de 2017], p. 203; PASTOR LÓPEZ, M.; *op. cit.*, pp. 498 y 505.

En opinión de PAVEL, no es propiamente una función arbitral porque la Administración no es un árbitro entre particulares, ni sustituye a la función jurisdiccional, sino que es un órgano que decide sobre la responsabilidad de los servicios públicos, con independencia de cuál sea el sentido de la resolución final. PAVEL, EDUARD-VALENTIN; *El procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. Tesis doctoral, Universidad de Lleida, 2020. En <http://hdl.handle.net/10803/669650> [Consultado el día 1 de octubre de 2021], p. 156.

⁵⁴⁰ GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, p. 44; Según BOCANEGRA SIERRA la intención del legislador era establecer un único procedimiento. BOCANEGRA SIERRA, R.; «La responsabilidad civil...», *op. cit.*, pp. 209, 217, 222 y 237; CLAVERO ARÉVALO, M. F.; *op. cit.*, pp. 111 y 122; PANTALEÓN PRIETO, A. F.; *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 56 y ss.; REBOLLO PUIG, M.; «Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por hecho de otro», *Revista del Poder Judicial*, n.º 20 (1990), p. 30; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 30 y «La reclamación...», *op. cit.*, p. 110; RIVERO YSERN, E.; *El Derecho Administrativo y las relaciones entre particulares* [en línea], Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016. En unebook.es [Consultado el día 14 de abril de 2021], p. 229.; GONZÁLEZ PÉREZ, J.; *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones...*, *op. cit.*, p. 250.

Con la excepción de una voz autorizada como la de GARCÍA DE ENTERRÍA que en un principio, en coherencia con la aplicación del régimen de responsabilidad civil, defendió la competencia del orden civil salvo cuando ejercitaran funciones públicas. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; *op. cit.*, pp. 197 a 203. Postura que cambia con posterioridad alineándose con la doctrina mayoritaria: reclamación administrativa previa y competencia del orden contencioso-administrativo. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T-R.; *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II* (1993), *op. cit.*, p. 388; JURISTO SÁNCHEZ defendía la existencia de un sistema de doble opción en el que el tercero podía elegir entre la jurisdicción civil, probando la culpabilidad del contratista o la vía administrativa y posterior, contencioso-administrativa, frente a la Administración. JURISTO SÁNCHEZ, R.; *La ejecución del contrato de obra pública*, Madrid, 1983, pp. 196 y 197.

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 9 de mayo de 1995 (RJ 1995\4210); 25 de mayo de 1998 (RJ 1998\4487); 12 de febrero de 2000 (RJ 2000\2172); 8 de julio de 2000 (RJ 2000\7156) y 8 de mayo de 2001 (RJ 2001\7207) o 26 de marzo de 2001 (RJ 2002\4815)).

A pesar de la claridad del texto legal, la jurisdicción civil⁵⁴¹, haciendo caso omiso del mismo, seguía declarándose competente⁵⁴², inaplicando las normas de la LEF. Se trataba de una responsabilidad de Derecho privado, entre particulares (concesionario o contratista y el tercero dañado), de ahí que la competencia se reconociera por el orden civil como propia. La asumía incluso cuando se demandaba también a la Administración (STS (Sala de lo Civil), de 28 de marzo de 1990 [RJ 1990\1734] y todas las que en ella se citan⁵⁴³) (*Vid. Supra*, Capítulo III, 4.3). La consecuencia fue que en la práctica se estableció un sistema de libre opción de la jurisdicción por el perjudicado⁵⁴⁴.

Mientras que algunas de estas normas han sido derogadas de forma expresa, concretamente los artículos 134 y 137 del REF a través del RPRP⁵⁴⁵ o el art. 134 del RGCE en virtud del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; otras, como los artículos 121.2 y 123 LEF no lo han sido, planteándose el debate sobre su posible derogación tácita tras la aprobación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (*Vid. Infra*, Capítulo V, 3.3.4.)

⁵⁴¹ Muestra de ello, las SSTs (Sala de lo Civil), de 28 marzo 1990 [RJ 1990\1734] o 28 abril 1992 [RJ 1992\4466] y todas las que en ella se citan. En la STS (Sala de lo Civil), 1 de julio de 1986 (RJ 1986\4559) se pone claramente de manifiesto la falta de unanimidad existente con relación a la jurisdicción competente.

⁵⁴² Así lo puso de manifiesto la doctrina, *Vid.* por todos, BOCANEGRA SIERRA, R.; «La responsabilidad civil...», *op. cit.*, pp. 207 a 211; PANTALEÓN PRIETO, A. F.; *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 63; MARTÍN REBOLLO, L.; «Ayer y hoy...», *op. cit.*, p. 303. En opinión de GAMERO CASADO la interpretación de la jurisdicción civil era contraria a la Ley y debía corregirse. GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, p. 130; REBOLLO PUIG, M.; «La reclamación...», *op. cit.*, p. 110; PASTOR LÓPEZ, M.; *op. cit.*, p. 498; ALEGRE ÁVILA, J. M.; «La responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *REDA*, nº 126 (2005). En www.aranzadidigital.es [Consultado el día 11 de octubre de 2017]; MORENO MOLINA, J. A. y PLEITE GUADAMILLAS, F.; *La nueva Ley de Contratos del Sector Público: estudio sistemático*, La Ley, Madrid, 3ª ed., 2011, pp. 939 a 942.

⁵⁴³ BOCANEGRA SIERRA, R.; «La responsabilidad civil...», *op. cit.*, p. 213; En el mismo sentido MUÑOZ MACHADO, S.; *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1992, p. 118.

⁵⁴⁴ PANTALEÓN PRIETO, A. F.; *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 63 y 67; HORGUÉ BAENA, C.; *op. cit.*, p. 353.

⁵⁴⁵ Derogados en virtud de la disposición derogatoria única del RPRP.

2.2 La LRJPAC y el Reglamento de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

El régimen jurídico expuesto no se vio modificado con la aprobación de la LRJPAC que no entró en ningún momento a regular la responsabilidad de los concesionarios y contratistas⁵⁴⁶. El RPRP que la desarrollaba, derogó los artículos correspondientes del REF e introdujo en su art. 1.3⁵⁴⁷ la obligación de tramitar el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, con las especialidades derivadas de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, cuando el daño se hubiera causado en ejecución de un contrato pero debía responder la Administración (por ser consecuencia de una orden directa e inmediata o de vicios del proyecto elaborado por la misma). En todo caso se debía dar audiencia y notificar las actuaciones al contratista. En principio, no era, por tanto, aplicable cuando el daño era imputable al contratista⁵⁴⁸. A juicio del Consejo de Estado si así se hubiera pretendido debería haberse dado una nueva redacción (que no se dio) al precepto (Dictamen del Consejo de Estado nº 3/1993, de 11 de febrero, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial [en adelante Dictamen nº 3/1993]).

2.3 Leyes de contratación pública.

La aprobación del art.98 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP) supuso un importante cambio en esta materia.

⁵⁴⁶ Fue criticado por la doctrina que ni la LRJPAC ni la modificación posterior llevada a cabo por la Ley 4/1999 entraran a regular esta materia «a pesar de su clara intención de agotar el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y de lograr un tratamiento uniforme tanto desde el punto de vista del régimen jurídico aplicable, como desde el procedimental y procesal». Por todos, CUETO PÉREZ, M.; «Responsabilidad patrimonial de la Administración y gestión privada...», *op. cit.*, pp. 354 y 355.

⁵⁴⁷ Art. 1.3 del RPRP: «Se seguirán los procedimientos previstos en los capítulos II y III de este Reglamento para determinar la responsabilidad de las Administraciones públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos, cuando sean consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, con arreglo a la legislación de contratos de las Administraciones públicas, sin perjuicio de las especialidades que, en su caso, dicha legislación establece. En todo caso se dará audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios.»

⁵⁴⁸ YAÑEZ DÍAZ, C.; *op. cit.*, p. 218; BUSTO LAGO, J. M.; «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1976.

En lo que respecta a la imputabilidad del daño y al sujeto responsable seguía los pasos del art. 121.2 de la LEF y art. 134 del RGCE estableciendo en su apartado primero «*la obligación del contratista de indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato*⁵⁴⁹», con dos excepciones en las que respondía la Administración (art. 98.2 de la LCAP): a) «*cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración*» con los límites señalados en las leyes y b) los causados «*como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación*⁵⁵⁰».» Para el contrato de gestión de servicios públicos en particular estaba previsto en el art. 162.c) de la LCAP.

El principal cambio se produjo con relación a la vía para la reclamación. A diferencia de los artículos 123 de la LEF y 134 del RGCE que establecían unidad de procedimiento administrativo y jurisdicción contencioso-administrativa, el art. 98.4 de la LCAP se remitía en cuanto al procedimiento «*a lo establecido en la legislación aplicable a cada supuesto*», que no tenía por qué ser, en consecuencia, el administrativo ni la jurisdicción contencioso-administrativa. Es más, como posteriormente analizaremos, si se reclama al concesionario o contratista la competencia corresponde a la jurisdicción civil. Ante las posibles dudas que en torno a la vía idónea para reclamar podía plantear el desconocimiento del sujeto al que resulta imputable el daño, se contemplaba la posibilidad de requerir previamente al órgano de contratación para que se pronuncie sobre a quién es imputable, interrumpiéndose con ello el plazo de prescripción de la acción civil (art. 98.3 de la LCAP).

Todas las normas posteriores en materia de contratación pública siguen prácticamente el mismo esquema que el art. 98 de la LCAP sin introducir cambios muy sustanciales. Así, el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que deroga a esta anterior⁵⁵¹, la única novedad que establece es la interrupción del plazo de prescripción de la acción, no sólo la civil (art. 97 [art. 161.c) para los contratos de gestión de servicios públicos]; art. 243.e) para los contratos de concesión de obras

⁵⁴⁹ No lo circunscribía sólo a los contratos de obras y prestación de servicios públicos.

⁵⁵⁰ Se diferencia del art. 134 RGC en cuanto se exige que el proyecto viciado haya sido elaborado por la propia Administración.

⁵⁵¹ Disposición derogatoria única.

públicas). Exactamente la misma regulación prevé la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que deroga ésta (art. 198; art. 229 [para la concesión de obra pública] y art. 256 [para el contrato de gestión de servicios públicos]). La novedad más destacable se produce en materia sanitaria ya que su disposición adicional 23ª reconoce expresamente la naturaleza de contratos de gestión de servicios públicos a los conciertos celebrados por alguna de las Mutualidades administrativas con entidades públicas o privadas para la prestación de servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica. Se regirán por la normativa especial de cada mutualidad, y en lo no previsto, por la legislación de contratos.

En idéntico sentido se pronuncia el TRLCSP (art. 214⁵⁵², art. 246 [para la concesión de obra pública], art. 280.c) [para el contrato de gestión de servicios públicos⁵⁵³] y la disposición adicional 20ª del TRLCSP en cuanto a las Mutualidades administrativas (aunque no mencionaba a MUGEJU le era aplicable por analogía). Estas normas seguirán siendo aplicables durante algún tiempo teniendo en cuenta que los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, que son la mayoría, continúan rigiéndose por su normativa anterior, el TRLCSP. Empero, esto no tiene mayor relevancia ya que en la actualidad, con independencia de la modalidad contractual, el art. 196 de la LCSP⁵⁵⁴ sigue el régimen jurídico marcado por sus antecesoras, con pocos añadidos. Por este motivo, para no ser reiterativos, a lo largo de la exposición aludiremos en muchos casos a los preceptos de la LCSP, aunque el contrato se deba regir por el TRLCSP al haber sido adjudicado con anterioridad a su entrada en vigor.

⁵⁵² Dispone: «1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. 2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las Leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación.

3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción. 4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto.»

⁵⁵³ Incluye dentro de las obligaciones del contratista «c) indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración.»

⁵⁵⁴ Se encuentra dentro del Libro II que es aplicable a los contratos de las Administraciones Públicas; del Título I. Disposiciones generales; Capítulo I; Sección 3ª; Subsección 3ª.

Dispone el art. 196 de la LCSP (en negrita los añadidos):

«1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.

*2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será esta responsable dentro de los límites señalados en las Leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto en el contrato de obras, **sin perjuicio de la posibilidad de repetir contra el redactor del proyecto de acuerdo con lo establecido en el artículo 314**, o en el contrato 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, **informe** sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.*

4. La reclamación de aquellos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto.» En concordancia con ello, el art. 258.e) de la LCSP (para la concesión de obras); el art. 288.c) de la LCSP (para la concesión de servicios) y el art. 312.b) de la LCSP (para el contrato de servicios a la ciudadanía) imponen al concesionario o contratista la obligación de indemnizar por los daños causados que se causen a terceros en la ejecución del contrato salvo que sean imputables a la Administración.

Por su parte, a los conciertos celebrados por MUFACE, MUGEJU o ISFAS (se añade expresamente a MUGEJU, a diferencia del TRLCSP) para la prestación de servicios de asistencia sanitaria se les reconoce naturaleza de contrato de concesión de servicios y se regulan por las normas de cada mutualidad y en lo no previsto por la legislación de contratos del sector público (disposición adicional 19ª de la LCSP).

Dado que prácticamente todas las normas que han existido sobre contratos del sector público se pronuncian en esencia en el mismo sentido, podremos extrapolar al régimen vigente lo dicho por la doctrina, Consejo de Estado y jurisprudencia respecto a la legislación de contratos del sector público, aunque estén derogadas.

2.4 La Ley 4/1999: la disposición adicional 12ª de la LRJPAC.

La reglamentación de la responsabilidad de los concesionarios y contratistas tampoco se vio afectada por las modificaciones introducidas por la Ley 4/1999 salvo cuando se trataba de reclamaciones por defectuosa asistencia sanitaria. La hoy derogada disposición adicional 12ª concentraba claramente la competencia en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo previa tramitación del correspondiente procedimiento administrativo también cuando el servicio era prestado a través de «centros sanitarios concertados con ellas»⁵⁵⁵.

Aunque la disposición adicional 12ª aludía de forma expresa únicamente a los centros sanitarios concertados, la jurisprudencia⁵⁵⁶ (*Vid. Infra*, Capítulo V, 4.) y la práctica totalidad de la doctrina⁵⁵⁷, en una aplicación analógica de la citada disposición adicional, entendían incluidos dentro de su ámbito de aplicación todos los supuestos en los que la prestación sanitaria tenía lugar a través de formas de gestión indirecta; por

⁵⁵⁵ Fue una de las novedades frente a la redacción de la disposición adicional 1ª del RPRP.

Como se ha apuntado por la sala de lo Contencioso-Administrativo del TS en su sentencia 20 de noviembre de 2018 (RJ 2018\5270): «la finalidad era evitar "la disparidad de criterios jurisprudenciales sobre el orden competente para conocer de estos procesos", lo cual se evita sometiendo esta responsabilidad de las instituciones sanitarias al régimen general que se establecía en la Ley, reformada por la Ley de 1999 en esta materia.

Es decir, la mencionada Disposición adicional 12ª no comporta especialidad alguna en los supuestos en que la prestación sanitaria pública, que es a lo que afecta el presente proceso, se prestase bajo fórmulas de cesión a particulares por la vía del concierto o concesión del servicio o cualquier otra figura pactada, incluida la de los contratos del sector público.»

⁵⁵⁶ Como se ha apuntado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS en la sentencia de 20 de noviembre de 2018 [RJ 2018\5270]: «la finalidad era evitar "la disparidad de criterios jurisprudenciales sobre el orden competente para conocer de estos procesos", lo cual se evita sometiendo esta responsabilidad de las instituciones sanitarias al régimen general que se establecía en la Ley, reformada por la Ley de 1999 en esta materia.

Es decir, la mencionada Disposición adicional 12ª no comporta especialidad alguna en los supuestos en que la prestación sanitaria pública, que es a lo que afecta el presente proceso, se prestase bajo fórmulas de cesión a particulares por la vía del concierto o concesión del servicio o cualquier otra figura pactada, incluida la de los contratos del sector público.»

⁵⁵⁷ *Vid.* por todos, CUETO PÉREZ, M.; «Responsabilidad patrimonial de la Administración y gestión privada...», *op. cit.*, pp. 358 y 359 y «Unidad jurisdiccional...», *op. cit.*, p. 711; DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.; «Formas de gestión indirecta...», *op. cit.*; CANTERO MARTÍNEZ, J.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 204; MIR PUIGPELAT, O.; *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria...*, *op. cit.*, p. 125; REBOLLO PUIG como tendremos ocasión de exponer con posterioridad va más allá y entiende que lo establecido en la disposición adicional 12ª de la LRJPAC no es más que concreción de la regla general aplicable a todos los contratistas de la Administración y, entre ellos, a los del ámbito sanitario. «Lo razonable es pensar que todos ellos están en la misma línea y no que el legislador haya decidido algo tan extraño como que todos los contratistas (incluidos parte de los que prestan servicios públicos sanitarios) tengan un régimen, mientras que otros muy concretos (sólo los centros sanitarios concertados) tengan el contrario.» REBOLLO PUIG, M.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 22, 24 y 32.

En contra, según CUETO PÉREZ, se muestra TOLIVAR ALAS, L.; «Derechos de los usuarios y pacientes ante la gestión privada de servicios sanitarios», *Derecho y Salud*, Vol.15, nº Extraordinario (2007), pp. 42 y ss.

tanto, se extendía su aplicación tanto a los centros vinculados con un convenio singular como a las concesiones administrativas. Lo contrario hubiera derivado, como apuntó una parte de la doctrina⁵⁵⁸, en el establecimiento de un doble régimen jurídico y jurisdicción competente: si se trataba de un concierto: administrativo y contencioso-administrativo; en el resto (incluidos algunos que prestan servicios sanitarios): jurisdicción civil. Se hubiera constituido un régimen excepcional, sólo para los centros sanitarios concertados que hubiera introducido una mayor complejidad y confusión en el sistema.

La aplicación analógica de la disposición adicional 12ª al resto de modalidades de contratación venía justificada -y seguimos en este sentido a CUETO PÉREZ⁵⁵⁹-: a) La disposición adicional 12ª de la LRJPAC pretendía clarificar el régimen, procedimiento y jurisdicción competente para las reclamaciones por o con ocasión de la asistencia sanitaria poniendo el énfasis en que se hubiera llevado a cabo una prestación sanitaria en el marco del SNS, con independencia del ente o centro que lo hubiera hecho; b) Sólo se aludía expresamente al concierto como modalidad de contrato de gestión de servicio público porque era el usado en el momento de aprobarse la norma y por la doctrina mayoritaria se asimilaban los convenios singulares de vinculación a los conciertos; c) la cobertura de los pacientes, el régimen de responsabilidad frente a terceros, el procedimiento y la vía jurisdiccional no podía hacerse depender de la relación que ostente el sujeto privado prestador del servicio con la Administración titular del mismo. Ello sería, en último término, como señala CUETO PÉREZ, contrario a la garantía patrimonial por actuación de la Administración Pública que se plasma en el art. 106.2 de la CE⁵⁶⁰.

Ha de tenerse en cuenta que aunque la disposición adicional 12ª de la LRJPAC esté derogada, seguirá siendo aplicable a los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de la LPAC, el 2 de octubre de 2016 (disposición adicional 3ª letra a) de la LPAC).

⁵⁵⁸ LARIOS RISCO, D. Y LOMAS HERNÁNDEZ, V.; «Modelos de colaboración público-privada para la construcción y gestión de infraestructuras sanitarias», *Derecho y Salud*, nº 15 (2007), p. 309; TOLIVAR ALAS, L.; *op. cit.*, pp. 54 y ss; DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.; «Formas de gestión indirecta...», *op. cit.*; REBOLLO PUIG, M.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 32; CUETO PÉREZ, M.; «Responsabilidad patrimonial de la Administración y gestión privada...», *op. cit.*, p. 359.

⁵⁵⁹ *Id.*

⁵⁶⁰ En este sentido, REBOLLO PUIG, M.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 22.

2.5 La LRJSP y la LPAC.

La LRJSP y la LPAC, al igual que su antecedente, no abordan el problema de los concesionarios y contratistas al margen de imponer, a semejanza del art. 1.3 del RPRP, la tramitación del procedimiento administrativo previsto en la LPAC, dando audiencia al contratista y con las especialidades de la LCSP, cuando el daño ocasionado en ejecución del contrato es imputable a la Administración (orden inmediata y directa y vicios del proyecto) (art. 32.9 de la LCSP y art. 82.5 de la LPAC).

Ahora bien, se ha planteado por la doctrina si cuando el art. 35 de la LRJSP regula la responsabilidad patrimonial de la Administración en relaciones de Derecho privado, actúe directamente o a través de una entidad de derecho privado se refiere también a los concesionarios y contratistas. La doctrina mayoritaria excluye del ámbito de aplicación del precepto a los concesionarios y contratistas al dotársele de una regulación propia en el art. 32.9 de la LRJSP⁵⁶¹. Como ha advertido GAMERO CASADO⁵⁶², una lectura detenida del texto permite diferenciar entre las entidades de derecho privado que forman parte del sector público (art.2.2.b) de la LRJSP), a las que parece ir referida el precepto; del resto de sujetos privados que concurren a la producción del daño, donde se incluirían los contratistas, a los que en principio no se le aplicaría ese régimen.

Se ha criticado que el legislador no haya aprovechado la oportunidad que le brindaban las LRJSP y LPAC, en cuanto se trata de las normas básicas que regulan la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y el procedimiento administrativo, para clarificar el sistema y el orden jurisdiccional competente en estas materias.

2.6 La Ley gallega de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración.

En el ámbito del sector público autonómico gallego⁵⁶³, la Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración (en adelante Ley de garantía de calidad de los servicios) pretende dar una respuesta clara al

⁵⁶¹ CHINCHILLA MARÍN, C.; *op. cit.*, p. 34; YÁÑEZ DÍAZ, C.; *op. cit.*, p. 191; AA.VV.; *Novedades en...*, *op. cit.*, pp. 448 y 449; GARCÍA LUENGO, J.; *op. cit.* En contra, RIVERA FRADE, M. D.; «Responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 366 a 369; COBO OLVERA, T. Y COBO PERALTA, T. A.; *op. cit.*, p. 145.

⁵⁶² GAMERO CASADO, E.; «Responsabilidad extracontractual...», *op. cit.*, p. 2179.

⁵⁶³ Según el art. 1 de la Ley de garantía de calidad de los servicios este sería su ámbito de aplicación por lo que se excluye, por ejemplo, a las entidades locales de Galicia.

problema de la responsabilidad cuando el servicio de titularidad pública es gestionado de forma indirecta, modificando en cierto modo la previsión del art. 196 de la LCSP. A pesar de las dudas de constitucionalidad que podría plantear, puede mostrar el camino a seguir si, como afirma YÁÑEZ DÍAZ, se quieren garantizar los derechos de los usuarios de servicios públicos⁵⁶⁴.

La Ley gallega permite al perjudicado plantear la reclamación de responsabilidad patrimonial directamente ante la Administración titular del servicio o ante el prestador del servicio que estará obligado a remitirlo a la Administración so riesgo de incurrir en causa de resolución contractual (art. 40.1 y 2 de la Ley de garantía de calidad de los servicios). La Administración tramitará, en todo caso, el procedimiento de responsabilidad patrimonial en el que habrá de darse audiencia al contratista y se pronunciará sobre si existe responsabilidad patrimonial de la Administración o del contratista (art. 41.1, 2 y 3 de la Ley de garantía de calidad de los servicios). Si aprecia que la responsabilidad es del contratista, *«ordenará a aquél el abono de la indemnización a la persona usuaria y le indicará un plazo para ello»*⁵⁶⁵. Si no la paga voluntariamente, la Administración podrá recaudar la cuantía vía ejecutiva sin tener que acudir a los tribunales ya que tiene la consideración de créditos de derecho público (art. 97 y ss de la LPAC). Posteriormente, la entregará al perjudicado. La Administración puede incluso satisfacerlas directamente sin perjuicio de repetir contra el contratista (art. 41.3 de la Ley de garantía de calidad de los servicios). No obstante, el art. 40.1 de la Ley de garantía de calidad de los servicios señala que el usuario perjudicado puede plantear reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración *«sin perjuicio del derecho de las personas usuarias a reclamar contra el prestador del servicio en la vía jurisdiccional que corresponda en los casos en que no se pretenda la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.»* Parece dejar abierta la puerta a que el perjudicado pueda reclamar directamente frente a los concesionarios y contratistas en la vía civil (*Vid. Infra*, Capítulo V, 3.3.4).

⁵⁶⁴ YÁÑEZ DÍAZ, C.; *op. cit.*, pp. 222 y 255.

⁵⁶⁵ Ello según el art. 41.3 de la Ley de garantía de calidad de los servicios *«como garante de la posición de las personas usuarias, en virtud de la ley y en el uso de sus potestades contractuales.»*

3. Responsabilidad por los daños causados en ejecución de un contrato administrativo: concesionarios y contratistas en general.

3.1 El problema de la imputación⁵⁶⁶.

Se trata de discernir a quién son imputables los daños ocasionados en ejecución de un contrato administrativo y quién deberá responder y satisfacer la indemnización: la Administración o los concesionarios y contratistas. La cuestión no es baladí por cuanto determina el devenir procedimental y jurisdiccional. Si la responsable es la Administración el procedimiento será administrativo y el orden jurisdiccional competente el contencioso-administrativo, mientras que si se imputa al contratista o concesionario, la responsabilidad será exigida en el orden civil. Asimismo, de la conclusión que se alcance dependerá el que se pueda reclamar el pago de la indemnización a la aseguradora de la Administración y/o a la del contratista o concesionario.

3.1.1 Opinión mayoritaria: responderá el contratista o concesionario de los daños causados a terceros salvo que fueran imputables a la Administración. Posibles ampliaciones.

En consonancia con la interpretación que podemos considerar más extendida entre la doctrina⁵⁶⁷ y la jurisprudencia más reciente del TS⁵⁶⁸ (no así en los dictámenes del

⁵⁶⁶ Sobre esta cuestión, *Vid.* DE AHUMADA RAMOS, F. J.; *op. cit.*, pp. 481 a 529.

⁵⁶⁷ Lo resume muy bien REBOLLO PUIG: «a) Como regla general, el concesionario -y cualquier otro gestor privado, de los servicios públicos y cualquier contratista es responsable directo y único ante el perjudicado por los daños que, en la gestión del servicio, le cause; b) A la Administración titular del servicio -o, en general, a la Administración contratante-no le es imputable la causación de esos daños ni surge para ella ninguna obligación de indemnizar; c) Excepcionalmente, la Administración será la única y directa responsable de los daños causados por estos contratistas -incluidos especialmente los encargados de la gestión de un servicio público que tengan su origen en alguna cláusula u orden administrativa de ineludible cumplimiento, daños entre los que hay que incluir los que tengan su origen en vicios del proyecto que el contratista ha de ejecutar; d) En ningún caso se reconoce una acción de regreso de la Administración pagadora contra el contratista o gestor responsable ni, al revés, de este contratista contra la Administración, porque en todos los casos coincidirá el sujeto obligado a pagar la indemnización y el responsable. Tampoco en ningún caso se prevé una responsabilidad subsidiaria de la Administración o del gestor o contratista.» REBOLLO PUIG, M.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 23 y 24 y «La reclamación...», *op. cit.*, p. 117; MORENO MOLINA, J. A. Y PLEITE GUADAMILLAS, F.; *op. cit.*, pp. 919 a 921; BOCANEGRA SIERRA, R.; «La responsabilidad civil...», *op. cit.*, p. 209, 215, 216, 233 y «Responsabilidad de...», *op. cit.*, pp. 403 y siguientes; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T-R.: *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II* (2013), *op. cit.*, pp. 405 y 406; PANTALEÓN PRIETO, A. F.; *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 56 y siguientes; MUÑOZ MACHADO, S.; *La responsabilidad...* (1998), *op. cit.*, pp. 129 y ss y «Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración Sanitaria (Con algunas reflexiones sobre las funciones actuales de la responsabilidad civil)», *Documentación Administrativa*, nº 237-238 (1994), pp. 261 y 262.; LEGUINA

VILLA, J.; *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 325; MIR PUIGPELAT, O.; *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria...*, *op. cit.*, pp. 55, 65, 127 y 135 y «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas» en la obra colectiva *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas: crisis y propuestas para el siglo XXI* coordinada por ORTIZ BLASCO, J. y MAHÍLLO GARCÍA, P., Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2009, p. 53 y *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia...*, *op. cit.*, pp. 343 y 344; GONZÁLEZ PÉREZ, J.; *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones...*, *op. cit.*, pp. 244 y 247; MARTÍN REBOLLO, L.; «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 48 y «Ayer y hoy...», *op. cit.*, p. 303; HORGUÉ BAENA, C.; *op. cit.*, pp. 361 y 362; PARADA VÁZQUEZ, R.; *Derecho Administrativo II. Régimen jurídico de la actividad administrativa*, UNED: Ediciones Académicas, Madrid, 24ª ed. (2ª en esta editorial), 2018, pp. 505 y 506; COSCUELLA MONTANER, L.; *Manual de...* (2020), *op. cit.*, p. 624; SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, pp. 961 y 962; GUICHOT REINA, E.; «La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos» en la obra colectiva *Lecciones de Derecho Administrativo. Parte General* coordinada por BARRERO RODRÍGUEZ, C., Vol. II, Tecnos, Madrid, 6ª ed., 2020, p. 243; GÓMEZ LIGÜERRE, C.; *Derecho aplicable...*, *op. cit.*, p. 221; CASARES MARCOS, A. B.; «Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños causados a terceros con motivo de la ejecución de contratos» en la obra colectiva *Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tomo II dirigida por QUINTANA LÓPEZ, T., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2013, pp. 1510 a 1528 y 1545; GUERRERO ZAPLANA entiende que es la solución que encuentra mayor apoyatura legal y la aplicable a los supuestos de daños ocasionados por funcionamiento de servicios públicos gestionados de forma indirecta o a la ejecución de obras públicas, pero no cuando se plantean reclamaciones sanitarias. *Vid. Infra*, Capítulo V, 4.1). GUERRERO ZAPLANA, J.; *Guía práctica de las reclamaciones sanitarias*, Lex Nova/Thomson Reuters, Valladolid, 2013, pp. 200 a 202 y *Las reclamaciones...*, *op. cit.*, p. 125; BUSTO LAGO, J. M.; «La responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 1975 y 1976; ESPINOSA FERNÁNDEZ, F.; «II.1 Régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración por asistencia sanitaria» en la obra colectiva *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria* coordinada por ZABALA GUADALUPE, J. J., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 143 y 144; PASTOR LÓPEZ, M.; *op. cit.*, pp. 505 a 508; BELADÍEZ ROJO, M.: *op. cit.*, pp. 171 a 225; SUAY RINCÓN, J.; «La ejecución del contrato administrativo. La cesión del contrato y la subcontratación» en la obra colectiva *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* dirigida por GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Thomson-Civitas, 2ª ed., Madrid, 2004, pp. 505 y 506; SOSA WAGNER, F.; «El contrato de gestión de servicios públicos» en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Cedecs, Barcelona, 2ª ed., 1996, pp. 179 y 180; DE AHUMADA RAMOS aunque entiende que ninguna de las dos tesis defendidas resulta plenamente satisfactoria parece acercarse más a esta posición doctrinal. Así, en una interpretación integrada de la legislación de contratos y la legislación de régimen jurídico de las Administraciones Públicas considera que no es posible imputar todos los daños causados por los contratistas a la Administración (al no estar integrados en la misma a pesar de que afirma que actúan siempre por delegación), pero tampoco cabe excluir la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando los daños se hayan ocasionado por causas que le resulten imputables: a) actos del contratista que según una norma deban de considerarse «actos propios» de la Administración; b) cuando junto o al margen de la actuación lesiva del contratista, exista una actuación u omisión administrativa que sea causa de la lesión (por ejemplo, orden impuesta al contratista; actos de los contratistas sean confirmados por la Administración al resolver una reclamación; incumplimiento de los deberes de vigilancia...). DE AHUMADA RAMOS, F. J.; *op. cit.*, pp. 484, 529 a 541. *Vid.* la abundante cita bibliográfica que realizó el autor en pp. 487 a 489.

GAMERO CASADO que llegó a defender que el deber de indemnizar recayera en todo caso sobre el concesionario o contratista que es el sujeto que ocasiona materialmente el daño sin perjuicio de la posterior acción de regreso frente a la Administración cuando el daño le fuera imputable GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, pp. 45, 46, 122 a 130, 222, 223, 229 y 231; se alinea, en la actualidad, con la interpretación mayoritaria considerando que no cabe hacer a la Administración responsable en todo caso ya que la Constitución garantiza el derecho a ser indemnizados, pero no concreta quién debe pagar la indemnización. Si el daño tiene como nexo causal la conducta del contratista, será éste quien deba responder. Ahora bien, eso no significa que la Administración pueda desentenderse por completo y haya ciertos casos en los que pueda imponerse a la Administración el deber de responder aun cuando no le fuera imputable el daño (por ejemplo, cuando la Administración no resuelve el requerimiento). GAMERO CASADO, E.; «Responsabilidad extracontractual...», *op. cit.*, pp. 2166 y ss.

⁵⁶⁸ SSTs (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 28 de mayo de 1980 (RJ 1980\2844); 11 de noviembre de 1986 (RJ 1986\8051); 31 de julio de 1989 (RJ 1989\6193); 25 de enero de 1992 (RJ 1992\1343) es la

Consejo de Estado⁵⁶⁹), entendemos que los daños causados a terceros como consecuencia de la ejecución del contrato son responsabilidad del contratista o concesionario al que corresponderá el pago de la indemnización salvo que sean imputables a la Administración⁵⁷⁰ por:

- Ser los daños consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración.
- Ser los daños ocasionados como consecuencia de los vicios del proyecto en el contrato de obras, sin perjuicio de la posibilidad de repetir contra el redactor del proyecto de acuerdo con lo establecido en el artículo 315, o en el de suministro de fabricación.

Así resulta del tenor literal del art. 196.1 y 2 de la LCSP aplicable a cualquier contratista de la Administración y lo recalcan el art. 258.e) de la LCSP (para el contrato de concesión de obras públicas); el art. 288.c) de la LCSP (para el contrato de concesión de servicios); el art. 311.2 de la LCSP (para los contratos de servicios) y el art. 312.b) de la LCSP (para los contratos de servicios a la ciudadanía)).

El argumento doctrinal se basa principalmente en que el daño no es imputable a la Administración en tanto que los concesionarios y contratistas no están integrados en la organización o estructura administrativa, título de imputación básico para que pueda

conocida sentencia sobre butano que viene a rectificar la doctrina establecida en la STS 9 de mayo de 1989 (RJ 1989\4487); 26 de marzo de 2001 (RJ 2002\4815); relativa a la ejecución de contratos de obra: SSTs (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 9 de febrero de 1999 (RJ 1999\1781); 30 de abril de 2001 (RJ 2001\6852); 19 de septiembre de 2002 (RJ 2002\8401); 20 de junio de 2006 (RJ 2006\3388); 22 de mayo de 2007 (RJ 2007\4954); 24 de mayo de 2007 (RJ 2007\3691); 23 de marzo de 2009 (RJ 2009\2502); 30 de marzo de 2009 (RJ 2009\2528) o 14 de octubre de 2013 (RJ 2013\6945) y todas las que en ella se citan. Aunque también la Sala de lo Civil del TS dictó algunas sentencias en este sentido, por todas, STS (Sala de lo Civil), 31 de octubre de 1984 (RJ 1984\5159) y la Sala de Conflictos de Jurisdicción: 21 de marzo de 1993 (RJ 1994\2517); 22 de marzo de 1999 (RJ 1999\5870); 20 de diciembre de 1999 (RJ 2001\1804); 17 de marzo de 1999 (RJ 2001\1797) o 25 de octubre de 2002 (RJ 2002\10286).

⁵⁶⁹Aunque el Consejo de Estado ha mantenido esta tesis en algunos Dictámenes no es el criterio que sigue en la actualidad. Dictámenes del Consejo de Estado de 13 de julio de 1967; 13 de octubre de 1977; 17 de marzo de 1981; 27 de octubre de 1982; 18 de noviembre de 1982; 26 de abril de 1985; 5 de julio de 1986 y 29 de julio de 1986; 27 de julio de 1989; 25 de octubre de 1990; 3 de diciembre de 1992; 13 de mayo de 1993; 20 de julio de 1995 o 23 de abril de 2009 citados por GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, p. 46 y HORGUÉ BAENA, C.; *op. cit.*, p. 346.

⁵⁷⁰Aunque expresado en relación con lo previsto en la LEF y el RGC el porqué de estas excepciones radica, como señaló BOCANEGRA SIERRA, en que al actuar como meros ejecutores de órdenes de la Administración, se puede interpretar que el «daño procede directamente de ella y justamente en el ámbito de su giro o tráfico». BOCANEGRA SIERRA, R.; «La responsabilidad civil...», *op. cit.*, p. 222. O que responderá porque los contratistas actuarían «como mero instrumento». REBOLLO PUIG, M.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 26.

Sobre el desarrollo de las causas de imputabilidad a la Administración, *Vid.* GAMERO CASADO, E.; «Responsabilidad extracontractual...», *op. cit.*, pp. 2182 a 2185.

hacerse responsable a la Administración Pública⁵⁷¹. Como apuntó BOCANEGRA SIERRA, «*es inimaginable que la Administración pudiera responder de los daños ocasionados por los concesionarios, sujetos absolutamente privados e independientes de la Administración*⁵⁷²». Lo contrario, supondría un excesivo celo garantizador que convertiría a la Administración en una aseguradora universal⁵⁷³.

Para el TS la intervención del contratista (tercero) que es quien provoca el daño (no la Administración) rompe el nexo causal exonerando de responsabilidad a la Administración salvo los supuestos excepcionales⁵⁷⁴.

⁵⁷¹ En el caso de personas jurídicas, como es la Administración que actúan a través de personas físicas (autoridades y personal a su servicio), la imputación no puede llevarse a cabo a través del criterio de la causación material del hecho, habrá de acudir a otros títulos en virtud de los cuales se le pueda imputar el deber de reparar el daño. Concretamente, la inserción de la persona física en la organización administrativa o «*en el caso de la culpa anónima «que se presentan como consecuencia de un comportamiento impersonal o propio de la institución en sí misma considerada o, incluso, de un acaecimiento fortuito»*. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T-R.: *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II* (2013), *op. cit.*, pp. 399, 400, 405 y 406; BOCANEGRA SIERRA, R.; «La responsabilidad civil...», *op. cit.*, p. 222. MIR PUIGPELAT, O.; *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria...*, *op. cit.*, pp. 63 a 65; ROMERO HERNÁNDEZ, F.; «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas» en la obra colectiva *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2ª ed., 2000, p. 410. Según GUDÍN R-MAGARIÑOS con la LEF el concepto de servicios públicos se equipara a actuación de la Administración Pública sometida a Derecho Administrativo. De ahí que para imputar el daño a la Administración se exigiera la integración en la organización administrativa cosa que no sucede con los concesionarios y contratistas y por eso se concluye que no sería el daño imputable a la Administración. GUDÍN R-MAGARIÑOS, A. E.; *op. cit.*, p. 479. En este sentido, se realiza una interpretación subjetiva u orgánica de la expresión «servicios públicos».

⁵⁷² BOCANEGRA SIERRA, R.; «La responsabilidad civil...», *op. cit.*, p. 216 y 220; SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, p. 961; REBOLLO PUIG, M.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 24; GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, p. 130 y «Responsabilidad extracontractual...», *op. cit.*, p. 2169.

⁵⁷³ *Id.*

⁵⁷⁴ Resulta especialmente clara la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 24 de mayo de 2007 (RJ 2007\3691) en cuyo fundamento jurídico cuarto tras señalar que han existido dos líneas jurisprudenciales contrapuestas, indica que la correcta es la que se está exponiendo que resulta válida tanto conforme a la LEF y el RGCE como para el TRLCSP. Aunque es sobre la ejecución de una obra pública su contenido es trasladable *mutatis mutandi* a la gestión de servicios públicos. Señala en su fundamento jurídico 2º: «*En reiteradas sentencias nos hemos referido a dicho art.134, por todas citaremos la Sentencia de 30 de octubre de 2003 (Rec. 3315/99 [RJ 2003, 7913]) que dice:*

"Como dice la Sentencia de 30 de abril de 2001, Recurso 9396/96 (RJ 2001, 6852), esta Sala no desconoce que en la jurisprudencia de este Tribunal Supremo han venido conviviendo dos líneas jurisprudenciales y así lo recuerda la Sentencia de 6 de octubre de 1994 (RJ 1999, 7399) : "Una tesis que es la de la Sentencia ahora recurrida, ha entendido que el art. 134 habilita al particular lesionado para exigir de la Administración contratante, titular de la obra pública, en régimen objetivo y directo, la indemnización por los daños derivados de la obra en trance de ejecución, realizada a través de contratista interpuesto, debiendo la Administración si se dan los requisitos de responsabilidad abonar la indemnización al dañado sin perjuicio de su derecho de repetición frente al contratista. Ésta es la tesis mantenida por el Consejo de Estado en sus dictámenes de 18 de junio de 1970 y 12 de junio de 1973, y la mantenida, como se ha dicho ya, por la Sentencia ahora recurrida de la Audiencia Nacional, que se remite al dictamen de 18 de junio de 1970. La segunda tesis es la que interpreta el art. 134 según su literalidad, es decir, como una acción dirigida a obtener un pronunciamiento sobre la responsabilidad en atención al reparto de la carga indemnizatoria en los términos del propio precepto; es decir, que la

A las dos causas legales de imputabilidad del daño a la Administración contratante la jurisprudencia⁵⁷⁵ y gran parte de la doctrina⁵⁷⁶ añaden un tercer supuesto no

Administración declarará que la responsabilidad es del contratista, salvo que exista una orden de aquella que haya provocado el daño o salvo que el mismo se refiera a vicios del proyecto. En los demás supuestos la reclamación, dirigida ante el órgano de contratación, será resuelta por la Administración, decidiendo la responsabilidad que debe ser satisfecha por el contratista", tesis que mantienen también las Sentencias entre otras de 19 de febrero de 2002 (RJ 2002, 3404) y 11 de julio de 1995 (RJ 1995, 5632).

Esta segunda línea jurisprudencial, afirma la Sentencia de 30 de abril de 2001, es la tesis correcta a juicio de nuestra Sala "no sólo porque el texto del artículo 134 citado es clarísimo en su misma redacción literal, pues carece de sentido "pues atenta el principio de economía procesal" que, teniendo como tiene la Administración potestad de interpretar el contrato, y por tanto las incidencias habidas en el mismo, tenga que abrirse una nueva vía administrativa, en su caso procesal, para que el pago se haga efectivo".

En nuestra Sentencia de 20 de junio de 2006 (Rec. 1344/2002 [RJ 2006, 3388]) con referencia al art.98 de la Ley 13/95 (RCL 1995, 1485, 1948) de Contratos de las Administraciones Públicas, de contenido en esencia idéntico al art. 134 citado después de decir que tal precepto supone una modulación del régimen general de la responsabilidad patrimonial, señalamos:

"Se desprende del mismo que, frente a la regla general de responsabilidad del contratista por los daños y perjuicios causados a terceros como consecuencia de la ejecución del contrato de obras, la responsabilidad de la Administración solo se impone cuando los daños deriven de manera inmediata y directa de una orden de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, modulando así la responsabilidad de la Administración en razón de la intervención del contratista, que interfiere en la relación de causalidad de manera determinante, exonerando a la Administración, por ser atribuible el daño a la conducta y actuación directa del contratista en la ejecución del contrato bajo su responsabilidad, afectando con ello a la relación de causalidad, que sin embargo se mantiene en lo demás, en cuanto la Administración es la titular de la obra y el fin público que se trata de satisfacer, e incluso en los casos indicados de las operaciones de ejecución del contrato que responden a ordenes de la Administración o vicios del proyecto elaborado por la misma.

Por otra parte, ello no supone una carga especial para el perjudicado en cuanto a la averiguación del contratista o concesionario, pues el propio precepto señala que basta que el mismo se dirija al órgano de contratación para que se pronuncie sobre el responsable de los daños, si bien, la consecuencia de todo ello es que la posterior reclamación ha de acomodarse al procedimiento establecido en la legislación aplicable en cada supuesto, sin perjuicio, claro está, de la impugnación ante la misma Administración cuando se discrepe de dicho pronunciamiento."»

⁵⁷⁵En estos casos se suele condenar solidariamente a la Administración y a los concesionarios y contratistas: SSTs (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 20 de octubre de 1987 (RJ 1987\8676); 25 de enero de 1992 (RJ 1992\1343) y más recientemente de 7 de diciembre de 2015 (RJ 2015\5427) o SSTs (Sala de lo Civil), 17 de marzo de 1980 (RJ 1980\1118) o 7 abril de 2002 (RJ 2003\2800); 14 de diciembre de 2006 (RJ 2006\9733); 18 de septiembre de 2008 (RJ 2008\5520) u 8 de mayo de 2008 (RJ 2008\2830). En la actualidad, la jurisdicción civil carece de competencia para poder declarar la responsabilidad de la Administración.

Entre la jurisprudencia menor: SSTJS de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 27 de febrero de 2015 (JUR 2015\110014); 17 de septiembre de 2019 (JUR 2020\98994); Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 18 de octubre de 2005 (JUR 2006\203853); Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, 26 de diciembre de 2012 (JUR 2013\97318).

⁵⁷⁶ GALLEGO CORCÓLES, I.; «Daños derivados de la ejecución de contratos administrativos. La culpa in vigilando como título de imputación», *RAP*, n° 177 (2008), pp. 265 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, A. F.; *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 75 a 77; MARTÍN REBOLLO, L.; «Ayer y hoy...», *op. cit.*, p. 303; BELADÍEZ ROJO, M.; *op. cit.*, pp. 194 a 207; MAYOR GÓMEZ, R.; *op. cit.*; DE AHUMADA RAMOS, F. J.; *op. cit.*, pp. 531, 541 a 542; MORENO MOLINA, J. A. Y PLEITE GUADAMILLAS, F.; *op. cit.*, pp. 932 a 934; CASARES MARCOS, A. B.; *op. cit.*, pp. 1520 a 1525; ALONSO MAS, M. J. y NARBÓN LÁINEZ, E. J.; *op. cit.*, pp. 169 a 175; GAMERO CASADO, E.; «Responsabilidad extracontractual...», *op. cit.*, p. 2187. Para REBOLLO PUIG sería un supuesto de responsabilidad por hecho de otro ya que los daños no han sido causados materialmente por la Administración pero por una conducta culposa propia de la Administración (sólo por funcionamiento anormal). La responsabilidad derivaría de un principio general en nuestro Derecho «según el cual es responsable de los daños causados por otro aquel que tiene sobre éste unas facultades de injerencia o dirección tales que le permite determinar su

contemplado legalmente. La responsabilidad podrá recaer en la Administración contratante o concedente cuando el daño sea consecuencia de la omisión o deficiente ejercicio de los poderes de dirección, control, vigilancia e inspección sobre el servicio público o la obra contratada (*culpa in vigilando*). De tal forma que de haber ejercitado la Administración correctamente estas potestades, no se hubiera ocasionado el daño. Téngase en cuenta que la Administración mantiene los poderes de policía tanto sobre el uso y explotación de las obras (artículos 258.d) y 261.i) de la LCSP) como sobre los servicios públicos (artículos 287.2, 288.b) y 312. e) de la LCSP). Se trata de una responsabilidad concurrente con la del contratista o concesionario, responderán de forma solidaria normalmente.

La doctrina, no obstante, pone de relieve la dificultad de aplicar este título de imputación ante la falta de estándares claros que concreten la intensidad de los deberes de control exigibles a la Administración⁵⁷⁷. En la mayoría de los casos queda en manos de la jurisprudencia su interpretación lo que provoca gran inseguridad jurídica⁵⁷⁸. Una interpretación excesivamente amplia podría llevar, como advierte HORGUÉ BAENA⁵⁷⁹, a que se haga recaer «*cualquier daño sobre la Administración titular de la actividad, en tanto que siempre conserva los deberes de vigilancia y policía del servicio o de la ejecución de la obra.*» Los tribunales de lo contencioso-administrativo suelen realizar una interpretación restrictiva, no siendo muy frecuentes los casos en que se condena a la Administración por esta causa.

De forma muy residual y con discrepancias, algún autor⁵⁸⁰ imputa a la Administración los daños causados por los concesionarios de servicios públicos cuando

actividad pero que, en el caso concreto, no empleó la diligencia exigible para prevenir y evitar esos daños. REBOLLO PUIG, M.; «Servicios públicos...», *op. cit.*, pp. 27 y 28.

MIR PUIGPELAT propone de *lege ferenda* la incorporación de este tercer supuesto a la norma que regulara todo lo relativo a la responsabilidad patrimonial de la Administración. MIR PUIGPELAT, O.; «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones...», *op. cit.*, p. 54 y *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia...*, *op. cit.*, p. 344.

⁵⁷⁷ Vid. GALLEGO CORCÓLES, I.; *op. cit.*, pp. 265 y ss.; GAMERO CASADO, E.; «Responsabilidad extracontractual...», *op. cit.*, pp. 2187 a 2189; REBOLLO PUIG, M.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 28.

⁵⁷⁸ GAMERO CASADO, E.; «Responsabilidad extracontractual...», *op. cit.*, pp. 2187 a 2189.

⁵⁷⁹ HORGUÉ BAENA, C.; *op. cit.*, p. 350. Sigue en este sentido a MUÑOZ MACHADO, S.; *La responsabilidad...* (1992), *op. cit.*, pp. 95 ss.

⁵⁸⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T-R.: *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 16ª Ed., 2013, pp. 67 y 68. Para REBOLLO PUIG esta conclusión es dudosa. REBOLLO PUIG, M.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 27. En contra, BELADÍEZ ROJO: «*lo que la Administración delega es el ejercicio de una potestad pública (la de policía o la vía de apremio) y será la actividad jurídica resultante del ejercicio de esta actividad (la que será imputable a la Administración, no los daños que el ejercicio material de la misma haya podido ocasionar, que serán siempre imputables al contratista. Con lo cual, la Administración sólo responderá*

actúan en el ejercicio de facultades de policía delegadas (art. 184 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RLCAP) y art. 126.3 del RSCL). En cuanto el concesionario actúa como mero delegado de la Administración, imputa sus actos (auténticos actos administrativos) a la Administración delegante que responderá de los daños. La competencia corresponderá a la jurisdicción contencioso-administrativa en aplicación del art. 2.d) de la LJCA.

Por último, conviene reparar en que la jurisprudencia⁵⁸¹, con fundamento en la condición de la Administración como garante de la indemnidad patrimonial del dañado en tanto titular de la obra o servicio, normalmente declara la responsabilidad de la Administración por los daños causados a terceros en ejecución de un contrato administrativo cuando ésta no da respuesta expresa al requerimiento previo al que se refiere el art. 196.3 de la LCSP o a la reclamación de responsabilidad patrimonial que se le plantea (silencio administrativo); o se limita a declarar su irresponsabilidad sin pronunciarse si corresponde al contratista. En estos casos, entiende que la Administración asume la responsabilidad sin que posteriormente pueda alegar que el daño era imputable al concesionario o contratista ya que iría contra su voluntad anterior tácitamente expresada (SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 30 de marzo de 2009 (RJ 2009/2528), 14 de octubre de 2013 (RJ 2013\6945); 11 de febrero de 2013 (RJ 2013\2084); 22 de mayo de 2007 (RJ 2007\4954⁵⁸²). Sin perjuicio de su posterior

cuando el daño lo ha causado la actividad jurídica que ella ha delegado, pero no cuando estos daños tengan su origen en el modo en el que el contratista o concesionario ha efectuado esta delegación.» BELADÍEZ ROJO, M.: *op. cit.*, p. 177.

⁵⁸¹ En este sentido, se pronunciaba también algún autor: PANTALEÓN PRIETO, A. F.; «Responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 411.

⁵⁸² Clara es al respecto la muy citada STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 30 de marzo de 2009 (RJ 2009/2528), fºjº2º: «Los indicados preceptos imponen a la Administración una estricta disciplina de procedimiento. Cabe que los perjudicados, conforme les autoriza el apartado 3 del artículo 98 de la Ley 13/1995 (RCL 1995, 1485, 1948) (y les autorizaba el último párrafo del artículo 134 del Reglamento General de Contratación (RCL 1975, 2597)), se dirijan al órgano de contratación para que, previa audiencia del contratista, se pronuncie sobre a quién (este último o la Administración misma) le toca responder de los daños, decisión susceptible de las impugnaciones administrativas y jurisdiccionales que procedan (artículo 107 de la LRJPAC (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), 106, apartado 1, de la Constitución (RCL 1978, 2836), 1 y 25 de la Ley 29/1998 (RCL 1998, 1741)). Si resuelve que la responsabilidad es del primero, el órgano de contratación dejará expedita la vía para que los perjudicados se dirijan contra él; en otro caso, seguirá el cauce establecido en el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RCL 1993, 1394, 1765) (BOE de 4 de mayo), porque así lo dispone su artículo 1, apartado 3 [véase la sentencia de 22 de mayo de 2007, ya citada, FJ 3º].

Dado que el apartado 3 del artículo 98 de la Ley 13/1995 configura como una facultad la posibilidad de los terceros perjudicados de dirigirse al órgano de contratación para que se pronuncie sobre el sujeto responsable, cabe también que reclamen directamente a la Administración contratante al amparo de los artículos 106, apartado 2, de la Constitución y 139 de la LRJPAC. En esta tesitura, dicha Administración

repetición frente al concesionario o contratista (SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 8 de julio de 2000 (RJ 2000/7156); 12 de febrero de 2000 (RJ 2000/2172); 7 de abril de 2001 (RJ 2001\6794) o 26 de marzo de 2001 (RJ 2002\4815). Con carácter más reciente, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 25 de octubre de 2016 (RJ 2016\5566) añade a los supuestos anteriores el de la inadmisión de la reclamación del perjudicado⁵⁸³. Si bien, en el caso concreto de la sentencia no se

puede optar entre dos alternativas: considerar que concurren los requisitos para declarar la existencia de responsabilidad o estimar que están ausentes y que, por lo tanto, no procede esa declaración; en la primera hipótesis pueden ofrecerse, a su vez, dos salidas posibles; a saber: entender que la responsabilidad corresponde al contratista o que, por darse los supuestos que contempla el apartado 2 del repetido artículo 98, sea ella misma quien tiene que hacer frente a la reparación. En este último caso así lo acordará y en el otro deberá reconducir a los interesados hacia el cauce adecuado, abriéndoles el camino para que hagan efectivo su derecho ante el adjudicatario responsable.

Desde luego, está fuera de lugar que, ante tal eventualidad, se limite a declarar su irresponsabilidad, cerrando a los perjudicados las puertas para actuar contra la empresa obligada a resarcirles. Así se lo impiden, no sólo el espíritu del artículo 98 de la Ley 13/1995, que quiere un previo pronunciamiento administrativo sobre la imputación del daño, cualquiera que sea el modo en que se suscite la cuestión, sino principios básicos de nuestro sistema administrativo en general, como los de buena fe y confianza legítima (artículo 3, apartado 1, de la LRJPAC), y de su procedimiento en particular, que obligan a impulsarlo de oficio y a poner en conocimiento de los interesados los defectos de que adolecieren sus actos a fin de que los subsanen en tiempo oportuno (artículos 71, 74, apartado 1, y 76, apartado 2, de la misma Ley).

Estas exigencias resultan aún más intensas cuando, incumpliendo su deber de resolver (artículo 42 de la repetida Ley), la Administración da la llamada por respuesta. Tal pasividad, que hurta al ciudadano la contestación a la que tiene derecho, permite interpretar que la Administración ha considerado inexistente la responsabilidad del contratista, al que no ha estimado pertinente oír y sobre cuya conducta ha omitido todo juicio, debiendo entenderse que, al propio tiempo, juzga inexistentes los requisitos exigidos por el legislador para que se haga efectiva la suya propia. En esta tesitura, el ulterior debate jurisdiccional debe centrarse en este último aspecto, sin que sea admisible que ante los tribunales la Administración cambie de estrategia y defienda que el daño, cuya existencia nadie discute, debe imputarse a la empresa adjudicataria del contrato de obras en cuya ejecución se causó, pues iría contra su anterior voluntad, tácitamente expresada.

Así lo hemos estimado en otras ocasiones para casos semejantes [...]». Réplica de esta sentencia es la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 14 de octubre de 2013 (RJ 2013\6945). En el mismo sentido se manifiesta el TS cuando la Administración no se pronuncia sobre el sujeto responsable habiendo sido requerida en virtud del art. 98.3 de la LCAP (actual art. 196.3), ya que al cerrar la puerta al ejercicio de la acción directa frente al contratista se entiende que asume la responsabilidad (SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 11 de febrero de 2013 (RJ 2013\2084) y 22 de mayo de 2007 (RJ 2007\4954)).

Del mismo modo se pronunciaba el TS en relación con los artículos 123 LEF y art. 134 RGCE (SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 28 de mayo de 1980 (RJ 1980\2844) o 7 de abril de 2001 (RJ 2001\6794) salvo algún caso aislado en que a pesar de que la Administración había incumplido la obligación de tramitar el procedimiento previsto en el art. 123 LEF, se condena al concesionario al pago de la indemnización imponiéndole a la Administración el pago de las costas (STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 12 de febrero de 2000 (RJ 2000\2172).

Los Tribunales Superiores de Justicia suelen seguir, con carácter general, esta jurisprudencia: SSTSJ de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 10 de diciembre de 2019 (JUR 2020\73745); 4 octubre de 2018 (JUR 2018\305847); 25 de mayo de 2018 (JUR 2018\231710) o STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 2 de diciembre de 2019 (JUR 2020\73711).

⁵⁸³ Razona en el fº jº 5º en los siguientes términos: «Pues bien, teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, debe reconocerse con la defensa de la recurrente que ante la petición que se hizo al Organismo de Cuenca estatal, vinculando el daño a la concesión que había autorizado, la posición de la Administración no podía ser la de omitir todo debate al respecto que era lo que suponía la decisión de inadmitir la reclamación; máxime cuando nunca se negaron los hechos presupuesto del daño --el

impone a la Administración la obligación de resarcir los daños, sino que se ordena retrotraer el procedimiento para que se determine si la responsabilidad corresponde a la Administración o al concesionario o contratista en base al déficit de material probatorio y la deficiente reclamación.

3.1.1.1 Responsabilidad subsidiaria de la Administración y seguro en el pliego de condiciones.

Esta doctrina⁵⁸⁴ tampoco es ajena a que el garante último de la indemnización debe ser la Administración en tanto que el principio en el que se asienta la responsabilidad patrimonial radica en la obligación de garantizar la indemnidad del patrimonio del perjudicado que ha sufrido el daño como consecuencia del funcionamiento de un servicio público o de la ejecución de la obra pública. Por este motivo, en la búsqueda de un patrimonio solvente, se propone como cláusula de cierre del sistema que la responsabilidad de la Administración sea subsidiaria en los casos de insolvencia del concesionario o contratista. Esta solución, que rige en el Derecho francés, sería justa en tanto que se hace responsable a quien le resulta imputable el daño, pero implica a la Administración que encomienda la prestación de servicios o la ejecución de una obra a sujetos insolventes. Así debería consagrarse en la legislación estatal⁵⁸⁵. A falta de reforma, se defiende su extracción de la propia cláusula general de responsabilidad

desbordamiento del río-- porque lo que se hace en la resolución estatal impugnada es imputar los daños a la Administración autonómica, cuando la imputación de los daños en vía de petición no estaban referidas a las actuaciones propias de actividad de policía del dominio hídrico, sino en el funcionamiento de la concesión que el mismo Organismo de Cuenca estatal había autorizado. Y ello debió haber supuesto una declaración expresa de quién debía asumir el resarcimiento de los daños, bien el propio Organismo de Cuenca, por estar motivados por una actuación de la concesionaria que preceptivamente debía ejecutar conforme a los términos pactados en el título concesional; o bien por la misma concesionaria, a quien debió dársele audiencia, porque hubiera ejecutado obras en la concesión que excedían de esas obligaciones impuestas.»

⁵⁸⁴El primero en proponer esta medida inspirándose en el Derecho francés fue MUÑOZ MACHADO, S.; *La responsabilidad...* (1998), *op. cit.*, pp. 134 y 135. Ha sido apoyada por gran parte de la doctrina: BOCANEGRA SIERRA, R.; «La responsabilidad civil...», *op. cit.*, p. 229; REBOLLO PUIG, M.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 25, 26 y 33; GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, pp. 130 y 229; VILLALBA PÉREZ, F.; «Responsabilidad extracontractual del contratista por los daños causados a terceros en la ejecución del contrato», *REALA*, n° 296/297 (2005). En <http://dx.doi.org/10.24965/reala.vi296-297.9253> [Consultado el día 3 de agosto de 2017], p. 127; GONZÁLEZ PÉREZ, J.; *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones...*, *op. cit.*, p. 245; BELADÍEZ ROJO, M.: *op. cit.*, p. 211; CASARES MARCOS, A. B.; *op. cit.*, pp. 1530 a 1531; Para DE AHUMADA sólo respondería la Administración en caso de insolvencia del contratista cuando «*junto a las lesiones causadas a los terceros por los contratistas, ha existido también una lesión jurídicamente imputable a la Administración*», enumera los supuestos posibles. Por ejemplo, si la insolvencia es posterior a la celebración del contrato pero se pone en conocimiento de la Administración que aun así decide dejar al empresario gestionando el servicio. Siempre cabrá acción de regreso frente al contratista. DE AHUMADA RAMOS, F. J.; *op. cit.*, pp. 542 a 547.

⁵⁸⁵ Expresamente REBOLLO PUIG, M.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 25.

plasmada en el art. 106.2 CE⁵⁸⁶. En Cataluña, para la gestión indirecta de los servicios, el art. 237.e) del Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales de Cataluña impone a la Administración la obligación de «e) responder ante terceros, con carácter subsidiario, de los daños derivados del funcionamiento del servicio, en caso de insolvencia del contratista.»

Ahora bien, si se asume la competencia del orden civil para el enjuiciamiento de la posible responsabilidad del concesionario o contratista, será difícil que se pueda apreciar la responsabilidad subsidiaria de la Administración teniendo en cuenta que el orden civil carece de competencia para ello por así vetarlo expresamente el art. 2.e) LJCA y no habría ningún acto administrativo que ejecutar⁵⁸⁷.

Una alternativa para intentar garantizar la solvencia en el pago es la de obligar al concesionario o contratista a suscribir una póliza de seguros que cubra los daños que se puedan causar a terceros, como propone MIR PUIGPELAT⁵⁸⁸ o RUIZ OJEDA⁵⁸⁹. Así lo establece el art. 50 de la Ley catalana 3/2007, de 4 de julio, de la obra pública y lo imponen la mayoría de los pliegos de condiciones contractuales⁵⁹⁰.

⁵⁸⁶ MUÑOZ MACHADO, S.; *La responsabilidad...* (1998), *op. cit.*, pp. 134 y 135. Algún Dictamen como el del Consejo Consultivo de Andalucía nº 110/96, de 17 de octubre así lo recogió: «...podría suscitarse la hipótesis de que el usuario del servicio público viera menoscabada la garantía a obtener la indemnización que legítimamente le correspondiese en caso de insolvencia del contratista. Es evidente que tal situación no podría generarla el sistema jurídico por impedirlo la Constitución...; y es claro también que, en tal caso, la Administración no podría desentenderse de la indemnización debida, pues si bien a ésta le es dada por la Ley la facultad de encomendar a terceros la gestión de un servicio como el sanitario..., en ello no puede quedar comprendido un ilimitado poder de exoneración de responsabilidad sin otro fundamento que el propio arbitrio administrativo al decidirse por algo tan instrumental como lo es la opción por un determinado modo de gestión del servicio público. Esa facultad de opción, aunque legítima, no puede llegar a tan últimas consecuencias, y es por ello que la garantía de cierre del sistema pasa por reconocer la responsabilidad subsidiaria de la Administración en estos casos, esto es, una vez acreditada la insolvencia del responsable directo, mediante la oportuna excusión.» Citado por REBOLLO PUIG, M.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 26. También se establece en algún Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha nº 154/2008, de 30 de julio citado por CANTERO MARTÍNEZ, J.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 234.

⁵⁸⁷HORGUÉ BAENA, C.; *op. cit.*, p. 361; PASTOR LÓPEZ, M.; *op. cit.*, p. 508.

⁵⁸⁸ MIR PUIGPELAT, O.; «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones...», *op. cit.*, p. 54 y *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia...*, *op. cit.*, p. 344.

⁵⁸⁹RUIZ OJEDA, A. L.; «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)», *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 2 (2012), pp. 151 y ss.

⁵⁹⁰ La LCSP sólo se refiere a la suscripción de seguros de responsabilidad civil por riesgos profesionales (art. 87), y de seguro de caución 106.b), 108.c), 109.4, 111.2, 112.3. Es habitual que en los pliegos de condiciones se imponga a los adjudicatarios de la obra o servicio público la suscripción de un seguro de responsabilidad civil que cubra los daños causados a terceros en la ejecución del contrato.

3.1.2 Opinión minoritaria: responsabilidad directa de la Administración sin perjuicio de la posterior acción de repetición.

Otra parte de la doctrina⁵⁹¹, que hoy podríamos considerar minoritaria, ha sostenido que la Administración responde directamente frente al tercero de los daños y perjuicios ocasionados por los concesionarios y contratistas en tanto que el daño es causado como consecuencia del funcionamiento de un servicio o la ejecución de una obra que es de titularidad pública de la Administración, aunque no sea prestado por ésta⁵⁹². Sin perjuicio de la posterior acción de repetición frente al concesionario o contratista cuando el daño no sea imputable a la Administración (consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración o vicios del proyecto (al que algunos autores añaden la responsabilidad por omisión del deber de dirección y vigilancia la Administración)). Las reglas establecidas tanto en el art. 121.2 de la LEF como en los artículos 196, 258.e), 288.c) y 312.b) de la LCSP (o sus antecedentes) son reglas de distribución interna de la carga indemnizatoria entre Administración y contratista, inoponibles frente al tercero. Por consiguiente, el que el servicio sea gestionado de forma directa o indirecta no excluye la responsabilidad de la Administración. En apoyo de esta postura se encuentra el argumento material importante señalado por MAYOR GÓMEZ «*de que las garantías de los ciudadanos frente a las actividades de titularidad pública no pueden hacerse depender de la forma de gestión, directa o indirecta, elegida por la Administración para su prestación*»⁵⁹³.

⁵⁹¹ GONZÁLEZ NAVARRO, F.; «Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público», *Revista de Derecho Financiero*, nº 44-45 (1976), pp. 215 y ss. En el mismo sentido, ARIÑO ORTIZ, G., «El servicio público como alternativa», *REDA*, nº. 23 (1979), p. 552; VILLAR EZCURRA, J. L.; *La responsabilidad en materias de servicios públicos*, Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1981, pp. 19, 63 y 66; JURISTO SÁNCHEZ, R.; *La ejecución del contrato de obra pública*, Hauser y Menet, S.A., Madrid, 2ª ed., 1991, pp. 196 a 199; DEL GUAYO CASTIELLA, I.; «Responsabilidad de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos concedidos», *Actualidad Administrativa*, nº 17 (1990), pp. 197 a 213; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.; *Tratado de Responsabilidad Civil*, Civitas, Madrid, 1993, p. 458; TORRENT I RIBERT, P. J.; *op. cit.*, p. 12; CASTILLO BLANCO, F. A.; «Consideraciones generales en torno a la ejecución del contrato administrativo en la reciente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», en la obra colectiva *Estudios sobre la contratación en las Administraciones Públicas* coordinada por CASTILLO BLANCO, F. A., Comares, Granada, 1996, pp. 292 a 318; RUIZ OJEDA, A. L. Y GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, J.; *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a su Reglamento de desarrollo parcial (doctrina, jurisprudencia y concordancias)*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 370 a 375; VILLAR ROJAS, F. J.; *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 110 y ss; MAYOR GÓMEZ, R.; *op. cit.*

⁵⁹² Se lleva a cabo una interpretación funcional o material de la expresión «servicios públicos» donde lo relevante es que sea de titularidad administrativa con independencia de que sea gestionado de forma directa o indirecta (por sujetos privados).

⁵⁹³ MAYOR GÓMEZ, R.; *op. cit.*

Entre los autores que sostenían esta postura destaca GONZÁLEZ NAVARRO⁵⁹⁴. Su doctrina quedó reflejada en la muy criticada⁵⁹⁵ STS (Sala de lo Civil), 9 de mayo de 1989 (RJ 1989\4487), de la que fue ponente, en la que fundamenta la responsabilidad directa de la Administración en que los concesionarios y contratistas actúan en virtud de una delegación como delegados en sentido estricto de la Administración y por tanto, sería una actuación propia de la Administración.

En un primer estadio jurisprudencial diversas sentencias del TS defendieron la responsabilidad directa de la Administración a la que le resulta imputable el daño por el mero hecho de su titularidad (ninguna ha seguido el argumento de la delegación de la sentencia anterior): SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 24 de octubre de 1984 (RJ 1984\6194); 1 de abril de 1985 (RJ 1985\1784); 19 mayo 1987 (RJ 1987\3615); 20 de octubre de 1987 (RJ 1987\8676); 23 de febrero de 1995 (RJ 1995\1280); 11 de febrero de 1997 (RJ 1997\898); 31 de marzo de 1998 (RJ 1998\2904) reiterada por la de 20 de octubre de 1998 (RJ 1998\8842) y todas las que en ella se citan⁵⁹⁶.

En esta misma línea se ha mantenido siempre⁵⁹⁷, aunque con alguna puntual excepción⁵⁹⁸, el Consejo de Estado y algunos Consejos Consultivos⁵⁹⁹. Su doctrina aparece resumida en el Dictamen nº 1116/2015, de 10 de marzo de 2016 sobre el

⁵⁹⁴ GONZÁLEZ NAVARRO, F.; *op. cit.*, pp. 215 y ss.

⁵⁹⁵ Esta sentencia fue especialmente criticada por la doctrina por confundir la técnica concesional con la delegación que son figuras diferentes. Por ejemplo, el delegado actúa estrictamente según la voluntad del órgano delegante, el concesionario o contratista es ajeno salvo los casos excepcionales. BOCANEGRA SIERRA, R.; «Responsabilidad de...», *op. cit.*, pp. 220 y 229. PANTALEÓN PRIETO llegó a afirmar que esta interpretación era *contra legem*. PANTALEÓN PRIETO, A. F.; «Responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 411; MUÑOZ MACHADO, S.; *La responsabilidad...* (1998), *op. cit.*, pp. 128 a 135; REBOLLO PUIG, M.; «Servicios públicos...», *op. cit.*, pp. 40 a 47.

⁵⁹⁶ Siguen esta jurisprudencia algunos Tribunales Superiores de Justicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Asturias, 18 de febrero de 2005 (JUR 2005\230484); Comunidad Valenciana, 7 de julio de 2005 (JUR 2006\4872); 28 de junio de 2006 (JUR 2006\220321).

⁵⁹⁷ Dictamen del Consejo de Estado de 13 de julio de 1967 o 1 de octubre de 1987; 18 de junio de 1970; 12 de julio de 1973 y 23 de diciembre de 1986 o nº 86/2010, de 25 de febrero; nº 3.433/2001, de 21 de febrero de 2002; nº 837/2009, de 10 de septiembre; nº 996/2007, de 30 de mayo; nº 86/2010, de 25 de febrero. Más recientes, Dictámenes del Consejo de Estado nº 829/2018, de 31 de octubre; nº 582/2018, de 8 de febrero; nº 156/2020, de 2 de julio o nº 205/2020, de 18 de junio.

⁵⁹⁸ Aunque el Consejo de Estado señala que su posición siempre ha sido la misma, no ha sido así. Muestra clara de ello, el Dictamen nº 3/1993 en el que analizando el art. 1.3 del RPRP se alinea con la postura mayoritaria entendiendo que el precepto debería concretar «*la posición de la Administración, [...] y a cargo de quien es la obligación de indemnizar, que, a juicio del Consejo de Estado y en la línea del artículo 121.2 de la Ley de Expropiación Forzosa [...], debiera ser el gestor del servicio, salvo que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al gestor, y no la solución alternativa de pago por la Administración y acción de repetición contra el gestor.*»

⁵⁹⁹ Memoria del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana año 2004, pp. 96 a 99. Se puede consultar en: <https://www.cjccv.es/pdfs/mem/Memoria2004.pdf#page=93> o Dictámenes del Consejo Consultivo del Principado de Asturias nº 83/2020, de 16 de abril; nº 3/2020, de 9 de enero.

Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (en adelante Dictamen n° 1116/2015, de 10 de marzo de 2016) en el que al analizar el art. 194 (actual art. 196 de la LCSP) afirma: «*Los daños causados por el contratista a los terceros deben ser reclamados ante la Administración, quien deberá satisfacer, en su caso, la correspondiente indemnización, sin perjuicio de ejercer la acción de repetición contra el contratista*», que debería ser obligatoria⁶⁰⁰ ya que el párrafo primero del precepto establece que «*será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato*» salvo que tengan su origen en una orden directa de la Administración o vicios del proyecto en cuyo caso serán imputables a ésta. Mantiene, como él mismo afirma, una postura garantista para los ciudadanos (*Vid. Infra*, Capítulo V, 3.3.2). Esta doctrina, sin embargo, no es uniforme para todos los contratistas. El Consejo de Estado sostiene que deberá encontrar las excepciones que se estimen pertinentes, entre las que cita los casos del mutualismo administrativo (*Vid. Infra*, Capítulo V, 5) y en general, las concesiones de servicios y los contratos de servicios a la ciudadanía, en los que no sería posible obtener la indemnización de la Administración por una lesión que no le sea imputable. Sin embargo, no explica la razón de estas exclusiones discutibles en opinión de YÁÑEZ DÍAZ⁶⁰¹.

Para recuperar la Administración la indemnización satisfecha cuando el daño es imputable al contratista o concesionario, se ha apuntado la importancia de prever en el clausulado de los pliegos reglas claras y sencillas que pueden ir desde el descuento en la facturación a la ejecución de garantías, o la obligatoriedad del contratista o concesionario de suscribir un seguro de responsabilidad civil⁶⁰² (*Vid. Infra*, Capítulo V, 4.1).

Esta postura ha sido criticada por chocar frontalmente con el tenor literal de la Ley⁶⁰³ y llevar a una solución infundada e injusta. Se corre el riesgo de convertir a la

⁶⁰⁰ El Consejo de Estado, consciente del riesgo de que una vez satisfecha la indemnización por la Administración, ésta no ejercite la acción de regreso, como sucede frente a funcionarios y empleados públicos, aconseja su configuración como obligatoria o bien contemplar una compensación con lo que se adeude al contratista «*incluso cabría sujetar la garantía definitiva al pago de tales sumas, siempre que así se estableciera en el artículo 110 del anteproyecto.*»

⁶⁰¹ YÁÑEZ DÍAZ, C.; *op. cit.*, p. 251.

⁶⁰² AA.VV.; *Responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, p. 17.

⁶⁰³ Muy crítico se mostró REBOLLO PUIG en este sentido. Partiendo de que el propio GONZÁLEZ NAVARRO sostiene que el art. 121.2 LEF fue «*mal comprendido y distorsionado*», entiende que si la Ley de Régimen Jurídico del Estado, el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, la Ley de Contratos de Sector Público, entre otras así lo establecieron, no es que se haya distorsionado sino que la

Administración en aseguradora universal y de no recuperar lo pagado ante la falta de ejercicio de la acción de regreso, como ocurre frente a las autoridades y funcionarios⁶⁰⁴. Frente al argumento de la simplificación para el perjudicado que verá reparado el daño dirigiéndose directamente frente a la Administración, REBOLLO PUIG señala que la misma finalidad puede lograrse a través del establecimiento del régimen material y procedimental sin necesidad de retorcer el tenor de la Ley⁶⁰⁵.

3.2 Régimen sustantivo de responsabilidad aplicable al concesionario y contratista. En particular, del servicio sanitario público.

Si se entiende que la responsabilidad corresponde al gestor indirecto de los servicios públicos se plantea el problema de determinar cuál sería el régimen sustantivo aplicable. Si se atiende a la actividad que desempeña, prestación de un servicio público, podría resultar aplicable el régimen administrativo de responsabilidad extracontractual previsto en el art. 106.2 de la CE y artículos 32 y ss de la LRJSP. Sin embargo, en tanto se trata de un sujeto privado estaría sujeto al régimen de responsabilidad civil previsto en los artículos 1902 y ss del Código Civil y, en su caso, el art. 148 del TRLCU.

Ya advertimos de que se trata de una cuestión controvertida a la que el art. 196 de la LCSP no da una respuesta clara, dado que se refiere a cuestiones procedimentales o procesales o a la imputabilidad del daño. La realidad es que el régimen sustantivo va a estar en gran medida conectado con la vía procesal por lo que, de reconocerse la competencia de la jurisdicción civil, probablemente en la práctica la responsabilidad del concesionario o contratista se juzgará bajo los criterios del Código Civil, mientras que se aplicarán los jurídico-administrativos cuando se reclame a estos conjuntamente con la Administración en el orden contencioso-administrativo⁶⁰⁶.

Para gran parte de la doctrina⁶⁰⁷, los concesionarios y contratistas, en tanto sujetos privados, responderán conforme al régimen de responsabilidad privado del Código Civil

solución legal es otra desde el principio. REBOLLO PUIG, M.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 24; PANTALEÓN PRIETO, A. F.; «Responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 410 y 411.

⁶⁰⁴ REBOLLO PUIG, M.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 24.

⁶⁰⁵ *Ibid.*, p. 25.

⁶⁰⁶ HORGUÉ BAENA, C.; *op. cit.*, p. 363; GAMERO CASADO, E.; «Responsabilidad extracontractual...», *op. cit.*, pp. 2176 y 2200.

⁶⁰⁷ GUICHOT REINA, E.; *op. cit.*, p. 243; PANTALEÓN PRIETO, A. F.; «Responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 410; SOSA WAGNER, F.; *op. cit.*, p. 179; CARBAJO DOMINGO, M. A. Y VEGA FELGUEROSO, J.; «La responsabilidad del contratista en los Servicios Públicos (I): Evolución legislativa y principales líneas jurisprudenciales», *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 7 (2019). En www.laleydigital.es [Consultado el día 3 de marzo de 2021] y «La responsabilidad del contratista en los

y el TRLCU en la vía civil. La conclusión contraria se alcanzaba con la LEF⁶⁰⁸. Sin embargo, cuando el contrato tiene por objeto la gestión indirecta de un servicio público, particularmente en el ámbito sanitario, la doctrina⁶⁰⁹ sostiene mayoritariamente la

Servicios Públicos (II). Análisis casuístico y jurisprudencial», *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 10 (2019). En www.laleydigital.es [Consultado el día 3 de marzo de 2021]; GÓMEZ LIGÜERRE, C.; *Derecho aplicable...*, *op. cit.*, p. 221; GARCÍA ÁLVAREZ, G.; «La responsabilidad en la ejecución de los contratos públicos: penalidades, responsabilidad frente a la Administración contratante y frente a terceros» en la obra colectiva *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* dirigida por GIMENO FELIU, J. M.; Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 1332; ALONSO MAS, M. J. y NARBÓN LÁINEZ, E. J.; *op. cit.*, pp. 126 a 142; NARBÓN LAINEZ, E.; *op. cit.*, pp. 46 y 58;

GAMERO CASADO adopta una postura intermedia puesto que según el tipo contractual entiende que el régimen jurídico para determinar la responsabilidad del contratista así como el procedimiento y el orden jurisdiccional competente variará. Así, mientras el contratista del contrato de obras, de concesión de obras y de servicios y contratos de servicios a la ciudadanía queda sometidos a las reglas jurídico-administrativas de imputación de responsabilidad. En el resto de contratos administrativos típicos, así como los especiales, el contratista queda sujeto a las reglas de responsabilidad de Derecho civil. GAMERO CASADO, E.; «Responsabilidad extracontractual...», *op. cit.*, pp. 2174 a 2178.

⁶⁰⁸ Con la LEF se aplicaba el régimen de responsabilidad administrativo tanto por la Doctrina del Consejo de Estado como por la jurisprudencia de lo contencioso-administrativo y la doctrina mayoritaria. Se afirmaba que la indemnización a la que hacía referencia el párrafo segundo del art. 121 de la LEF era según los criterios del párrafo primero y por tanto, el régimen de responsabilidad del prestador indirecto de los servicios era el administrativo. Teniendo en cuenta asimismo que el procedimiento se desarrollaba ante la Administración siendo competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 123 de la LEF). Si bien, hemos de recordar que este régimen era aplicable sólo a los concesionarios de servicios públicos. MUÑOZ MACHADO, S.; *La responsabilidad...* (1998), *op. cit.*, pp. 115 y 116; REBOLLO PUIG, M.; «Servicios públicos...», *op. cit.*, p. 27; BOCANEGRA SIERRA, R.; «La responsabilidad civil...», *op. cit.*, p. 209; RIVERO YSERN, E.; *op. cit.*, pp. 221 y ss. Aunque en un primer momento algunos autores de opinión autorizada como GARCÍA DE ENTERRÍA defendieron que el régimen de responsabilidad tenía que ser el de Derecho Civil, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; *op. cit.*, pp. 197 a 203, con posterioridad rectificó su postura GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T-R.; *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II* (1993), *op. cit.*, p. 388.

⁶⁰⁹ Claramente en este sentido VILLAR ROJAS: «ante esta diversidad de fórmulas de organización de los servicios de salud, una conclusión resulta inevitable: a igual obligación pública corresponde igual régimen de responsabilidad, sin que la vestidura jurídica de la Administración obligada a prestar el servicio cambie aquél régimen.» VILLAR ROJAS, F. J.; *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 86; Para REBOLLO PUIG: «no tendría ningún sentido que la situación jurídica del perjudicado y su nivel de protección y garantías cambiara según la modalidad elegida discrecionalmente por la Administración para un determinado servicio público. Esto es especialmente obvio en materia de sanidad pues sería con toda evidencia un despropósito, incluso contrario al principio de igualdad, que los ciudadanos tuvieran o no derecho a indemnización según, por ejemplo, la zona geográfica de residencia que, a veces, puede determinar la adscripción a un centro público o a un hospital privado integrado en la red pública o a un centro concertado...» REBOLLO PUIG, M.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 22, 28, 29 y 30 y «Sobre la reforma del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración» en la obra colectiva *Estudios para la reforma de la Administración Pública* dirigida por SÁINZ MORENO, F., INAP, Madrid, 2004, pp. 231 y 232. En www.vlex.com [Consultado el día 6 de agosto de 2016]; CUETO PÉREZ, M.; «Unidad jurisdiccional...», *op. cit.*, pp. 707, 708, 711 y «Responsabilidad patrimonial de la Administración y gestión privada...», *op. cit.*, pp. 355 a 358; MIR PUIGPELAT, O.; *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria...*, *op. cit.*, pp. 138 y 139; BELADÍEZ ROJO lo extiende a todos los contratistas públicos. BELADÍEZ ROJO, M.: *op. cit.*, p. 70; BOCANEGRA SIERRA, R.; «Responsabilidad de...», *op. cit.*, pp. 404 y 405 y «La responsabilidad civil...», *op. cit.*, p. 217; VILLALBA PÉREZ, F.; «Responsabilidad extracontractual...», *op. cit.*, p. 99; CASARES MARCOS, A. B.; *op. cit.*, pp. 1505 a 1510 y 1546; BUSTO LAGO, J. M.; «La responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 1975 y 1980; GONZÁLEZ PÉREZ, J.; *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones...*, *op. cit.*, p. 250; GUERRERO ZAPLANA, J.; *Guía práctica...*, *op. cit.*, p. 181; MAYOR GÓMEZ, R.; *op. cit.*; GAMERO CASADO en relación a los contratos de concesión de servicios y de servicios a la ciudadanía se pronuncia claramente en este sentido. Cuando se trata de la prestación de servicios públicos los

aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial derivado del art. 106.2 de la Constitución, que impone el derecho de los particulares a ser indemnizados por toda lesión que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos sin hacer distinciones sobre la forma de gestión (*Vid. Supra*, Capítulo IV, 3.1). Lo relevante es que se está prestando un servicio público aunque sea por un centro privado, concertado, vinculado singularmente, contratado o concesionado. El régimen jurídico de responsabilidad y la garantía de los particulares no puede ser esquivada por una decisión organizativa de la Administración como sería la de que el servicio sea gestionado de forma directa o indirecta. Lo contrario atentaría contra la garantía patrimonial recogida en el art. 106.2 de la CE y produciría consecuencias discriminatorias inadmisibles⁶¹⁰ (el régimen jurídico variaría según la modalidad de gestión elegida por la Administración) con el riesgo añadido de que se produzcan resoluciones judiciales contradictorias entre los distintos órdenes jurisdiccionales. En esta línea se pronuncian el Consejo de Estado⁶¹¹ o algunos Consejos Consultivos como el andaluz⁶¹² así como la jurisprudencia del TS (*Vid. Infra*, Capítulo V, 4 y 5). En el ámbito sanitario así se venía infiriendo de la hoy derogada disposición adicional 12ª de la LRJPAC, en cuanto la reclamación se debía tramitar conforme a las previsiones de dicha Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo.

Ahora bien, ha de tenerse presente que esta disposición ha sido derogada y que si se admite que la responsabilidad de los concesionarios y contratistas se pueda ventilar en el orden civil, en cuanto sujetos privados que no entran dentro del ámbito de aplicación de la LRJSP y la LPAC⁶¹³, serán juzgados conforme al régimen de Derecho privado⁶¹⁴. Así sucede, por ejemplo, con los centros concertados con alguna de las Mutualidades

contratistas deben quedar sujetos al régimen del art. 106.2 CE, o sea, a las mismas reglas de responsabilidad que la Administración. GAMERO CASADO, E.; «Responsabilidad extracontractual...», *op. cit.*, pp. 2174 a 2178.

⁶¹⁰ Como apunta GAMERO CASADO: «a todos se deben aplicar las mismas técnicas e institutos en relación con los criterios de imputación (estándar de servicio, riesgo inherente, margen de tolerancia, etc.)», *Ibid.*, p. 2177.

⁶¹¹ Dictamen del Consejo de Estado nº 1116/2015, de 10 de marzo de 2016 y todos los que en él se citan.

⁶¹² Su doctrina aparece resumida en la Memoria del Consejo Consultivo Andalucía año 2019, p. 114. Se puede consultar en <https://www.consejoconsultivodeandalucia.es/wp-content/uploads/2015/12/Memoria-Anual-2004.pdf>

⁶¹³ En relación con la LRJPAC: GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, pp. 145 y ss.

⁶¹⁴ Así lo reconocen aunque de *lege ferenda* defiendan el sometimiento al régimen público de responsabilidad. CUETO PÉREZ, M.; «Unidad jurisdiccional...», *op. cit.*, pp. 707, 708, 711. HORGUÉ BAENA ya vaticinaba que la aplicación del régimen público de responsabilidad era una propuesta convincente y con apoyo constitucional pero que no tendría recorrido si la responsabilidad del contratista se ventilaba ante los tribunales civiles. HORGUÉ BAENA, C.; *op. cit.*, p. 364.

administrativas (*Vid. Infra*, Capítulo V, 5). De hecho, para aplicar el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración se ha solido recurrir a la imputación del daño a la Administración o a declarar su responsabilidad solidaria.

No obstante, como ha señalado REBOLLO PUIG, la opción por el régimen de Derecho público o privado no supone una diferencia tan radical o consecuencias tan dramáticas, en este punto concreto⁶¹⁵. Por una parte, el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración no es puramente objetivo⁶¹⁶, es más en el ámbito sanitario se puede afirmar que el principio es más bien el contrario, indemnizándose sólo el daño por funcionamiento anormal del servicio⁶¹⁷. Lo contrario, convertiría a la Administración sanitaria en una aseguradora universal (Por todas, STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 30 de septiembre de 2020 [JUR 2020\290460⁶¹⁸] y 21 de

⁶¹⁵ REBOLLO PUIG, M.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 28. En el mismo sentido, MIR PUIGPELAT, O.; «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones...», *op. cit.*, p. 54.

⁶¹⁶ La postura crítica al sistema objetivo de responsabilidad es mayoritaria en la doctrina. Se propone su revisión de tal forma que la regla sea la responsabilidad por culpa salvo en algunos sectores. Especialmente, MIR PUIGPELAT, O.; *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia ...*, *op. cit.* y «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones...», *op. cit.*, pp. 33 a 51; SÁNCHEZ MORÓN que afirma que la postura crítica al sistema objetivo de responsabilidad es mayoritaria en la doctrina. SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, pp. 949 a 951; MUÑOZ MACHADO, S.; «Responsabilidad de los médicos...», *op. cit.*, p. 263; GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, pp. 61 a 70; ESPINOSA FERNÁNDEZ, F.; «II: 2. Objeto, fundamento y naturaleza jurídica de la responsabilidad patrimonial de la Administración por asistencia sanitaria» en la obra colectiva *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria* coordinada por ZABALA GUADALUPE, J. J., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 165 a 167; COSCUELLA MONTANER, L.; *Manual de...* (2020), *op. cit.*, pp. 621 y 622.

⁶¹⁷ Son excepcionales los casos en que no ha sido así. Recuérdese la muy conocida y criticada STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 14 de junio de 1991 (RJ 1991\5115). *Vid.* por todos, PANTALEÓN PRIETO, A. F.; «Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», *Documentación Administrativa*, nº 237-238 (1994), pp. 240 y ss y *Responsabilidad médica...*, *op. cit.*, pp. 65 y ss.

Vid. un completo análisis sobre este tema en LÓPEZ CANDELA, J. E.; «El ámbito objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento normal con especial mención al servicio sanitario», *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 15 (2008). En file:///C:/Users/Asus/Downloads/Lopez_Candela.pdf [Consultado el día 23 de octubre de 2014]; CUETO PÉREZ, M.; «Responsabilidad Patrimonial de la Administración en el...», *op. cit.*, p. 1044; MARTÍN REBOLLO, L.; «Nuevas perspectivas...», *op. cit.*, pp. 81 y 84; MIR PUIGPELAT, O.; «Responsabilidad objetiva vs.: funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)», *REDA*, nº 140 (2008), pp. 629 a 652 y *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria...*, *op. cit.*, p. 38.

⁶¹⁸ Fundamento jurídico 6º: «Como afirma la sentencia de esta Sala de 26 de junio de 2008 (RJ 2008, 6525), recurso 4429/2004: "... es también doctrina jurisprudencial reiterada, por todas citaremos las Sentencias de 20 de Marzo de 2.007 (RJ 2007, 3283) (Rec. 7915/2003), 7 de Marzo de 2007 (RJ 2007, 953) (Rec. 5286/03) y de 16 de Marzo de 2.005 (RJ 2005, 5739) (Rec. 3149/2001) que "a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente, o lo que es lo mismo, la Administración sanitaria no puede constituirse en aseguradora universal y por tanto no cabe apreciar una responsabilidad basada en la exclusiva producción de un resultado dañoso"».

enero de 2021 [RJ 2021\151]). Aunque los tribunales aluden a veces al régimen de responsabilidad objetiva y no se expresan en términos de culpabilidad, razonan en verdad con la lógica de la imputación subjetiva puesto que consideran la lesión antijurídica cuando el daño es consecuencia de la infracción de la *lex artis*⁶¹⁹ (SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 20 de noviembre de 2012 (RJ 2013\304); 3 de noviembre de 2014 (RJ 2014\5658); 6 de mayo de 2015 (RJ 2015\3078); 19 de mayo de 2015 (RJ 2015\2448) con cita de otras anteriores⁶²⁰; 21 de diciembre de 2020 (RJ 2020\5615) o 21 de enero de 2021 (RJ 2021\151); ausencia de consentimiento informado (por todas, STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 4 de febrero de 2021 (RJ 2021\721) o existe una pérdida de oportunidad (por retraso en el diagnóstico, por ejemplo) (SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 16 de febrero de 2011 (RJ 2011\1490); 22 de mayo 2012 (RJ 2012, 6930); 26 de septiembre de 2014 (RJ 2014\5048) y las que en ellas se citan; 6 de febrero de 2018 (RJ 2018\385) o 20 de marzo de 2018 (RJ 2018\1376). Por otra parte, en el ámbito de la responsabilidad civil la tendencia a la objetivación hace que los caracteres de la culpabilidad se vean matizados o atenuados⁶²¹.

⁶¹⁹ Sólo habría responsabilidad si el médico no ha empleado todos los materiales y técnicas que correspondían para la curación del enfermo conforme al estado de la ciencia médica actual, atendiendo además a las propias características del enfermo y a factores endógenos que pueden influir o se apartó de los protocolos médicos que hay establecidos. En definitiva, se juzga bajo el parámetro de la diligencia o buena administración.

⁶²⁰En su fº 5º afirma: «en relación con la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria, ha señalado este Tribunal con reiteración (por todas, sentencias de 21 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 1165), dictada en el recurso de casación núm. 4229/2011, y 4 de julio de 2013, recaída en el recurso de casación núm. 2187/2010) que "no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente", por lo que "si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la *lex artis*, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido" ya que "la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados.»

⁶²¹ Por ejemplo, aunque no es aplicable a los actos médicos, el régimen de responsabilidad cuasi objetivo previsto en el art. 148 del TRLCU es aplicable a los «servicios sanitarios». PANIZA FULLANA, A.; «La responsabilidad objetiva en el ámbito sanitario: relectura de los artículos 28 LGDCU (art.148 del TRLGDCU) y art.139 LRJ-PAC a la luz de las resoluciones de los tribunales» en la obra colectiva *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina* dirigida por ADROTHER BIOSCA, S. y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008; GUERRERO ZAPLANA, J.; *Las reclamaciones...*, op. cit., pp. 87 a 92.

3.3 Vía para la reclamación y orden jurisdiccional competente.

El régimen introducido por el art. 98 de la LCAP en 1995 supuso un gran cambio respecto a la normativa anterior. Las diferencias no fueron sólo de matiz, como señaló HORGUÉ BAENA, «*sino que implicaron un cambio cualitativo y trascendental y en su propia concepción*⁶²²». A esto se añade que los artículos 121.2 y 123 de la LEF, aplicables a los concesionarios de servicios públicos, no han sido derogados de forma expresa⁶²³, a diferencia del art. 134 del RGCE.

La reproducción con pocas variaciones de lo previsto en el art. 98 de la LCAP en las sucesivas normas de contratación pública ha arrastrado como advierte MIR PUIGPELAT, la gran variedad de interpretaciones que su ambiguo tenor ha motivado y en el que caben prácticamente todas las posibilidades⁶²⁴. Partiendo de la doctrina y la jurisprudencia establecidas desde la LCAP, intentaremos dar respuesta a los muchos interrogantes que plantea la articulación del cauce procedimental y procesal para exigir la reparación de los daños ocasionados por contratistas y concesionarios que, como hemos visto, puede condicionar el régimen sustantivo aplicable.

A diferencia de lo establecido en su día por la LEF y el RGCE, el art. 196 de la LCSP no afronta expresamente el tema de la jurisdicción competente ni establece un procedimiento unitario para efectuar la reclamación. Según la obligación de indemnizar recaiga sobre el contratista o sobre la Administración, el art. 196.4 de la LCSP dispone que «*la reclamación se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto*» (art. 196.4 de la LCSP). Parece remitirse, por tanto, a otra ley. En consonancia con ello, como a continuación veremos, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria entienden que si la acción se ejercita directamente frente al concesionario o contratista se interpondrá ante la jurisdicción civil, mientras que si se reclama frente a la Administración por ser a ella imputable el daño o conjuntamente frente a ambas, la competencia recaerá sobre la jurisdicción contencioso-administrativa. Se establece un sistema de dualidad jurisdiccional dependiendo del sujeto responsable que no está exento de inconvenientes.

⁶²²HORGUÉ BAENA, C.; *op. cit.*, pp. 354 y 357. En el mismo sentido, BELADÍEZ ROJO, M.: *op. cit.*, p. 167; PASTOR LÓPEZ, M.; *op. cit.*, p. 522; CARBAJO DOMINGO, M. A. Y VEGA FELGUEROSO, J.; «La responsabilidad del contratista en los Servicios Públicos (I)...», *op. cit.*

⁶²³ Ya planteaba problemas de compatibilidad con el art. 1.3 del RPRP.

⁶²⁴ MIR PUIGPELAT, O.; *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia ...*, *op. cit.*, pp. 344 y 345.

3.3.1 La vía potestativa del requerimiento previo.

El apartado tercero del art. 196 de la LCSP faculta a los terceros perjudicados para que requieran previamente, antes de interponer la reclamación administrativa o judicial de los daños, «dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, informe sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños.», interrumpiendo su ejercicio el plazo de prescripción de la acción. El requerimiento no impide que se puedan ejercitar directamente las acciones indemnizatorias dado su carácter potestativo.

El requerimiento se limita a dar a conocer a los interesados quién es, según el órgano de contratación, el sujeto responsable. Así podrán instar la vía procedimental y jurisdiccional que estimen conveniente: administrativo y contencioso-administrativo (si la responsabilidad corresponde a la Administración) o civil (si es al contratista o concesionario), ya que el art. 196.4 de la LCSP se remite a la legislación aplicable a cada supuesto. Diferencia el art. 196 de la LCSP entre requerimiento y reclamación, como dos procedimientos, sin que aquél equivalga a ésta⁶²⁵. Por eso, se hace constar su carácter facultativo y que interrumpe el plazo de prescripción. Si fuera una auténtica reclamación no sería necesario ya que su interposición interrumpiría el plazo de prescripción⁶²⁶. De ahí que un sector doctrinal⁶²⁷ afirmara conforme a la legislación anterior que el requerimiento es «una fuente de información autorizada sobre la identidad del responsable». Tendría la condición de consulta o petición de información. Así parece desprenderse del nuevo art. 196.3 de la LCSP que entre las escasas

⁶²⁵ Según PASTOR LÓPEZ, en la reclamación, el reclamante imputa a la Administración y/o al contratista la responsabilidad de los daños y solicita el pago de una indemnización. En el requerimiento sólo se solicita información sobre cuál sería el sujeto responsable. PASTOR LÓPEZ, M.; *op. cit.*, p. 516; CARBAJO DOMINGO, M. A. Y VEGA FELGUEROSO, J.; «La responsabilidad del contratista en los Servicios Públicos (II)...», *op. cit.*

⁶²⁶ REBOLLO PUIG, M.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 30 a 33 y «La reclamación...», *op. cit.*, pp. 110 a 117.

⁶²⁷ PANTALEÓN PRIETO, A. F.; «Responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 410 y 411; PASTOR LÓPEZ, M.; *op. cit.*, p. 516; VILLALBA PÉREZ, F.; «Responsabilidad extracontractual...», *op. cit.*, pp. 116 y 126; NARBÓN LAINEZ, E.; *op. cit.*, pp. 43 y 44; REBOLLO PUIG, M.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 30 a 33 y «La reclamación...», *op. cit.*, pp. 110 a 117; HORGUÉ BAENA, C.; *op. cit.*, pp. 358 y 357. Según BUSTO LAGO la resolución del requerimiento por el órgano de contratación carece de fuerza vinculante por lo que el perjudicado podría dirigirse directamente en la vía civil frente al concesionario o contratista con independencia del sentido en que se haya resuelto el requerimiento. BUSTO LAGO, J. M.; «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1978; GONZÁLEZ PÉREZ, J.; *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones...*, *op. cit.*, p. 253.

novedades que introduce sustituye el término «se pronuncie» por el de «informe⁶²⁸»⁶²⁹, pareciendo insistir en el carácter meramente informativo del requerimiento.

En el requerimiento el órgano de contratación, a diferencia de lo previsto en los artículos 123 de la LEF y 134 del RGCE, no entra a resolver sobre la procedencia de la indemnización ni impone su cuantía (*Vid. Infra*, Capítulo V, 3.3.4). Se limita a informar al interesado para que éste elija la vía a través de la cual va a plantear la pretensión. Debe considerarse minoritaria la doctrina que considera que la Administración tendría competencia para resolver sobre la responsabilidad del contratista así como el importe indemnizatorio⁶³⁰.

De su carácter informador se desprende que no tiene carácter vinculante ni para los perjudicados, ni para los contratistas o concesionarios ni tampoco para los Tribunales ordinarios a la hora de pronunciarse sobre la posible responsabilidad de éstos, pudiendo hacerlo en sentido contrario. La decisión que se adopte al respecto por el órgano de contratación no tiene, por consiguiente, naturaleza de resolución administrativa y aunque se considerase que es un acto administrativo de trámite impugnabile, los Tribunales de lo contencioso-administrativo sólo podrían pronunciarse sobre quién es el sujeto responsable⁶³¹. Sin embargo, si la Administración declara su propia responsabilidad sí será vinculante, no pudiendo atribuir con posterioridad la responsabilidad a los concesionarios y contratistas, ya que iría contra sus propios actos⁶³².

No sólo la naturaleza de la resolución del requerimiento se ha revelado como conflictiva, la posible impugnación judicial de la misma también. Para REBOLLO

⁶²⁸ Se informa sobre la identidad del contratista o concesionario, la posible existencia de subcontratista, dónde localizarlos así como si los daños son consecuencia de órdenes inmediatas y directas de la Administración o de vicios del proyecto, y por tanto, el daño es imputable a la Administración o no.

⁶²⁹ Frente a la redacción del art. 214.3 del TRLCSP que señalaba que el órgano de contratación en caso de requerimiento se pronunciará sobre a cuál de las partes corresponde la responsabilidad, dice que informa sobre esa cuestión (art. 196.3 de la LCSP).

GARCÍA ÁLVAREZ se muestra muy crítico con esta modificación que considera aparentemente formal pero que, en su opinión, esconde una alteración sustantiva en cuanto busca rectificar la postura jurisprudencial en virtud de la cual se declara la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando no ofrece una respuesta al perjudicado. Duda de que esta previsión legislativa vaya a lograr cambiar la línea jurisprudencial consolidada. GARCÍA ÁLVAREZ, G.; *op. cit.*, pp. 1316 a 1329.

⁶³⁰ ALONSO MAS, M. J. y NARBÓN LÁINEZ, E. J.; *op. cit.*, pp. 254 y ss.

⁶³¹ HORGUÉ BAENA, C.; *op. cit.*, p. 358; VILLALBA PÉREZ, F.; «Responsabilidad extracontractual...», *op. cit.*, p. 115.

⁶³² Según BUSTO LAGO, este es el único alcance real de esta resolución, cuando declara su propia responsabilidad. BUSTO LAGO, J. M.; «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1978; REBOLLO PUIG, M.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 30 a 33 y «La reclamación...», *op. cit.*, pp. 110 a 117.

PUIG⁶³³ al no tratarse de una verdadera reclamación ni de un acto administrativo, no sería impugnabile. Para GAMERO CASADO⁶³⁴ serían actos administrativos susceptibles de recurso la resolución del requerimiento que indique que el contratista es el causante de los daños o que entienda que no hay ningún tipo de responsabilidad; no así cuando se inste a la Administración a iniciar el procedimiento administrativo de responsabilidad por entender que es la responsable. Tampoco sería impugnabile en caso de que el sujeto lesionado esté en desacuerdo sobre el sujeto responsable, le bastará con instar la vía que estime pertinente para la reclamación. Según HORGUÉ BAENA⁶³⁵ si en el requerimiento se imputa el daño a la Administración funcionará como acto de trámite por el que se inicia el procedimiento administrativo de reclamación de responsabilidad. Sin embargo, si se entiende imputable al contratista y concesionario y el perjudicado se muestra disconforme podrá recurrir tal decisión ante el orden contencioso-administrativo ya que se trata de un acto de trámite que paraliza el procedimiento de reclamación de responsabilidad de la Administración. Otra parte de la doctrina⁶³⁶, siguiendo cierta jurisprudencia, entiende que la decisión que se adopte en el requerimiento será susceptible de las impugnaciones administrativas y jurisdiccionales (ante la jurisdicción contencioso-administrativa) que correspondan (art. 112 de la LPAC y artículos 1 y 25 de la LJCA).

Lo que no es posible es que la Administración no resuelva el requerimiento o se limite a declarar que no es responsable ya que se le suele atribuir la obligación de reparar el daño (SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 20 de junio de 2006 (RJ 2006, 3388); 24 de mayo de 2007 (RJ 2007\3691) o 30 de marzo de 2009 (RJ 2009/2528)).

El requerimiento, que es casi desconocido en la práctica⁶³⁷, no está exento de problemas. Es posible que el órgano de contratación determine que la responsabilidad es

⁶³³ REBOLLO PUIG, M.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 30 a 32.

⁶³⁴ GAMERO CASADO, E.; «Responsabilidad extracontractual...», *op. cit.*, pp. 2193 y 2194.

⁶³⁵ HORGUÉ BAENA, C.; *op. cit.*, pp. 358 y 359.

⁶³⁶ COBO OLVERA, T. Y COBO PERALTA, T. A.; *op. cit.*, p. 46; GUICHOT REINA, E.; *op. cit.*, p. 243; GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F.; *Responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, p. 57; BUSTO LAGO, J. M.; «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1978. GAMERO CASADO entiende que el requerimiento que pueden instar tanto el perjudicado como el contratista que ha pagado la indemnización previamente será impugnabile en la jurisdicción contencioso-administrativa en caso de que se excluya la responsabilidad por la Administración. GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, p. 129;

⁶³⁷ Como ha observado MAS CASANOVA al analizar la práctica consultiva de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña los particulares no hacen un uso general y sistemático del requerimiento, y cuando han recurrido a él, la Administración lo ha canalizado a través del procedimiento

del contratista correspondiéndole a la Administración por lo que el tercero vería rechazada su pretensión en el orden civil, debiendo iniciar un nuevo proceso en la vía competente. De esta forma, no se logrará poner fin al peregrinaje jurisdiccional que se quiere erradicar y se retrasaría la efectividad de la reparación⁶³⁸. O que en el requerimiento se reconozca la imputabilidad del daño a la Administración por ser consecuencia de una orden inmediata y directa, por ejemplo, y en el orden civil se haya condenado a pagar una indemnización al concesionario o contratista.

Por eso, como afirma GAMERO CASADO⁶³⁹, la aparente finalidad del requerimiento de dotar de seguridad jurídica al perjudicado que puede ignorar quién es el sujeto responsable y en consecuencia, la vía procedimental y jurisdiccional, sólo es paradójica *«las dudas de interpretación que suscita su aplicación, como la actitud que viene manifestando la Administración a la hora de tramitar estos requerimientos, no hacen sino incrementar la confusión del perjudicado.»*

3.3.2 Reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración Pública.

Si el daño es imputable a la Administración se deberá seguir el cauce previsto con carácter general para las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, con la particularidad de la obligatoria audiencia al contratista (artículos 32.9 de la LRJSP y 82.5 de la LPAC por remisión del art. 196.4 de la LCSP). Resulta así congruente con la unificación sustantiva y procedimental existente en esta materia. Según el art. 32.9 de la LRJSP: *«se seguirá el procedimiento previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para determinar la responsabilidad de las Administraciones Públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos cuando sean consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma sin perjuicio de las especialidades que, en su caso establezca el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se*

de responsabilidad patrimonial previsto en la LPAC. MAS CASANOVAS, F.; «Reclamaciones de responsabilidad patrimonial por actos de los concesionarios o contratistas de la Administración», *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 26 (2016). En <http://cja.gencat.cat> [Consultado el día 19 de abril de 2021], p. 158.

⁶³⁸ GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, op. cit., p. 125; HORGUÉ BAENA, C.; op. cit., p. 359; MORENO MOLINA, J. A. Y PLEITE GUADAMILLAS, F.; op. cit., p. 946; VILLALBA PÉREZ, F.; «Responsabilidad extracontractual...», op. cit., p. 115.

⁶³⁹ GAMERO CASADO, E.; «Responsabilidad extracontractual...», op. cit., p. 2192.

aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público» (en la actualidad, LCSP). A lo que añade el art. 82.5 de la LPAC que: *«será necesario en todo caso dar audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios.»* Siendo la resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial un acto que pone fin a la vía administrativa (art. 114.1.e) de la LPAC) queda expedita la vía contencioso-administrativa (sin perjuicio de la posible interposición del recurso potestativo de reposición). Su competencia resulta claramente del art. 9.4 de la LOPJ, del art.1 (en cuanto que la resolución se trata de un acto de la Administración sujeto al Derecho Administrativo) y art. 2.e) de la LJCA al ser materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública⁶⁴⁰.

Se pueden plantear varios escenarios:

a) El perjudicado plantee el requerimiento previo previsto en el art. 196.3 de la LCSP con objeto de conocer si el daño es imputable a la Administración. Precisamente el art. 32.9 de la LRJSP tiene en cuenta las especialidades previstas en la LCSP, refiriéndose con ello a la posibilidad de plantear el requerimiento previo⁶⁴¹.

Si del requerimiento resulta que el sujeto responsable es la Administración, la mayor parte de la doctrina entiende que ésta deberá iniciar el procedimiento administrativo de oficio (art. 65 de la LPAC) conforme a los trámites previstos en los artículos 32.9 de la LRJSP y 82.5 de la LPAC⁶⁴².

⁶⁴⁰ En el mismo sentido, GONZÁLEZ PÉREZ, J.; *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones...*, *op. cit.*, p. 251.

⁶⁴¹ GUICHOT REINA, E.; *op. cit.*, p. 243.

⁶⁴² Para PANTALEÓN PRIETO el requerimiento en este caso funcionaría como acto de trámite por el que se inicia el procedimiento administrativo, y que da entrada a la instrucción. PANTALEÓN PRIETO, A. F.; «Responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 411. En el mismo sentido, HORGUÉ BAENA que parece configurarlo en estos casos como obligatorio, lo que, en mi opinión iría contra la literalidad del precepto que establece claramente su carácter facultativo. HORGUÉ BAENA, C.; *op. cit.*, pp. 358 y 359; GONZÁLEZ PÉREZ, J.; *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones...*, *op. cit.*, p. 253; CARBAJO DOMINGO, M. A. Y VEGA FELGUEROSO, J.; «La responsabilidad del contratista en los Servicios Públicos (II)...», *op. cit.* Según PASTOR LÓPEZ *«no parece posible que el órgano de contratación pueda declararse responsable, es decir, contestar al requerimiento indicando que los daños son imputables a la Administración, sin que previamente se haya tramitado el procedimiento que determina el art. 1.3 RPR»* (actuales artículos 32.9 LRJSP y art. 82.5 LPAC). Entre las razones arguye que si la resolución del requerimiento es en el sentido de entender imputable el daño a la Administración, el posterior procedimiento administrativo de reclamación de responsabilidad deberá resolverse en sentido positivo; La reclamación administrativa sólo tendría por objeto cuantificar el daño y se habría procedido a declarar la existencia de responsabilidad sin contar con el preceptivo dictamen del Consejo de Estado; de resolver la reclamación en sentido contrario, vulneraría el principio de vinculación a los actos propios.

Asimismo, siguiendo la jurisprudencia mayoritaria, cuando la Administración incumpla su deber de pronunciarse sobre el requerimiento y dé la callada por respuesta o se limite a autoexonerarse de responsabilidad, la competencia la asume la jurisdicción contenciosa en tanto se suele atribuir la responsabilidad a la Administración (SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 22 de mayo de 2007 (RJ 2007\4954); 30 de marzo de 2009 (RJ 2009/2528); 11 de febrero de 2013 (RJ 2013\2084); 14 de octubre de 2013 (RJ 2013\6945).

b) No obstante, dado que el requerimiento es potestativo, es frecuente en la práctica que el interesado reclame directamente frente a la Administración en la vía administrativa, por entender que el daño le es imputable o, no es inusual, por ignorar la existencia de un contratista o concesionario o a quién es imputable el daño. En este caso:

b.1) Si la Administración considera que es el sujeto responsable tramitará el procedimiento dando audiencia al contratista de conformidad con lo previsto en los artículos 32.9 de la LRJSP y 82.5 de la LPAC, siendo la resolución que se dicte impugnabile en la jurisdicción contencioso-administrativa (artículos 1 y 2.e) de la LJCA y art. 9.4 de la LOPJ). Del mismo modo será recurrible la resolución por la que se desestima la reclamación por otros motivos ajenos a la posibilidad de imputación del daño al contratista. Por ejemplo, porque no concurren las causas para que exista responsabilidad.

b.2) Si la Administración no resuelve, la desestimación por silencio será recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 2.e) de la LJCA y art. 9.4 de la LOPJ).

b.3) Si se desestima por entender que el daño no le es imputable y que es atribuible al concesionario o contratista, la Administración, como ha apuntado la jurisprudencia, no puede limitarse a declarar su irresponsabilidad. El espíritu del art. 196.3 de la LCSP que quiere un pronunciamiento administrativo sobre la imputación del daño, unido a los

Para evitar que se vea vinculada por este acto de trámite lo más conveniente es que cuando entendiera que el daño le es imputable tramitara el requerimiento conforme a los artículos 32.9 LRJSP y art. 82.5 LPAC y se pronunciara sobre la existencia de responsabilidad y el quantum. Ello teniendo en cuenta que la LRJSP y la LPAC le permiten iniciar el procedimiento de oficio. PASTOR LÓPEZ, M.; *op. cit.*, pp. 516 y 517; GAMERO CASADO, E.; «Capítulo I. La estructura de la legislación sobre procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público y sus criterios de aplicación», en la obra colectiva *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tomo I, dirigida por GAMERO CASADO, E., Tirant Lo Blanch, 2017. En www.tirant.com [Consultado el día 20 de febrero de 2018], p. 2193.

principios de buena fe y confianza legítima, y de su procedimiento, en particular, impulso de oficio y poner en conocimiento de los interesados los defectos para que puedan subsanarlos, conllevan que la Administración haga un pronunciamiento en este sentido, derivando a los interesados al cauce procesal adecuado: al orden civil que será el competente para decidir sobre la procedencia de la indemnización y su cuantía (SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 20 de junio de 2006 (RJ 2006, 3388); 24 de mayo de 2007 (RJ 2007\3691) o 30 de marzo de 2009 (RJ 2009/2528)) (*Vid. Supra*, Capítulo V, 3.1.1). Aunque sea muy discutido, la legislación, en principio, no habilita a la Administración ni al orden contencioso-administrativo, si la resolución hubiera sido recurrida, para imponer al contratista el pago de la indemnización. El principal inconveniente para el perjudicado será que se puede encontrar con que ha seguido un proceso inútil y el largo peregrinaje jurisdiccional.

Sin embargo, la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 2 de junio de 2021 (JUR 2021\193107), en un caso en que se desestima la reclamación administrativa dirigida únicamente frente a la Administración por entender que la responsabilidad corresponde al contratista, considera, partiendo de esta jurisprudencia, que cabrá reclamar en el proceso contencioso-administrativo tanto frente a la Administración como frente a la contratista, al considerar que puede haber una concurrencia de culpas.

En caso de que se acumule la acción frente a la Administración y su aseguradora ésta será la vía procedimental y jurisdiccional (art. 9.4 de la LOPJ y art. 2.e) de la LJCA) pero si se ejercita la acción directa frente a la aseguradora podría ser el orden civil, aunque es muy discutible, el que conozca de la acción (art. 9.2 de la LOPJ) (*Vid. Capítulo VII, 6.4*).

Para aquellos que defienden que se reclame directamente la indemnización a la Administración sin perjuicio de actuar después en vía de regreso frente al contratista, éste será el procedimiento y la jurisdicción competente, en todo caso. En este sentido, se ha expresado de forma constante el Consejo de Estado (por todos, Dictamen nº 1116/2015, de 10 de marzo de 2016⁶⁴³) para el que así se mantiene una postura garantista para el ciudadano ya que con independencia de a quién corresponda finalmente asumir el pago de la indemnización (Administración o contratista), el perjudicado verá reparado el daño reclamando directamente a la Administración que

⁶⁴³ Así lo defendió también con relación al art. 1.3 del RPRP aunque era consciente de que la redacción del precepto podía generar dudas y confusión (Dictamen del Consejo de Estado nº 3/1993).

resolverá el procedimiento administrativo con audiencia al contratista. No tendrá que dirimir quién es el responsable, si la Administración o el contratista; o cuál es el régimen aplicable: será el administrativo; siguiéndose un mismo procedimiento: administrativo y orden jurisdiccional competente: el contencioso-administrativo. Sin embargo, esta doctrina como vimos *Supra* no es uniforme, encontrando en opinión del Consejo de Estado excepciones como los casos del mutualismo administrativo o los concesionarios de servicios y los contratos de servicios a la ciudadanía. En el mismo sentido se pronuncia el Consejo jurídico de la Región de Murcia en los Dictámenes nº 293/2020, de 23 de diciembre⁶⁴⁴ y nº 38/2021, de 23 de febrero.

En el Informe de 5 de marzo de 2015, sobre el Anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el Consejo de Estado propone una redacción alternativa al art. 75 del Anteproyecto y la derogación de los preceptos contradictorios de la LCSP con objeto de dar respuesta al problema del procedimiento cuando el daño es imputable al contratista o existan dudas de si es imputable a éstos, a la Administración o a ambos. Para reclamar los daños causados por concesionarios de servicios públicos o contratistas en ejecución de un contrato celebrado con la Administración, se deberá instar en todo caso el correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial previsto en la LPAC ante la Administración correspondiente, que resolverá con audiencia al contratista. La resolución que será vinculante tanto para el perjudicado como para el concesionario o contratista se pronunciará sobre si hay responsabilidad, a quién se imputan los daños y el importe indemnizatorio. En caso de disconformidad, ambos podrán acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa. Una vez firme, se podrá ejecutar por la Administración contratante conforme a lo previsto en la LPAC. Se añade un último apartado en el que plasma la jurisprudencia del TS: si formulada la reclamación la Administración da la callada por respuesta se entenderá que asume la responsabilidad

⁶⁴⁴ «III. En lo que se refiere al procedimiento, se ha seguido, en lo sustancial, lo establecido legal y reglamentariamente al respecto, constando la emisión del informe preceptivo de la Dirección General de Carreteras y el emplazamiento de los interesados, incluyendo a la entidad concesionaria del servicio, cuya existencia no enerva el deber de la Administración de pronunciarse sobre la existencia o no de su propia y directa responsabilidad frente al reclamante, según la doctrina jurisprudencial, sin perjuicio de que se pueda determinar en la misma resolución la responsabilidad última del contratista si así procediera, conforme en este punto con lo razonado por este Consejo Jurídico en numerosos Dictámenes análogos al presente, a los que nos remitimos; doctrina aplicable, como es el caso, a las relaciones entre Administración y contratista en interpretación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (art. 196.3)».

frente al perjudicado, sin perjuicio de la posterior acción de repetición frente al contratista, si el daño le fuera imputable.

3.3.3 Reclamación conjunta frente a la Administración y el concesionario o contratista.

En caso de que se reclame conjuntamente a ambas por entender que concurre responsabilidad tanto de la Administración como del concesionario o contratista y, en su caso, a sus compañías aseguradoras, la competencia es atraída por la jurisdicción contencioso-administrativa de conformidad con lo que prevé el art. 9.4 de la LOPJ y art. 2.e) de la LJCA. Esta es la vía más idónea si se quieren eludir los problemas derivados de la dualidad jurisdiccional.

Los Tribunales de lo contencioso-administrativo resolverían el fondo del asunto incluso aunque se excluya la responsabilidad de la Administración evitando así la ruptura de la continencia de la causa y el peregrinaje jurisdiccional puesto que, en caso contrario, debería entablar un proceso posterior ante la jurisdicción civil (SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 21 de noviembre de 2007 (RJ 2007\8464); 26 de septiembre de 2007 (RJ 2007\7088) o 2 de diciembre de 2010 [RJ 2010\8805]). No cabría la acumulación en el orden civil dada la prohibición de demandar a la Administración por este motivo ante el orden civil o social (art. 2.e) LJCA). Sin embargo, si se reclama conjuntamente frente al concesionario o contratista y la aseguradora de la Administración, se podría defender la competencia de la jurisdicción civil si se admite el ejercicio de la acción directa frente a la aseguradora ante este orden jurisdiccional, *Vid. Infra*, Capítulo VII, 6.4.

3.3.4 Reclamación únicamente frente a los concesionarios y contratistas.

Cuando la pretensión indemnizatoria se dirige exclusivamente frente al concesionario o contratista, ¿se deberá seguir el procedimiento administrativo o cabrá ejercitar la acción directamente ante el orden civil? El art. 123 de la LEF, al igual que hacía el art. 134 del RGCE, exige que la reclamación de los daños derivados de la ejecución del contrato administrativo, con independencia de que fueran atribuibles a la Administración o contratista, se planteara directamente ante el órgano de contratación que se pronunciaría tanto sobre la existencia de responsabilidad como sobre el sujeto responsable de los daños (Administración o contratista) y el quantum indemnizatorio,

siendo la resolución administrativa vinculante e impugnabile en la vía contencioso-administrativa en todo caso. Por tanto, único procedimiento, el administrativo, para declarar la responsabilidad exclusiva de la Administración, del contratista o de ambos y una misma jurisdicción competente. Ni la LCAP ni ninguna de las posteriores que han venido a sustituirla han derogado expresamente lo dispuesto en el art. 123 de la LEF. Sin embargo, al ser aplicable el art. 98 de la LCAP (art. 196 de la actual LCSP) a cualquier contrato administrativo, incluyendo la concesión de servicios públicos, y dada la incompatibilidad entre uno y otro, hay que entenderlo tácitamente derogado⁶⁴⁵, aunque tampoco existe unanimidad doctrinal al respecto, como veremos. Empero sería conveniente, para dotar al sistema de una mayor claridad y seguridad jurídica, que se produjera la derogación expresa⁶⁴⁶.

Frente a la reclamación administrativa y competencia del orden contencioso-administrativo prevista en el art. 123 de la LEF, el art. 196.3 de la LCSP lo único que contempla es la posibilidad de plantear un requerimiento previo, anterior a la reclamación administrativa o judicial de los daños y potestativo, no obligatorio como exige el art. 123 de la LEF. El pronunciamiento del órgano de contratación se limita a informar sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad por los daños (la Administración o el contratista), sin entrar a valorar la procedencia de la indemnización ni su cuantificación, como sucede en el art. 123 de la LEF. El juego combinado de los artículos 196.3 y 4 de la LCSP y artículos 32.9 de la LRJSP y 82.5 de la LPAC llevan a interpretar en este sentido el art. 190 de la LCSP cuando incluye entre las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos la de «*declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato*». La Administración carece de competencia para declarar la responsabilidad e imponer la indemnización al contratista. Además, la decisión no llega a tener carácter vinculante para los concesionarios y contratistas como si tiene la resolución del art. 123 de la LEF. El alcance de la resolución del requerimiento será, por tanto, mucho más limitado que el

⁶⁴⁵PANTALEÓN PRIETO, A. F.; «Responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 410; GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, p. 132; HORGUÉ BAENA, C.; *op. cit.*, p. 356; VILLALBA PÉREZ, F.; «Responsabilidad extracontractual...», *op. cit.*, p. 97. Por su parte, CANTERO MARTÍNEZ ha señalado que tras la LCAP en la práctica ha dejado de aplicarse el sistema arbitral previsto en el art. 123 LEF. CANTERO MARTÍNEZ, J.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 229; GONZÁLEZ PÉREZ, J.; *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones...*, *op. cit.*, p. 252; PASTOR LÓPEZ, M.; *op. cit.*, pp. 505 y 522.

⁶⁴⁶ En el mismo sentido, HORGUÉ BAENA, C.; *op. cit.*, p. 361; GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, p. 133.

de la reclamación prevista en el art. 123 de la LEF⁶⁴⁷. Con estos argumentos, la conclusión no puede ser otra que la competencia para decidir sobre la responsabilidad del contratista ya no corresponde a la Administración. A esto se añade que el art. 196.4 de la LCSP se remite a la legislación aplicable a cada supuesto en lo que respecta al procedimiento a seguir para la reclamación de los daños, por tanto, no necesariamente está aludiendo a la normativa administrativa⁶⁴⁸.

Según los artículos 32.9 de la LRJSP y 82.5 de la LPAC⁶⁴⁹ se deberá seguir el procedimiento administrativo de la LPAC con audiencia al contratista cuando los daños y perjuicios causados en ejecución del contrato sean imputables a la Administración. Si interpretamos estos preceptos a *sensu contrario*, cuando los daños son imputables al concesionario o contratista no será aplicable lo dispuesto en la LRJSP y LPAC y no deberá seguirse el citado procedimiento. Por tanto, no existiendo una norma que someta al procedimiento administrativo los supuestos en que los daños aparezcan imputables *prima facie* a los concesionarios y contratistas (ya que el art. 123 LEF hay que entenderlo derogado tácitamente); no tratándose de responsabilidad patrimonial de la Administración porque el contratista o concesionario no tiene la consideración de Administración (art. 2 de la LPAC y LRJSP y art. 1.2 LJCA) (criterio utilizado para atribuir la competencia al orden contencioso-administrativo⁶⁵⁰ [art. 2.e) LJCA y art. 9.4 LOPJ]); ni tampoco de actos de control o fiscalización dictados por la Administración respecto de los dictados por los concesionarios de los servicios públicos en el ejercicio de potestades administrativas⁶⁵¹ (art. 2.d) de la LJCA) y, siendo sujetos privados, la consecuencia lógica es la afirmación de la competencia de la jurisdicción civil⁶⁵² para

⁶⁴⁷ PASTOR LÓPEZ, M.; *op. cit.*, p. 522.

⁶⁴⁸ HORGUÉ BAENA, C.; *op. cit.*, p. 357.

⁶⁴⁹ Si quedaba duda sobre si la derogación tácita del art. 123 LEF se hubiera hecho mediante Reglamento (art. 1.3 del RPRP), en la actualidad, queda claro que se realiza por Ley.

⁶⁵⁰ Como afirma GAMERO CASADO: «el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa se delimita primordialmente con criterios subjetivos, correspondiéndole conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho administrativo (art. 1 LJCA. Esto supone que sólo excepcionalmente corresponde a esta jurisdicción conocer de pretensiones relaciones con sujetos de Derecho privado, o en las que no se aplique el Derecho administrativo». GAMERO CASADO, E.; «Responsabilidad extracontractual...», *op. cit.*, p. 2198.

⁶⁵¹ Recuérdese que el art. 184 del RLCAP permite reclamar ante la Administración concedente los actos dictados por el concesionario de servicios públicos en el ejercicio de las facultades de policía que se le atribuyan.

⁶⁵² MARTÍN REBOLLO, L.; «Ayer y hoy...», *op. cit.*, pp. 303 y 304; HORGUÉ BAENA, C.; *op. cit.*, pp. 354 a 361 y 365; GUICHOT REINA, E.; *op. cit.*, p. 243; SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, pp. 961 y 962; COBO OLVERA, T. Y COBO PERALTA, T. A.; *op. cit.*, pp. 46 a 48; PANTALEÓN PRIETO, A. F.; «Responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 410 y 411; GUDÍN R-MAGARIÑOS, A. E.; *op. cit.*, p. 503; Según GONZÁLEZ PÉREZ la posibilidad de plantear

conocer de las reclamaciones que se planteen únicamente frente a los concesionarios y contratistas (art. 9.2 de la LOPJ). Son abundantes el número de sentencias y autos del TS que apuntan en este sentido. Si se reclama conjuntamente al contratista y a la Administración la competencia corresponde, en cambio, al orden contencioso-administrativo (STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 2 de octubre de 2009 (RJ 2010\956); SSTS (Sala de lo Civil), 3 de julio de 2008 (RJ 2008\3322); 3 de septiembre de 2012 (RJ 2012\10132) o 22 de octubre de 2012 (RJ 2012\10412); Auto del TS (Sala de Conflictos de Competencia), 20 de julio de 2012 (JUR 2012\305675) o 24 de abril de 2015 (JUR 2015/122405) que con abundante cita de otros anteriores, afirma partiendo de la regulación prevista en los art. 9.4 de la LOPJ y 2.e) de la LJCA:

«esta Sala de Conflictos viene manteniendo, de forma reiterada, que corresponde al Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo el conocimiento de las reclamaciones que, por responsabilidad patrimonial, se dirijan contra las Administraciones Públicas, bien individualmente, bien conjuntamente contra la aseguradora y los particulares que hayan causado o contribuido a la producción del daño.»

Sin embargo, cuando la acción de responsabilidad se ejercita única y exclusivamente contra personas jurídicas privadas (concesionaria y/o aseguradora), opción que compete a la reclamante, su conocimiento viene atribuido al Orden Jurisdiccional Civil.

el requerimiento previo presupone la dualidad jurisdiccional dependiendo del sujeto responsable, tratando de evitar que se adopte una decisión equivocada. GONZÁLEZ PÉREZ, J.; *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones...*, *op. cit.*, pp. 250 a 254; PASTOR LÓPEZ, M.; *op. cit.*, pp. 505, 515 y 525; GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F.; *Responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 57 y 58; MORENO MOLINA, J. A. Y PLEITE GUADAMILLAS, F.; *op. cit.*, pp. 943 a 950; CARBAJO DOMINGO, M. A. Y VEGA FELGUEROSO, J.; «La responsabilidad del contratista en los Servicios Públicos (I)...», *op. cit.* y «La responsabilidad del contratista en los Servicios Públicos (II)...», *op. cit.*; GÓMEZ LIGÜERRE, C.; *Derecho aplicable...*, *op. cit.*, pp. 221 a 223; BUSTO LAGO, J. M.; «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1977; MIR PUIGPELAT, O.; «La reforma del...», *op. cit.*, pp. 1032 y 1033; ESPINOSA FERNÁNDEZ, F.; «II.1 Régimen jurídico...», *op. cit.*, p. 141; CUETO PÉREZ, M.; «Responsabilidad patrimonial de la Administración y gestión privada...», *op. cit.*, pp. 355 a 357; VILLALBA PÉREZ, F.; «Responsabilidad extracontractual...», *op. cit.*, pp. 89, 90, 121, 126 y 127; GAMERO CASADO, E.; «Responsabilidad extracontractual...», *op. cit.*, pp. 2174 a 2200.

El art. 98.3 de la LCAP disponía que el planteamiento del requerimiento interrumpía el plazo de prescripción de la acción civil. Esta mención era utilizada como argumento por la doctrina para defender la competencia de la jurisdicción civil. HORGUÉ BAENA, C.; *op. cit.*, pp. 356 y 357; GUDÍN RMAGARIÑOS, A. E.; *op. cit.*, p.483. El Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que vino a derogar la LCAP eliminó el término «civil» aludiendo únicamente a la prescripción de la «acción». Lo que, en opinión de algunos autores que se mostraban en contra de la competencia del orden civil, debilitaba aún más la defensa de la jurisdicción civil como la competente. REBOLLO PUIG, M.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 30.

*Al efecto cabe citar los Autos de esta Sala Especial de Conflictos de Competencia de 19 de noviembre de 2007 (Conflicto Competencia 17/07), 19 de febrero de 2008 (CC (LEG 1889, 27) 39/07), 22 de septiembre de 2008 (CC 14/08), 18 de diciembre de 2009 (CC 14/09), 28 de junio de 2010 (CC 4/10), 19 de diciembre de 2013 (CC 25 y 36/13), 12 de junio de 2014 (CC 41/13) y 4 de diciembre de 2014 (CC 25/14).»» En contra se muestra el Consejo de Estado (*Vid. Supra*, Capítulo V, 3.3.2) y el Consejo Consultivo de Andalucía⁶⁵³.*

Como ha señalado HORGUÉ BAENA⁶⁵⁴, la posible impugnación de lo decidido en el requerimiento en la vía contencioso-administrativa no sería argumento suficiente para afirmar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para el enjuiciamiento de la responsabilidad de los concesionarios y contratistas. En primer lugar, porque el requerimiento es meramente potestativo, por lo que se podría optar por no plantearlo y ejercitar la acción directamente en la vía civil. En segundo lugar, porque el pronunciamiento de los jueces del orden contencioso-administrativo debe quedar limitado a la concreción del sujeto responsable (Administración o contratista/concesionario), que es a lo que se circunscribe el requerimiento. No se trata de una reclamación previa como la del art. 123 de la LEF que abría la puerta a la vía contencioso-administrativa. Para que se pudiera atribuir la competencia al orden jurisdiccional contencioso-administrativo sería necesario que existiera una ley que expresamente lo dispusiera⁶⁵⁵.

Por consiguiente, ante este cuadro, cabrían dos opciones:

1. Ejercitar directamente la acción en la vía civil por entender que el daño es imputable a los concesionarios o contratistas sin tramitar requerimiento previo ante el órgano de contratación. El principal riesgo en este caso es que la sentencia sea desestimatoria por entender que no hay responsabilidad de éstos, sino que es atribuible a la Administración. Deberá iniciarse entonces el correspondiente procedimiento

⁶⁵³ Afirma el Consejo Consultivo de Andalucía que aunque esta es una de las interpretaciones posibles de la LCSP, tras la unificación jurisdiccional llevada a cabo en virtud de los artículos 9.4 de la LOPJ y 2.e) de la LJCA no es posible recurrir a los tribunales civiles para ejercitar la acción. Memoria del Consejo Consultivo de Andalucía año 2018, p. 123. Se puede consultar en <https://www.consejoconsultivodeandalucia.es/wp-content/uploads/2019/07/Memoria-2018-con-marcadores.pdf>

⁶⁵⁴ HORGUÉ BAENA, C.; *op. cit.*, pp. 357 y 358.

⁶⁵⁵ *Ibid.*, p. 356; PASTOR LÓPEZ, M.; *op. cit.*, p. 522.

administrativo (artículos 32.9 de la LRJSP y 82.5 de la LPAC)⁶⁵⁶ lo que conduciría a un nuevo peregrinaje jurisdiccional con el consiguiente retraso en la reparación del daño y el riesgo de que la acción haya prescrito. No obstante, dada la confusión existente en cuanto al orden jurisdiccional competente en este sentido, la jurisprudencia ha entendido que la reclamación en la vía civil frente al concesionario o contratista interrumpe el plazo de prescripción frente a la Administración. *Vid.* por todas, STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 23 de abril de 2008 (RJ 2008/2731); 17 de julio de 2012 (RJ 2012/7910) o 18 de diciembre de 2017 (RJ 2017\5728)⁶⁵⁷.

2. Interponer el requerimiento previo en el que si se concluye que el daño es imputable al contratista o concesionario, se remite al perjudicado a la vía civil. El principal inconveniente es el mayor lapso de tiempo para obtener una respuesta. Si se admite la impugnación del requerimiento previo podrían plantearse problemas de difícil solución. ¿Podría el perjudicado incoar directamente el proceso civil si el concesionario o contratista hubiera impugnado lo decidido en el requerimiento en la vía contencioso-administrativa⁶⁵⁸? Teniendo en cuenta que el juez civil no está vinculado por lo resuelto en el requerimiento, de admitirse, se podría correr el grave riesgo de que en la jurisdicción contencioso-administrativa se declare que no es imputable el daño al contratista o concesionario, pero que el juez civil en la sentencia sí lo haya condenado.

En conclusión, la opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria (*Vid. Supra*)⁶⁵⁹ es que existe un sistema dual para exigir la responsabilidad por los daños ocasionados en ejecución de un contrato administrativo en función de quién haya de ser el sujeto responsable, Administración o contratista, quedando a libre elección y riesgo del perjudicado optar por una u otra vía. Si es imputable el daño a la Administración el procedimiento a seguir es el establecido en los artículos 32.9 LRJSP y art. 82.5 LPAC

⁶⁵⁶ Téngase en cuenta que el orden civil no puede conocer de la responsabilidad patrimonial de la Administración (art. 2.e) de la LJCA).

⁶⁵⁷ Señala al respecto: «*se produce la interrupción de la prescripción en virtud de cualquier «reclamación que manifiestamente no aparezca como no idónea o improcedente encaminada a lograr el resarcimiento del daño o perjuicio frente a la Administración responsable, siempre que comporte una manifestación de la voluntad de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración por alguna de las vías posibles para ello».*

⁶⁵⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, J.; *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones...*, *op. cit.*, p. 253; COBO OLVERA, T. Y COBO PERALTA, T. A.; *op. cit.*, p. 46.

⁶⁵⁹ Es clara al respecto la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 25 de octubre de 2016 (RJ 2016\5566), fº jº 5º: «*Así pues, cuando el daño se impute a un concesionario --o contratista--, de conformidad con lo establecido en los mencionados preceptos, el perjudicado ha de dirigirse contra la Administración titular del servicio y otorgante de la concesión; debiendo ésta, con audiencia de todas las partes afectadas, determinar si la imputación del daño ha de realizarse, conforme a ese sistema de reparto de responsabilidad, bien al concesionario o a la Administración; dejando abierta la vía civil para aquel primer caso y la vía administrativa para la segunda.»*

cuya resolución es impugnabile en la jurisdicción contencioso-administrativa. Si es imputable al contratista o el concesionario la exigencia de responsabilidad deberá ventilarse en la vía civil. Si se reclama frente a ambos, lo será la contencioso-administrativa (art. 9.4 de la LOPJ y art. 2.e) LJCA). Ello sin perjuicio de que previamente, con carácter potestativo, se pueda instar el requerimiento previo. Si se ejercita acción directa únicamente frente a la aseguradora de la Administración o del concesionario o contratista, sola o junto a éstos, el ejercicio de la acción directa se podrá residenciar, aunque en algunos casos de forma discutida, en el orden civil⁶⁶⁰ (*Vid.* Capítulo VII, 6.4). Este sistema conlleva una nueva quiebra en la pretendida unidad jurisdiccional.

Que la determinación de la competencia jurisdiccional venga establecida en función del sujeto responsable plantea algunos inconvenientes prácticos⁶⁶¹, teniendo en cuenta que el tercero puede desconocer que el servicio se está prestando en régimen de gestión indirecta o incluso conociéndolo, ignore quién es el sujeto responsable. La elección de la vía jurisdiccional errónea puede avocarlo a un peregrinaje jurisdiccional no conforme con el derecho a la tutela judicial efectiva. Ante este complejo escenario, la posibilidad de ejercitar el requerimiento previo tampoco resuelve como hemos visto todos los problemas⁶⁶², menos aún con la actitud que suele manifestar la Administración frente al mismo (no resuelve o se limita a eximir su responsabilidad). Ello supondrá someter al

⁶⁶⁰ Se podrían dar múltiples supuestos:

- Ejercicio de la acción directa frente a la aseguradora de la Administración en caso de entender a ésta responsable.
- Ejercicio de la acción directa únicamente frente a la aseguradora del concesionario o contratista en caso de entender que éstos son los responsables.
- Demanda conjunta frente a los concesionarios o contratistas junto con su asegurador.
- Demanda conjunta frente a los concesionarios o contratistas junto con la aseguradora de la Administración.
- Demanda conjunta de la aseguradora de la Administración y de los concesionarios o contratistas.
- Demanda conjunta de la Administración y la aseguradora del concesionario o contratista.

⁶⁶¹HORGUÉ BAENA, C.; *op. cit.*, p. 359 y 366; GUDÍN R-MAGARIÑOS, A. E.; *op. cit.*, p. 484; Para VILLALBA PÉREZ genera graves disfunciones y falta de justicia material, VILLALBA PÉREZ, F.; «Responsabilidad extracontractual...», *op. cit.*, pp. 89 y 126; ALEGRE ÁVILA, J. M.; «La responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *REDA*, nº 126 (2005). En www.aranzadidigital.es [Consultado el día 11 de octubre de 2017] y «El aseguramiento de la responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública: procedimiento y jurisdicción», *Derecho y Salud*, Vol. 13, nº 1 (2005). En [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/2005-numero1%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/2005-numero1%20(2).pdf) [Consultado el día 11 de octubre de 2017].

⁶⁶²GONZÁLEZ PÉREZ, J.; *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones...*, *op. cit.*, p. 252; DE LA TORRE NIETO, J. L.; «La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas de la administración por daños causados a terceros» en la obra colectiva *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas* dirigida por BELLO JANEIRO, D., Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1999, pp. 349 y ss.

perjudicado, la parte potencialmente más débil, a un largo íter procedimental y procesal que provocará un retardo en la obtención del resarcimiento de los daños⁶⁶³.

Dado que este sistema de reparto jurisdiccional puede resultar insatisfactorio, parte de la doctrina ha intentado interpretaciones diferentes. Así BELADÍEZ ROJO⁶⁶⁴, apartándose de una interpretación literal de los preceptos que en su opinión llevaría a resultados injustos, defendió que el art. 98 de la LCAP estableció un sistema de doble jurisdicción. El perjudicado podía optar por reclamar los daños, fueran imputables a la Administración o al concesionario o contratista, tanto ante la jurisdicción civil como ante la contencioso-administrativa, debiendo seguirse en este caso el procedimiento administrativo del art. 123 de la LEF y supletoriamente lo previsto en el art. 1.3 del RPRP.

Para SERRERA CONTRERAS⁶⁶⁵, EMBID⁶⁶⁶, CANTERO MARTÍNEZ⁶⁶⁷, ALEGRE ÁVILA⁶⁶⁸, GARBERÍ LLOBREGAT⁶⁶⁹, ALONSO MÁS y NARBÓN LAÍNEZ⁶⁷⁰ o REBOLLO PUIG no se altera el sistema de reclamación previsto en la LEF. Será la Administración la que, en todo caso, resolverá sobre la procedencia de la indemnización, así como sobre quién deba pagarla dejando abierta tanto para el particular como al concesionario o contratista la vía contencioso-administrativa para su impugnación.

⁶⁶³ Vid. sobre todas estas cuestiones, ALONSO MAS, M. J. y NARBÓN LAÍNEZ, E. J.; *op. cit.*

⁶⁶⁴ BELADÍEZ ROJO, M.: *op. cit.*, pp. 232 a 264.

⁶⁶⁵ SERRERA CONTRERAS, P. L.; «La responsabilidad del contratista en la novísima legislación de contratos del Estado», *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 23 (1995), pp. 11-21.

⁶⁶⁶ EMBID IRUJO, A.; «Los servicios públicos del agua: problemática jurídica con atención especial al abastecimiento y la depuración de las aguas residuales», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 9 (1997), pp. 37, 38 y 39.

⁶⁶⁷ CANTERO MARTÍNEZ, J.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 230.

⁶⁶⁸ Para ALEGRE ÁVILA, a pesar de que del tenor literal de la norma se desprende la dualidad jurisdiccional, para evitar los inconvenientes que plantea y en consonancia con el establecimiento de la unidad jurisdiccional, el requerimiento se planteará conforme a lo establecido en la LRJSP y LPAC (en su redacción actual). «El aludido requerimiento, antes que una modalidad de reclamación administrativa previa a la vía judicial civil, se configuraría como verdadero y propio ejercicio de la única acción de responsabilidad existente, la que se desenvuelve en la secuencia procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial/impugnación contencioso-administrativa.» ALEGRE ÁVILA, J. M.; «La responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *REDA*, nº 126 (2005). En www.aranzadigital.es [Consultado el día 11 de octubre de 2017] y «El aseguramiento de la responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública: procedimiento y jurisdicción», *Derecho y Salud*, Vol. 13, nº 1 (2005). En [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/2005-numero1%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/2005-numero1%20(2).pdf) [Consultado el día 11 de octubre de 2017].

⁶⁶⁹ GARBERÍ LLOBREGAT, J.; «Acciones de...», *op. cit.*, p. 121.

⁶⁷⁰ ALONSO MAS, M. J. y NARBÓN LAÍNEZ, E. J.; *op. cit.*, pp. 321 a 326.

Para REBOLLO PUIG⁶⁷¹ la situación generada por la nueva normativa no supuso un cambio sustancial. En primer lugar, el requerimiento previo previsto en el apartado 3 del art.214 del TRLCSP no es un procedimiento de reclamación de responsabilidad, se trata de una consulta que carece de carácter vinculante. En segundo lugar, el art. 1.3 del RPRP (actuales artículos 32.9 de la LRJSP y 82.5 de la LPAC) somete al procedimiento administrativo la exigencia de responsabilidad de la Administración aun cuando los daños se hayan ocasionado en ejecución de un contrato, pero no se ocupa de si ha de seguirse cuando la responsabilidad se atribuya al contratista⁶⁷². Por tanto, con independencia de quien sea el sujeto responsable, Administración o contratista, habrá de tramitarse el correspondiente procedimiento administrativo general, al que se remite implícitamente el art. 123 de la LEF que sigue vigente⁶⁷³, si bien con las especialidades previstas en el mismo (competencia del órgano de contratación y audiencia al contratista). La resolución será impugnabile en la vía contencioso-administrativa tanto por el perjudicado como por el concesionario o contratista. Con este régimen, como señala el propio autor, ninguna utilidad tendría el requerimiento previo ni la remisión que el apartado 4 del art. 214 TRLCSP hace a la legislación aplicable a cada supuesto puesto que es la misma en ambos casos. Por ello insta al legislador a que clarifique la regulación en este sentido que es el que mejor concuerda con el sometimiento del contratista al régimen sustantivo de Derecho público derivado del art. 106.2 de la CE. Además, ofrece una mayor seguridad a los perjudicados ya que elimina las dudas sobre contra quién debe dirigirse la acción y a través de que vía. Esta línea parece seguir el Consejo Consultivo de Andalucía⁶⁷⁴ o la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña⁶⁷⁵ que rechazan la competencia de la jurisdicción civil para conocer de la responsabilidad frente al contratista en tanto los artículos 9.4 de la LOPJ y 2.e) de la LJCA llevaron a cabo la unidad jurisdiccional en el orden contencioso-administrativo.

⁶⁷¹ REBOLLO PUIG, M.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 30 a 33 y «La reclamación...», *op. cit.*, pp. 104, 105, 110 a 117 y 235. En similar sentido, ALONSO MAS, M. J. y NARBÓN LÁINEZ, E. J.; *op. cit.*, pp. 326 a 321.

⁶⁷² En opinión de REBOLLO PUIG el Reglamento carecía de habilitación para abordar una materia que no había sido tratada en la LRJPAC pero no cabe deducir a sensu contrario que no se siga el procedimiento administrativo. REBOLLO PUIG, M.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 31.

⁶⁷³ No se puede entender derogado ni expresa ni implícitamente por ser compatible con el art. 98.3 y 4 de la LCAP (el art. 134 del RGCE fue derogado expresamente un año después a la publicación del artículo del autor). En este sentido, Dictamen del Consejo de Estado de 3 de noviembre de 1994. REBOLLO PUIG, M.; «La reclamación...», *op. cit.*, p. 110.

⁶⁷⁴ Su doctrina aparece resumida en la Memoria del Consejo Consultivo Andalucía año 2019, pp. 115 y 116. Se puede consultar en <https://www.consejoconsultivodeandalucia.es/wp-content/uploads/2015/12/Memoria-Anual-2004.pdf>

⁶⁷⁵ Sobre la doctrina establecida al respecto por la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña y su evolución *vid.*, MAS CASANOVAS, F.; *op. cit.*, pp. 149 a 157.

NARBÓN LAINEZ⁶⁷⁶, aunque reconoce la posibilidad de demandar al contratista o concesionario y su aseguradora en la vía civil, entiende que el problema debe ser abordado desde la óptica del perjudicado. De tal forma que, cuando desconoce la existencia del contratista o no sabe a quién corresponde la responsabilidad, en una interpretación integradora del apartado 3 y 4 del art. 196 de la LCSP y art. 32.9 de la LRJSP, se debe admitir que reclame frente a la Administración que resolverá, trayendo al contratista al procedimiento administrativo, sobre la procedencia de la indemnización y quién debe pagarla. Resolución que deja abierta la vía de la jurisdicción contencioso-administrativa.

RIVERA FRADE⁶⁷⁷ destaca que a pesar de las dudas que puede generar el que el art. 196.3 de la LCSP haya sustituido la expresión «se pronuncia» por la de «informe», la Administración como órgano de contratación ante el que el particular plantea la reclamación, deberá resolver tanto sobre la procedencia de la indemnización como el sujeto responsable. Al menos en el ámbito autonómico gallego, que es el que analiza, quedan resueltas todas las dudas, según su parecer, en la Ley de garantía de calidad de los servicios (*Vid. Supra*, Capítulo V, 2.6). El perjudicado puede optar por plantear reclamación de responsabilidad patrimonial en la que la Administración resolverá si existe responsabilidad patrimonial de la Administración o del contratista, ordenándole, en este último caso, el pago de la indemnización (art. 40.1 y 2 y art. 41.1, 2 y 3 de la Ley de garantía de calidad de los servicios). Pero también podrá exigir la responsabilidad del contratista en la vía civil. Cuando el art. 40.1 de la Ley de garantía de calidad de los servicios deja a salvo «*el derecho de las personas usuarias a reclamar contra el prestador del servicio en la vía jurisdiccional que corresponda en los casos en que no se pretenda la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración*», según la autora, no está imponiendo la obligación de reclamar frente a los contratistas en la jurisdicción civil puesto que ello supondría vaciar de contenido las previsiones legales citadas anteriormente. Estos preceptos deben ser interpretados en el sentido de que, si se ha instado un procedimiento administrativo, la Administración deberá pronunciarse también sobre el quantum indemnizatorio en caso de que la responsabilidad sea atribuible al contratista, sin necesidad de tener que acudir al orden civil salvo que el perjudicado haya optado voluntariamente por dirigirse directamente frente al contratista en la citada jurisdicción (Doctrina plasmada por la propia autora en

⁶⁷⁶ NARBÓN LAINEZ, E.; *op. cit.*, pp. 23 a 27, 46 a 48 y 57.

⁶⁷⁷ RIVERA FRADE, M. D.; «Responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 372 a 375 y 387.

la STSJ Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 19 de diciembre de 2018 (JUR 2019\18046). En contra, según la autora, se muestra el Consejo Consultivo de Galicia en el Dictamen nº 364/2018, de 7 de noviembre de 2018 que entiende que el pronunciamiento de la Administración debe quedar limitado a la declaración de responsabilidad del contratista quedando abierta, en ese caso, la vía civil. Sin embargo, en el reciente Dictamen nº 26/2020, de 19 de febrero, se concreta la cuantía indemnizatoria y se impone su pago al concesionario. En esta dirección se manifiesta el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, que en una interpretación de los artículos 97.3 y 4 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (actual art. 196.3 y 4 de la LCSP) conforme con el derecho a la tutela judicial efectiva entiende que se ha establecido un sistema de doble jurisdicción a elección del demandado: la vía contencioso-administrativa que podrá conocer de la responsabilidad tanto de los sujetos públicos como privados o la vía civil, sólo para los sujetos privados. Ahora bien, si es la Administración la que ha pagado la indemnización deberá ejercitar acción de regreso frente al contratista⁶⁷⁸.

Otro sector doctrinal, entre los que están CUETO PÉREZ⁶⁷⁹, GONZÁLEZ PÉREZ⁶⁸⁰ y CASARES MARCOS⁶⁸¹, aunque de *lege lata* se alinean con la postura mayoritaria, de *lege ferenda* defienden la necesidad de que exista un único procedimiento de responsabilidad patrimonial: el administrativo, una única jurisdicción competente: la contencioso-administrativa y, un solo régimen jurídico aplicable tanto a los contratistas y concesionarios que prestan el servicio público como a la Administración. VILLALBA PÉREZ⁶⁸² reconduce la reclamación a la vía administrativa y contencioso-administrativa proponiendo que se deba reclamar directamente frente a la Administración sin perjuicio de la posterior acción de regreso frente al concesionario o contratista. Por su parte, GAMERO CASADO⁶⁸³ hace

⁶⁷⁸ Memoria del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana año 2004, p. 101. Se puede consultar en: <https://www.cjccv.es/pdfs/mem/Memoria2004.pdf#page=93>

⁶⁷⁹CUETO PÉREZ, M.; «Responsabilidad patrimonial de la Administración y gestión privada...», *op. cit.*, pp. 355 a 357 y «Unidad jurisdiccional...», *op. cit.*, pp. 707, 712 a 714.

⁶⁸⁰ GONZÁLEZ PÉREZ aconseja como solución práctica que se admita la iniciación del procedimiento administrativo previsto en la LPAC. GONZÁLEZ PÉREZ, J.; *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones...*, *op. cit.*, p. 254.

⁶⁸¹ CASARES MARCOS pone de relieve los problemas que genera la dualidad jurisdiccional. CASARES MARCOS, A. B.; *op. cit.*, pp. 1542 a 1544.

⁶⁸² VILLALBA PÉREZ, F.; «Responsabilidad extracontractual...», *op. cit.*, pp. 89, 90, 121, 126 y 127.

⁶⁸³ GAMERO CASADO, E.; «Responsabilidad extracontractual...», *op. cit.*, pp. 2174 a 2200. Abandona así su propuesta inicial de que los daños tuvieran que ser reclamados siempre en el orden civil frente al contratista, que es el que ocasiona el daño, sin perjuicio de la posterior acción de regreso frente a la

dependen el régimen sustantivo y la vía procedimental y procesal del tipo contractual. Así mientras que si se trata de un contrato de obras, de concesión de obras y de servicios y contratos de servicios a la ciudadanía la responsabilidad del contratista se sujeta a las reglas jurídico-administrativas. Se deberá tramitar el procedimiento de reclamación en la vía administrativa en el que, con audiencia del contratista, se le impondrá el deber de reparar a la Administración, al contratista o a ambos, siendo susceptible de impugnación la resolución en el orden contencioso-administrativo, aunque se hubiera declarado la responsabilidad exclusiva del contratista. En el resto de contratos administrativos típicos, así como los especiales, el contratista queda sometido a las reglas de responsabilidad de Derecho civil, juzgándose en el orden jurisdiccional civil. No se le escapa al autor la inseguridad jurídica que puede generar este sistema en que el lesionado tiene que indagar las condiciones en que se estaba ejecutando el contrato para poder instar la vía procedente.

3.4 Nuestra postura.

Como hemos expuesto *Supra* Capítulo V, 3.3.4, coincidimos con la doctrina mayoritaria en que de la legislación actual, aunque de forma bastante confusa, resulta que la Administración y los concesionarios y contratistas responderán en aquellos casos en los que le sea imputable el daño, siendo diferente el procedimiento y la jurisdicción competente (civil o administrativo y contencioso-administrativo), sin perjuicio de la posibilidad de plantear el requerimiento previo.

No obstante, como hemos puesto de manifiesto este régimen plantea numerosas dificultades que pueden obstaculizar la realización efectiva de los derechos y garantías reconocidos constitucionalmente a los terceros lesionados como consecuencia del funcionamiento de un servicio público. Por ello, de *lege ferenda* consideramos que se debería seguir la propuesta realizada por el Consejo de Estado, similar al régimen previsto en el art. 123 de la LEF y el art. 134 del RGCE, y a lo previsto en la Ley de garantía de calidad de los servicios gallega. El perjudicado, con independencia de que los daños sean imputables a la Administración o al concesionario o contratista, deberá instar, en todo caso, el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial ante la Administración competente que resolverá, previa audiencia al contratista, sobre

Administración si resulta ser la responsable. GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, pp. 45, 46, 122 a 130, 222, 223, 229 y 231.

la procedencia de la indemnización, cuantía y quién debe abonarla⁶⁸⁴. La resolución, que es vinculante, se dictará previo dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico correspondiente, pudiendo impugnarse tanto por el perjudicado como por el concesionario o contratista ante los Tribunales contencioso-administrativos en caso de desacuerdo. Ello sin perjuicio de que, si se aprecia que la responsabilidad es del concesionario o contratista, la Administración le ordenará el pago de la indemnización fijada, bajo el apercibimiento de que, en caso de incumplimiento, se podrá proceder por la Administración a la ejecución forzosa, salvo que se hubiera suspendido la ejecución del acto, lo que es poco frecuente dada la dificultad de apreciar que concurren las causas de suspensión del art. 117 de la LPAC en estos casos⁶⁸⁵. Si la Administración incumple el deber de resolver la reclamación se entiende que asume la responsabilidad en caso de concurrir el resto de presupuestos, sin perjuicio de la posterior acción de repetición frente al concesionario o contratista. Si debiendo satisfacer la indemnización el concesionario o contratista resulta insolvente, respondería subsidiariamente la Administración. Ciertamente entendemos que no cabe atribuir en todo caso la obligación de reparar el daño a la Administración ya que se corre el riesgo de convertirla en aseguradora universal. Pero ello no significa que se excluya su responsabilidad a toda costa hasta el punto de que el perjudicado vea frustrado su derecho a obtener una indemnización por los daños que sean consecuencia del funcionamiento del servicio público, garantizado constitucionalmente, cuando existen razones de justicia material que justifican atribuir a la Administración el deber de reparar el daño.

⁶⁸⁴ Esta función de la Administración encontraría su fundamento en la titularidad pública del servicio que es prestado por el concesionario o contratista, su posición de garante, y en las prerrogativas que se reconocen a la Administración en los contratos administrativos entre las que está la de «*declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato*» (art. 190 de la LCSP).

⁶⁸⁵La justificación vendría dada, según VALENTÍN, porque el concesionario o contratista tiene la condición de interesado necesario en el procedimiento administrativo y, además, existe un vínculo jurídico con la Administración y presta un servicio público. Para declarar la responsabilidad del contratista se inicia un procedimiento administrativo que va a tener como resultado un acto administrativo que se presume válido y eficaz, y como tal goza de ejecutoriedad (art. 38, 39 y 99 de la LPAC). La tutela del interés general derivaría del mismo art. 106.2 de la CE que establece el derecho de los particulares a verse resarcidos por el funcionamiento de los servicios públicos. PAVEL, EDUARD-VALENTIN; *El procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. Tesis doctoral, Universidad de Lleida, 2020. En <http://hdl.handle.net/10803/669650> [Consultado el día 1 de octubre de 2021], pp. 159 a 163.

Para un análisis sobre la posibilidad de la Administración de declarar la responsabilidad del contratista en la resolución administrativa y, en su caso, ejecutarla, *vid.: Ibid.*, pp. 149 a 163; BELADÍEZ ROJO, M.: *op.cit.*, pp. 255 a 258.

La posibilidad de atribuir a la víctima la facultad de optar por el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial o demandar directamente al contratista en la vía civil⁶⁸⁶, ahorrándose así los tediosos trámites administrativos tendría como contrapeso algunos inconvenientes como el del posible peregrinaje jurisdiccional o el retraso en la obtención de la reparación cuando la demanda fuera desestimada en el orden civil y tuviera que iniciarse con posterioridad el procedimiento administrativo.

En nuestra opinión, aunque todas las propuestas plantean algún inconveniente⁶⁸⁷, sería el sistema más satisfactorio, al menos en lo que a los contratos de concesión de servicios y contrato de servicios a la ciudadanía respecta puesto que no convierte a la Administración en aseguradora universal de todos los daños ya que sólo responderá cuando le sea imputable el daño o cuando haya circunstancias que justifiquen atribuirle el deber de reparación; se favorece el sometimiento al régimen público de responsabilidad; se dota a los terceros lesionados de las mismas garantías y facilidad en el ejercicio de los derechos que cuando el servicio es prestado de forma directa ya que se somete a un mismo procedimiento y jurisdicción (administrativo y contencioso-administrativo) así como a un mismo régimen jurídico, público por lo que no se generarían situaciones de desigualdad; se establecen los mismos estándares de funcionamiento del servicio público; se evita que el particular tenga que indagar a quién corresponde la obligación de indemnizar para instar la reclamación en la vía idónea; se concentra en una única jurisdicción y en un único proceso a todos los sujetos: Administración, contratistas y, en su caso, aseguradoras, y perjudicados así como todas las cuestiones que puedan suscitarse; se evitan resoluciones judiciales contradictorias; todo ello permite dotar de seguridad jurídica al sistema y establecer un reparto jurisdiccional fácilmente aprehensible y operativo en la práctica⁶⁸⁸.

⁶⁸⁶ Así lo entiende MIR PUIGPELAT que considera que existen buenas razones para ello. MIR PUIGPELAT, O.; *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia ...*, op. cit., pp. 344 y 345.

⁶⁸⁷ Por ejemplo, en este sentido, se ha planteado como inconveniente que la Administración sería juez y parte y que se sujetaría al contratista y al perjudicado a una jurisdicción extraña para ellos⁶⁸⁷. GIMÉNEZ CERVANTES, J.; «De la ejecución y modificación de los contratos», en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ministerio de Justicia-BOE-Ministerio de Fomento, Madrid, 1997, pp. 352 a 357 apud YÁÑEZ DÍAZ, C.; op. cit., p. 219. Sin embargo, frente a estas críticas apunta CASARES MARCOS que hay que recordar que cuando el contratista o concesionario actúa lo hace como vicario o representante de la Administración frente a terceros ajenos a la prestación contractual o al servicio público correspondiente. CASARES MARCOS, A. B.; op. cit., p. 1544.

⁶⁸⁸ Como ha señalado GAMERO CASADO, cuando «no resulte posible articular un reparto jurisdiccional fácilmente aprehensible y operativo en la práctica», el legislador para establecer una regla clara «deberá optar por adscribir los asuntos a un solo orden jurisdiccional, o permitir la libre opción

4. Responsabilidad en la gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública.

4.1 El problema de la imputación.

La problemática de la imputación de los daños ocasionados por o con ocasión de la asistencia sanitaria prestada por contratistas, concesionarios, centros concertados y hospitales vinculados singularmente no quedaba resuelta en la derogada disposición adicional 12ª de la LRJPAC. Esta se limitaba a establecer el cauce procedimental y procesal y todo lo más, el régimen jurídico. Ciertamente, la obligación de tramitar un procedimiento administrativo en los términos de la LRJPAC tenía como consecuencia lógica la legitimación pasiva de la Administración. Si bien, ello no tenía por qué conllevar que se le imputara el daño y fuera la obligada al pago de la indemnización, como prácticamente se ha hecho en todos los casos⁶⁸⁹. Podía tratarse de una actividad similar a la prevista en el art. 123 de la LEF.

En una interpretación conjunta con lo previsto en el art. 214 del TRLCSP (hoy art. 196 de la LCSP) dada su naturaleza de contrato de gestión de servicios públicos (en la actualidad, contrato de servicios a la ciudadanía o contrato de concesión de servicios), podría llegarse a la conclusión de que es el concesionario o contratista el que respondería de los daños salvo los casos en que fueran imputables a la Administración. A ello se añade que los convenios singulares de vinculación y algunos conciertos quedan excluidos de la normativa de contratación pública (*Vid.* Capítulo II, 3.4.4), por lo que la posible responsabilidad de los centros no podría ampararse en la previsión del art. 196 de la LCSP.

En el ámbito de la responsabilidad sanitaria cuando el daño es ocasionado por el gestor indirecto no existe tampoco unanimidad al respecto. Si desde un punto de vista doctrinal se suele seguir el criterio mayoritario, la jurisprudencia del TS hace responsable directamente a la Administración, postura que es compartida por la mayoría de los TSJ aunque no de forma unánime. Por su parte, el Consejo de Estado y los Consejos Consultivos Autonómicos tampoco mantienen una posición uniforme. Por este motivo, vamos a exponer en síntesis los criterios defendidos por uno y otro bloque de

del justiciable por cualquiera de ellos.» GAMERO CASADO, E.; Responsabilidad administrativa..., op. cit., pp. 82 y 83.

⁶⁸⁹ En la mayoría de los casos se condena en primer lugar a la Administración sin perjuicio de la posterior acción de regreso frente al gestor indirecto del servicio sanitario.

interpretación, dado que la eliminación de la disposición adicional 12ª de la LRJPAC puede determinar el cambio de orden jurisdiccional e incluso de régimen sustantivo aplicable si se sigue el criterio mayoritario de no atribuir el daño directamente a la Administración.

Es obvio que la problemática se circunscribe a aquellos casos en los que la prestación sanitaria se incluye dentro del concierto, convenio singular de vinculación o el contrato administrativo, en el marco del sistema sanitario público; no se da cuando está al margen de esas figuras. En ese caso, es clara la imputación del daño al centro privado y/o médico y/o enfermero, auxiliares y/o aseguradora puesto que, en tanto sujetos privados que carecen de vinculación con la Administración, se aplicará el régimen civil.

4.1.1 Posiciones doctrinales.

En el ámbito doctrinal se mantiene la misma dualidad de posturas en lo atinente a la imputación del daño que para los concesionarios y contratistas en general (*Vid. Supra*, Capítulo V, 3.1).

Para una parte de la doctrina⁶⁹⁰, el daño es imputable al concesionario o contratista que estará obligado al pago de la indemnización en aplicación literal de los artículos 196, 288.c) y 312.b) de la LCSP dada la naturaleza contractual del concierto o la concesión. Así se suele hacer constar en las cláusulas de los pliegos⁶⁹¹. El daño es materialmente causado por o con ocasión de la asistencia sanitaria prestada por el centro concertado o concesionario, no por la Administración, sujetos privados no integrados en esta. Aunque estén sometidos a ciertos poderes de la Administración titular del servicio, el contratista o concesionario del servicio sanitario conservan libertad para organizar su empresa, elegir a sus trabajadores (médicos, anestesistas...), las instalaciones, los suministradores de material, los recursos utilizados, la organización de los sistemas de trabajo...⁶⁹².

⁶⁹⁰ MIR PUIGPELAT, O.; *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria...*, *op. cit.*, p. 135.

⁶⁹¹ Así se ha hecho en todas las concesiones en Madrid. Como modelo, Cláusula 9. 23 y 24 del Pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación de la gestión por concesión, mediante concurso por procedimiento abierto, de la asistencia sanitaria especializada correspondiente al Hospital de Valdemoro y en el contrato posterior.

⁶⁹² REBOLLO PUIG, M.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 24; CARRERO PALOMO, A.; «Capítulo IV. Análisis de la jurisprudencia en materias de competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía. VI. Salud» en la obra colectiva *Manual sobre responsabilidad patrimonial de la*

El daño sería imputable a la Administración cuando:

a) Sea consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración⁶⁹³.

Normalmente, la Administración recurre a fórmulas indirectas para descongestionar el servicio, reducir listas de espera, no cuenta con los medios adecuados... En los servicios sanitarios no es extraño que se vea comprometida la responsabilidad de la Administración puesto que, aunque la asistencia sanitaria sea prestada por un centro gestionado de forma indirecta no se lleva a cabo de forma totalmente ajena y separada de la prestada directamente por la Administración. Así, es frecuente que en el sistema sanitario público se acuda al centro de atención primaria para recibir atención médico-sanitaria ante algún dolor o malestar que no sea adecuadamente diagnosticado y que el tratamiento concreto (prestaciones de atención especializada), las reciba en un centro concertado que materializará el daño pero siguiendo las pautas marcadas en el diagnóstico erróneo previo; o que el gestor indirecto realice la operación indicada de forma errónea por el centro público. En estos supuestos, podríamos entender que el daño le es imputable a la Administración al ser consecuencia de una orden inmediata y directa. Gran parte de las veces será difícil delimitar la parte de responsabilidad imputable a uno u otro por lo que la responsabilidad será concurrente⁶⁹⁴.

b) En el ámbito de los daños sanitarios la segunda excepción relativa a los vicios del proyecto, que aparece en el art. 196.2 de la LCSP, no resulta aplicable⁶⁹⁵.

Administración Pública coordinada por PÉREZ PINO, M. D. y SÁNCHEZ CARMONA, M., Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2015, p. 281.

⁶⁹³ La STSJ de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 2 de diciembre de 2016 (JUR 2017\12572), fº jº 3º: «en la noción de «órdenes» se ha de integrar el proyecto mismo, si los perjuicios causados son consecuencia de su naturaleza y alcance, y no de su forma de ejecución o de los defectos de su puesta en práctica [véanse las SSTs de 9 mayo y 11 julio de 1995, 8 julio 2000 y 23 marzo 2009, entre otras muchas]. Por lo tanto, la mera existencia de unas normas generales de desempeño, de un protocolo de actuación, en este caso de traslado de personas necesitadas de los mismos, no exonera al contratista de la responsabilidad frente al tercero, como tampoco lo hace que la administración le indique que deba acudir a un lugar a recoger a una persona, pues ello integra la concesión del servicio y origina la responsabilidad del concesionario y no de la administración. Lo que exime de responsabilidad a la concesionaria es que la administración le imponga una forma concreta de ejecución que ocasione el daño, pero no que el concesionario ejecute indebidamente sus labores, como sucede en el caso de autos, si el traslado y cuidado de los enfermos o personas necesitadas de ayuda, no son correctamente atendidos y de ello se deriva un daño.»

⁶⁹⁴ REBOLLO PUIG, M.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 26 y 27.

⁶⁹⁵ Esta excepción sólo es aplicable en los contratos de obra pública o de suministro pero no en los contratos en los que se gestiona un servicio público como es el sanitario. MIR PUIGPELAT, O.; *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria...*, *op. cit.*, p. 135; GONZÁLEZ PÉREZ, J.; *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones...*, *op. cit.*, p. 249.

c) Sea consecuencia de la omisión o deficiente ejercicio por la Administración de los poderes de control, vigilancia e inspección sobre el gestor indirecto del servicio sanitario público. Recuérdese que la Administración en tanto titular del servicio y obligada a prestarlo deberá ejercitar los poderes de policía ante el incumplimiento del contratista así como los poderes de inspección y control sanitario, administrativo y económico (art. 67.5 y 94 de la LGS; artículos 284.2, 287.2 y 288.b) y 312.a) y e) de la LCSP). Aunque ya advertimos que la aplicación de esta excepción no es unánime en la doctrina, CANTERO MARTÍNEZ, citando a JIMÉNEZ IBÁÑEZ, expone el supuesto en el que la Administración deriva a un paciente a un centro concertado que ha dejado de reunir las condiciones materiales y personales para la prestación de la asistencia sanitaria⁶⁹⁶.

d) El supuesto discutido y marginal de que se tratara de daños ocasionados por el gestor indirecto del servicio, pero en virtud de facultades de policía delegadas por la Administración, no es aplicable en el ámbito sanitario⁶⁹⁷.

Dada la necesidad de garantizar la indemnidad de las partes, se sigue defendiendo en este ámbito la conveniencia de establecer la responsabilidad subsidiaria de la Administración ante la insolvencia del contratista.

Los que sostienen la postura contraria⁶⁹⁸ defienden la responsabilidad directa de la Administración titular del servicio sanitario público sin perjuicio de la actuación

⁶⁹⁶ JIMÉNEZ IBÁÑEZ, Salvador, «La responsabilidad patrimonial por las obras o servicios públicos prestados por particulares, con especial referencia a la responsabilidad sanitaria», Ponencia inédita presentada por el autor en la V edición del Master en Derecho Sanitario y Bioética de la Facultad de Derecho de Albacete, Universidad de Castilla-La Mancha, 2008 *apud* CANTERO MARTÍNEZ, J.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 209.

⁶⁹⁷ REBOLLO PUIG, M.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 27.

⁶⁹⁸ Para MAYOR GÓMEZ el criterio más acertado es el de imputar los daños causados por los contratistas o concesionarios del servicio público sanitario a la Administración titular del mismo sin que pueda resguardarse en fórmulas de gestión indirecta que supongan una alteración del régimen de responsabilidad patrimonial previsto en el art. 106 de la CE y en el art.139 de la LRJPAC (actual art. 32 de la LRJSP). Critica precisamente que por parte de la jurisprudencia no se lleve a cabo un análisis sobre el verdadero debate jurídico de fondo que consiste en dar respuesta a la colisión que se produce entre el diferente régimen previsto en el art. 214 del TRLCSP y el del art. 32 y ss LRJSP y 106.2 de la CE. Bajo su punto de vista se trata de sistemas incompatibles que deberían derivar en el planteamiento de un recurso de inconstitucionalidad. En su opinión, se debería excepcionar del sistema previsto en el art. 214 del TRLCSP al contrato de gestión de servicios públicos. Así estaría clara la responsabilidad de la Administración y sería un régimen conforme a la Constitución. MAYOR GÓMEZ, R.; *op. cit.* GUERRERO ZAPLANA por su parte, mantiene una posición en relación a la asistencia sanitaria y la contraria en el resto de supuestos. En su opinión, mientras que criterios de justicia material aconsejan que se imponga la obligación de indemnizar los daños derivados del funcionamiento del servicio público o de la construcción o ejecución de la obra pública al concesionario o contratista que lleva a cabo materialmente la actividad que ha ocasionado el daño (art. 214 del TRLCSP [actual art. 196 de la LCSP]), la aplicación de la misma solución a los contratistas y concesionarios de asistencia sanitaria no produce

posterior en vía de regreso frente al contratista. A su favor, esgrimen el argumento de que la garantía de indemnidad patrimonial prevista en el art. 106.2 CE no puede verse matizada, limitada o modalizada por la forma en la que la Administración decida prestar el servicio sanitario. Es la propia Administración la que deriva a los pacientes al centro privado que gestiona el servicio sanitario indirectamente. El perjudicado debe pues contar con las mismas garantías sea ocasionado el daño en un centro sanitario público o en un centro concertado, vinculado singularmente, contratado o concesionado, llevando a cabo una interpretación funcional del concepto «servicios públicos».

Por otra parte, alegan que los efectos del contrato celebrado entre la Administración y el concesionario o contratista no pueden ser opuestos frente a terceros (art. 1257 CC). La necesidad de tramitación administrativa y la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las reclamaciones planteadas por los daños ocasionados por o con ocasión de la asistencia sanitaria que imponía la disposición adicional 12ª de la LRJPAC, revelaba la voluntad del legislador de atribuir la responsabilidad a la Administración titular del servicio sin perjuicio de la posterior acción de regreso frente al concesionario o contratista⁶⁹⁹.

La doctrina no ha manifestado una opinión distinta en los casos en los que el convenio singular de vinculación o incluso el concierto quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP y, por tanto, del régimen de responsabilidad previsto en su art. 196 de la LCSP (art. 11.6 de la LCSP). Por eso YÁÑEZ DÍAZ, en una interpretación integradora con el art. 106.2 de la CE, afirma que será la Administración en cuanto titular del servicio la que deberá asumir la responsabilidad sin perjuicio de las relaciones

efectos satisfactorios. En primer lugar, porque se establece una diferenciación entre los pacientes que reciben la asistencia sanitaria en un centro público a los que le bastará reclamar a la Administración y los que la reciben en un centro concertado, vinculado o concesionario que deberán exigir la responsabilidad al centro privado (aunque fuera en la vía administrativa y contencioso-administrativa). De esta forma, se verían mermadas las garantías de algunos pacientes y no se cumpliría la función de socialización del riesgo que tiene la responsabilidad pues el recurso a fórmulas indirectas sería una vía que tendría la Administración para eludir su responsabilidad patrimonial descargándose así de numerosas reclamaciones; con ello, se debilita la posición del perjudicado ya que no es lo mismo una sentencia condenatoria frente a la Administración que frente a un particular. Ello teniendo en cuenta que el paciente no es el que elige el centro sino que será la Administración la que decide esta forma de prestar el servicio en función de criterios geográficos, reducción de listas de espera, razones organizativas... por lo que no puede verse perjudicado por esta circunstancia. Por eso, concluye: la obligación de indemnizar deberá recaer sobre la Administración como forma de garantía para el perjudicado. GUERRERO ZAPLANA, J.; *Guía práctica...*, *op. cit.*, pp. 201 y 202;

Para GUDÍN R-MAGARIÑOS si el sistema de gestión indirecta viene impuesto por la propia Administración, la responsabilidad será solidaria del centro privado y la Administración. En cambio, en el régimen de las mutualidades administrativas en que el ciudadano se adhiere voluntariamente habrá de reclamarse al contratista. GUDÍN R-MAGARIÑOS, A. E.; *op. cit.*, pp. 499, 501 y 502.

⁶⁹⁹CARRERO PALOMO, A.; *op. cit.*, p. 282.

internas entre las partes, teniendo en cuenta además que los particulares son terceros ajenos al convenio⁷⁰⁰. En los convenios singulares de vinculación podría venir igualmente justificado porque hay cierta publicación de la organización, integrándose estos hospitales en la red pública. Sin embargo, no llega a producirse una integración orgánica en la Administración, el centro mantiene, por ejemplo, la titularidad del establecimiento o las relaciones con el personal. Estos convenios, que se rigen en primer lugar por lo estipulado en el mismo, admiten en algunos casos la posibilidad de que el servicio sanitario público tenga que satisfacer la indemnización sin perjuicio de la acción de regreso frente al Hospital si el daño le es imputable. Así sucede en los convenios singulares de vinculación celebrados por el Principado de Asturias⁷⁰¹, como la cláusula 7ª.2 del Convenio singular de vinculación con el Hospital de Jove⁷⁰². En otros, será el Hospital o su compañía aseguradora la que deberá abonar la indemnización salvo que el daño proceda de causas imputables a la Administración, aunque reconoce que la pueda satisfacer la propia Administración al decir que si se incumple la obligación por el Hospital sin causa justificada, la Administración podrá detraer la indemnización sufragada de las cantidades que le deba pagar por el servicio prestado⁷⁰³. Por ejemplo, estipulación 7ª de la cláusula adicional undécima al convenio

⁷⁰⁰ YÁÑEZ DÍAZ, C.; *op. cit.*, pp. 266 a 272.

⁷⁰¹ Se han celebrado convenios singulares de vinculación con la Fundación Hospital de Jove, Fundación Hospital de Avilés, Fundación Sanatorio Adaro y el Hospital de Gijón-Cruz Roja Española que siguen todos el mismo esquema y pueden consultarse en el BOPA nº 236, 9 de diciembre de 2020.

⁷⁰² La cláusula 7ª.2 del Convenio singular de vinculación a la Red Hospitalaria Pública del Principado de Asturias, como Hospital de Distrito, suscrito entre el Servicio de Salud del Principado de Asturias y la Fundación Hospital de Jove, para la prestación de atención sanitaria a los usuarios del Sistema Nacional de Salud durante el ejercicio 2020 que ha sido prorrogado para 2021, se establece que al Hospital le es exigible:

«La garantía del aseguramiento de la responsabilidad civil que se pueda derivar por las acciones u omisiones de naturaleza sanitaria o extrasanitaria del Hospital, empresas o profesionales que presten servicios en el mismo, cualquiera que sea el régimen de vinculación.

En este sentido, las cantidades que hayan de ser abonadas por el Sespa como consecuencia de acciones u omisiones de naturaleza sanitaria o extra-sanitaria realizadas por el Hospital de Jove, o por empresas o profesionales que presten servicios en los mismos, siempre que medie responsabilidad o negligencia imputable al Hospital o a dichas sociedades o profesionales, serán repercutidas a este Hospital.

A tal fin, toda reclamación tanto en vía administrativa como en contencioso-administrativa, derivada de actuaciones realizadas en el Hospital de Jove, habrá de ser puesta en conocimiento de éste con el objeto de que pueda personarse en el procedimiento judicial o administrativo que corresponda y presentar las alegaciones y actuaciones de defensa que estimen oportunas.

El Sespa podrá, en su caso y previa comunicación al Hospital, detraer las cantidades resultantes de la facturación por prestación de los servicios asistenciales objeto del presente convenio.»

⁷⁰³ Señala: «4. La indemnización que se fije en vía administrativa o jurisdiccional, siempre que no proceda de causas imputables a la Administración, será hecha efectiva por la Fundación Jiménez Díaz o su Compañía Aseguradora.

5. El incumplimiento de tal obligación sin causa justificada habilitará a la Administración para detraer el importe resarcitorio abonado por la misma del importe a satisfacer a la Fundación Jiménez Díaz - U.T.E. por el servicio contratado».

singular marco suscrito entre el Servicio Madrileño de Salud y la “Fundación Jiménez Díaz Unión Temporal de Empresas Ley 18/1982 de 26 de mayo⁷⁰⁴” para la asistencia sanitaria a pacientes en el periodo 1 de junio a 31 de diciembre del año 2019» que ha sido prorrogada.

Desde cualquiera de las posturas se pone de manifiesto la conveniencia de exigir al contratista, concesionario, hospital vinculado singularmente o centro concertado la suscripción de un seguro de responsabilidad civil que cubra los posibles daños o la adhesión, si es posible, al que tenga suscrito la Administración⁷⁰⁵. Así se hace en prácticamente todos los casos. Como muestra en todas las concesiones administrativas madrileñas⁷⁰⁶ y los convenios singulares de vinculación celebrados por el Principado de Asturias se imponen estas cláusulas⁷⁰⁷.

4.1.2 Estado de la cuestión en la jurisprudencia.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en estos casos varía respecto de la sostenida últimamente en relación con el resto de contratistas y concesionarios. Además, se remite a la conformada en relación con los daños ocasionados por la entidad privada concertada con alguna de las Mutualidades administrativas, *Vid. Infra*, Capítulo V, 5.2.

⁷⁰⁴ El Convenio es de fecha 28 de diciembre de 2006 y está vigente en la actualidad en virtud del Acuerdo de novación del citado convenio singular del año 2011.

⁷⁰⁵ En las pólizas de seguros suscritas por los Servicios de Salud se suele incluir la posibilidad de los centros y servicios concertados de adherirse al contrato. Así se prevé en el artículo 2.3 Sección I y II del Pliego de condiciones técnicas para la contratación del seguro de responsabilidad civil/patrimonial del Servicio Andaluz de Salud o la cláusula 1.2 del Pliego de prescripciones técnicas para la contratación de un seguro que garantice la responsabilidad civil/patrimonial del Servicio Murciano de Salud.

⁷⁰⁶ Por ejemplo, cláusula 9. 23 y 24 del Pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación de la gestión por concesión, mediante concurso por procedimiento abierto, de la asistencia sanitaria especializada correspondiente al Hospital de Valdemoro y en el contrato posterior.

⁷⁰⁷ Junto a lo que establece la cláusula 7ª.2 del Convenio singular de vinculación celebrado con el Hospital Fundación Jove (*Vid. Supra*), la cláusula 14ª dispone: «*el Hospital deberá acreditar la constitución de un seguro de responsabilidad civil con tercero, que cubra las acciones u omisiones de naturaleza sanitaria o extra-sanitaria del Centro y los profesionales que presten servicio en el mismo. El Hospital exigirá de las empresas y profesionales que desarrollen actividad en el centro bajo contrato mercantil, la suscripción de un seguro de responsabilidad civil por tercero, con e) alcance y cobertura que para el propio Hospital se establece en el párrafo anterior. A estos efectos el Hospital se constituirá en garante de la mencionada exigencia.*

La existencia de franquicia de cualquier cuantía en la póliza convertirá al Hospital en autoasegurador de dicho importe.» En el mismo sentido se pronuncian el resto de convenios singulares asturianos.

También se contemplan en otros convenios singulares como: Cláusula 15 del Convenio de vinculación para la integración del Hospital de San Juan de Dios de Zaragoza en la red pública sanitaria del Servicio Aragonés de Salud y cláusula cuarta apartado 3 del Convenio singular de vinculación de carácter marco suscrito entre el Servicio Madrileño de Salud y la “Fundación Jiménez Díaz UTE” para la asistencia sanitaria a pacientes beneficiarios del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad de Madrid y estipulación 7ª de la cláusula adicional undécima a ese Convenio.

El TS señala de forma clara la responsabilidad directa de la Administración Pública en cuanto titular y responsable del servicio sanitario cuando el daño es ocasionado por un centro sanitario concertado, convenio singular de vinculación o concesionario, al que se añade el contratista de servicios a la ciudadanía, dada su condición de representante o mandatario de la sanidad pública en el ejercicio de sus funciones públicas y en cuanto garante de la indemnidad patrimonial de los administrados derivada del art. 106.2 de la CE. Así lo afirman las SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 23 de abril de 2008 (RJ 2008/2731⁷⁰⁸), incluso para antes de la disposición adicional 12ª de la LRJPAC; 30 de noviembre de 2010 (RJ 2010\8765); 19 de mayo de 2011 (RJ 2011\4465) y 30 de abril de 2013 (RJ 2013\4058). O, con anterioridad en relación con el INSALUD, STS (Sala de lo Civil), 6 de octubre de 1994 (RJ 1994\7465). Ello sin perjuicio de poder ejercitar la posterior acción de repetición frente al centro concertado, incluso sin necesidad de tramitar un nuevo procedimiento a estos efectos, cuando la orden de reintegro ya esté fijada en la resolución indemnizatoria firme que abona la Administración, siempre que haya intervenido el centro concertado en su tramitación (STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 20 de noviembre de 2018 [RJ 2018\5270]).

Por su parte, las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia no establecen un criterio totalmente uniforme, a veces, ni siquiera dentro del mismo tribunal.

⁷⁰⁸ Tras reclamar frente al ente concertado en la vía civil que no era competente y posteriormente en la vía contencioso-administrativa frente a la Administración que alega la prescripción señala el TS en la citada sentencia de 23 de abril de 2008 (RJ 2008/2731): «*con anterioridad a la reforma y cuando la Clínica privada actúa en régimen de concierto, ha de entenderse aquélla desvinculada de toda relación con la Administración sanitaria pública, puesto que lo contrario supondría desvirtuar el principio de responsabilidad de la Administración y en definitiva, ha de entenderse con carácter general que los actos realizados en virtud de dicho concierto por la entidad privada vinculan a la Administración del Estado y, con ello, la reclamación dirigida frente a dichas entidades, en buena lógica y en base a principios de buena fe y de la interdicción de criterios obstativos al ejercicio de la acción, fundamentalmente cuando de la interpretación contraria se derivaría una prescripción, obligan a concluir en que el criterio más acorde con la exigencia de justicia y con aquellos principios es entender que la reclamación dirigida al ente concertado, en su condición de representante o mandatario de la sanidad pública en el ejercicio de sus funciones, ha de tener los mismos efectos que la efectuada a la Administración pública y, en consecuencia, los requerimientos efectuados a dicha entidad, a quien la Administración encomienda la asistencia sanitaria, tienen efectos interruptivos de la prescripción. A ello no es obstáculo la vigencia de la disposición adicional 12ª antes mencionada, en la modificación introducida en el año 1999, puesto que la misma no contiene una modificación de lo que venía siendo doctrina tradicional de esta Sala en relación con el concierto en materia de asistencia sanitaria, como se deduce de la sentencia de 24 de mayo de 2007 (RJ 2007, 5088) que cita además la de 3 de julio de 2003 (RJ 2003, 5431) y 20 de febrero de 2007 (RJ 2007, 843), porque si en alguna ocasión se ha considerado excluida de responsabilidad a la Administración sanitaria pese a la existencia del concierto ha sido, precisamente, en función de que el concreto servicio sanitaria determinante de la responsabilidad, como era la prestación de transporte en ambulancia, era servicio ajeno al concierto que unía la entidad transportista con el Insalud como hemos decidido en sentencia de 30 de enero de 2007 al resolver el recurso 8.384 de 2002 (RJ 2007, 318).*»

En la mayoría de los casos, los Tribunales Superiores de Justicia siguen la línea marcada por el TS añadiendo a estos argumentos que no se le puede oponer a quien tiene el carácter de tercero (el perjudicado) las cláusulas derivadas del contrato. Ahora bien, muchas de estas sentencias no llegan a entrar en el debate de si el daño es imputable a la Administración o al concesionario, contratista o centro con el que exista un convenio singular de vinculación. El recurso contencioso-administrativo frente a la resolución expresa o la desestimación presunta de la responsabilidad patrimonial de la Administración en la vía administrativa en la que se solicita la condena al pago de la Administración (muchas veces solidariamente junto con su aseguradora), tiene como consecuencia que se declare la responsabilidad de la Administración demandada que acaba abonando la indemnización (o la Administración o su aseguradora). En relación con los centros concertados así se han pronunciado las SSTSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 24 de julio de 2014 (JUR 2014\249320⁷⁰⁹); 7 de octubre de 2015 (JUR 2015, 270721); 24 de febrero de 2016 (JUR 2016\94759); Andalucía (Málaga), 28 de junio de 2013 (JUR 2013\378259); Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife), 22 de mayo de 2019 (JUR 2019\230932⁷¹⁰); La Rioja, 23 de noviembre de 2018 (JUR 2019\20290). Respecto a las concesiones: SSTSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) C. Valenciana, 29 de octubre de 2010 (JUR 2011\109503); 3 de diciembre de 2013 (JUR 2014\173187); 19 de enero de 2018 (JUR 2018\111610) o 29 de octubre de 2019 (JUR 2020\285139); Madrid, 4 de julio de 2016 (JUR 2016\204955)

⁷⁰⁹ Señala claramente: *«hay que recordar ahora la Doctrina del Tribunal Supremo [...], según la cual, ya nos hallemos ante supuestos de actuación de concesionarios de servicios públicos, o trátase de una competencia ejercida con el auxilio de contratista, lo fundamental es que la parte actora ejerció una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración, por lo que los citados Artículos 121 de la LEF (RCL 1954,1848) y 128 del RSCL (RCL 1956, 85), así como el 134 del RGC (RCL 2003, 2997), así como el Art. 98 de la Ley 13/95 de 18 de mayo (RCL 1995, 1485 y 1948) de Contratos de las Administraciones Públicas y el Art.97 del Texto refundido de dicha Ley aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio, deben interpretarse a la luz de las nuevas concepciones jurisprudenciales del instituto de la Responsabilidad Patrimonial, que alcanzó consagración constitucional (art. 106.2 CE (RCL 1978, 2836)). En este precepto se establece una garantía de indemnidad para los particulares por toda lesión "siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos". Esa garantía no debe verse matizada o limitada en los casos que, como el que nos ocupa, la Administración ejerce sus competencias -supuestamente- en forma indirecta, a través de un agente contratista o de un concesionario. Desde esta perspectiva han interpretarse los artículos aludidos, que disciplinan las cuotas de responsabilidad de las partes de un contrato administrativo por los daños causados a terceros lo que afecta al ámbito de sus internas relaciones, pero no a la garantía de indemnidad que la Administración ha de ofrecer a los administrados en el desarrollo de sus competencias.»*

⁷¹⁰ Afirma: *«No se trata sólo de la ejecución de un contrato administrativo por un contratista que perjudica a un tercero que ninguna relación jurídica tenía con la Administración contratante. La responsabilidad patrimonial se origina por la prestación de un servicio público por un particular pero por cuenta y encargo de la Administración a quien le viene obligada su prestación y no se le exime de responsabilidad ya que se enjuicia el servicio público mismo con independencia de quien lo preste.»*

o 1 de febrero de 2017 (JUR 2017\75017). En relación con los convenios singulares de vinculación los tribunales siempre se pronuncian en este sentido: las SSTSJ Asturias (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 17 de noviembre de 2010 (JUR 2011\151248); 26 de septiembre de 2016 (RJCA 2016\903); 21 de julio de 2016 (JUR 2016\191943) o 29 de diciembre de 2016 (JUR 2017\12543); Madrid, 7 de febrero de 2013 (JUR 2013\178529⁷¹¹) o 15 de junio de 2016 (JUR 2016\204780).

En los casos en los que se ejercita la pretensión condenatoria frente a la Administración y el centro concertado, se les condena a ambos solidariamente al pago de la indemnización (SSTSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo), Andalucía (Granada), 30 de mayo de 2017 (JUR 2017\176727); Asturias, 17 de febrero de 2014 (JUR 2014\67228); Madrid, 29 de septiembre de 2016 (JUR 2016\251384) o 11 de mayo de 2016 (JUR 2016\137320).

Otros Tribunales Superiores de Justicia, aunque de forma minoritaria, en una interpretación literal del art. 214 del TRLCSP (actual art. 196 de la LCSP), siguen el criterio general para los contratistas y concesionarios: estará obligado al pago de la indemnización el centro sanitario privado concertado que ocasiona el daño salvo que sea imputable a la Administración. Por tanto, podrá condenarse exclusivamente a la Administración, al centro concertado o a ambos si existe corresponsabilidad (SSTSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) Islas Canarias, 30 de enero de 2015 (JUR 2015\211742); Galicia, 10 de febrero de 2016 (JUR 2016\44197) y 6 de febrero de 2019 (JUR 2019\109041) que entiende que sólo en caso de demandarse y condenarse al centro concertado podrá hacerse lo propio con su aseguradora; Murcia, 15 de abril de

⁷¹¹ Señala: «Para resolver las cuestiones litigiosas planteadas en este proceso es necesario despejar previamente toda duda sobre la responsabilidad de la Comunidad de Madrid, en el caso de que finalmente se apreciaran infracciones de la "lex artis" en la asistencia sanitaria prestada a don Ignacio en el centro hospitalario y por facultativos de la "FUNDACIÓN JIMÉNEZ DÍAZ", para lo cual hemos de atender a la circunstancia de que el paciente no fue tratado en virtud de una relación contractual privada existente entre él y la entidad citada, sino como beneficiario de la Seguridad Social y por haber sido derivado por su médico de cabecera y existir un concierto entre la "FUNDACIÓN JIMÉNEZ DÍAZ" y la Comunidad de Madrid, cuyo contenido desconocemos, sin que nos conste razón alguna en virtud de la cual hayan de quedar afectados por el convenio las terceras personas ajenas al mismo. Nuestra conclusión resulta avalada por la doctrina expresada, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2007 y de 30 de septiembre de 2011, y las que en ellas se citan, y de las que resulta que no cabe excluir la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria cuando la asistencia deficiente se ha prestado por una entidad privada con base en un concierto de asistencia sanitaria existente entre ambas, pues el paciente, beneficiario del régimen sanitario de la Administración y que ha recibido la asistencia en la entidad privada precisamente porque existía el concierto, tiene el carácter de tercero en relación al articulado del mismo y no se le pueden oponer sus concretas cláusulas.»

2016 (JUR 2016\107951); Asturias, 27 de febrero de 2017 (JUR 2017\79537⁷¹²); Comunidad Valenciana, 30 de septiembre de 2015 (JUR 2016\12576); Andalucía (Sevilla), 12 de junio de 2009 (JUR 2010\65536) y 26 de septiembre de 2013 (JUR 2014\60317).

No obstante, en consonancia con la jurisprudencial del TS, hay unanimidad en hacer recaer la responsabilidad sobre la Administración sanitaria cuando ésta no resuelve de forma expresa la reclamación (desestimación por silencio), cuando la resolución expresa desestimatoria elude pronunciarse sobre la responsabilidad del centro concertado o concesionario o la excluye. Ello sin perjuicio de la posibilidad que tiene la Administración condenada de repetir posteriormente frente al centro concertado si hubiere mérito para ello⁷¹³ (SSTSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Galicia, 10 de febrero de 2016 (JUR 2016\44197)⁷¹⁴, 6 de febrero de 2019 [JUR 2019\109041] y

⁷¹² Afirma claramente: «En cambio, si la administración sanitaria da respuesta expresa desestimatoria de la reclamación e identifica como responsable a la entidad concertada, en caso de que el interesado planteé la acción ante la jurisdicción contencioso-administrativa, podrá condenarse a la vista del resultado probatorio, exclusivamente a la Administración del Principado, exclusivamente al centro concertado o incluso a ambos si existe corresponsabilidad.»

⁷¹³ Se rechaza, por ejemplo, si no se ha dado el trámite de audiencia o de prueba al contratista. STSJ de las Islas Canarias (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 30 de enero de 2015 (JUR 2015\211742).

⁷¹⁴ Esta sentencia que resulta muy esclarecedora en su fundamento jurídico 2º señala: «En cambio, hemos de fijar y acoger la tendencia jurisprudencial que deriva de la doctrina del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad sanitaria cuando están implicados centros concertados, tanto en el sentido de que es posible la condena a la Administración por la actuación de la entidad concertada cuando aquélla desaprovecha la reclamación administrativa del afectado para dar respuesta expresa sobre quién es el responsable, como en el sentido de que la entidad concertada posee legitimación pasiva para ser llamada al proceso y como tal susceptible de ser condenada, aunque no exista reclamación previa frente a la misma.

En particular, acogemos la línea dimanante del Tribunal Supremo y propia de un contexto en que la titularidad del servicio público comporta responsabilidades de la Administración de supervisión, tutela y control del ente concertado, sin que el juego combinado de la externalización contractual del servicio sanitario junto con el silencio de la Administración ante la reclamación del perjudicado pueda generar un escenario de incertidumbre, impunidad y perjuicio al particular que es usuario del servicio sanitario concertado por indicación de la propia Administración sanitaria.

Bajo estas premisas ha de admitirse la condena a la Administración sobre la base de un doble título de imputación encadenado y cumulativo: de un lado, la condición material necesaria pero no suficiente, de que la Administración retenga la titularidad del servicio público contratado y el usuario haya sido remitido a su disfrute por aquélla en el ente que ella misma ha elegido y contratado (culpa in eligendo) y de otro lado, la condición procesal de que el particular haya formulado reclamación ante la Administración y ésta haya optado por el silencio o pasividad en precisar si existe un responsable, previa audiencia del ente concertado (culpa in omitendo).

En suma, cabe la condena a la Administración por actos ajenos derivados de la empresa concertada si en la vía contencioso-administrativa se impugna la desestimación presunta por la Administración sanitaria de las reclamaciones de indemnización por responsabilidad patrimonial cuando versa sobre una actuación desarrollada por ente concertado. Ello es lógico, ya que el particular no tiene obligación de conocer los términos de la relación contractual entre Administración y entidad concertada, ni de acometer en solitario actividad pesquisitiva alguna, ni modo de saber si medió o no alguna orden o instrucción al ente concertado que generó la actuación sanitaria lesiva, de manera que el particular agota su diligencia reclamando a la cara visible del poder público, esto es, ante la Administración y ésta, por imperativo de la legislación de contratos, tiene la facultad de indicar al reclamante si existe

3 de octubre de 2019 [JUR 2019\295612] que la reproducen; Castilla-La Mancha, 2 de noviembre de 2015 (JUR 2015\301077); C. Valencia, 30 de Septiembre de 2015 (JUR 2016\12576); Asturias, 27 de febrero de 2017 (JUR 2017\79537) o 20 de febrero de 2017 (JUR 2017\39900); Madrid, 15 junio de 2016 (JUR 2016\204780) o 7 de octubre de 2015 (JUR 2015, 270721). En cuanto a la concesión: STSJ de Navarra (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 17 de junio de 2020 (JUR 2020\364120)).

4.1.3 Doctrina del Consejo de Estado y los Consejos Consultivos Autonómicos.

En el ámbito autonómico⁷¹⁵, los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas en las que existen suelen mantener el doble criterio que venimos viendo hasta ahora.

Todos los Consejos Consultivos autonómicos, incluso tras la derogación de la disposición adicional 12ª de la LRJPAC, reconocen la legitimación pasiva de la Administración sanitaria cuando se entabla una reclamación de responsabilidad patrimonial por la asistencia sanitaria prestada a usuarios del SNS por centros concertados, concesionarios u hospitales con los que se ha celebrado un convenio singular de vinculación, en cuanto el daño se vincula al funcionamiento de un servicio sanitario público del que es la titular.

Para la mayoría de los Consejos Consultivos será la Administración la que responderá directamente de los daños sufridos por los pacientes aunque se hayan ocasionado materialmente por el centro concertado, sin perjuicio de la acción de repetición que le pudiera corresponder frente a éstos. Estos pacientes no pueden

responsabilidad del ente concertado, para que éste pueda reorientar su actividad impugnatoria hacia la condena del centro concertado.»

Esta sentencia va más allá y en caso de desestimación presunta cuando el particular recurra a la jurisdicción contencioso-administrativa distingue dos supuestos: a) si el particular ejerce su pretensión de condena únicamente frente a la Administración, podrá ser ésta condenada en solitario fuera atribuible la responsabilidad a ella misma o correspondiera al ente concertado, sin perjuicio en este último caso de la acción de regreso b) si el particular opta por demandar conjuntamente a la Administración y al centro concertado, se podrá condenar sólo a la entidad concertada si el daño es exclusivamente imputable a ésta. Ahora bien, el que no se haya reclamado previamente en la vía administrativa frente al contratista no es un defecto procesal puesto que no es obligatorio cuando se reclama frente a sujetos privados. Diferente es que la Administración haya incumplido su obligación de dar audiencia al centro concertado durante la tramitación del procedimiento administrativo puesto que las consecuencias de que la acción haya podido prescribir frente al centro concertado que tiene conocimiento por primera vez cuando es emplazado como codemandado en la vía judicial, las asumiría la Administración sanitaria. Ello, dice sin perjuicio de que el particular pueda reclamar directamente frente al centro concertado.

⁷¹⁵ Concluido el proceso de transferencia a las Comunidades Autónomas, menos para el INGESA (Ceuta y Melilla), la competencia para emitir dictámenes corresponderá al órgano consultivo propio de la Comunidad Autónoma, si existiera.

encontrarse en una situación peor que los que reciben la asistencia en un centro público teniendo en cuenta que sigue siendo un servicio público cuya titularidad ostenta la Administración. Así se pronuncian los Dictámenes del Consejo Jurídico de la Región de Murcia nº 276/2020, de 15 de diciembre; nº 189/2020, de 2 de septiembre; nº 101/2017, de 28 de abril o nº 55/2012, de 5 de marzo⁷¹⁶; los Dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla y León nº 118/2020, de 7 de abril o nº 409/2019, de 17 de septiembre; el Dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja nº 19/2020, de 18 de enero. Con relación a los convenios singulares de vinculación en este sentido se manifiestan los Dictámenes del Consejo Consultivo de Asturias nº 24/2021, de 18 de febrero; nº 263/2020, de 19 de noviembre o nº 136/2020, de 4 de junio⁷¹⁷ que especifican que la repetición de los costes se llevará a cabo por el procedimiento indicado en el convenio. Del mismo modo si el que presta el servicio es un centro sanitario concesionario según el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana nº 581/2020, de 18 de noviembre; nº 484/2020, de 14 de octubre; nº 515 y 516/2020, de 4 de noviembre o nº 33/2021, de 20 de enero. La Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid se pronuncia de forma unitaria en este sentido con independencia de que el servicio lo preste un hospital vinculado (Dictamen nº 104/2021, de 23 de febrero; nº 39/2021, de 2 de febrero; nº 437/2020, de 6 de octubre); concertado (Dictamen nº 565/2020, de 22 de diciembre⁷¹⁸) o un concesionario (dictamen nº 444/2020, de 6 de octubre).

⁷¹⁶ Añaden como particularidad que se puede ejercitar la acción de regreso o es posible que el centro concertado conociendo la resolución administrativa pague voluntariamente, lo que supondría economizar los trámites.

⁷¹⁷ Al respecto es claro el Dictamen nº 57/2013, de 21 de marzo: *«el eventual resarcimiento de los daños que se pudieran haber ocasionado a un paciente ha de ser imputado a la Administración sanitaria con el mismo alcance y requisitos que si tal eventual daño se hubiera causado en las propias instalaciones de la sanidad pública. Nos encontramos ante una prestación sanitaria pública para cuya obtención el particular ha de acceder, por la propia organización de la red hospitalaria pública, a un centro no público con convenio al efecto, siendo así que tal hecho no permite excluir la aplicación de las reglas generales de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ni puede limitar el ejercicio por los particulares del derecho que les reconocen los artículos 106 de la Constitución y 139 de la LRJPAC, ya que en definitiva se trata del funcionamiento de un servicio público.*

El Principado de Asturias, por tanto, está pasivamente legitimado en cuanto titular del servicio público sanitario, que ha sido prestado en virtud de concierto por un centro asistencial con el que se ha suscrito un convenio singular para la atención de determinados usuarios del Sistema Nacional de Salud, sin perjuicio de la repetición de los costes a que, en su caso, deba hacer frente ante el titular del centro directamente causante de ellos por el procedimiento legal que corresponda.»

⁷¹⁸ Señala *«Se cumple, igualmente, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid en cuanto que el HURJC es un centro concertado con la Comunidad de Madrid. En este punto cabe indicar que es imputable a la Administración sanitaria la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos en el seno de las prestaciones propias del Sistema Nacional de Salud, sea cual fuere la relación jurídica que la une al personal o establecimientos que directamente prestan esos servicios, sin perjuicio de la facultad de repetición que pudiera corresponder. En este sentido se ha manifestado esta Comisión Jurídica Asesora en diversos Dictámenes 112/16, de 19 de mayo, 193/17, de 18 de mayo, 107/18, de 8 de*

Este criterio fue también el mantenido por el Consejo de Estado cuando todavía no se había culminado el proceso de transferencia de las competencias y la reclamación se presentaba frente al INSALUD (Dictámenes Consejo de Estado nº 1115/2003, de 5 de junio; nº 3345/2003, de 20 de noviembre, o nº 85/2002, de 31 de enero). Sin embargo, ha sostenido la postura contraria en el supuesto de las Mutualidades administrativas y parece excepcionarlo para las concesiones de servicios y contratos de servicios a la ciudadanía, entre los que se incluirían los sanitarios (Dictamen nº 1116/2015, de 10 de marzo de 2016).

Para el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, declarada la responsabilidad patrimonial, la Administración en su resolución indicará si es a ella o a la empresa contratista, de forma directa o por vía de regreso (si la Administración hubiera satisfecho la indemnización al reclamante), a quien corresponde el pago de la indemnización (Dictámenes Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha nº 21/2021, de 21 de enero; nº 47/2021, de 11 de febrero o nº 229/2020, de 4 de junio; nº 10/2017, de 11 de enero y los que en ellos se citan).

Sin embargo, para el Consejo Consultivo de Andalucía resulta aplicable el régimen de responsabilidad patrimonial en tanto que el daño es consecuencia de la asistencia sanitaria pública integrada en el SAS. Ahora bien, de apreciarse la responsabilidad, la obligación de pagar la indemnización correspondería a la entidad concertada que prestó el servicio en aplicación de la normativa de contratación pública (actual art. 196 de la LCSP) salvo que se debiera a una orden inmediata y directa de la Administración. Para ello es imprescindible darle trámite de audiencia al centro concertado ya que de lo contrario vendría obligado al pago sin haber sido oído en el expediente (Dictámenes del Consejo Consultivo de Andalucía, nº 90 y 92/2021, de 11 de febrero⁷¹⁹). En similar

marzo y 414/19, de 17 de octubre) asumiendo la reiterada doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Madrid expresada, entre otras, en las Sentencias de 30 de enero (recurso 1324/2004, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) y de 6 de julio de 2010 (recurso 201/2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª). En esta misma línea se sitúa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 22 de 17/29 mayo de 2019 (rec. 68/2019)» tras la derogación de la disposición adicional 12ª.

⁷¹⁹ «Al respecto, debe recordarse la doctrina de este Consejo Consultivo sobre la responsabilidad de concesionarios y contratistas en el marco del servicio público, extensamente expuesta en el dictamen 15/2000. En concreto, viene sosteniendo este Consejo Consultivo que la prestación del servicio por parte de un centro concertado no obstaculiza la apreciación del requisito de imputabilidad, independientemente de las consecuencias que se desprenden de la relación contractual. En este punto, la doctrina que arranca del dictamen antes mencionado señala que la regla-base de la responsabilidad del contratista es que éste responde por los daños que derivan directamente de su gestión, a menos que hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración. Y en cuanto concierne al alcance del pronunciamiento de la Administración, este Consejo Consultivo señala

sentido, Dictámenes Consejo Consultivo de Canarias nº 139/2021, de 25 de marzo; nº 131/2021, de 18 de marzo o nº 99/2021, de 9 de marzo; nº 95/2021, de 4 de marzo y todos los que en ellos se citan.

4.2 Vía para la reclamación y orden jurisdiccional competente.

4.2.1 Disposición adicional 12ª de la LRJPAC: la unificación del procedimiento y la jurisdicción competente.

La polémica suscitada con relación al cauce procesal para exigir la responsabilidad de los concesionarios y contratistas fue zanjada en el ámbito de las reclamaciones sanitarias por la disposición adicional 12ª de la LRJPAC que aclaraba que «*seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso*». Podemos afirmar que con apoyo en la misma, era pacífico entre la doctrina⁷²⁰, la jurisprudencia y los Consejos Consultivos Autonómicos (*Vid. Supra*, Capítulo V, 4.1.3) que las reclamaciones por los daños ocasionados por o con ocasión de la asistencia sanitaria prestada por centros concertados, hospitales que habían celebrado un convenio singular de vinculación o una concesión en el marco del SNS, debían plantearse en el correspondiente procedimiento administrativo del que se le daría traslado al gestor indirecto del servicio⁷²¹ y que resolvería la Administración competente⁷²². La competencia para su conocimiento se atribuía, de manera unitaria, a la jurisdicción contencioso-administrativa. Por tanto, en este ámbito se le daba un mismo tratamiento a las reclamaciones con independencia de

en dicho dictamen que la Administración no está legalmente compelida a pronunciarse sólo y exclusivamente sobre el sujeto responsable; antes al contrario, es ajustado a Derecho resolver todas las cuestiones que plantea la reclamación.

La única incidencia de tal intervención concierne a quién haya de pagar la indemnización si se estima que hay responsabilidad, para lo cual ha de tenerse en cuenta el artículo 214 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público -vigente en el momento de la intervención quirúrgica. Se ignora la fecha del convenio, pues no ha sido incorporado al expediente-, de modo que la actuación del contratista llevaría a éste a estar obligado al pago, salvo orden directa de la Administración o vicio del proyecto. Ahora bien, para ello es necesario que el contratista intervenga en el procedimiento, pudiendo efectuar las alegaciones y presentar las pruebas que estime oportunas para su defensa.»

⁷²⁰Por todos, CUETO PÉREZ, M.; «Responsabilidad patrimonial de la Administración y gestión privada...», *op. cit.*, p. 359 y «Unidad jurisdiccional...», *op. cit.*, pp. 710 a 712; MIR PUIGPELAT, O.; *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria...*, *op. cit.*, pp. 126 y 127; REBOLLO PUIG, M.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 30 a 33; GUDÍN R-MAGARIÑOS, A. E.; *op. cit.*, p. 498; CANTERO MARTÍNEZ, J.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, pp. 204 y 231.

⁷²¹Ello en cuanto presta el servicio sanitario y al que puede corresponder abonar la indemnización por resultarle imputable el daño bien directamente, bien a través de la acción de regreso que frente al mismo ejercitaría la Administración.

⁷²²Normalmente Servicio de Salud autonómico o Consejería competente en materia de salud.

la forma de gestionar el servicio sanitario, contando el particular con las mismas garantías y manteniéndose la lógica del sistema de responsabilidad patrimonial establecido en el art. 106.2 de la CE⁷²³. Obviamente si la asistencia sanitaria no es prestada por el centro privado en el marco de las prestaciones sanitarias del SNS objeto del contrato, la reclamación se deberá ventilar en la jurisdicción civil dado que nos hallamos ante un sujeto privado (SSTSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo), Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 3 de julio de 2015 (JUR 2015\229124) o Asturias, 27 de febrero de 2017 (JUR 2017\79537).

La doctrina en una interpretación sistemática del art. 214 del TRLCSP (hoy art. 196 de la LCSP) y la disposición adicional 12ª de la LRJPAC consideraba que la remisión al procedimiento establecido por la legislación aplicable había que entenderla realizada en este caso, a la disposición adicional 12ª de la LRJPAC. De tal forma que para aquellos que defienden la dualidad jurisdiccional, esta disposición adicional suponía una excepción al régimen general establecido en los artículos 214 del TRLCSP (art. 196 de la LCSP), 32.9 LRJSP y 82.5 LPAC⁷²⁴. Para los que entienden que la competencia es del orden contencioso-administrativo previa tramitación de la vía administrativa, la disposición adicional 12ª de la LRJPAC no suponía más que una concreción o confirmación de la regla general aplicable al resto de contratistas de la Administración⁷²⁵.

Del mismo modo, la jurisprudencia afirma de forma tajante la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa tras la tramitación del procedimiento administrativo (SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 30 de noviembre de 2010 (RJ 2010\8765⁷²⁶) o 23 de abril de 2008 (RJ 2008/2731⁷²⁷) y STS (Sala de

⁷²³ El particular tiene derecho a ser indemnizado con independencia de la forma de gestión por la que haya optado la Administración para prestar el servicio público sanitario. CUETO PÉREZ, M.; «Responsabilidad patrimonial de la Administración y gestión privada...», *op. cit.*, p. 358.

⁷²⁴ Así lo afirma de forma expresa, MIR PUIGPELAT, O.; *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria...*, *op. cit.*, p. 127.

⁷²⁵ El sentido de la disposición adicional era aclarar, para este caso concreto de los centros sanitarios concertados que se excluía expresamente la competencia de la jurisdicción civil y social. REBOLLO PUIG, M.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 32.

⁷²⁶ Fundamento jurídico 4º: «*la responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria concertada, se regula en la Disposición Adicional Duodécima de la LRJPAC, en su redacción por la Ley 4/1999 (RCL 1999, 114, 329), que establece que la responsabilidad patrimonial de los centros sanitarios concertados con las administraciones sanitarias, seguirá la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso administrativo. Y la Consejería no ha cumplido con lo previsto en el artículo 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, entonces vigente, que en el número 3 dispone que la Administración "...se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad por daños..."*. Para entender cumplido lo que establece este

Conflictos de Competencia), 29 de junio de 2007 (RJ 2007\5523). Y son numerosas las sentencias de los tribunales de lo contencioso-administrativo, que sin litigiosidad sobre la competencia, han venido conociendo de este tipo de reclamaciones (SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 14 de noviembre de 2012 (RJ 2013\154); 19 y 20 de septiembre de 2015 (RJ 2005\6795 y RJ 2005\6794); 2 de marzo de 2006 (RJ 2006\2115); 4 de abril de 2016 (RJ 2016\3055) y 11 de julio de 2017 (JUR 2017\195183); 20 de noviembre de 2018 (RJ 2018\5270)). En los tribunales inferiores es larguísimo el rosario de pronunciamientos que apuntan en este sentido⁷²⁸.

Incluso para los que consideran que la obligación de reparar el daño debe recaer directamente en el gestor indirecto, la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa se extiende también a la responsabilidad del centro concertado, aunque se exima de responsabilidad a la Administración demandada. Siempre que hayan sido demandados y se haya ejercitado frente a ellos una pretensión de condena (SSTSJ (Sala

precepto, el Tribunal Supremo (sentencia 7-3-1998), afirma la obligación en el procedimiento administrativo de resolver sobre la procedencia de la indemnización, el sujeto responsable, y la cuantía. [...]

Máxime cuando la Disposición Adicional Duodécima de la LRJPAC, dispone que "es la competencia en todo caso, del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para enjuiciar la responsabilidad patrimonial en materia sanitaria de las entidades, servicios, organismos y centros de los que se refiere". Criterio jurisprudencial que se sienta en nuestras sentencia de veinte de febrero de dos mil cuatro, veinticuatro de mayo de dos mil siete (RJ 2007, 3691), dieciséis de octubre (RJ 2007,8156) del citado año y nueve de mayo de dos mil ocho.»

⁷²⁷ Frente a la alegación del Abogado del Estado de que el orden competente para conocer de la reclamación era el civil, señala en su fundamento jurídico 2º: «*la existencia de un concierto entre la Clínica privada y el órgano competente de la Administración sanitaria pública, permite conocer a esta jurisdicción de una reclamación dirigida a obtener compensación por los daños y perjuicios por parte de la Administración pues, como se deduce de nuestra sentencia de 24 de mayo de 2007 (RJ 2007, 5088), en la deficiente prestación sanitaria realizada por una entidad que mantenía un concierto de asistencia sanitaria con la Administración sanitaria pública, al tratarse de una asistencia sanitaria prestada con base en el mismo, no excluye en modo alguno la existencia de una posible responsabilidad de la Administración sin que quepa apreciar la alegada falta de jurisdicción puesto que se trataba de impugnar un acto desestimatorio presunto de una reclamación derivada de responsabilidad de la Administración.»*

⁷²⁸ Con relación a los centros concertados: SSTSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Galicia, 10 de febrero de 2016 (JUR 2016\44197), 6 de febrero de 2019 (JUR 2019\109041) o 3 de octubre de 2019 (JUR 2019\295612); Murcia, 15 de abril de 2016 (JUR 2016\107951); Castilla y León, 30 de septiembre de 2015 (JUR 2015\253238); Comunidad Valenciana, 30 de septiembre de 2015 (JUR 2016\12576); 23 de abril de 2015 (JUR 2015\132837). En relación a los convenios singulares de vinculación: SSTSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) Madrid, 14 de febrero de 2017 (JUR 2017\89414) o 20 de junio de 2017 (JUR 2017\208101); Asturias, 26 de septiembre de 2016 (RJCA 2016\903); 21 de julio de 2016 (JUR 2016\191943); 24 de abril de 2017 (JUR 2017\131238) o 26 de marzo de 2018 (JUR 2018\135395); En torno a los concesionarios del servicio público sanitario (SSTSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de la C. Valenciana, 15 y 27 de enero de 2016 (JUR 2016\141761) y (JUR 2016\141765); 29 de octubre de 2019 (JUR 2020\285139) o 30 de enero de 2019 (JUR 2019\109611); de Madrid, 14 de marzo de 2017 (JUR 2017\117915); 19 de mayo de 2017 (JUR 2017\182156); 23 de marzo de 2018 (JUR 2018\169052) o 21 de octubre de 2019 (JUR 2019\333281); Navarra, 17 de junio de 2020 (JUR 2020\364120); 23 de marzo de 2018 (JUR 2018\169052) o 21 de octubre de 2019 (JUR 2019\333281).

de lo Contencioso-Administrativo) Madrid, 24 de febrero de 2016 (JUR 2016\94759); Galicia, 10 de febrero de 2016 [JUR 2016\44197⁷²⁹] y 6 de febrero de 2019 [JUR 2019\109041]).

Son excepcionales los casos en los que se admite la competencia del orden civil para conocer de la acción de responsabilidad que se dirija exclusivamente contra el centro privado concertado o concesionario sanitario, en tanto se trata de sujetos privados y no se combate una actuación administrativa ni se demanda a la Administración, la competencia quedaría extramuros de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 9.2 de la LOPJ) (SAP de Madrid (Sección 8ª), 13 de marzo de 2018 (AC 2018\1376⁷³⁰); SAP de Las Palmas (Sección 4ª), 18 de enero de 2018 (JUR 2018\262826); STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo), Galicia, 10 de febrero de 2016 (JUR 2016\44197⁷³¹)). Normalmente, se estima la declinatoria de jurisdicción cuando se

⁷²⁹ Afirma que la resolución administrativa expresa puede declarar la responsabilidad del contratista o concesionario siendo tal decisión impugnabile tanto por ellos como por el particular en la jurisdicción contencioso-administrativa. Afirma de forma tajante en el fundamento jurídico 2º: *«resulta incuestionable la competencia del orden contencioso-administrativo para enjuiciar y dirimir la responsabilidad sanitaria de la Administración matriz o de los centros concertados según deriva de la Disposición Adicional 12ª de la Ley 4/1999 (en armonía con el criterio consolidado del Tribunal Supremo). Ello no afecta al principio general de ejecución de contratos a riesgo y ventura del contratista, que se proyecta sobre la asistencia sanitaria prestada en la modalidad de concierto (o mediante convenio de funcionalidad equivalente), pero si a la vertiente procesal del cauce idóneo para reclamarla, pues por imperativo de la unidad jurisdiccional derivada de la citada Disposición Adicional, corresponderá a los tribunales contencioso-administrativos determinar si existe o no responsabilidad por los daños y perjuicios reclamados y si la indemnización debe ser satisfecha por la Administración, por la entidad jurídica privada concertada o incluso por ambas, si existiese concurrencia de responsabilidades»*. No obstante, admite la reclamación directa únicamente en la vía civil frente al centro concertado.

⁷³⁰ Tras analizar la jurisdicción competente concluye *«considera esta Sala que existe un sistema dual, alternativo y opcional, por el que 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. 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, incluso, prevista en la ordenación de consumidores y usuarios (art. 148, párrafo 2 del TRLGCU) y de otra parte en cuanto que son gestoras de un servicio público.»*

⁷³¹ Afirma *«Con carácter previo precisaremos que resulta incuestionable la competencia del orden contencioso-administrativo para enjuiciar y dirimir la responsabilidad sanitaria de la Administración matriz o de los centros concertados según deriva de la Disposición Adicional 12ª de la Ley 4/1999 (en armonía con el criterio consolidado del Tribunal Supremo). [...] Ello no impide, tal como señaló la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo (AATS 9 de Abril de 2003, y 19 de Junio de 2009) incluso podría corresponder a la jurisdicción ordinaria el enjuiciamiento de la acción de responsabilidad que se dirija exclusivamente contra el contratista, posibilidad que está en manos del particular según su estrategia procesal y para el caso de que considere que todo título y responsabilidad de la imputación recae exclusiva y directamente sobre la entidad privada concertada, por considerar que ha incurrido en negligencia al margen de todo título o intervención de la Administración (línea apuntada con carácter general por la STS de 2 de Octubre de 2009). Lo que debe quedar claro es que en el ámbito contencioso-administrativo no se podría ejercer la demanda directa y únicamente frente a la entidad privada concertada ya que es condición sine qua non que la misma combata una actuación administrativa y sea demandada también la Administración.»*

reclama únicamente frente al contratista en el orden civil (por todas, STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 24 de febrero de 2016 (JUR 2016\94759). Con independencia de que se acepte o no, se considera interrumpido el plazo de prescripción de la acción frente a la Administración si se ha reclamado directamente ante el gestor indirecto del servicio sanitario en el orden civil dadas las dudas jurídicas creadas por la complejidad del ordenamiento. No así si se reclama en la vía civil directamente frente a la Administración dado que desde el año 1998 el régimen quedó clarificado (*Vid.* por todos, SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 23 de abril de 2008 (RJ 2008/2731) o SSTSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife), 22 de mayo de 2019 (JUR 2019\230932); Navarra, 17 de junio de 2020 (JUR 2020\364120).

Nada impide el conocimiento por la jurisdicción civil de la demanda dirigida exclusivamente frente a la aseguradora de la Administración, en caso de que sobre esta recaiga la obligación de indemnizar los daños ocasionados por el contratista del servicio sanitario. En caso de que se constituya un litisconsorcio pasivo porque se demande conjuntamente a la aseguradora y la Administración, se deberá conformar en el orden contencioso-administrativo (SAP de Madrid (Sección 11ª), 24 de octubre de 2018 (JUR 2019\15916⁷³²) y Auto de la AP de Barcelona (Sección 13ª), 28 de septiembre de 2018 (JUR 2018\275563). Del mismo modo, cabría ejercitar la acción directa del art. 76 de la LCS frente al asegurador del sujeto privado que gestiona el servicio en el orden civil, si los daños están cubiertos por la póliza (SAP de Barcelona (Sección 14ª), 27 de junio de 2019 (JUR 2019\223908)).

4.2.2. La incidencia de la LPAC y la LRJSP: problemas derivados de la derogación de la disposición adicional 12ª de la LRJPAC, ¿quiebra de la unidad de fuero?

Sin que se alcancen a entender muy bien las razones que han llevado al legislador a suprimir el contenido de la disposición adicional 12ª de la LRJPAC⁷³³ (probablemente en el fondo subyace la intención de reducir el número de reclamaciones y condenas

⁷³² Entiende que así es puesto que la póliza cubre la responsabilidad patrimonial del SERMAS, y «no excluye la responsabilidad patrimonial derivada de la prestación del servicio por un hospital concesionario de la gestión».

⁷³³ Algunos han planteado que asentado ya el sistema, no era necesario volver a realizar una referencia específica a un tipo de reclamaciones de responsabilidad concreta como es el sanitario. CARRERO PALOMO, A.; *op. cit.*, pp. 278 y 279. Sin embargo, como apunta CUETO PÉREZ no ha de ignorarse que si se ha suprimido el contenido de la disposición adicional es porque esa ha sido la voluntad del legislador sin que se deba a un descuido u olvido voluntario. CUETO PÉREZ, M.; «Responsabilidad patrimonial de la Administración y gestión privada...», *op. cit.*, p. 360.

frente a la Administración), ello puede suponer que se trasladen a un ámbito especialmente sensible como es el sanitario, el rosario de problemas que giran en torno al cauce procesal idóneo para exigir la responsabilidad por los daños ocasionados a terceros en ejecución de un contrato (*Vid. Supra*, Capítulo V, 3.3). No se cuenta ya con la cobertura que otorgaba la citada disposición adicional que disipaba las dudas. ¿Ha pretendido el legislador unificar el régimen procedimental y jurisdiccional aplicable a todos los concesionarios y contratistas?

Por una parte, tanto para aquellos que defienden la responsabilidad directa de la Administración en todo caso, como para los que entienden que se deba reclamar siempre en la vía administrativa correspondiendo su revisión al orden contencioso-administrativo, con independencia de que la obligación de indemnizar recaiga sobre la Administración o el contratista, la derogación de la disposición adicional 12ª no plantea ningún problema puesto que se mantiene el mismo sistema. Sin embargo, como vimos *Supra*, esta no es la postura mantenida por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria que, en una interpretación conjunta de los artículos 196 de la LCSP, 39.2 de la LRJSP y 82.5 de la LPAC, defienden un sistema de dualidad jurisdiccional según la entidad demandada, en el que es posible accionar directamente en la vía civil frente al concesionario o contratista o su aseguradora. En el ámbito sanitario, el que la responsabilidad del centro concertado, hospital con el que existe un convenio singular de vinculación o concesionario se pueda dilucidar en el orden civil, produciría una nueva quiebra de la pretendida unidad jurisdiccional y de régimen jurídico que, como se ha apuntado por la doctrina⁷³⁴, cuenta con un antecedente claro en relación con las Mutualidades administrativas. En estos casos, la AN sostiene que no hay ninguna actuación administrativa, quedando sometido el centro concertado responsable al régimen de responsabilidad derivado del CC en lugar de al contenido en la LRJPAC, que venía exigiendo la disposición adicional 12ª (*Vid. Infra*, Capítulo V, 5.3). Como ha señalado CUETO PÉREZ⁷³⁵ si se sigue la estela marcada con relación a los centros concertados con las Mutualidades, los Servicios de Salud o Consejería competente podrían desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial por considerar el daño imputable al centro concertado o al concesionario, reconduciendo al perjudicado a la jurisdicción civil y sometiéndole al régimen de responsabilidad del Código Civil.

⁷³⁴ CUETO PÉREZ, M.; «Unidad jurisdiccional...», *op. cit.*, pp. 714 y 715.

⁷³⁵ CUETO PÉREZ, M.; «Responsabilidad patrimonial de la Administración y gestión privada...», *op. cit.*, p. 361.

La derogación de la disposición adicional 12ª de la LRJPAC podrá tener como resultado que el régimen jurídico y el cauce para reclamar los daños se hagan depender de la forma de gestionar el servicio sanitario por la que opte la Administración⁷³⁶. Si se exige directamente la responsabilidad al contratista o concesionario del servicio sanitario podrían ser competentes los tribunales civiles que aplicarán probablemente el régimen del CC, mientras que si la gestión del servicio es directa conocerían los Tribunales contencioso-administrativos que aplicarán el régimen de la LRJSP y la LPAC, previa tramitación de la vía administrativa. Siembra aún más dudas el que algunos conciertos y convenios singulares de vinculación quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP y, por tanto, del sistema previsto en el art. 196 de la LCSP. En algunos de estos convenios se contempla expresamente que la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento del servicio público objeto del convenio, se tramite conforme a lo previsto en la LPAC y la LRJSP, siendo la resolución administrativa impugnabile en el orden contencioso-administrativo⁷³⁷.

Aunque advertimos que las sentencias son escasas puesto que la LRJSP y la LPAC se aplican únicamente a los procedimientos que han sido iniciados tras su entrada en vigor (2 de octubre de 2016)⁷³⁸, en este sentido ya se ha manifestado algún tribunal. La SAP de Barcelona (Sección 14ª), 27 de junio de 2019 (JUR 2019\223908) afirma al respecto: *«no resulta tan claro en este momento, tras la vigencia de las leyes 39 (RCL 2015, 1477) y 40 /2015 (RCL 2015, 1478) (de reforma de la LRJPAC RJAYPAC) y de la LCSP, que no pueda exigirse responsabilidad al ente privado que gestiona el servicio público de salud en el ámbito de la jurisdicción civil y con arreglo a tal normativa, por lo que la legitimación ad causam de su aseguradora resulta igualmente indiscutible.»* Por su parte, la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) Islas Canarias (Santa

⁷³⁶ La Administración por diversas razones puede optar por gestionar el servicio a través de vías indirectas y será la que derive al paciente al centro concertado, hospital vinculado o concesionario. Según el lugar de residencia, por ejemplo, el paciente se verá abocado a que la asistencia sanitaria le sea prestada por un centro concertado.

⁷³⁷ Estipulación 7ª de la cláusula adicional undécima al convenio singular marco suscrito entre el Servicio Madrileño de Salud y la “Fundación Jiménez Díaz Unión Temporal de Empresas Ley 18/1982 de 26 de mayo” para la asistencia sanitaria a pacientes en el periodo 1 de junio a 31 de diciembre del año 2019» que además señala que la resolución administrativa deberá fijar si el abono de la indemnización corresponde a la Administración o a la Fundación.

Convenios singulares de vinculación celebrados por el Servicio de Salud del Principado de Asturias y la Fundación Hospital de Jove, Fundación Hospital de Avilés, Fundación Sanatorio Adaro y el Hospital de Gijón-Cruz Roja Española.

⁷³⁸ Según la disposición transitoria tercera a) de la LPAC: *«a los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior.»*

Cruz de Tenerife), 22 de mayo de 2019 (JUR 2019\230932⁷³⁹) tras destacar que la LPAC no contempla una previsión similar a la disposición adicional 12ª de la LRJPAC y reconocer que ello podría propiciar que el perjudicado tuviera derecho a elegir la jurisdicción competente según la entidad demandada, considera, aunque con apoyo en la disposición adicional derogada -que era aplicable al caso-, que el centro concertado en cuanto «*sujeto privado en funciones administrativas integrado en la organización del servicio público de salud*» no puede ser demandado ante la jurisdicción civil ya que actúa en funciones de servicio público y por tanto, «*su responsabilidad extracontractual está sometida al régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administración Públicas sin que pueda optarse por uno u otro orden jurisdiccional*⁷⁴⁰». Con apoyo en esta sentencia, en la actualidad, la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid rechaza la posibilidad de demandar al gestor indirecto del servicio en la jurisdicción civil, debiendo plantearse reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración en la vía administrativa. El resto de Consejos Consultivos sigue manteniendo la misma doctrina que con anterioridad a la derogación de la citada disposición. De otro lado, la STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 22 de junio de 2021 (JUR 2021\317054) para justificar la competencia del orden contencioso-administrativo, tras la derogación de la disposición adicional 12ª, entiende subsumido el supuesto de la reclamación directa frente al concesionario en los artículos 9.4 de la LOPJ y art. 2.e) de la LJCA (reconociendo que si no existieran correspondería a la jurisdicción civil), llegando a afirmar, de forma bastante criticable, que «*el mismo acto del prestador privado del servicio público sanitario, denegatorio de la reclamación, es directamente recurrible ante la jurisdicción contencioso administrativa*», sin que sea necesario que el reclamante acuda a la vía administrativa para obtener un acto administrativo desestimatorio.

Finalmente, las SSTSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Asturias, 27 de diciembre de 2019 (JUR 2020\37448) o 18 de septiembre de 2020 (JUR 2020\310645), estando en vigor la LPAC y la LRJSP, entran a conocer sobre la posible responsabilidad

⁷³⁹ Afirma: «*No se trata sólo de la ejecución de un contrato administrativo por un contratista que perjudica a un tercero que ninguna relación jurídica tenía con la Administración contratante. La responsabilidad patrimonial se origina por la prestación de un servicio público por un particular pero por cuenta y encargo de la Administración a quien le viene obligada su prestación y no se le exige de responsabilidad ya que se enjuicia el servicio público mismo con independencia de quien lo preste.*»

⁷⁴⁰ Lo diferencia de los casos en que se demanda a un particular que ha concurrido con la Administración a la producción del daño pero que no actúa en funciones de servicio público, en cuyo caso sí sería viable interponer la demanda en la vía civil si no se opta por reclamar conjuntamente frente a ambos en el orden contencioso-administrativo.

patrimonial de la Administración cuando el daño es ocasionado por un hospital con el que existe un convenio singular de vinculación, sin ninguna discusión sobre la jurisdicción competente.

Salta a la vista el riesgo de que se retorne a la situación de incertidumbre y grave inseguridad jurídica que, al menos en el ámbito sanitario, la disposición adicional 12ª de la LRJPAC había conseguido solventar. ¿Estaría justificado que el paciente que acude a una clínica concertada por derivación de la Administración quede sujeto a un régimen jurídico diferente y a un orden jurisdiccional distinto que aquellos que reciben la asistencia sanitaria en un hospital gestionado por la Administración? ¿Sería lógico que se hiciera recaer en este paciente la carga de indagar quién sería el sujeto responsable para poder instar la vía correcta? Como hemos venido exponiendo entendemos que no. Ello no sería acorde con la garantía de indemnidad patrimonial plasmada en el art. 106.2 de la CE a favor de los particulares que sufran una lesión como consecuencia del funcionamiento de un servicio público⁷⁴¹. Tratándose de una asistencia sanitaria prestada en el marco del SNS el estándar de funcionamiento del servicio y por tanto, el régimen de responsabilidad deberá ser el mismo, el público, y la vía procedimental y jurisdiccional también. Por eso, coincidimos con la doctrina⁷⁴² y así lo hemos defendido para el resto de contratistas de servicios públicos (*Vid. Supra*, Capítulo V, 3.4), en la conveniencia de introducir una previsión semejante a la citada disposición adicional que permita concentrar la competencia en el orden contencioso-administrativo previa tramitación del correspondiente procedimiento. Lo relevante en este caso es que se está en presencia del funcionamiento de un servicio público, aunque no esté siendo prestado materialmente por la Administración. Mismo régimen jurídico, misma vía jurisdiccional y mismas garantías para los pacientes independientemente de la modalidad de gestión.

Sobre dos cuestiones sí hay consenso:

1. Que, cuando la responsabilidad es o parezca ser de la Administración, deberá tramitarse el correspondiente procedimiento administrativo siendo la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 9.4 de la LOPJ y art. 2.e) LJCA). Lo mismo sucederá si se ejercita el requerimiento previo o se reclama frente a la misma y la Administración da la callada por respuesta o se limita a declarar su irresponsabilidad,

⁷⁴¹ CUETO PÉREZ, M.; «Unidad jurisdiccional...», *op. cit.*, pp. 714 y 715 y «Responsabilidad patrimonial de la Administración y gestión privada...», *op. cit.*, p. 359.

⁷⁴² *Ibid.*, pp. 357 a 361; YÁÑEZ DÍAZ, C.; *op. cit.*, pp. 266 a 272; GAMERO CASADO, E.; «Responsabilidad extracontractual...», *op. cit.*, p. 2175.

puesto que en este caso la jurisprudencia la hace responsable (*Vid. Supra*, Capítulo V, 3.3.1 y 2).

2. Que si se reclama conjuntamente frente a la Administración y el gestor indirecto del servicio sanitario, o sus compañías aseguradoras, como es habitual en la práctica, la competencia corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 9.4 de la LOPJ y art. 2.e) de la LJCA). Con esto se eluden los problemas jurisdiccionales puesto que si se ejercita la pretensión indemnizatoria también frente a los sujetos privados, el tribunal resolverá aunque se exima de responsabilidad a la Administración.

5.Mutualismo Administrativo.

5.1 Introducción.

La homogeneidad de criterio mantenida gracias a la claridad de la disposición adicional 12ª de la LRJPAC cuando se pretendía reclamar los daños por la asistencia sanitaria prestada por un centro con el que se había suscrito un contrato de gestión de servicios públicos⁷⁴³ se rompe cuando el servicio sanitario es prestado por una entidad pública o privada concertada con alguna de las Mutualidades Administrativas (MUFACE, MUGEJU o ISFAS). El TS, la AN y el Consejo de Estado mantienen posturas diversas. A ello ayuda el que en los conciertos suscritos se haga constar expresamente que las relaciones entre los beneficiarios y los facultativos, centros o aseguradoras por causa de la actividad asistencial son ajenas al concierto y no vinculan a la Mutualidad administrativa, no pudiendo utilizarse la vía administrativa para su reclamación⁷⁴⁴.

⁷⁴³ En la actualidad, concierto, convenio singular de vinculación, contrato de servicios a la ciudadanía o concesión de servicios.

⁷⁴⁴ Como ejemplo, la Resolución de 13 de diciembre de 2019, de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, por la que se publica el Concierto suscrito con entidades de seguro para el aseguramiento del acceso a la asistencia sanitaria en territorio nacional a los beneficiarios de la misma durante los años 2020 y 2021 establece en su cláusula 7.2: «7.2.1 *El presente Concierto no supone ni hace surgir ninguna relación entre MUFACE y los facultativos o centros de la Entidad que presten la asistencia. Las relaciones entre la Entidad y los facultativos o centros son en todo caso ajenas al Concierto.*

7.2.2 Consecuentemente, son también ajenas al conjunto de derechos y obligaciones que determinan los fines del Concierto y se configuran como relaciones autónomas entre las partes:

a) 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.

b) Las relaciones de los beneficiarios con los centros de la Entidad propios o concertados, 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 actividad en dichos centros.

5.2 El problema de la imputación.

5.2.1 Posiciones doctrinales.

La doctrina con carácter general no se ha manifestado con relación a este supuesto concreto, por lo que, la postura oscilará entre las dos propuestas expuestas (*Vid.* Capítulo V, 3.1 y 4.1). Únicamente GUDÍN R-MAGARIÑOS⁷⁴⁵ se aparta de su posición anterior puesto que al ser el sujeto el que voluntariamente elige que el servicio sanitario le sea prestado a través de una entidad privada con la que la Mutualidad haya celebrado un concierto, la responsabilidad recaerá sobre el ente concertado y la reclamación deberá dirigirse a él, no frente a la Administración. Diferenciaría, por consiguiente, si la prestación del servicio por vía indirecta ha sido elegida libremente o impuesta por la Administración. De no quererlo, entiende que debería haber optado por recibir la prestación a través del sistema general de la Seguridad Social. Lo contrario, en su opinión, sería discriminatorio para los funcionarios que optan por este régimen que sólo tendrán la vía administrativa, mientras los que elijan aquel tendrán una doble vía: administrativa y privada.

5.2.2 Estado de la cuestión en la jurisprudencia.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de forma contraria a la opinión mantenida por la Sala de lo Civil, el Consejo de Estado y la Audiencia Nacional, viene entendiendo que existe responsabilidad patrimonial de los organismos públicos MUFACE, MUJEGU e ISFAS por la asistencia sanitaria prestada por alguna de las aseguradoras privadas concertadas (ADESLAS, ASISA, Sanitas...). Se muestra tajante al respecto, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 24 de mayo de 2007 (RJ 2007\5088), fundamento jurídico 4º:

Las relaciones mencionadas en las letras a) y b) de la presente cláusula seguirán siendo ajenas a los fines del Concierto aun cuando, en virtud de las vinculaciones existentes entre los facultativos y centros y la Entidad, puedan generar efectos directos o subsidiarios sobre estas.

7.2.3 Las relaciones mencionadas en la cláusula precedente tendrán la naturaleza que, con arreglo a derecho, corresponda a su contenido, y el conocimiento y decisión de las cuestiones que puedan surgir en las mismas serán competencia de la jurisdicción ordinaria civil, o, en su caso, de la penal.»

Añadiendo en la cláusula 7.4.1: «no será utilizable esta vía administrativa para reclamaciones sobre cuestiones referentes a las relaciones mencionadas en la cláusula 7.2. En caso de plantearse, se contestará al interesado que, por razón de incompetencia de MUFACE, no resulta posible resolver sobre el fondo de la reclamación, con indicación de que puede actuarse, si se estima oportuno, frente a los facultativos, centros o, si procede, ante la propia Entidad, en la vía jurisdiccional ordinaria que corresponda según la naturaleza de los hechos.»

⁷⁴⁵ GUDÍN R-MAGARIÑOS, A. E.; *op. cit.*, p. 499 a 504.

«la existencia de tal concierto, tratándose de una asistencia sanitaria prestada con base al mismo, no excluye en modo alguno la existencia de una posible responsabilidad patrimonial de la Administración, siempre que concurren los requisitos configuradores de aquella, según el art. 139 de la Ley 30/92.

Por todo ello los razonamientos contenidos en la sentencia de instancia cuando excluye la responsabilidad patrimonial, alegando que el ISFAS no ha prestado ningún tipo de asistencia sanitaria, sino que ha sido la entidad concertada elegida libremente por el mutualista, la que los ha prestado, no resultan ajustados a derecho, no pudiendo oponerse las concretas cláusulas del concierto, a quien tiene el carácter de tercero en relación al articulado del mismo, pero que precisamente por la existencia de este, acude a recibir asistencia sanitaria a la entidad médica con la que el ISFAS, de cuyo régimen sanitario es beneficiario, ha suscrito el oportuno concierto para la prestación de dicha asistencia.

[...]

Las consideraciones contenidas en dicha sentencia resultan plenamente aplicables al caso de autos y al concierto suscrito entre MUFACE y ADESLAS. El art. 45 de la Ley General de Sanidad establece que el Sistema Nacional de Salud integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que de acuerdo con lo previsto en esa Ley son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud y por tanto en él debe entenderse incluida MUFACE, pues el citado Real Decreto Legislativo 4/2000 (RCL 2000, 1441) 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. [...]

A ello ha de añadirse cuanto hemos dicho en relación a la Disposición Adicional 12º de la Ley 30/92 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) en la redacción dada por Ley 4/99 (RCL 1999, 114, 329) lo que nos lleva a concluir que los razonamientos

contenidos en la sentencia de instancia vulneran los preceptos mencionados en el primer y segundo motivo de recurso [...]». En el mismo sentido, SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 3 de julio de 2003 (RJ 2003\5431) o 20 de febrero de 2007 (RJ 2007\843), dictada antes de que hubiera entrado en vigor la disposición adicional 12ª de la LRJPAC; 18 de octubre de 2011 (RJ 2012\1207); 30 de septiembre de 2011 (RJ 2012\1020); 4 de diciembre de 2012 (RJ 2013\1508) y 9 de diciembre de 2015 (RJ 2016\149).

Sin embargo, la Audiencia Nacional que rectificó su posición inicial en línea con la doctrina del Consejo de Estado y la Abogacía del Estado⁷⁴⁶ para adecuarla a la jurisprudencia del TS⁷⁴⁷, volvió a reconsiderar su doctrina tras la entrada en vigor de la disposición adicional 23ª de la LCSP de 2007⁷⁴⁸ en la que se reconocía expresamente naturaleza de contrato de gestión de servicios públicos a los conciertos celebrados para la prestación de servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica entre MUFACE, ISFAS y MUGEJU y las entidades públicas y aseguradoras privadas (en la actualidad, contrato de concesión de servicios según la disposición adicional 19ª de la LCSP⁷⁴⁹). Están sometidos en cuanto a su regulación a la normativa especial de cada mutualidad y en lo no previsto a la legislación de contratos del sector público. De ahí que de acuerdo con los actuales artículos 196 y 288.c) de la LCSP será obligación de las entidades públicas o privadas concertadas indemnizar los daños que se ocasionen por la prestación de la

⁷⁴⁶ SSAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 25 de enero de 2001 (JUR 2001/73933); 26 de septiembre de 2002 (JUR 2003/59903); 5 de febrero de 2004 (JUR 2004/132688) y 28 de septiembre de 2005 (JUR 2005/274658).

⁷⁴⁷ SSAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 18 de abril de 2007 (JUR 2007\112272); 30 de mayo de 2007 (JUR 2007\142102); 6 de junio de 2007 (JUR 2007\192314) y 21 de noviembre de 2007 (JUR 2007\362457).

⁷⁴⁸ El cambio de criterio se produce a raíz de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 2 de julio de 2008 (RJ 2008/6730), si bien aplicando de forma retroactiva la disposición adicional 23ª lo que fue rechazado por el TS y corregido por la AN (SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 17 de mayo de 2013 (JUR 2013\183762) o 10 de diciembre de 2014 (JUR 2015\11029).

⁷⁴⁹ Según la disposición adicional 19ª de la LCSP, todos los conciertos celebrados por cualquiera de las Mutualidades administrativas para la prestación de los servicios de asistencia sanitaria tienen naturaleza de contrato de concesión de servicios rigiéndose por la normativa especial de cada mutualidad y, en todo lo no previsto, por la LCSP. Solventa así las posibles dudas que podía generar el que la disposición adicional 20ª del TRLCSP en su apartado primero sólo se refiriera a MUFACE e ISFAS, no a MUGEJU, cuando indicaba la naturaleza de los conciertos como contratos de gestión de servicios públicos y su régimen jurídico. Podía provocar que se defendiera un régimen jurídico diverso según la Mutualidad. Empero, entendíamos que también era aplicable a MUGEJU, ya que conforme al art. 17 del Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el Régimen especial de Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia, la asistencia sanitaria se presta a través de medios propios o de otras entidades o establecimientos públicos o privados con los que la Mutualidad ha celebrado un concierto que era una de las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos. No sería justificable la aplicación de un régimen a unas Mutualidades y otro diferente a otra como así ha entendido la LCSP.

asistencia sanitaria salvo que fuera imputable a la Mutualidad por ser consecuencia de una orden directa e inmediata. En caso contrario, se excluye la responsabilidad de ésta.

Reproducimos por su claridad la doctrina reiterada de forma constante por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional haya optado el mutualista por recibir la asistencia sanitaria a través de una entidad privada o de una entidad pública. En su sentencia de 10 de marzo de 2017 (JUR 2017\93653)⁷⁵⁰, fundamento jurídico 7º afirma:

«En efecto, la Sección, en asuntos similares al de autos, vino declarando que, "el daño cuyo resarcimiento se persigue por la actora, no es imputable al funcionamiento de los servicios públicos, habida cuenta de que la actuación administrativa consiste en celebrar conciertos con Entidades o Sociedades para facilitar a los mutualistas y beneficiarios la prestación sanitaria de tal modo que, a tenor de lo dispuesto en los Conciertos suscritos, la responsabilidad que puede surgir por la defectuosa asistencia no es susceptible de ser imputada más allá del círculo en que efectivamente se realiza la prestación, extendiéndose en la forma pretendida por la demandante", añadiéndose que la Administración "no ha prestado ningún tipo de asistencia sanitaria, ha sido la Entidad concertada elegida por la mutualista la que lo ha hecho a través de sus servicios y en el ámbito de una relación establecida libremente con la recurrente y que ésta no puede desconocer" (Sentencia de 25 de enero de 2001 (JUR 2001,73933), recurso nº 251/2000).

No obstante, el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencias de 20 de febrero y de 24 de mayo de 2007, sobre la base de que, "no pudiendo oponerse las concretas cláusulas del concierto, a quien tiene el carácter de tercero en relación al articulado del mismo, pero que precisamente por la existencia de éste, acude a recibir asistencia sanitaria a la entidad médica con la que el ISFAS, de cuyo régimen sanitario es beneficiario, ha suscrito el oportuno concierto para la prestación de dicha asistencia", mantuvo otro criterio, que motivó el cambio en los razonamientos de esta Sección.

Sin embargo, se destaca en la referida Sentencia de 2 de julio del pasado año [2008], no puede desconocerse la incidencia que, en esta cuestión, tiene la disposición

⁷⁵⁰ Es extenso el número de sentencias que se pronuncian en el mismo sentido. Entre otras, Sentencias de la AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo): 16 de febrero de 2011 (JUR 2011\68293); 9 de marzo de 2011 (JUR 2011\94844); 17 de noviembre de 2014 (JUR 2014\278606); 10 de diciembre de 2014 (JUR 2015\11029); 11 de mayo de 2015 (JUR 2015\135485); 9 de mayo de 2016 (JUR 2016\120945); 5 de diciembre de 2016 (JUR 2017\134212); 24 de junio de 2020 (JUR 2020\227113); 22 de enero de 2020 (JUR 2020\92705).

adicional vigésimo tercera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, [...]

Con esta disposición, el legislador considera expresamente sometidos los conciertos del tipo del que trae causa la asistencia prestada a la parte actora, celebrado entre el Instituto Social de las Fuerzas Armadas y ADESLAS, al régimen del contrato de gestión de servicio público, del que el concierto constituye una de sus modalidades de contratación [artículo 253.a) de la nueva Ley y artículo 156.c) de la precedente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RCL 2000, 1380 y 2126)], figurando entre las obligaciones del contratista la de "indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración" (artículo 256.c) de la nueva Ley y artículo 161.c) de su precedente). Esta idea, que ya se deducía de la normativa anterior, se hace ahora explícita, cobrando todo su vigor el sistema de responsabilidad al que se acaba de aludir, de manera que "la responsabilidad de la Administración solo se impone cuando los daños deriven de manera inmediata y directa de una orden de la Administración [...], modulando así la responsabilidad de la Administración en razón de la intervención del contratista, que interfiere en la relación de causalidad de manera determinante, exonerando a la Administración, por ser atribuible el daño a la conducta y actuación directa del contratista en la ejecución del contrato bajo su responsabilidad, afectando con ello a la relación de causalidad, que sin embargo se mantiene en lo demás, en cuanto la Administración es la titular" del servicio y del fin público que se trata de satisfacer, así como en los casos indicados de las operaciones de ejecución del contrato que responden a órdenes de la Administración (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006).» Si el que responde es el sujeto privado (aseguradora, centro y/o facultativos) lo hará bajo las reglas del Código Civil y del TRLCU, a diferencia de si lo hace la Administración. Ningún cambio ha supuesto en esta doctrina la definición de estos contratos como de concesión de servicios (SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 16 de septiembre de 2020 (JUR 2020\296277) o 6 de marzo de 2019 (JUR 2019\113931)). La misma opinión mantiene si el mutualista ha optado por recibir la asistencia sanitaria a través de una entidad sanitaria pública en virtud del concierto celebrado por la Mutualidad y el INSS. No cabrá imputar los daños a la Mutualidad sino que será responsable el INGESA o el servicio autonómico de salud que haya

proporcionado la asistencia sanitaria conforme al régimen público de responsabilidad (SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 13 de junio de 2019 (JUR 2019\204735⁷⁵¹).

No alcanzamos a entender muy bien la justificación del cambio de criterio ya que con anterioridad a la citada disposición adicional los conciertos, entre los que se podrían haber entendido incluido estos, eran una de las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos⁷⁵². Por tanto, la doctrina de la AN hubiera podido ser la misma, de hecho lo fue, hasta que se vio forzada a cambiar su parecer para ajustarse a la jurisprudencia emanada del TS⁷⁵³. Muy crítica con esta doctrina se ha mostrado CUETO PÉREZ⁷⁵⁴ para la que del hecho de que el contratista responda de los daños y de que resulte aplicable la legislación de contratos, no cabe inferir automáticamente que el régimen aplicable sea el del CC, menos aún vigente la disposición adicional 12ª de la LRJPAC, ya que se está prestando un servicio público.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS por su parte, no se ha pronunciado aún sobre si la entrada en vigor de la disposición adicional 23ª de la LCSP 2007 ha supuesto un cambio de criterio en línea con lo que mantiene la AN. En sus sentencias

⁷⁵¹ Aunque el concierto es celebrado entre la Mutualidad y el INSS tampoco éste responderá pues como señala en la sentencia: «El INSS, por su parte, es la entidad que se encarga de gestionar todas las prestaciones económicas y ayudas de la Seguridad Social, tiene personalidad jurídica propia a nivel nacional, pero con exclusión de aquellas competencias cuya gestión se haya atribuido a las Comunidades Autónomas, como es el caso que nos ocupa a la Comunidad Autónoma de Madrid, por lo que los conciertos que a nivel nacional pueda firmar con MUFACE más tarde son gestionados y desarrollados por los distintos entes u organismos de las CCAA encargados de las prestaciones sanitarias en el ámbito de la Comunidad. De ahí que haya que excluir al INSS de la responsabilidad exigida, pues en el ámbito de la Comunidad de Madrid las competencias del INSS son asumidas por el SERMAS.» Afirma más adelante: «Desde esta perspectiva, y dado que el servicio no se presta ni por MUFACE ni por el INSS, es decir, se presta por el Servicio Madrileño de Salud en razón de las transferencias de la gestión de la prestación sanitaria en esta Comunidad, su responsabilidad es asimilable a la que ostentan los contratistas de entidades de carácter privado, por lo que ostenta legitimación pasiva siendo procedente resolver mediante la presente sentencia la responsabilidad patrimonial que ha acumulado la propia actora.»

⁷⁵² YÁÑEZ DÍAZ cita el Informe 37/995, de 24 de octubre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en que así se pone de relieve. YÁÑEZ DÍAZ, C.; *op. cit.*, p. 333. Muy crítica con este cambio de criterio se ha mostrado CUETO PÉREZ: «no acabamos de ver la interpretación realizada por los tribunales en este supuesto, pues el hecho de que la legislación de contratos considerase en su momento esos conciertos como un contrato de gestión de servicio público expresamente no tendría por qué llevar a un cambio de criterio. Los conciertos sanitarios, aunque contemplados por la normativa especial de sanidad no dejaban de ser contratos de gestión de servicio público y la DA 12ª de la LRJPAC claramente los incluía en su ámbito de aplicación en materia de responsabilidad». CUETO PÉREZ, M.; «Unidad jurisdiccional...», *op. cit.*, p. 715.

⁷⁵³ De hecho en las sentencias en las que se acoge el criterio del TS se dedica uno de sus razonamientos a justificar la decisión contraria en el sentido de las sentencias de la AN anteriores. Así lo entendieron, ALONSO MÁZ, M. J. Y NARBÓN LAINEZ, E.; *op. cit.*, pp. 233 a 235 y 294.

⁷⁵⁴ CUETO PÉREZ, M.; «Responsabilidad patrimonial de la Administración y gestión privada...», *op. cit.*, p. 361; YÁÑEZ DÍAZ, C.; *op. cit.*, pp. 338 y 339.

más recientes de 18 de octubre de 2011 (RJ 2012\1207); 4 de diciembre de 2012 (RJ 2013\1508) y 9 de diciembre de 2015 (RJ 2016\149), dictadas en unificación de doctrina, ha rechazado el nuevo posicionamiento de la AN manteniendo su jurisprudencia dictada hasta la fecha, pero no porque sea erróneo sino por la imposibilidad de aplicar la disposición adicional y su nueva interpretación con carácter retroactivo a supuestos en los que todavía no había entrado en vigor. De ello se podría desprender que para los casos en que estuviera vigente quizá sí se podría realizar esta nueva interpretación, pero el TS no lo analiza. Por su parte, la Sala de lo Civil del TS en la sentencia de 13 de octubre de 2015 (RJ 2015\4225) indica en mi opinión de forma errónea⁷⁵⁵, que la Sala Tercera del TS ha llevado a cabo un cambio de orientación siguiendo los razonamientos de la AN. Fija como doctrina que: *«la acción que ejercite el mutualista funcionario civil del Estado contra la Entidad con la que haya concertado su Mutualidad la prestación de asistencia sanitaria, a fin de reclamar aquél el daño sufrido por la prestación del servicio, tiene como plazo de prescripción el de un año.»* La acción del mutualista contra la entidad concertada o contra los centros o facultativos del cuadro médico de la misma se ampara, según el TS, en los artículos 1902 y 1903 del CC. De ello se infiere que no será responsable en todo caso la Administración. La STS (Sala de lo Civil), 29 de abril de 2021 (RJ 2021\2007) también reconoce la responsabilidad de la aseguradora de asistencia sanitaria, llegándole a imponer el pago de los intereses moratorios del art. 20 de la LCS por entender que, aunque el concierto celebrado con MUFACE es un contrato de concesión de servicios públicos, se configura bajo la fórmula de un seguro de asistencia sanitaria. Entran también a resolver la posible responsabilidad civil de la entidad aseguradora concertada con la Mutualidad, las clínicas y/o facultativos que prestan el servicio, las SSTS (Sala de lo Civil), 11 de abril de 2013 (RJ 2013\3384); 13 de abril de 2007 (RJ 2007\2323) o 24 de marzo de 2001 (RJ 2001\3986).

⁷⁵⁵ La Sala de lo Civil del TS hace una lectura errónea de lo establecido por la Sala Tercera del TS en la sentencia 18 de octubre de 2011 (RJ 2012\1207) ya que plasma la doctrina de la AN en aplicación de la disposición adicional 23ª de la LCSP 2007 pero realmente la sentencia del TS estima el recurso de casación por entender que no cabe la aplicación retroactiva de la disposición adicional que contradice la jurisprudencia que tiene establecida el TS en relación a la responsabilidad derivada de los daños ocasionados por la entidad privada con la que la Mutualidad administrativa tiene establecido un concierto.

5.2.3 Doctrina del Consejo de Estado.

La doctrina del Consejo de Estado⁷⁵⁶ sigue los pasos de las sentencias de la Audiencia Nacional que cita expresamente en sus dictámenes. Mantiene en estos supuestos la postura contraria a la que defiende cuando se pretende reclamar frente a cualquier contratista o concesionario. De hecho, en el Dictamen nº 1116/2015, de 10 de marzo de 2016 cita expresamente al mutualismo administrativo entre las excepciones en las que la Administración no debe satisfacer la indemnización por los daños provocados por el contratista.

El Consejo de Estado parte de que el legislador somete expresamente al concierto celebrado entre cualquiera de las Mutualidades administrativas y la entidad aseguradora o la entidad sanitaria pública (el INSS) a las normas relativas al contrato de concesión de servicios, igual que antes hacía al contrato de gestión de servicios públicos, entre las que están los artículos 196 y art.288.c) de la LCSP. Aplicando esta previsión concluye que la Mutualidad no está obligada a responder de los daños y perjuicios salvo que tengan su origen en una orden o decisión impartida por ella a los encargados de prestar la asistencia sanitaria. En este sentido, normalmente se rechaza la responsabilidad de la Mutualidad porque el daño no es consecuencia inmediata y directa de una orden al quedar la Mutualidad al margen de las prestaciones sanitarias que serán responsabilidad exclusiva de la aseguradora. En definitiva, la responsabilidad derivada de la asistencia sanitaria que se preste en virtud de un concierto corresponde a las entidades aseguradoras, y en su caso, los responsables de los centros y facultativos que responderán conforme a las normas de Derecho privado.

La Mutualidad se limita a garantizar la asistencia sanitaria mediante la celebración de conciertos con otras entidades públicas o privadas que serán las que llevarán a cabo las prestaciones sanitarias, pero en ningún caso presta el servicio sanitario ni imparte instrucciones en cuanto a la naturaleza, forma o alcance de la asistencia prestada. La actuación de la Mutualidad es de mera gestión asistencial («acción protectora»), se limita a la mera cobertura económica de la financiación de las prestaciones sanitarias a la que se circunscribe su responsabilidad, sin integrarse ni ella ni su actividad en el SNS. Por eso, según el Consejo de Estado, en las cláusulas de los distintos conciertos

⁷⁵⁶ En los casos de reclamaciones frente a MUFACE, ISFAS o MUGEJU la competencia para emitir el dictamen al encontrarnos en el ámbito estatal será del Consejo de Estado y no de los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas (art. 81.2 de la LPAC y art. 22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado).

suscritos por las Mutualidades se declaran ajenas al ámbito del concierto las relaciones entre los beneficiarios, entidades aseguradoras, sus centros o facultativos.

En este sentido se pronuncia el Dictamen del Consejo de Estado nº 1116/2015, de 10 de marzo de 2016. Son abundantes los dictados con relación a MUFACE: Dictámenes del Consejo de Estado nº 472/2009, de 14 de mayo; nº 323/2009, de 30 de abril; nº 2255, 2256 y 2257/2010, de 25 de noviembre; nº 306/2011, 3 de marzo; nº 964/2013, de 7 de noviembre; nº 793/2015, de 22 de octubre; nº 544/2015, de 23 de julio; nº 949/2017, de 8 de noviembre; nº 922/2018, de 13 de diciembre; nº 827/2018, de 22 de noviembre; nº 424/2020, de 8 de octubre o nº 198/2020, de 25 de mayo; En cuanto al ISFAS, por ejemplo, los Dictámenes nº 984/2011, de 21 de julio; nº 76/2010, de 15 de abril; nº 765/2009, de 25 de junio.

En el mismo sentido se pronuncia cuando el mutualista ha optado por el régimen de la Seguridad Social. Sin embargo, paradójicamente, de forma contraria a los sostenido por la AN⁷⁵⁷, entiende que responderá tanto el INSS como el Servicio Madrileño de Salud que es del que depende el centro médico en que se lleva a cabo la intervención (Dictamen del Consejo de Estado nº 966/2015, de 3 de diciembre).

5.3 Procedimiento para plantear la reclamación y jurisdicción competente.

5.3.1 Posición jurisprudencial.

En el marco de la disposición adicional 12ª de la LRJPAC, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha sido tajante al someter a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, previo el correspondiente procedimiento, las reclamaciones por los daños ocasionados por la asistencia sanitaria prestada dentro del SNS por las entidades aseguradoras concertadas con algunas de las Mutualidades. Si las prestaciones sanitarias dañosas están fuera de la cobertura de la mutualidad, la competencia corresponde claramente a la jurisdicción civil (STS (Sala de lo Civil), 20 de junio de 2006 (RJ 2006\4608). Afirma expresamente la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 24 de mayo de 2007 (RJ 2007\5088), fº jº 4º:

«En ningún caso cabe negar la competencia de la jurisdicción Contencioso-Administrativa en los supuestos recogidos por la disposición adicional duodécima de la Ley 30/92» [...] «La atribución de competencia efectuada por la citada Disposición

⁷⁵⁷ Caso resuelto por la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 13 de junio de 2019 (JUR 2019\204735).

Adicional Duodécima de la Ley 30/92 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), 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 art. 45 de la Ley 14/86 (RCL 1986, 1316), 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.

Por ello, ha de estarse a dichas circunstancias para determinar la jurisdicción competente en cada caso en atención a la prestación realizada y su relación con el Sistema Nacional de Salud.» En el mismo sentido, las SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 3 julio 2003 (RJ 2003\5431), 20 de febrero de 2007 (RJ 2007\843); 18 de octubre de 2011 (RJ 2012\1207); 30 de septiembre de 2011 (RJ 2012\1020); 4 de diciembre de 2012 (RJ 2013\1508) y 9 de diciembre de 2015 (RJ 2016\149).

No obstante, la Sala de lo Civil del TS en la sentencia de 13 de octubre de 2015 (RJ 2015\4225), citada anteriormente, al admitir el ejercicio de la acción directa únicamente frente a la entidad aseguradora concertada (y/o centros y facultativos) con MUFACE y pronunciarse sobre su posible prescripción asume la competencia en lugar de declararse incompetente. Lo propio hacen las SSTS (Sala de lo Civil), 11 de abril de 2013 (RJ 2013\3384); 13 de abril de 2007 (RJ 2007\2323), 24 de marzo de 2001 (RJ 2001\3986) o 29 de abril de 2021 (RJ 2021\2007).

La desaparición de la disposición adicional 12ª de la LRJPAC que brindaba un importante apoyo a favor de la unidad de fuero puede venir a confirmar la tendencia a la dualidad jurisdiccional existente con anterioridad en estos casos. Así en la práctica de los tribunales inferiores vemos como la jurisdicción civil viene conociendo del asunto cuando la aseguradora concertada, los centros y/o facultativos son los únicos sujetos contra los que se dirige la demanda de responsabilidad (SSAP de Sevilla (Sección 8ª),

17 de junio de 2019 [AC 2019\1292] y 20 de marzo de 2019 [JUR 2019\157318]; AP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª), 27 de junio de 2019 [AC 2019\1373]; A Coruña (Sección 6ª), 31 de marzo de 2020 [JUR 2020\172262]; Auto de la AP de Cádiz (Sección 8ª), 19 de octubre de 2020 [JUR 2021\31988]).

En los casos en los que junto a la Mutualidad se reclama a la entidad aseguradora, centro y/o los facultativos de la misma, los Tribunales de lo contencioso-administrativo asumen la competencia dado que los artículos. 9.4 de la LOPJ y 2.e) de la LJCA garantizan la unidad de jurisdicción cuando junto a la Administración son demandados sujetos privados, evitando así la ruptura de la continencia de la causa y el peregrinaje jurisdiccional. Ello incluso cuando, como es el caso, se excluye la responsabilidad de la Administración por entender que no le es imputable el daño (*Vid. Supra* Capítulo V, 5.2.). La jurisdicción contencioso-administrativa resuelve conforme al régimen de responsabilidad derivado de los artículos 1902 y siguientes del CC y el TRLCU⁷⁵⁸ sobre la responsabilidad de la entidad aseguradora, los centros y/o facultativos, si se ha ejercitado también la pretensión indemnizatoria frente a éstos⁷⁵⁹ (SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 24 de junio de 2020 (JUR 2020\227113) o 6 de marzo de 2019 (JUR 2019\113931).

Sin embargo, si en la demanda no se contiene ninguna petición de condena contra la entidad aseguradora concertada, ni contra los centros y/o médicos que intervinieron, los tribunales de lo contencioso-administrativo no entran a examinar la responsabilidad en

⁷⁵⁸ Al respecto es clara la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 24 de junio de 2020 (JUR 2020\227113): «se añadía en la sentencia de 10 de diciembre de 2014, que, no obstante lo anterior, "hay que añadir una nueva observación por cuanto, como ha declarado esta Sección en ocasiones anteriores (así, sentencias de 5 de diciembre de 2012 (JUR 2012, 402211) -recurso 565/2007- y de 12 de febrero de 2014 (JUR 2014, 61859) -recurso 486/2011-), el otorgamiento de la competencia jurisdiccional para aquel enjuiciamiento no supone que los sujetos privados queden sometidos a las reglas sobre responsabilidad patrimonial que rigen para las Administraciones públicas, en concreto, a los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pues la responsabilidad de tales personas privadas sigue regulada por las normas que, en cada caso, resulten de aplicación, bien las contractuales, bien las extracontractuales de los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil (LEG 1889, 27)".

Lo que supone que no cabe entender exigible el agotamiento de "la vía administrativa previa" con respecto a los indicados sujetos privados, que no han actuado como Administración pública ni se asimilan a la misma ni, por tanto, son aptos para producir actos administrativos, resultando ajenos a las normas sobre procedimiento administrativo; por el contrario, son las normas civiles las que han de tenerse en cuenta en el examen de la acción ejercitada contra los indicados sujetos privados [...]» o la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 9 de mayo de 2016 (JUR 2016\120945) que, en relación a la posible responsabilidad de la compañía aseguradora, afirma: «Nos encontramos ante la responsabilidad del art. 1903 del Código Civil (LEG 1889, 27)».

⁷⁵⁹ YÁÑEZ DÍAZ advierte que pese a ser este el criterio mantenido por la AN, a veces cuando entra a conocer el fondo del asunto, resuelve sin embargo, conforme a las normas administrativas, poniéndose de relieve las contradicciones internas de la sentencia. YÁÑEZ DÍAZ, C.; *op.cit.*, p. 340.

que han podido incurrir éstos. El interesado la podrá hacer valer mediante el planteamiento de la oportuna acción ante los Tribunales civiles en cuanto se trata de sujetos privados y no actúan sometidos al Derecho administrativo, sino al Derecho civil. En caso contrario, podrían incurrir en incongruencia por exceso (SSAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 16 de septiembre de 2020 (JUR 2020\296277⁷⁶⁰); 22 de enero de 2020 (JUR 2020\92705); 6 de marzo de 2019 (JUR 2019\113931⁷⁶¹); 5 de diciembre de 2016 (JUR 2017\134212). Ello supondrá que los perjudicados vean reparado el daño de formas más tardía.

Ahora bien, si el mutualista hubiera optado por recibir la asistencia sanitaria a través del sistema sanitario público, se tramitará el correspondiente procedimiento administrativo y la competencia se atribuirá a la jurisdicción contencioso-administrativa, se haya reclamado directamente a la Administración sanitaria de la que dependa el centro que presta el servicio o a la Mutualidad administrativa y acumuladamente a aquélla (art. 2.e) LJCA y 9.4 de la LOPJ). No obstante, hemos de advertir que pueden plantearse complejas dudas derivadas de la naturaleza del centro que gestiona el servicio (si se tratara de una fundación o sociedad o de una fórmula de gestión indirecta [concierto, convenio singular, concesión, contrato de servicios a la ciudadanía]) o se reclama directamente a la aseguradora de la Administración sanitaria.

5.3.2 Doctrina del Consejo de Estado.

Para el Consejo de Estado el cauce procesal viene determinado por la naturaleza de contrato de concesión de servicios del concierto y la aplicación de lo dispuesto en el art. 196 de la LCSP. Como afirma el Dictamen del Consejo de Estado nº 1116/2015, de 10

⁷⁶⁰ Señala al respecto en su fundamento jurídico 2º: «b) *La segunda cuestión anunciada tiene que ver con el ejercicio de la acción contra personas jurídicas privadas, que vendría justificado por lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 9 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio (RCL 1985, 1578, 2635), del Poder Judicial, [...]*

No obstante, como ha revelado el Tribunal Supremo en la sentencia de 25 de mayo de 2010, para efectuar el análisis de la responsabilidad de los sujetos privados hay un presupuesto previo e inexcusable, consistente en que la acción se dirija, además de contra la Administración, contra dichos sujetos, pues, de lo contrario, es decir, de realizar el examen y llegarse a una condena para estos últimos, pese a que no se haya formulado una pretensión contra ellos, se incurriría en incongruencia por exceso, vulnerándose lo ordenado por el artículo 33.1 de la Ley de esta Jurisdicción, que dispone que el juicio ha de realizarse dentro del límite de las pretensiones formuladas en el proceso.»

⁷⁶¹ En esta sentencia se muestra palpable la doctrina de la AN puesto que deja imperejuzgada la responsabilidad del médico por no haberse dirigido la acción frente al mismo pero entra a valorar la de la entidad aseguradora concertada frente a la que sí se había ejercitado la pretensión de condena.

de marzo de 2016 citando el dictamen n° 999/2014, de 4 de diciembre⁷⁶², en consonancia con que la responsabilidad recae sobre las entidades aseguradoras, y en su caso, responsables de los centros y facultativos, las reclamaciones deberán plantearse exclusivamente frente a éstos en la vía civil, sometiéndose en cuanto al fondo al Derecho privado. Sólo cabrá dirigirse al organismo público para que se pronuncie «sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños.» La postura del Consejo de Estado sobre la competencia de la Administración para resolver las reclamaciones por los daños causados por los contratistas en ejecución de un contrato, quiebra cuando estamos ante el mutualismo administrativo al que deja fuera, *Vid. Supra*. No obstante, el perjudicado, que había reclamado frente al organismo público en la vía administrativa, podrá acumular en la jurisdicción contencioso-administrativa el recurso frente a la desestimación de la reclamación por el organismo público y la acción frente a la entidad aseguradora, el centro sanitario y/o los facultativos, que responderán conforme a las normas de Derecho privado aplicables (art. 9.4 LOPJ y art. 2.e) LJCA) (*Vid.* por todos, Dictamen Consejo de Estado n° 472/2009, de 14 de mayo; n° 922/2018, de 13 de diciembre y n° 827/2018, de 22 de noviembre, en relación con MUFACE; n° 984/2011, de 21 de julio, en relación a ISFAS).

De cualquier modo, en su informe al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (Dictamen n° 1116/2015, de 10 de marzo de 2016), el Consejo de Estado advierte de la necesidad de fijar un criterio claro sobre la materia, en la que los interesados puedan conocer la naturaleza de su derecho y el cauce a través del cual plantear la reclamación, ya que en la mayoría de las ocasiones el perjudicado deambula primero ante las mutualidades públicas y después ante la jurisdicción contencioso-administrativa y civil, lo que genera situaciones indeseables no del todo compatibles con el derecho a la tutela judicial efectiva. Las opciones son variadas debiendo ponderarse distintos elementos dada las particularidades del régimen del Mutualismo administrativo.

5.4 A modo de conclusión.

El régimen del Mutualismo administrativo presenta peculiaridades propias que nos podrían conducir a la posibilidad de articular un cauce procedimental distinto al que

⁷⁶² En el mismo sentido, los dictámenes que citamos con anterioridad al tratar sobre la imputabilidad. Memoria del Consejo de Estado años 2012 y 2013, pp. 258 y 259. Se puede consultar en: <https://www.consejo-estado.es/wp-content/uploads/2021/05/MEMORIA-2012-2013.pdf>

hemos defendido en el resto de casos. En primer lugar, es el mutualista el que elige voluntariamente que la asistencia sanitaria le sea prestada a través de la entidad aseguradora (igual que podría haber optado por el INSS), no le viene impuesto por la Mutualidad. Incluso podrá optar entre el cuadro de centros y facultativos de la entidad sanitaria. Por tanto, tiene pleno conocimiento de que el servicio está siendo prestado por un sujeto privado. Sin embargo, fuera del caso del mutualismo administrativo, el paciente no decide recibir la asistencia sanitaria a través de un centro concertado, por ejemplo, sino que le vendrá impuesto por la Administración que por diversas razones ha optado por gestionar el servicio de forma indirecta. El paciente puede ignorar que el centro en el que recibe la atención es concertado.

Los conciertos celebrados entre las Mutualidades y las entidades aseguradoras sanitarias tienen por finalidad facilitar la asistencia sanitaria a través de las entidades aseguradoras que asumen la efectiva prestación de la asistencia sanitaria a través de sus centros y facultativos. En ningún caso, la Mutualidad interviene ni realiza ningún tipo de actuación sanitaria ni da ninguna instrucción al respecto, por lo que difícilmente puede plantearse que le sea imputable el daño por ser consecuencia de una orden directa e inmediata. Sin embargo, fuera de estos casos, aunque cuando el servicio sanitario público celebra un concierto, por ejemplo, no ejecuta la prestación sanitaria que será llevada a cabo por el centro concertado, es posible que éste la haya realizado siguiendo el diagnóstico erróneo emitido por el centro de atención primaria. Por tanto, puede encontrarse el perjudicado con dificultades para discernir la vía para plantear la reclamación por no saber si el daño es imputable a la Administración o al centro concertado.

Estas particularidades nos podrían llevar a concluir que la responsabilidad de la entidad aseguradora privada concertada (y en su caso, establecimientos y facultativos) pudiera canalizarse a través de la vía civil, eludiendo los muchas veces interminables trámites administrativos. Más aún tras la derogación de la disposición adicional 12ª de la LRJPAC. Sin embargo, admitir esta posibilidad conduciría a aplicar un régimen sustantivo de responsabilidad distinto al funcionamiento de un servicio público como sería el sanitario, según el particular haya optado por recibir la asistencia sanitaria directamente por la Mutualidad, por el INSS (público) o a través de una entidad concertada (privado), algo con lo que ya hemos manifestado reiteradamente no estamos de acuerdo.

CAPÍTULO VI

MUTUAS COLABORADORAS CON LA SEGURIDAD SOCIAL

1. Introducción.

La reclamación de los daños ocasionados por la asistencia sanitaria prestada por una Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, tras haber sufrido un accidente de trabajo o enfermedad profesional o por contingencias comunes cuando sea legalmente autorizada o pueda realizarse y facturarse de conformidad con la normativa aplicable, genera múltiples interrogantes, en particular, en lo que atañe al cauce procesal a seguir para exigir la responsabilidad. Como ha apuntado la doctrina⁷⁶³ estas dudas derivan principalmente de dos elementos:

1. La especial configuración jurídica de las Mutuas, con elementos tanto públicos como privados⁷⁶⁴. Las Mutuas son asociaciones de empresarios que tienen personalidad jurídico-privada, por tanto, no tienen la condición de Administración (art. 80.1 del TRLGSS). Sin embargo, hay numerosos elementos que ponen de relieve su «publicación» (*Vid. Infra*, Capítulo VI, 2 y 3). Así, dada la naturaleza pública de sus

⁷⁶³ FLORENSA MIGUEL, J.; «Responsabilidad Patrimonial derivada de la actuación de Mutuas de Accidentes de Trabajo. Doctrina del Consejo Consultivo de las Islas Baleares», *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 21 (2014). En <http://cja.gencat.cat> [Consultado el día 19 de abril de 2021], pp. 388 y 389.

⁷⁶⁴ Así lo puso ya de relieve el Consejo de Estado: «Una eventual reforma de la legislación vigente puede ir encaminada, a la vista de lo expuesto, en dos direcciones opuestas: así, cabe postular la definitiva administrativización del régimen de las mutuas, fundamentalmente en el orden procesal, o bien cabe atender al dato primordial del carácter privado de las mutuas patronales y residenciar la cuestión, en lógica coherencia, en la jurisdicción civil

La primera de estas alternativas profundizaría en la línea avanzada por el legislador con la reiterada disposición adicional duodécima e implicaría la tramitación por las mutuas de procedimientos de responsabilidad patrimonial, en los que debe estarse en la medida de lo posible a lo establecido en la LRJPAC. Dichos procedimientos concluirán con una resolución que ya ha sido calificada por alguna jurisprudencia como un acto recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

La segunda de las opciones se centraría en la consideración como dato primordial de la naturaleza privada de las mutuas laborales y de la relación estrictamente contractual que las une con las empresas aseguradas y los trabajadores de éstas a los que se presta la asistencia sanitaria contratada. A ello puede coadyuvar que las mutuas no se encuentran incluidas en la redacción literal de la disposición adicional duodécima. En este escenario, se considera precisa la reforma de esa disposición, para determinar que la colaboración en la gestión del sistema de Seguridad Social no conduce per se a la mutación del régimen de las mutuas, hasta el punto de incardinarlas en el régimen de la LRJPAC y la Ley 29/1998.» Memoria del Consejo de Estado de los años 2012 y 2013, BOE, Madrid, 2014, p. 263. Se puede consultar en: <https://www.consejo-estado.es/actividad/memorias/>

funciones (prestaciones de la Seguridad Social) y los recursos públicos que gestionan se integran en el sector público estatal de carácter administrativo (art. 80.4 del TRLGSS), como reconocen el art. 2.2.h) y art.3.1.a) de la LGP; el art. 3.1.f) y 3.3.d) de la LCSP o el art. 2.b) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

2. Por otra parte, prestan un servicio público como es el sanitario por cuenta del SNS. Como vimos *Supra* (Capítulo II, 3.7), el servicio puede ser prestado directamente por la Mutua o por centros sanitarios de los Servicios Públicos de Salud previo convenio de colaboración con la Administración sanitaria o, incluso, por centros privados con los que se haya celebrado un concierto. Ello dificulta aún más la concreción del sujeto responsable y el conocimiento de la vía para reclamar. Por otra parte, es habitual que la asistencia sanitaria haya sido prestada tanto por la Mutua como por centros sanitarios públicos, planteándose una concurrencia de responsabilidad.

2. La prestación del servicio público sanitario y la integración en el SNS como criterios de atribución de la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa: la disposición adicional 12ª de la LRJPAC.

Sobre algunas de las cuestiones que suscita la responsabilidad de las Mutuas por la deficiente asistencia sanitaria prestada se ha llegado a un relativo consenso. Es relativamente pacífico que cuando la asistencia sanitaria es prestada en exclusiva por la Mutua o sus centros dependientes, el daño es imputable a la Mutua que responderá en cuanto entidad privada con personalidad jurídica propia. Se rechaza la responsabilidad de la Administración ya que ni la asistencia es prestada en alguno de sus centros ni las funciones de vigilancia y control del funcionamiento del servicio le atribuye *per se* la obligación de indemnizar⁷⁶⁵. Así lo vienen admitiendo, aunque no de forma unánime⁷⁶⁶,

⁷⁶⁵ No obstante, ha de llamarse la atención sobre la posibilidad de que la responsabilidad, aunque recaiga sobre la mutua (sujeto privado), se satisfaga con bienes o dinero público dado que el patrimonio de las mutuas, salvo el llamado patrimonio histórico (art. 93 TRLGSS), forma parte del patrimonio de la Seguridad Social (art. 92 del TRLGSS y art. 3 del RD 1993/1995).

⁷⁶⁶ Por ejemplo, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 25 de mayo de 2011 (RJ 2011\4709) afirma: «Esa razón de decidir no se ajusta a la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, que ha afirmado que la Administración pública sanitaria, y no sólo la Estatal, sino también la Autonómica correspondiente una vez producido el traspaso de funciones en esa materia, responde patrimonialmente de las lesiones antijurídicas producidas por la asistencia sanitaria prestada, bien por los Centros Médicos, aun siendo privados, a que éstas deriven al paciente (por todas, puede verse esa jurisprudencia en la sentencia de 10 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 2183) , dictada en el recurso de casación núm. 1885/2008).»

tanto la jurisprudencia como los Consejos Consultivos⁷⁶⁷. Las Mutuas en cuanto prestan un servicio público como es el sanitario y se integran en el SNS quedan sometidas al mismo régimen de responsabilidad patrimonial que las Administraciones Públicas (Por todas, STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 26 de octubre de 2011⁷⁶⁸ (RJ 2012\288). Incluso en algún caso se llega a extender la responsabilidad patrimonial de la Mutua a la indemnización por la deficiente asistencia sanitaria prestada por los centros privados concertados con ella (STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 18 de diciembre de 2017 (RJ 2017\5604), plantea como título de imputación la culpa *in eligendo* o *in vigilando* de sus agentes o colaboradores). Obviamente si podrá existir responsabilidad de la Administración si el daño ha sido causado también por la

Para BUENAGA CEBALLOS la Administración debe responder de los eventuales daños ya que en última instancia es la que realiza la prestación de asistencia sanitaria. BUENAGA CEBALLOS, O.; *op. cit.*

⁷⁶⁷ Al respecto es clara la Doctrina del Consejo de Estado que plasmó en la Memoria del Consejo de Estado de los años 2012 y 2013, BOE, Madrid, 2014, pp. 260 y 261. Se puede consultar en: <https://www.consejo-estado.es/actividad/memorias/> Más reciente: Dictamen nº 38/2019, de 7 de febrero o nº 30/2018, de 8 de febrero.

La Doctrina del Consejo de Estado es seguida por otros Consejos Consultivos Autonómicos como el de Murcia (Dictamen nº 322/2016, de 16 de noviembre) o Andalucía (Dictamen nº 252/2020, de 30 de abril).

⁷⁶⁸ Esta sentencia dictada en unificación de doctrina señala claramente en el fº jº 7º: «*La responsabilidad patrimonial por la deficiente asistencia sanitaria prestada por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social debe ser exigida a las mismas, de forma que si se demuestra la existencia del nexo causal entre la asistencia prestada y el daño producido, y el mismo es antijurídico, de modo que el perjudicado no tiene el deber jurídico de soportarlo, la Mutua demandada debe responder por las consecuencias del daño producido haciendo frente a la indemnización que corresponda, sin que pueda condenarse por ello a la Administración competente para la vigilancia del funcionamiento del sistema sanitario, bien sea la Comunidad Autónoma correspondiente o el INSALUD, hoy Ingesa, pero en ningún caso el INSS.*

Así resulta de la Jurisprudencia de esta Sala y Sección de la que son buena muestra sentencias como las de diez de diciembre de dos mil nueve (RJ 2010, 2183), recurso de casación nº 1885/2008, o veinticinco de mayo de dos mil once (RJ 2011, 4709) recurso de casación nº 6163/2006.

Así en la primera de ellas afirmamos que: "El hecho de que las Mutuas Patronales sean sujetos privados no es obstáculo para que las mismas puedan ser objeto de reclamaciones en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas ya que aquellas realizan su labor prestando un servicio público por cuenta del Sistema Nacional de Salud.

Por ello, debe insistirse que en cuanto las mismas tienen atribuida, en virtud de las disposiciones legales y reglamentarias más arriba enumeradas, la colaboración con la administración pública sanitaria en la gestión de la Seguridad Social de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se encuentran sometidas al mismo régimen que las administraciones públicas.

Recordemos que la jurisprudencia (por todas las SSTS de 27 de junio de 2006 (RJ 2006, 4752), 18 de septiembre de 2007, recurso de casación 1962/2002 con cita de otras sentencias anteriores) a los fines del art. 106.2 de la Constitución (RCL 1978, 2836), ha homologado como servicio público, toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo.

En consecuencia, los particulares podrán reclamar por las lesiones que sufran en sus derechos a consecuencia del funcionamiento de la asistencia sanitaria (art. 106.2 CE) prestada por las Mutuas Patronales como entidades colaboradoras de la Seguridad Social".

Tomando en consideración lo expuesto es claro que la sentencia de instancia debió estimar las alegaciones expuestas por el INSS y declarar que el mismo no era responsable por la reclamación efectuada por el demandante y, por el contrario, debió estimar la demanda y condenar a Fremap Mutua de Accidentes a indemnizar al recurrente [...].»

asistencia sanitaria prestada en un centro de la red pública, además de en un centro dependiente de la Mutua.

En lo que respecta al orden jurisdiccional competente constituyó un hito fundamental la introducción de la disposición adicional 12ª de la LRJPAC que, como sabemos, vino a residenciar en la jurisdicción contencioso-administrativa las reclamaciones por responsabilidad en asistencia sanitaria pública. Aunque no las citaba de forma expresa, había unanimidad en que las Mutuas estaban incluidas dentro de su ámbito de aplicación lo que excluía, en consecuencia, la competencia del orden social y civil y despejaba las dudas sobre el orden jurisdiccional competente. Se producía una «administrativización» del régimen de responsabilidad de las Mutuas, en opinión del Consejo de Estado⁷⁶⁹.

Tanto la doctrina⁷⁷⁰, como el Consejo de Estado⁷⁷¹, como los Tribunales se pronunciaron en esta línea. La Sala de lo Social del TS, en su sentencia de 29 de octubre de 2001 (RJ 2001\10023⁷⁷²), concluía que la competencia correspondía a los jueces y tribunales del orden contencioso-administrativo⁷⁷³. Las Mutuas llevan a cabo una prestación de carácter público, cual es la de la asistencia sanitaria, y tienen la condición de entidades integradas en el Sistema Nacional de Salud como se deduce de los artículos 44.1 y 45 de la LGS y expresamente del art. 1.3 del RD 1630/2011 y art. 12 del RD

⁷⁶⁹ Memoria del Consejo de Estado de los años 2012 y 2013, BOE, Madrid, 2014, pp. 260 a 263. Se puede consultar en: <https://www.consejo-estado.es/actividad/memorias/> Más reciente Dictamen nº 30/2018, de 8 de febrero.

⁷⁷⁰ ALONSO OLEA, M. y ALONSO GARCÍA, R. M.; *op. cit.*; LASAOSA IRIGOYEN, E.; «La extensión de la jurisdicción social en materia de seguridad social en el presente», *REDT*, nº 159 (2013). En www.aranzadidigital.es [Consultado el día 2 de marzo de 2016]; GUERRERO ZAPLANA, J.; *Las reclamaciones...*, *op. cit.*, pp. 292 y 293; HERNÁNDEZ DEL CASTILLO, A.; «Capítulo II. Exigencia Judicial de la Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. III. Orden jurisdiccional social. 2. Estado actual de la jurisprudencia», en la obra colectiva *Manual de Responsabilidad Pública* dirigida por la Dirección del Servicio Jurídico de la Abogacía General del Estado, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2ª ed., 2015, pp. 753 y 754; NARBÓN LAINEZ, E.; *op. cit.*, p. 45.

⁷⁷¹ *Vid.* por todos, Memoria del Consejo de Estado de los años 2012 y 2013, BOE, Madrid, 2014, pp. 260 y 261. Se puede consultar en: <https://www.consejo-estado.es/actividad/memorias/>

⁷⁷² Numerosas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia (Sala de lo Social) se han pronunciado en el mismo sentido: SSTSJ Castilla y León, Valladolid, 12 de junio de 2006 (AS 2006\2776); Castilla y León, Valladolid, 31 de octubre de 2005 (AS 2005\3056); Madrid, 30 de enero de 2003 (AS 2003\2619); Galicia, 14 de octubre de 2015 (AS 2015\2032); Castilla-La Mancha, 24 de noviembre de 2005 (AS 2005\3565); Galicia, 9 de noviembre de 2004 (AS 2006\679); Asturias, 24 de noviembre de 2000 (AS 2000\3671); Cataluña, 30 de marzo de 2009 (JUR 2009\395306) y 1 de junio de 2007 (AS 2007\2749); Cantabria, 1 de febrero de 2001 (JUR 2001\129521); Aragón, 17 de junio de 1998 (AS 1998\2520); Castilla y León, Valladolid, 23 de enero de 1996 (AS 1996\57); Extremadura, 10 de mayo de 2013 (JUR 2013\221678), entre muchas otras.

⁷⁷³ Los argumentos para defender la competencia del orden social eran como venía siendo habitual (*Vid.* Capítulo III): i) que se trata de una prestación de la Seguridad Social; ii) incluida por tanto, en el ámbito competencia del orden social según el art. 2.b) de la LPL 1990; y, iii) la naturaleza jurídico-privada de las mutuas.

1993/1995⁷⁷⁴. De ello resultaba que las reclamaciones de indemnización por los daños y perjuicios causados por la asistencia sanitaria de las Mutuas se debían regir por lo que ordenaba la disposición adicional 12ª de la LRJPAC, lo que conllevaba el sometimiento al orden contencioso-administrativo, a pesar de su naturaleza privada. Esta tesis se veía confirmada por los diversos elementos públicos que integran las Mutuas. Por ejemplo, parte de su patrimonio forma parte del patrimonio de la Seguridad Social y está afecto al cumplimiento de sus fines; correspondiendo su titularidad a la Tesorería General de la Seguridad Social⁷⁷⁵.

Siguiendo los argumentos de la Sala de lo Social existe un abundante número de pronunciamientos de la Sala de Conflictos del TS que arribaban a idéntico resultado. Se puede citar expresamente el Auto de 24 de octubre de 2005 (JUR 2005\266763) al que siguen la mayoría, que afirma de forma constante que la relación de sujetos pasivos que *«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»* [...] *«lo que determina la atribución de la competencia jurisdiccional es la naturaleza de la prestación sanitaria como parte de los servicios integrados en el Sistema Nacional de Salud y por ello a cargo de los poderes públicos, aun cuando la gestión se realice a través de conciertos con entidades privadas [...] siendo de tener en cuenta que la entidad colaboradora queda sujeta a una relación más estrecha con la Seguridad Social a través del Ministerio de Trabajo, que tutela y dirige su actividad»*⁷⁷⁶ [...]. De ahí que en tanto que la Mutua presta la asistencia sanitaria a cargo de la Seguridad Social y están integradas en el SNS, la competencia correspondía al orden

⁷⁷⁴ Entiende que en este sentido debe quedar matizada la dicción del párrafo segundo del art. 44 de la LGS en cuanto afirma que *«el Sistema Nacional de Salud es el conjunto de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas en los términos establecidos en la presente Ley.»* Si se aplicara en sus estrictos términos, no podríamos incluir dentro del SNS a las Mutuas.

⁷⁷⁵ Se cita también que son bienes y derechos inembargables, requiriéndose para su enajenación autorización del Ministerio de Trabajo; que el Ministerio de Trabajo ostenta facultades de dirección y tutela sobre las Mutuas, siendo éste quien autoriza su constitución; c) y que, aunque es cierto que las Mutuas conservan la propiedad de su patrimonio histórico, éste se halla adscrito a su fin social y a la tutela del Ministerio (art. 68.4), sin que quepa establecer de antemano que la responsabilidad patrimonial se satisfaga con ese patrimonio histórico.

⁷⁷⁶ Ello se refleja como ya argumentó la Sala de lo Social, en la «publicación» de su patrimonio, y en la dirección, tutela y control que lleva a cabo el Ministerio de Trabajo.

contencioso-administrativo (disposición adicional 12ª de la LRJPAC) (En el mismo sentido, Autos del TS (Sala de Conflictos de Competencia), 22 de diciembre de 2005 (JUR 2009\12648); 13 de octubre de 2006 (JUR 2006, 299399); 18 de octubre de 2006 (JUR 2006\299396⁷⁷⁷) o 24 de junio de 2010 (JUR 2010\265829)). La Sala de lo Contencioso-Administrativo, por su parte, sigue expresamente los criterios de la Sala de Conflictos (SSTS 10 de julio de 2009 (JUR 2009/360370); 10 de diciembre de 2009 (RJ 2010\2183); 22 de julio de 2010 (RJ 2010\6536) o 17 de julio de 2012 (RJ 2012\7910).

No obstante, como advirtió el Consejo de Estado⁷⁷⁸, la integración de las Mutuas en la referida disposición adicional generaba dudas de cara a conocer la instancia competente para tramitar y resolver las reclamaciones⁷⁷⁹. La respuesta que se daba tenía relevancia, en mi opinión, en cuanto a la competencia objetiva pero no en lo que respectaba al orden jurisdiccional. Con independencia de a quién se le asignaba esa tarea, la revisión jurisdiccional se atribuía al contencioso-administrativo.

Para el Consejo de Estado⁷⁸⁰, a la vista del insuficiente marco normativo, era la Mutua a la que se le imputa el daño la que tenía el deber de tramitar y resolver la reclamación de responsabilidad patrimonial deducida frente a ella, por así resultar del tenor literal de la disposición adicional 12ª: las reclamaciones «*seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley*» y «*de la posición institucional de las mutuas en el entramado del Sistema público de Seguridad Social.*» Incluso la jurisprudencia entiende que se agota la vía administrativa dando acceso a la vía contenciosa cuando la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada frente a la Mutua es desestimada por silencio. Es más, un amplio número de recursos contencioso-administrativos se plantean frente a la desestimación presunta por la Mutua, de donde se puede inferir que el procedimiento de reclamación de responsabilidad se tramita y resuelve por ella (ej. SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 18 de diciembre de 2017 (RJ

⁷⁷⁷ En este caso, el conflicto de competencia es entre el orden civil y el contencioso-administrativo, a diferencia del resto que es entre el orden social y el contencioso-administrativo, pero la conclusión es la misma.

⁷⁷⁸ Memoria del Consejo de Estado de los años 2012 y 2013, BOE, Madrid, 2014, pp. 260 a 263. Se puede consultar en: <https://www.consejo-estado.es/actividad/memorias/>

⁷⁷⁹ Para un análisis sobre esta problemática, aunque no son muy recientes: HURTADO MARTÍNEZ, J. A.; «La acción de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento del servicio público contra las mutuas de trabajo». En *elderecho.com* [Consultado el día 19 de marzo de 2015]; AA.VV.; «Doctrina de los Consejos Consultivos. Responsabilidad Patrimonial derivada de la actuación de Mutuas de Accidentes de Trabajo», *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 21 (2014). En <http://cja.gencat.cat> [Consultado el día 19 de abril de 2021].

⁷⁸⁰ Memoria del Consejo de Estado de los años 2012 y 2013, BOE, Madrid, 2014, pp. 260 a 263. Se puede consultar en: <https://www.consejo-estado.es/actividad/memorias/> Así lo entiende, YÁÑEZ DÍAZ, C.; *op. cit.*, pp. 322 a 324.

2017\5604); 10 de julio de 2009 (RJ 2010\481) o SSTSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de la C. Valenciana, 4 de diciembre de 2020 (JUR 2021\131619) o 14 de octubre de 2020 (JUR 2020\327611); Madrid, 7 de octubre de 2019 (JUR 2019\310307); Galicia, 10 de febrero de 2021 (JUR 2021\11297). Así lo entienden también algunos Consejos Consultivos que desestiman la reclamación por no existir legitimación pasiva de la Administración⁷⁸¹. Sin embargo, esta conclusión dista de ser pacífica. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN sostiene que la competencia correspondía a la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma, a pesar de que la responsabilidad pueda ser de la Mutua. Lo deduce a sensu contrario de la afirmación del TS de que el INSS no puede ser competente al haber sido traspasados los servicios del INSALUD a las Comunidades Autónomas (SSAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 7 de marzo de 2012 (RJCA 2012\207); 18 de diciembre de 2013 (JUR 2014/21073) o 30 de mayo de 2018 (JUR 2018\177650) o STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) Aragón, 24 de abril de 2019 (JUR 2019\205825). En este sentido, se pronuncian también algunos Consejos Consultivos que reconocen legitimación pasiva a la Administración⁷⁸².

⁷⁸¹ Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia nº 322/2016, de 16 de noviembre o el dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias nº 266/2017, de 26 de octubre.

⁷⁸² El Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana se muestra claro al respecto: «a la Administración autonómica sanitaria le compete la tramitación y resolución de la reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de una actuación sanitaria prestada por las Mutuas Patronales, si se ha dirigido contra ellas la reclamación y sin perjuicio de quién sea finalmente responsable. Esta afirmación la mantenemos al hilo de la sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2009 (rec. Casación 2144/2006), 10 de julio de 2009 (cuestión de competencia 21/2009), 22 de septiembre de 2009 (rec. Casación 2144/2006), 22 de julio 2010 (rec. Casación 90/2009), 25 de mayo de 2011 (rec. Casación 6163/2006) y 26 de octubre de 2011.»

Lo fundamenta en que es posible que haya responsabilidad de la Administración por falta de vigilancia en el funcionamiento del servicio sanitario por lo que ésta no puede inadmitir *a limine* la reclamación por falta de legitimación ni desestimarla sin haber instruido el procedimiento. Ahora bien, el sentido de la resolución administrativa varía según los casos. Si el daño es sólo imputable a la Mutua, se desestimará la reclamación por razones materiales (Dictámenes del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana 220/2021, de 14 de abril; nº 356/2020, de 22 de julio o Memoria del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana del año 2015, pp. 117 a 127. Se puede consultar en: <https://www.cjccv.es/pdfs/mem/Memoria2015.pdf#page=117>)

3. La competencia del orden social para conocer de las reclamaciones de carácter indemnizatorio fundamentadas en las prestaciones de la Seguridad Social objeto de colaboración y la derogación de la disposición adicional 12ª de la LRJPAC: ¿cambio del régimen competencial?

El monopolio de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las reclamaciones por los daños derivados de la asistencia sanitaria prestada por una Mutua Colaboradora, que parecía confirmado tras la exclusión del orden social por el art. 3.g) de la LJS, puede romperse tras la derogación de la disposición adicional 12ª de la LRJPAC. En un primer término, mientras ha estado vigente la disposición adicional 12ª de la LRJPAC, los conflictos se han venido planteando entre el orden contencioso-administrativo y el orden social. Tras su derogación se están empezando a extender al orden civil, poniéndose de manifiesto la tensión entre el carácter público y privado de la Mutua.

Los conflictos con el orden social han venido dados por el nuevo sistema de reclamaciones que respecto a las Mutuas se introdujo en el año 2014 y que se mantiene en la actualidad. Dispone el art. 99.2 del TRLGSS: *«las reclamaciones que tengan por objeto prestaciones y servicios de la Seguridad Social objeto de la colaboración en su gestión o que tengan su fundamento en las mismas, incluidas las de carácter indemnizatorio, se sustanciarán ante el orden jurisdiccional social de conformidad con lo establecido en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.»*. Por el contrario, el art. 3.g) de la LJS, en consonancia con la disposición adicional 12ª de la LRJPAC, excluye del ámbito de competencia del orden social las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial por la asistencia sanitaria en el SNS.

Las razones principales alegadas por los que defienden⁷⁸³ la competencia del orden social por razón de la materia han sido: a) La asistencia sanitaria es una prestación de la Seguridad Social, incluida dentro de su acción protectora (art. 42.1.a) TRLGSS); b) Que la prestación de asistencia sanitaria en casos de enfermedad profesional o accidente de trabajo así como por contingencias comunes en los casos en que sea legalmente autorizada o que pueda realizarse y facturarse de conformidad con la normativa

⁷⁸³ LÓPEZ GANDÍA, J. Y TOSCANI GIMÉNEZ, D.; *op. cit.*, pp. 33 a 35.

aplicable es una de las actividades en la que la Mutua colabora con la Seguridad Social (art. 80.2.a) TRLGSS y art. 1.1 del RD 1630/2011); c) Dado que se reclama una indemnización fundamentada en la prestación de la asistencia sanitaria objeto de colaboración, la competencia corresponde a la jurisdicción social de conformidad con el nuevo sistema de reclamaciones previsto en el art. 99.2 del TRLGSS. La reforma legal del año 2014 ha supuesto un cambio en cuanto al orden jurisdiccional competente y la derogación de la disposición adicional 12ª de la LRJPAC viene a confirmarlo; d) Asimismo, encontraría apoyo legal en lo previsto en las letras b), t) y r) del art. 2 de la LJS que atribuye al orden social el conocimiento de las cuestiones litigiosas que se planteen entre los asociados y las mutualidades. Así lo sostiene tras la derogación de la disposición adicional 12ª de la LRJPAC, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias en su dictamen nº 266/2017, de 26 de octubre.

La Sala de Conflictos de Competencia del TS, por su parte, ha mantenido su inveterada doctrina sin que el nuevo sistema de reclamación haya supuesto una modificación⁷⁸⁴ (Autos del TS, 7 de marzo de 2017 (JUR 2017\55669); 26 de septiembre de 2017 (JUR 2017\245316); 26 de noviembre de 2018 (JUR 2018\325630) o 19 de febrero de 2019 (JUR 2019\72196). Ahora bien, hemos de advertir que estos autos se han dictado estando vigente la disposición adicional 12ª de la LRJPAC a la que se remiten, que supone una importante fuente de apoyo en la defensa de la competencia del orden contencioso-administrativo. Queda por ver si tras su derogación entenderá que se ha cambiado el régimen competencial, aunque a juzgar por los razonamientos en los que se basa todo parece indicar que no. El TS, cuya doctrina siguen la mayoría de las Salas de lo Social de los TSJ⁷⁸⁵, justifica la atribución de la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa en los siguientes argumentos, algunos de los cuales ya venía manteniendo con anterioridad:

a) Las Mutuas Colaboradoras tienen la condición de entidades integradas en el Sistema Nacional de Salud (art. 44.1 y 45 de la LGS y expresamente del art. 1.3 del RD 1630/2011 y 12 del RD 1993/1995) que prestan la asistencia sanitaria en enfermedades profesionales y accidentes de trabajo así como por contingencias comunes en los casos

⁷⁸⁴ En este sentido, se manifiesta SEMPERE NAVARRO, A.; *op. cit.*, pp. 77 y 78.

⁷⁸⁵ Por todas, STSJ (Sala de lo Social) Galicia, 18 de octubre de 2017 (AS 2017\1950).

expuestos como servicio público del Sistema Nacional de Salud (resulta claramente de la disposición adicional 4ª de la LSNS⁷⁸⁶);

b) Que cuando el art. 68.4 del TRLGSS 1994 (art. 99.2 del TRLGSS) se refiere «a las reclamaciones que tienen por objeto prestaciones y servicios de la Seguridad Social objeto de la colaboración en su gestión o que tengan su fundamento en las mismas, incluidas las de carácter indemnizatorio [...]», está aludiendo exclusivamente como afirma el Auto del TS (Sala de Conflictos de Competencia), 19 de febrero de 2019 (JUR 2019\72196) con cita de los anteriores, «a las indemnizaciones que, en concepto de prestaciones de seguridad social y con tal naturaleza jurídica, deben abonar las Mutuas a los beneficiarios si les corresponde asumir su pago⁷⁸⁷.

Lo que nada tiene que ver con las que debieren de afrontar en concepto de responsabilidad civil a consecuencia de la defectuosa atención sanitaria que pudieren haber dispensado, que continúan rigiéndose por la norma general en esta materia que atribuye su conocimiento al orden contencioso administrativo.»

c) El propio art. 99.2 del TRLGSS afirma que las reclamaciones se sustanciarán ante el orden social pero de conformidad con lo establecido en la LJS en cuyo art. 3.g) excluye expresamente de la competencia del orden social el conocimiento de las reclamaciones por responsabilidad patrimonial sanitaria. A lo que se suma que el art. 2.e) de la LJCA declara que las Administraciones Públicas no podrán ser demandas para exigirle responsabilidad patrimonial en el orden civil ni social.

d) No resulta aplicable al caso el art. 2.r) de la LJS que se circunscribe a los conflictos entre el empresario mutualista y la Mutua, no de los trabajadores.

e) Por último, reitera su anterior doctrina según la cual la competencia del orden contencioso-administrativo vendría determinada por la naturaleza de la prestación que realiza la Mutua, servicio público sanitario por cuenta del SNS, con independencia de su carácter privado. La atribución al orden contencioso-administrativo de las reclamaciones de responsabilidad que se formularan a las mismas vendría justificada por el carácter público de las Mutuas reafirmado por su pertenencia al sector público administrativo según la naturaleza pública de sus funciones y los recursos económicos

⁷⁸⁶ «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6, las entidades colaboradoras y mutuas con responsabilidades de cobertura de asistencia sanitaria pública tendrán que garantizar, en lo que resulte de aplicación, de acuerdo con lo dispuesto en su normativa específica, el contenido de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud, así como las garantías sobre accesibilidad, movilidad, calidad, seguridad, información y tiempo recogidas en esta Ley».

⁷⁸⁷ Se incluirían, por ejemplo, las indemnizaciones por accidentes de trabajo.

que gestionan, sin perjuicio de su naturaleza privada (art. 80.4 del TRLGSS); que su patrimonio, salvo el histórico, forma parte del patrimonio de la Seguridad Social y adscritos a la Mutua bajo la dirección y tutela del Ministerio de Empleo (art. 92.1 TRLGSS).

Del razonamiento de la Sala de Conflictos del TS nos parece clara la exclusión del orden social (art. 3.g) de la LJS). Ahora bien, la derogación de la disposición adicional 12ª de la LRJPAC puede suponer un punto de inflexión en cuanto al orden procesal y a la tramitación administrativa del procedimiento. Al haber sido suprimida se puede carecer de fundamento legal expreso para residenciar en el orden contencioso-administrativo el conocimiento de estas reclamaciones. Esto unido a la naturaleza privada de las Mutuas como asociaciones privadas de empresarios que no tienen la condición de Administración (art. 80.1 y 4 del TRLGSS), por mucho que se subraye su carácter público y su pertenencia al sector público por las funciones públicas que desempeñan, permite plantearnos lícitamente si la competencia puede recaer sobre el orden civil (art. 9.2 de la LOPJ). Por otra parte, el argumento de que los artículos 9.4 de la LOPJ y 2.e) de la LJCA atribuyen al contencioso-administrativo el conocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, excluyendo la del orden civil y social, no nos parece suficiente puesto que las Mutuas no tienen la condición de Administración, a pesar de que desempeñen funciones públicas.

Las Audiencias Provinciales que han venido conociendo de las demandas presentadas contra las Mutuas, sin embargo, han rechazado que la derogación de la disposición adicional 12ª de la LRJPAC haya supuesto una distinta atribución jurisdiccional. Rehúsan su competencia citando expresamente la doctrina de los Tribunales expuesta *Supra* y en base a la pertenencia de las Mutuas al sector público y al carácter unificador de la jurisdicción contencioso-administrativa (Autos de la AP Vizcaya (Sección 3ª), 28 de junio de 2019 (JUR 2019\252658); Valencia (Sección 11ª), 15 de febrero de 2021 (JUR 2021\139824) o (Sección 14ª) 10 de enero de 2020 (JUR 2020\113471). En el mismo sentido se pronuncia el Consejo de Estado (aunque en relación con el orden social), para el que la inserción de las Mutuas en el «*sector público estatal de carácter administrativo*» por las funciones que realiza y los recursos (art. 80.4 del TRLGSS), determina la aplicación de la LPAC y la LRJSP cuyo ámbito de aplicación viene definido por su pertenencia al sector público. Por consiguiente, concluye «*las mutuas tienen que ajustarse a lo dispuesto en los artículos 53 y siguientes*

de la Ley 39/2015 y 32 y siguientes de la Ley 40/2015 al resolver las reclamaciones de responsabilidad patrimonial planteadas por los mutualistas con ocasión de la asistencia sanitaria recibida de sus servicios médicos» (Dictamen del Consejo de Estado nº 444/2018, 14 de junio).

Bajo mi punto de vista, la cuestión deja de ser clara si atendemos al tenor de las normas en examen. Si analizamos el ámbito subjetivo de aplicación de la LPAC y la LRJSP no menciona expresamente a las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social, como sí lo hacen otras (LGP [que las incluye en el sector público administrativo⁷⁸⁸] o la LCSP por citar algunos ejemplos). Es más, el art. 84 de la LRJSP no las incluye dentro del sector público institucional estatal. No pudiendo considerarse Administración del Estado⁷⁸⁹ ni organismos públicos, dada su naturaleza privada, vemos difícil que se puedan incluir dentro de la letra b) del art.2 de la LRJSP y LPAC como entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de una Administración⁷⁹⁰. Y, aunque se entendieran incluidas ya hemos visto *Supra* (Capítulo IV, 3) los problemas que suscita la concreción del orden jurisdiccional competente en estos casos.

Ante este panorama de confusión, insistimos en la necesidad de llevar a cabo una modificación legislativa que profundice en la «administrativización» del régimen de responsabilidad de las Mutuas por la deficiente asistencia sanitaria prestada, en línea con la disposición adicional 12ª de la LRJPAC, que como quedó demostrado vino a solventar el problema del peregrinaje jurisdiccional. Las Mutuas están penetradas por numerosos elementos públicos⁷⁹¹, que matizan su naturaleza privada y que justifican

⁷⁸⁸ De ahí que queden sujetas a su régimen presupuestario, económico financiero, contable, de intervención y de control financiero.

⁷⁸⁹ Así lo rechaza expresamente la STS (Sala de lo Social), 15 de marzo de 2017 (RJ 2017\1290).

⁷⁹⁰ YÁÑEZ DÍAZ entiende que no se integran en el sector público a efectos de la LRJSP. YÁÑEZ DÍAZ, C.; *op. cit.*, p. 320.

⁷⁹¹ Entre ellos destacan: a) El patrimonio de las mutuas está «publicado», esto es, «de acuerdo con lo establecido en los artículos 19.3 y 103.1, los ingresos establecidos en el artículo 84.1, así como los bienes muebles e inmuebles en que puedan invertirse los mismos, y, en general, los derechos, acciones y recursos relacionados con ellos, forman parte del patrimonio de la Seguridad Social y están adscritos a las mutuas para el desarrollo de las funciones de la Seguridad Social atribuidas, bajo la dirección y tutela del Ministerio de Empleo y Seguridad Social» (art. 92.1 del TRLGSS). Para la adquisición y enajenación de inmuebles requieren previa autorización del Ministerio de Empleo (art. 92.2 del TRLGSS). Siendo estos bienes y derechos inembargables (art. 108 del TRLGSS), corresponde la titularidad de este patrimonio a la Tesorería General de la Seguridad Social (art. 104 del TRLGSS); b) Ciertamente el patrimonio histórico sería propiedad de las Mutuas como asociación de empresarios pero están afectos al fin social de la entidad y bajo tutela del Ministerio (art. 93 del TRLGSS); c) Están sometidas a la dirección y tutela del Ministerio de Empleo y Seguridad Social que autoriza su constitución (su creación exige previa autorización del Ministerio), aprueba sus estatutos y la disolución y cese de la Mutua (artículos 80.1, 81.2, 98 y 101 del TRLGSS); d) El Ministerio puede adoptar medidas cautelares en caso de desequilibrio económico-financiero que ponga en peligro la solvencia o liquidez de

que se atribuya el conocimiento de las reclamaciones derivadas de la asistencia sanitaria al orden contencioso-administrativo. Principalmente, aunque son sujetos privados, el propio TRLGSS señala que pertenecen al sector público dada la naturaleza pública de sus funciones y de los recursos económicos (art. 80.4 del TRLGSS). En efecto, las Mutuas prestan el servicio sanitario público integradas en el SNS, con el mismo alcance que los centros u hospitales públicos dado que tienen que prestar el contenido de la cartera de servicios del SNS (art. 82.1 TRLGSS y disposición adicional 4ª del LSNS). Ello justificaría el sometimiento a un mismo régimen de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de un servicio público, a que se refiere el art. 106.2 de la CE, y que el conocimiento de las reclamaciones se atribuya a un mismo orden jurisdiccional, en este caso, el contencioso-administrativo, con objeto de unificar criterios. De lo contrario, si el perjudicado no está adscrito a una Mutua y recibe la asistencia sanitaria dañosa derivada de un accidente de trabajo en un centro público, la competencia en principio recaerá sobre la jurisdicción contencioso-administrativa previa tramitación del correspondiente procedimiento administrativo. Sin embargo, si es prestada por una Mutua tras haber sufrido un accidente de trabajo, la competencia podría ser de la jurisdicción civil o incluso se ha defendido de la social, lo que podría derivar en la aplicación del régimen de responsabilidad del Código Civil. En ese caso, se podrían suscitar cuestiones difíciles de responder como, por ejemplo, si hubieran intervenido en la asistencia tanto la Administración como la Mutua y se demanda exclusivamente a la Mutua en el orden civil o social, se corre el riesgo de prescripción si con posterioridad se quiere formular reclamación contra la Administración.

Es muy frecuente en la práctica que la asistencia sanitaria se haya prestado de forma dual porque han intervenido tanto la Administración sanitaria como la Mutua. Por ejemplo, que en un primer momento el que ha sufrido un accidente de trabajo sea asistido en el centro de salud u Hospital público hasta que es derivado a los servicios de la Mutua a la que está asociado; o bien, al revés, que sea derivado a un Hospital público tras la asistencia sanitaria prestada por la Mutua. Cuando concurren a la producción del daño Administración y Mutua, la competencia es atraída por la jurisdicción contencioso-administrativa si se reclama conjuntamente a ambos ya que se trataría de un

la entidad (art. 100 TRLGSS); e) Tienen la condición de poderes adjudicadores a efectos de la LCSP formando parte del sector público (artículos 3.1.f) y 3.3.c) de la LCSP) y aprobándose los pliegos por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social (art. 94.1 del TRLGSS).
Vid. SARAGOSSÀ SARAGOSSÀ, J. V.; op. cit., pp. 123 a 125.

sujeto privado que concurre a la producción del daño (art. 9.4 de la LOPJ y art. 2.e) de la LJCA). Sin embargo, habiendo sido dirigida la reclamación directamente frente a la Administración en la vía administrativa, se suele rechazar la legitimación pasiva de la misma para pronunciarse sobre la responsabilidad de la Mutua. La resolución administrativa se limita a declarar la responsabilidad de la Administración o desestimar la reclamación prestada por el Hospital público (Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, nº 220/2021, 14 de abril; Dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, nº 249/2020, 5 de noviembre⁷⁹² o Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, nº 41/2021, 2 de febrero) debiendo dirigirse el perjudicado frente a la Mutua para exigir su responsabilidad. Después se planteará recurso contencioso-administrativo frente a ambas.

Por eso, la norma debería aclarar a quién corresponde la tramitación y resolución del procedimiento administrativo, pues ya hemos visto que la redacción de la disposición adicional 12ª ha sido insuficiente para dar respuesta a esta cuestión que suscita numerosas dudas.

⁷⁹² Sin embargo, en su Dictamen nº 266/2017, 26 de octubre afirma que si se dirige la reclamación frente a la Administración se tendrá que pronunciar sobre todas las cuestiones planteadas dando audiencia y participación a la Mutua, lo que concordaría con las previsiones de los artículos 9.4 de la LOPJ y 2.e) de la LJCA.

CAPÍTULO VII

REGLAS DE REPARTO DE LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL CUANDO EL DAÑO ESTÁ ASEGURADO: LAS ASEGURADORAS DE LA ADMINISTRACIÓN Y SU PROBLEMÁTICA PRÁCTICA

1. El aseguramiento de la responsabilidad civil de la Administración Pública sanitaria.

A pesar de que la Dirección General de Seguros se mostró en su momento contraria a la suscripción de seguros de responsabilidad civil para cubrir la posible responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas⁷⁹³, desde los años 90 se

⁷⁹³ El debate sobre la viabilidad de los contratos de seguro se suscitó a raíz de la Resolución de la Dirección General de Seguros de 26 de junio de 1996 en la que se contestó de forma negativa a la consulta realizada por una compañía aseguradora sobre la posibilidad de contratar seguros de responsabilidad civil que cubrieran la responsabilidad patrimonial de la Administración. El Dictamen concluye afirmando que: mientras no exista una regulación normativa específica de este tipo de contratos, las Administraciones Públicas no pueden suscribirlo (El texto íntegro se puede consultar en: MONTORO CHINER, M. J. y HILL PRADOS, M. C.; *op. cit.*, pp. 121 a 125). Sobre este debate,

Los argumentos han sido rebatidos por parte de la doctrina. 1. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas no encaja conceptualmente en la institución responsabilidad civil que es la única que puede ser objeto del contrato de seguro conforme a lo previsto en el art. 73 LCS. Frente a esto se ha argumentado que existe identidad de naturaleza y función entre la responsabilidad civil y la responsabilidad patrimonial de la Administración cuyo origen debe analizarse dentro del concepto más amplio de responsabilidad civil. La responsabilidad patrimonial de la Administración no deja de ser la responsabilidad civil de una persona jurídico-pública. Asimismo, tradicionalmente se ha hecho referencia a responsabilidad civil para aludir a toda responsabilidad extracontractual, no sólo a la estrictamente civil. En virtud del contrato de seguro, «*el asegurador se obliga a cubrir, dentro de los límites establecidos por la Ley y el contrato, el riesgo de quedar gravado el patrimonio del asegurado por el nacimiento de una obligación de indemnizar, derivada de su responsabilidad civil*» (art. 73 LCS). Además, se admitía el seguro cuando la responsabilidad de la Administración fuera en relaciones de Derecho privado pero no cuando actuaba sometida al Derecho Público, distinción que en la actualidad es inadmisibles puesto que en ambos casos queda sometida al mismo régimen jurídico sustantivo y procedimental.

Ante la alegación de la falta de cobertura legal, se alude a que se trata de un riesgo asegurable puesto que se puede incluir en el ramo 13 «Responsabilidad civil en general» (Anexo de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras).

2. Se produciría una vulneración del art. 74 de la LCS que recoge la obligación del asegurador de asumir la defensa jurídica del asegurado frente a la reclamación del perjudicado ya que sería incompatible con que la defensa y representación del Estado y las Comunidades Autónomas corresponde a los Abogados del Estado (Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas [en adelante Ley de Asistencia Jurídica al Estado]) y al cuerpo de letrados de las Comunidades Autónomas. Frente a este argumento se ha subrayado la naturaleza dispositiva de la norma del art. 74 LCS que admite pacto en contrario, incluido normalmente en la póliza.

3. La responsabilidad patrimonial de la Administración garantizada constitucionalmente y configurada como directa y exclusiva puede verse cercenada si se admite su cobertura a través del contrato de seguro. Frente a esto, se ha defendido que lejos de suponer una merma de las garantías, conlleva un refuerzo dado

ha convertido en una práctica extendida, con reconocimiento jurisprudencial⁷⁹⁴ y legislativo⁷⁹⁵. Particularmente habitual ha sido y es en el ámbito sanitario. Tanto el INGESA como los Servicios de Salud autonómicos, con independencia de la forma que adopten, han suscrito contratos de seguro de responsabilidad civil para cubrir los riesgos derivados del posible pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por o con ocasión del funcionamiento del servicio público sanitario⁷⁹⁶. Por su parte, las entidades de derecho público y las agencias públicas empresariales, fundaciones, consorcios, incluso las sociedades mercantiles de titularidad pública se pueden adherir al contrato de seguro suscrito por el Servicio de Salud autonómico previa su

que existirá una mayor facilidad para el cobro puesto que el perjudicado se podrá dirigir indistintamente frente a la Administración, la aseguradora o frente a ambas ya que su responsabilidad es solidaria. Los presupuestos de la responsabilidad seguirían siendo los mismos con independencia de quien pague la indemnización.

4. La acción directa ejercitable en vía civil frente al asegurador es incompatible con la obligatoriedad de tramitar un procedimiento administrativo previo para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración cuya competencia jurisdiccional corresponde al orden contencioso-administrativo. Como ha señalado BUSTO LAGO, la existencia de esta dificultad que después analizaremos, no debe llevar a rechazar la posibilidad de admitir la suscripción de un seguro por la Administración.

Sobre esta doctrina *Vid.* por todos: PAVELEK ZAMORA, E.; «El aseguramiento de la responsabilidad de la Administración», *RDSP*, nº 3-4 (1997), pp. 28 a 30; ROMERO DUPLÁ, C.; «6. Seguro de responsabilidad civil y pólizas de seguro», en la obra colectiva *Manual de Responsabilidad Pública* dirigida por la Dirección del Servicio Jurídico de la Abogacía General del Estado, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2ª ed., 2015, pp. 427 a 440; BUSTO LAGO, J. M.; «El seguro de responsabilidad civil de las administraciones públicas: la acción directa contra la compañía aseguradora», *Aranzadi civil: revista quincenal*, nº 3 (2001). En www.aranzadidigital.es [Consultado el día 9 de marzo de 2019]; «Ejercicio de...», *op. cit.* y «La responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 2030 a 2040; DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F.; «El acceso de la compañía aseguradora al historial clínico incorporado al expediente administrativo de responsabilidad patrimonial», *Derecho y Salud*, Vol. 21, nº 1 (2011). En <http://www.ajs.es/revista-derecho-y-salud/el-acceso-de-la-compania-aseguradora-al-historial-clinico-incorporado-al-expediente-administrativo-de-responsabilidad-patrimonial> [Consultado el día 18 de marzo de 2019]; GAMERO CASADO, E.; «Los contratos...», *op. cit.*, pp. 345 a 368 y 380; MONTORO CHINER, M. J. y HILL PRADOS, M. C.; *op. cit.*, pp. 51 a 60; HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, pp. 65 a 86.

⁷⁹⁴ROMERO DUPLÁ, C.; *op. cit.*, p. 428.

⁷⁹⁵ Como veremos a continuación, la LCSP reconoce expresamente la naturaleza privada de los contratos de seguros celebrados por las Administraciones Públicas (art. 25.1.a).1ª) y desde el año 2003 se establece la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las reclamaciones que se dirijan conjuntamente frente a la Administración y su compañía aseguradora a la que se le reconoce legitimación pasiva en el proceso contencioso-administrativo (art. 9.4 de la LOPJ y artículos 2.e) y 21.1.c) de la LJCA). En el art. 35 de la LRJSP se establece que la Administración responde conforme a lo previsto en los artículos 32 y ss «incluso cuando la responsabilidad se exija directamente [...] a la entidad que cubra su responsabilidad», en clara alusión a las compañías aseguradoras, lo que presupone que la Administración pueda celebrar este tipo de contratos. Por su parte, en la disposición adicional 6ª de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991 se establece la posibilidad de que se suscriban contratos de seguro que cubran la responsabilidad civil del personal al servicio de la Administración.

⁷⁹⁶ Un estudio de los datos empíricos y normativos así como del modelo de contrato de seguro ha realizado ARQUILLO COLET en el 2004 y 2008: ARQUILLO COLET, B.; «Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria», *InDret*, nº 1 (2004). En http://www.indret.com/pdf/181_es.pdf [Consultado el día 8 de marzo de 2019], pp. 6 a 10 y *Seguro y responsabilidad...* (2008), *op. cit.*, pp. 214 a 231.

Son excepcionales las Comunidades Autónomas que no tienen suscrito este tipo de seguros, como sucede en la CA de Canarias. CUETO PÉREZ, M.; «Limitación de...», *op. cit.*

autorización⁷⁹⁷. Es más, en el ámbito del INGESA, se impone expresamente la obligación de suscribir un seguro de responsabilidad civil (art. 36 del Real Decreto 29/2000)⁷⁹⁸. Estos seguros suelen cubrir tanto la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños consecuencia de la asistencia sanitaria como la responsabilidad civil derivada de delito en la que puede incurrir tanto el personal sanitario como no sanitario a su servicio, salvo que se deba a actos dolosos, y la subsidiaria de la Administración en estos casos⁷⁹⁹. Los más recientes excluyen de su cobertura las posibles reclamaciones derivadas del tratamiento o contagio del COVID-19 en cualquiera de sus variantes⁸⁰⁰.

Entre las razones principales que llevan a las Administraciones a contratar seguros de responsabilidad civil están las de política presupuestaria. Como ha señalado la doctrina, se facilita la gestión de los presupuestos públicos puesto que se prefiere el pago de una prima periódica cierta a la aseguradora, que es presupuestariamente previsible, antes que asumir el riesgo de pagar una indemnización cuya cuantía exacta

⁷⁹⁷ Artículo 2.3 Sección I y II del Pliego de condiciones técnicas para la contratación del seguro de responsabilidad civil/patrimonial del Servicio Andaluz de Salud (en adelante Pliego seguro Servicio Andaluz de Salud); cláusula 1.2.4 del Pliego de prescripciones técnicas para la contratación de un seguro que garantice la responsabilidad civil /patrimonial del Servicio Murciano de Salud (en adelante Pliego seguro Servicio Murciano de Salud) o capítulo II de la Sección 1ª y 2ª del Pliego de prescripciones técnicas particulares que ha de regir en el contrato de servicios de: “póliza de seguro de responsabilidad civil/patrimonial del Servicio Madrileño de Salud” (en adelante Pliego seguro Servicio Madrileño de Salud).

⁷⁹⁸ ARQUILLO COLET se muestra contraria a la necesidad de obligar a la Administración a la suscripción de un seguro de responsabilidad civil puesto que ésta tiene solvencia ilimitada. ARQUILLO COLET, B.; «Seguro y responsabilidad...» (2004), *op. cit.*, p. 14.

En Italia, se establece la obligación de las Administraciones Públicas sanitarias, así como de las instituciones privadas, de concertar un seguro u otra medida análoga que cubra la responsabilidad civil profesional médica por las actividades desarrolladas en el marco de sus funciones (art. 10 de la *Legge n° 24, 8 marzo 2017, Disposizioni in materia di sicurezzadelle cure e della persona assistita, nonche' in materia di responsabilita' professionale degli esercenti le professioni sanitarie* [conocida como *Legge Gelli-Bianco*]).

⁷⁹⁹ Como muestra: Cláusulas 1.2.1, 1.8.1 y 2.1.1 del Pliego seguro Servicio Murciano de Salud que incluyen dentro del objeto del seguro la responsabilidad civil directa del asegurado (personal sanitario y no sanitario del SMS) y subsidiaria de la Administración en los procesos penales. Se excluyen sin embargo, de la cobertura de la póliza los riesgos derivados de: «*La responsabilidad del Servicio Murciano de Salud (SMS) y de los Asegurados por daños que tengan su origen en actos dolosos o derivados de la infracción o incumplimiento voluntario e injustificado de las normas que rigen las actividades objeto del seguro, reconocidos por sentencia judicial firme, con excepción de la responsabilidad civil subsidiaria que pudiera corresponder al Servicio Murciano de Salud (SMS), en su condición de empleador.*» Lo mismo se desprende de la sección I: contrato de aseguramiento del riesgo de responsabilidad civil profesional del Pliego seguro Servicio Andaluz de Salud en cuyo art. 4.6 también excluye los actos dolosos. En igual sentido: capítulo II y IV de la sección I y II del Pliego seguro Servicio Madrileño de Salud y cláusulas 1.2.1, 1.8 y 3.3.6 del Pliego de prescripciones técnicas para la contratación de póliza de seguro de responsabilidad civil y patrimonial para los centros dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias y su personal (en adelante Pliego seguro Servicio de Salud del Principado de Asturias).

⁸⁰⁰ Capítulo III de la sección I del Pliego seguro Servicio Madrileño de Salud .

se desconoce hasta que recaiga la resolución administrativa o la sentencia correspondiente⁸⁰¹.

En los últimos años, las Administraciones Públicas están teniendo serias dificultades para encontrar aseguradoras que estén dispuestas a concertar seguros que cubran esta responsabilidad. El alto número de contingencias cubiertas, la variabilidad – con difícil previsión actuarial- del importe de las indemnizaciones y el cambio en el baremo que dificulta el cálculo de las primas, lo convierten en un negocio con poca rentabilidad económica y a veces con riesgos demasiado elevados. De ahí que, hayan quedado desiertos diversos concursos y las Administraciones se hayan visto obligadas a incrementar las ofertas económicas para hacerlas atractivas y conseguir su adjudicación⁸⁰².

2. Vías de reclamación y problemas derivados de la suscripción de seguros de responsabilidad civil por la Administración sanitaria. Cuestiones previas.

La suscripción de seguros de responsabilidad civil por los entes públicos o privados pertenecientes al sector público genera numerosas dificultades de encaje con el sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, especialmente, por lo que nos interesa, en lo que respecta a las posibles vías de reclamación para exigir la reparación de los daños cuando el riesgo está asegurado.

La persona legitimada activamente cuenta con tres posibles opciones cuya elección será fundamental para concretar el orden jurisdiccional competente:

- 1) Reclamar directamente a la Administración a la que le es imputable el daño.
- 2) Reclamar de forma simultánea tanto a la Administración como a su aseguradora.

⁸⁰¹ Vid. por todos, BUSTO LAGO, J. M.; «El seguro...», *op. cit.* y «Ejercicio de...», *op. cit.*; ARQUILLO COLET, B.; «Seguro y responsabilidad...» (2004), *op. cit.*, pp. 11 y 12 y *Seguro y responsabilidad...* (2008), *op. cit.*, pp. 93 y 94; HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, pp. 25 y 26; MONTORO CHINER, M. J. y HILL PRADOS, M. C.; *op. cit.*, pp. 28 a 35; ROMERO DUPLÁ, C.; *op. cit.*, p. 429 y 430; XIOL RÍOS, J. A.; *op. cit.*

⁸⁰² Informe de fiscalización de la Responsabilidad Patrimonial del SERGAS, 2017. En http://www.consellodecontas.es/sites/consello_de_contas/files/contents/documents/2017/Informe_Responsabilidad_Patrimonial_Sergas_C.pdf, pp. 62 y 63 [Consultado el día 24 de enero de 2020]. Se puede comprobar como en las últimas licitaciones se ha subido hasta un 20% el valor de las primas con respecto al contrato anterior. En <https://www.diariomedico.com/salud/el-seguro-sanitario-de-las-autonomias-va-con-franquicia-o-no-va.html>[Consultado el día 24 de enero de 2020].

3) Reclamar directamente a la compañía aseguradora de la Administración en el ejercicio de la acción directa del art. 76 de la LCS. A pesar de la dicción del art. 35 de la LRJSP aún hoy es posible que se defienda esta opción.

Este será el esquema principal que seguiremos a la hora de organizar el presente capítulo. Como ha señalado BUSTO LAGO, en todos los supuestos se persigue la misma finalidad: «*la reparación del perjuicio por quien no está obligado a soportarlo*»⁸⁰³. Mientras que en los dos primeros casos no subsisten dudas sobre la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, el ejercicio de la acción directa frente a la aseguradora de la Administración da lugar a un ingente debate jurisprudencial y doctrinal en torno a su admisibilidad y a la jurisdicción competente.

Por otra parte, como veremos *Infra*, Capítulo VIII, 6.2, el perjudicado podrá reclamar la responsabilidad civil derivada de delito a la aseguradora tanto en la vía penal o, a su elección alternativa, reservarla para ejercitarla en la vía civil (art.109.2 y 117 del Código Penal; artículos 111 y 112 de la LECr y art. 76 de la LCS).

Si la LCS desde su promulgación ha sido objeto de abundantes pronunciamientos jurisprudenciales dada la litigiosidad que genera la interpretación de muchos de sus preceptos, su compaginación con la disciplina propia de la responsabilidad patrimonial de la Administración plantea numerosas incertidumbres: régimen de representación y dirección jurídica por los letrados de la Administración asegurada demandada; obligación de tramitar un procedimiento administrativo previo de exigencia de responsabilidad; en este caso, ¿en qué calidad intervendrá la aseguradora?; ¿deberá tramitarse dicho procedimiento si se quiere reclamar directamente frente a la aseguradora?; ¿qué valor tienen las decisiones adoptadas en las denominadas Comisiones de Seguimiento del seguro?; Si la resolución administrativa se impugna ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ¿qué posición puede ocupar la aseguradora?; ¿está obligado a pagar el asegurador cuando el siniestro haya sido causado por mala fe o dolo del personal al servicio de la Administración asegurada? El art. 19 de la LCS⁸⁰⁴ exime al asegurador del pago de la prestación cuando el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado. A su vez, las pólizas de seguro suelen

⁸⁰³ BUSTO LAGO, J. M.; «El seguro...», *op. cit.* y «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 2034.

⁸⁰⁴ Vid. SÁNCHEZ CALERO, F.; «Artículo 20», «Artículo 74» y «Artículo 76» en la obra colectiva *Ley de contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones* dirigida por SÁNCHEZ CALERO, F., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 4ª ed., 2010, pp. 443 a 465.

excluir de su ámbito de cobertura la responsabilidad por actos dolosos, *Vid. Supra*. Los problemas de compatibilidad que esto puede suscitar con el ejercicio de la acción directa del art. 76 LCS en virtud del cual el asegurador tendrá obligación de pagar la indemnización aunque hubiera dolo por el asegurado, se salva por la jurisprudencia obligando al asegurador al pago de la indemnización al ser inoponible el dolo al tercero perjudicado, sin perjuicio de repetir posteriormente contra el asegurado (SSTS (Sala de lo Civil), 17 de abril de 2015 [RJ 2015\1199⁸⁰⁵] y las que en ella se citan; 11 de septiembre de 2018 [RJ 2018\3829⁸⁰⁶]⁸⁰⁷). La misma jurisprudencia rige si se exige responsabilidad civil directa a la aseguradora de conformidad con el art. 117 del CP⁸⁰⁸, así lo afirma constantemente la Sala de lo Penal del TS en sentencias como la de 22 de junio de 2020 (RJ 2020\3485⁸⁰⁹) o 5 de noviembre de 2018 (RJ 2018\5001) y las en

⁸⁰⁵ Señala claramente en su fundamento jurídico 2º: «*Y es que, al establecer el artículo 76 de la LCS que la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador frente al asegurado, se ha configurado una acción especial, que deriva no solo del contrato sino de la ley, que si bien permite a la aseguradora oponer al perjudicado que el daño sufrido es realización de un riesgo excluido en el contrato, no le autoriza oponer aquellas cláusulas de exclusión de riesgos que tengan su fundamento en la especial gravedad de la conducta dañosa del asegurado, como es la causación dolosa del daño, "sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado"; derecho de repetición que sólo tiene sentido si se admite que el asegurador no puede oponer al perjudicado que el daño tuvo su origen en una conducta dolosa precisamente porque es obligación de la aseguradora indemnizar al tercero el daño que deriva del comportamiento doloso del asegurado.*

No se trata con ello de sostener la asegurabilidad del dolo - STS Sala 2ª 20 de marzo 2013 (RJ 2013, 8070) -, sino de indagar si el legislador de 1980, junto a ese principio general que se respeta en su esencialidad, ha establecido una regla en el sentido de hacer recaer en el asegurador la obligación de indemnizar a la víctima de la conducta dolosa del asegurado. El automático surgimiento del derecho de repetición frente al causante del daño salva el dogma de la inasegurabilidad del dolo: nadie puede asegurar las consecuencias de sus hechos intencionados. Faltaría la aleatoriedad característica del contrato de seguro. Lo que hace la Ley es introducir una norma socializadora y tuitiva (con mayor o menor acierto) que disciplina las relaciones de aseguradora con víctima del asegurado. La aseguradora al concertar el seguro de responsabilidad civil y por ministerio de la ley (art. 76 LCS) asume frente a la víctima (que no es parte del contrato) la obligación de indemnizar todos los casos de responsabilidad civil surgidos de la conducta asegurada, aunque se deriven de una actuación dolosa... Y es que cabalmente el art. 76LCS rectamente entendido solo admite una interpretación a tenor de la cual la aseguradora, si no puede oponer el carácter doloso de los resultados (y según la norma no puede oponerlo en ningún momento: tampoco si eso está acreditado) es que está obligada a efectuar ese pago a la víctima, sin perjuicio de su derecho de repetir. Lo que significa en definitiva, y eso es lo que quiso, atinadamente o no, el legislador, es que sea la aseguradora la que soporte el riesgo de insolvencia del autor y nunca la víctima. El asegurado que actúa dolosamente nunca se verá favorecido; pero la víctima tampoco se verá perjudicada.»

⁸⁰⁶ Siguiendo la sentencia anterior de 2015 concluye que la cláusula que excluye los daños causados por mala fe del asegurado, no puede exonerar a la aseguradora frente al perjudicado.

⁸⁰⁷ *Vid.* ATIENZA NAVARRO, M. L.; «Sentencia de 17 de abril de 2015. El asegurador no puede oponer, frente a la acción directa entablada por el perjudicado, la cláusula de exclusión contenida en la póliza, basada en la conducta dolosa del asegurado, al tratarse de una excepción personal a la que es inmune dicha acción», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 99 (2015), pp. 497 a 516.

⁸⁰⁸ Así lo entiende también la doctrina mayoritaria aunque el art. 117 del CP no hace expresa mención al régimen de las excepciones. ARNAIZ SERRANO, A.; *op. cit.*, pp. 58 a 68.

⁸⁰⁹ Afirma en el fundamento jurídico 11º: «*Partiendo de esa constatación, la jurisprudencia ha afirmado que la exclusión de la posibilidad de asegurar el dolo significa que la compañía de seguros no estará obligada en ningún caso a indemnizar al asegurado por los daños causados dolosamente por el mismo,*

ellas citadas⁸¹⁰; ¿se puede exigir a la aseguradora el pago de los intereses de demora del art. 20 de la LCS?

Y, por último, y no menos importante pues se trata de una de las cuestiones que mayores controversias doctrinales y jurisprudenciales ha despertado en la práctica, si subsiste la acción directa del art. 76 de la LCS o hay que tramitar previamente el procedimiento administrativo para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración. Frente a la pretendida búsqueda de la unidad jurisdiccional, la posibilidad de ejercitar la acción directa del art. 76 de la LCS únicamente frente a la aseguradora de la Administración en el orden civil, permite burlar la competencia del orden contencioso-administrativo y la vía administrativa previa para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, produciéndose una quiebra del principio de unidad de fuero⁸¹¹ y un nuevo peregrinaje jurisdiccional. Se configura, pues, un sistema de libre opción para el perjudicado que podrá decidir si acudir a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa (reclamando únicamente a la Administración o a ésta junto con la aseguradora) o civil (únicamente frente al asegurador), o, en el caso de responsabilidad civil derivada de delito a la vía penal.

En el ámbito de las reclamaciones sanitarias se suele preferir la vía civil entre otros motivos por: los elevados tiempos de resolución en la vía administrativa y contencioso-administrativa, que retrasan el pago de la indemnización frente a la mayor celeridad de los procesos civiles⁸¹²; porque las normas contencioso-administrativas favorecen la posición de la Administración, lo que dificulta las posibilidades de pleitear; la mayor facilidad para ejecutar la sentencia frente a la aseguradora; la mayor facilidad para lograr la condena al pago de los intereses de demora del art. 20 de la LCS, mucho más difícil en el orden contencioso dada la interpretación restrictiva que hace de las causas justificativas para no ejecutar o para retrasar el cumplimiento de la resolución judicial firme, consiguiéndose así una mayor cuantía; o, el endurecimiento de las costas

pero que ello no implica que, por razones de tipo social, venga obligada a indemnizar al tercero perjudicado en esos casos, sin perjuicio de repetir contra el asegurado. De esta forma, éste no se beneficia de su propia conducta dolosa, y la víctima tampoco resulta perjudicada por la acción de aquel, ejecutada dentro del ámbito previsto en una póliza de seguros de responsabilidad civil.»

⁸¹⁰ Vid. AA.VV.; *Código Penal con jurisprudencia sistematizada*, Tomo I obra colectiva dirigida por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., Tirant lo Blanch, Valencia, 7ª ed., 2021, pp. 840 a 843.

⁸¹¹ CUETO PÉREZ, M.; «Limitación de...», *op. cit.*

⁸¹² DÍEZ SASTRE, S.; «Capítulo IV: Datos empíricos sobre la aplicación de la Ley de 1998 y tendencias detectadas» en la obra colectiva *Balance y perspectivas de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su XX Aniversario* coordinada por CUDERO BLÁS, J. y PONCE SOLÉ, J., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 89 y 90.

procesales en el proceso contencioso-administrativo si no se estima la responsabilidad patrimonial de la Administración desde la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (frente al régimen hasta entonces vigente en el que sólo se imponían costas si había temeridad o mala fe). De resultar desestimadas las pretensiones ejercitadas conjuntamente frente a la Administración y a la aseguradora en el orden contencioso-administrativo, existe el riesgo de que las costas sean superiores porque son dos los sujetos demandados (abogados y procurador, pruebas médicas, informes periciales...) ⁸¹³. Empero, esta opción tampoco es totalmente satisfactoria ya que se corre el peligro de no lograr una reparación íntegra del daño si la aseguradora opone alguna excepción como, por ejemplo, que el riesgo no esté cubierto, exista una franquicia o un infraseguro y, se tenga que iniciar con posterioridad, un procedimiento administrativo o contencioso-administrativo, con el dispendio de tiempo y dinero que ello conlleva y el riesgo de una posible prescripción.

Por otra parte, la admisibilidad de la acción directa en el orden civil no está exenta de cuestiones controvertidas que provocan que parte de la doctrina aconseje que sea más conveniente en la práctica, reclamar a la Administración responsable, cuya solvencia está casi con certeza garantizada, juntamente con la aseguradora en el orden contencioso-administrativo ⁸¹⁴. Por citar algunos ejemplos que tendremos ocasión de estudiar: ¿cabrá ejercitar las acciones de forma simultánea en el orden civil y contencioso-administrativo o habrá litispendencia?; ¿se podrá plantear la acción directa en el orden civil tras haberse tramitado un procedimiento administrativo y contencioso-administrativo?; ¿y al revés? En ese caso, ¿qué efectos tiene la resolución administrativa en la jurisdicción civil? ¿y la sentencia contencioso-administrativa?; ¿puede pronunciarse el juez civil sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración?; ¿qué normas aplicará?; ¿vinculará la sentencia civil a la Administración y al orden

⁸¹³ GRAU GRAU, I.; *La responsabilidad patrimonial sanitaria: aspectos procesales*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017, pp. 347 a 351; ARQUILLO COLET, B.; *Seguro y responsabilidad...* (2008), *op. cit.*, pp. 108, 182, 183 y 263; BUSTO LAGO, J. M.; «Ejercicio de...», *op. cit.* y «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 2053; CUETO PÉREZ, M.; «Unidad jurisdiccional...», *op. cit.*, p. 716. No obstante, esta autora advierte: «En todo caso, estas motivaciones no nos pueden hacer olvidar que la competencia jurisdiccional establecida por el legislador no es de libre disposición para el perjudicado, tampoco parece lo más adecuado que por medio de la acción directa se pueda burlar la clara intención del legislador de otorgar la competencia jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial a la jurisdicción contencioso-administrativa.» CUETO PÉREZ, M.; «Limitación de...», *op. cit.*

⁸¹⁴ BUSTO LAGO, J. M.; «El seguro...», *op. cit.*; «Ejercicio de...», *op. cit.* y «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 2053; MOREU CARBONELL, E.; *op. cit.*, p. 80; MOURE, E.; «El artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro en el País de las Maravillas. Desmontando su inaplicación en la responsabilidad patrimonial sanitaria», *La Ley*, nº 8467 (2015). En www.laleydigital.es [consultado el día 29 de enero de 2015].

contencioso-administrativo?; Si se reclama sólo frente a la Administración, ¿podría prescribir la acción frente a la aseguradora?; ¿y al contrario?; Si la aseguradora paga la indemnización, ¿podría ejercitar la acción de regreso frente a las autoridades y personal al servicio de la Administración cuando hubieran incurrido en dolo, culpa o negligencia grave? Asimismo, puede tener repercusión de cara a la adopción de un posible acuerdo de mediación o la celebración del contrato de transacción. Puesto que, ¿puede el perjudicado celebrar un contrato de transacción o un acuerdo de mediación con la aseguradora sin la aprobación de la Administración?

Por su parte, la entrada en vigor del art. 35 de la LRJSP cuya intención parece ser, entre otras, la de dar respuesta al problema de la cuestión jurisdiccional cuando se ejercita acción directa frente a la aseguradora⁸¹⁵ es fuente de confusión e inseguridad, como ya hemos tenido ocasión de estudiar. Mientras que para algunas Audiencias Provinciales ha supuesto un verdadero cambio legal ya que reconduce la competencia al orden contencioso-administrativo, poniendo así fin a las últimas cuestiones que subsistían en lo que concierne al orden jurisdiccional competente, otras siguen defendiendo la competencia del orden civil.

Ante la escasez de soluciones legales claras, todas estas dificultades prácticas que genera la suscripción de seguros de responsabilidad civil/patrimonial por la Administración, como ha señalado GAMERO CASADO, deberán ser resueltas por los aplicadores del Derecho realizando una interpretación que permita conjugar satisfactoriamente normas que no han sido concebidas para concurrir juntas y que han sido redactadas sin tener en cuenta que la asegurada sea una Administración: LPAC, LRJSP, LOPJ, LJCA, LCSP y LCS⁸¹⁶.

Alguna de las cuestiones a las que hemos aludido ha sido solventada en parte por el legislador o pueden resolverse a través de las cláusulas contractuales insertas en la póliza, pero aún quedan numerosos aspectos problemáticos, particularmente el relativo al ejercicio de la acción directa, que requieren de una respuesta adecuada y clara por

⁸¹⁵ Así parece deducirse de que este artículo fuera dictado atendiendo a la recomendación del Consejo de Estado en punto a que como el anteproyecto no abordaba los problemas derivados del ejercicio de la acción directa de la LCS (por una parte, los tribunales entendían competente al orden civil mientras que otros exigían el previo pronunciamiento de la Administración), era conveniente que la norma estableciera el alcance objetivo y subjetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y los límites del principio de unidad jurisdiccional. Informe de 5 de marzo de 2015 del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, pp. 74 y 75.

⁸¹⁶ GAMERO CASADO, E.; «Los seguros...», *op. cit.*; CUETO PÉREZ, M.; «Limitación de...», *op. cit.*; BUSTO LAGO, J. M.; «El seguro...», *op. cit.*

parte del ordenamiento jurídico en aras a la seguridad jurídica y a garantizar la tutela del perjudicado. De ahí que parte de la doctrina defiende la necesidad de aprobar una normativa específica sobre los seguros de la responsabilidad extracontractual de la Administración⁸¹⁷.

⁸¹⁷PAVELEK ZAMORA, E.; *op. cit.*, p. 26; De forma tajante y muy insistente lo ha defendido GAMERO CASADO que entiende que las dificultades de engranaje entre el régimen de la LCS y el de responsabilidad patrimonial de la Administración podría solventarse mediante la aprobación de una normativa específica sobre el aseguramiento de la responsabilidad administrativa que estableciera un régimen particular que resolviera toda la problemática existente. Por ejemplo, regulando la obligatoriedad de ejercitar la acción directa en el orden contencioso-administrativo conjuntamente con la responsabilidad patrimonial de la Administración, previo pronunciamiento sobre la responsabilidad administrativa en el correspondiente procedimiento administrativo; imposibilidad de que la aseguradora pueda reconocer unilateralmente la responsabilidad sin un procedimiento administrativo previo lo que impediría que se pudiera pactar el pago de una indemnización a través de una transacción si la Administración quiere tramitar el procedimiento administrativo; previendo la condición de interesada de la aseguradora en el procedimiento y recursos administrativos en los que se resuelva la responsabilidad administrativa cubierta por el contrato de seguro. Por tanto, no, por ejemplo, si no alcanza la franquicia; inaplicación del art. 74 de la LCS tanto en lo relativo a la asunción de la dirección jurídica por la aseguradora salvo aceptación de la Administración, como a la prohibición de reconocimiento unilateral del asegurado que podría impedir la tramitación de procedimientos administrativos estimatorios; régimen de la acción de regreso contra el personal al servicio de la Administración en los casos de actuación dolosa o culposa; régimen de los contratos de seguro para cubrir la responsabilidad subsidiaria en caso de delito... Para ello, entiende que no sería necesario aprobar una Ley independiente sino que esta normativa podría encuadrarse en la antigua LRJPAC (actualmente sería LRJSP y LPAC) o mejor aún en la LCAP (actual LCSP) configurando el contrato como administrativo e incluyendo un nuevo capítulo sobre los contratos de seguro de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. GAMERO CASADO, E.; «Los seguros...», *op. cit.*; «Los contratos...», *op. cit.*, pp. 372 y 377 y *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, pp. 171 y 172. En el mismo sentido, BUSTO LAGO, J. M.; «El seguro...», *op. cit.* y «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 2039; HUERGO LORA propone diversas vías según la intención: 1) Si se quiere regular el contrato de seguro más allá que como mero contrato de servicios financieros de las Administraciones Públicas, por ejemplo, estableciendo la incompatibilidad entre responsabilidad patrimonial y acción directa tendrá que aprobarse una Ley estatal dada la competencia sobre el sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas y en materia procesal (art. 19.1.18ª y 6ª CE); 2) Si se quiere que el contrato de seguro de las Administraciones Públicas tenga un régimen especial y diferente al común, por ejemplo, suprimiéndose la acción directa, será necesaria también una Ley estatal dada la competencia del Estado en legislación mercantil y procesal (art. 149.1.6ª CE); 3) Otra opción sería que a través del pliego de cláusulas administrativas generales (incluso negociado con los aseguradores), dentro del ámbito de disponibilidad, se adaptaran las reglas del contrato de seguro a la responsabilidad patrimonial de la Administración. Uno de los principales escollos que se plantean en esta vía es la imposibilidad de derogar o regular sobre la acción directa o sobre normas procesales que tienen un carácter imperativo, 4) Calificación del contrato como administrativo con objeto de que se puedan aplicar normas específicas que regulen el mismo y que desplacen a las de la LCS puesto que al ser un contrato administrativo también se regirán por estas normas en cuanto a sus efectos y extinción. HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, pp. 77, 133 a 136; XIOL RÍOS, J. A.; *op. cit.*; MARTÍN REBOLLO, L.; «Ayer y hoy...», *op. cit.*, p. 302; RIVERA FERNÁNDEZ, M.; *op. cit.*, p. 1665; CUETO PÉREZ, M.; «Limitación de...», *op. cit.*

Para otros, lo más conveniente es la reforma de la Ley de Contrato de Seguro. CAYÓN DE LAS CUEVAS, J.; «El debate sobre la acción directa frente a la aseguradora de la responsabilidad civil de la administración sanitaria: luces y sombras», *Derecho y Salud*, Vol. 21, nº 1 (2011), pp. 135 a 145; BOTO ÁLVAREZ, A.; «Capítulo IV. Las partes en el proceso contencioso-administrativo», en la obra colectiva *Estudio de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* dirigida por EZQUERRA HUERVA, A. y OLIVÁN DEL CACHO, J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 324.

3. Naturaleza del contrato de seguro según la LCSP.

El contrato de seguro para cubrir la responsabilidad de las entidades del sector público a las que alude la LCSP tiene naturaleza privada⁸¹⁸ con independencia de que haya sido celebrado por una Administración Pública, así se deriva de los artículos 25 y 26 de la LCSP. Por una parte, para que se califique el contrato como administrativo es necesario que se haya celebrado por una Administración Pública por lo que si el contrato es celebrado por una entidad del sector público que no tenga tal condición, sea poder adjudicador o no, el contrato será privado (art. 25.1 y 26.1.b) y c) de la LCSP). Por otra parte, de los contratos celebrados por la Administración tienen carácter privado, según el art. 25.1.a) 1º de la LCSP, «*los contratos de servicios que tengan por objeto*

⁸¹⁸ En la versión inicial de la LCAP 1995 se calificaban los contratos de seguro como administrativos. A partir de la modificación introducida por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre en la LCAP 1995 (art.5) se despejaron las dudas sobre la naturaleza jurídica del contrato de seguro celebrado por la Administración, conceptuándolo expresamente como privados, opción que han mantenido las diversas legislaciones sobre contratación pública hasta llegar a la actualidad.

Sin embargo, aunque la cuestión es relativamente pacífica, no estuvo exenta de debate porque como señaló BUSTO LAGO «*la Directiva 92/50/CEE, 18 junio 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios no excluye de su ámbito de aplicación a los contratos de seguros, de manera que, como señaló el Consejo de Estado en su Dictamen 4464/1998, de 22 de diciembre, emitido a propósito del Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley 13/1995, no parecía posible su calificación como privados, «precisamente porque la Directiva 92/50/CEE (artículos 1, 5 y 6) establece que tales contratos tienen carácter público y, en consecuencia, se configuran como contratos administrativos»*» rebatiendo así los argumentos de la Memoria justificativa del Proyecto de Ley de reforma presentada por el Ministerio de Economía y Hacienda que subrayaba que la calificación como privados dimanaba directamente de la Directiva. BUSTO LAGO, J. M.; «El seguro...», *op. cit.* y «Ejercicio de...», *op. cit.* En el mismo sentido, JIMÉNEZ LÓPEZ, M. N.; *op. cit.*, pp. 78 y 79. Sin embargo, según GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, la finalidad de la Directiva era que sus normas públicas fueran aplicables a los procedimientos de adjudicación de los contratos, como efectivamente sucede en cuanto a la preparación y adjudicación de los contratos de seguro, pero no predetermina la norma aplicable a los efectos y extinción del contrato que es donde tiene relevancia la distinción entre contratos administrativos y privados, remitiéndose a la legislación interna. Por consiguiente, la calificación de los contratos de seguros como privados no contradecía lo previsto en la Directiva europea. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F.; «Contratos administrativos y privados ante la reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº 5 (1999). En <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=801937> [Consultado el día 11 de diciembre de 2019];

Según HUERGO LORA, el cambio en la calificación del contrato de seguro a privado vino dado, entre otros motivos, por la presión de las aseguradoras ya que la conceptualización como administrativo suponía «*que la Administración asegurada podía decidir unilateralmente, en un acto administrativo, que el asegurador estaba obligado a pagar una determinada indemnización, e incluso exigir su cumplimiento utilizando la ejecución forzosa. Si el asegurador no estaba de acuerdo, tenía que recurrir ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, algo que tampoco conviene a los aseguradores, puesto que están acostumbrados a someter todas las cuestiones derivadas del contrato de seguro a los Tribunales civiles.*» HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2003), *op. cit.*, p. 7 y «El seguro...» (2002), *op. cit.*, pp. 94 y 95.

servicios financieros con número de referencia CPV de 66100000-1 a 66720000-3» entre los que se incluyen todos los relativos a los servicios de seguros⁸¹⁹.

En general, estos contratos se registrarán en cuanto a la preparación y adjudicación por lo dispuesto en la LCSP, y, en cuanto a los efectos y ejecución, por normas de Derecho privado salvo en los contratos de seguros celebrados con las Administraciones Públicas sujetos a regulación armonizada que se registrarán por lo dispuesto en la LCSP en lo relativo a las condiciones especiales de ejecución, modificación, cesión, subcontratación y resolución de los contratos (art. 26 apartados 2, 3 y 4 de la LCSP). A los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración les serán de aplicación las normas a las que se refiere el párrafo primero del art. 319 «*en materia medioambiental, social o laboral, de condiciones especiales de ejecución, de modificación del contrato, de cesión y subcontratación, de racionalización técnica de la contratación; y la causa de resolución del contrato referida a la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205»* (art. 24 apartado 3 de la LCSP)⁸²⁰.

Por tanto, salvo en lo que se refiere a su preparación y adjudicación, el contrato de seguro se registrará por el ordenamiento privado, esto es, la LCS.

Dado que son contratos privados, las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación serán dilucidadas en la jurisdicción contencioso-administrativa en aplicación de la doctrina de los «*actos separables*» mientras que las surgidas entre la Administración y la aseguradora en relación a los efectos y extinción del contrato resultarán de conocimiento de la jurisdicción civil (art. 27 de la LCSP y art. 2.b) de la LJCA) y (STS (Sala de lo Civil), 27 de junio de 2017 [RJ 2017\3109⁸²¹]).

⁸¹⁹ Anexo I y II del Reglamento (CE) N° 213/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007, que modifica el Reglamento (CE) N° 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), y las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los procedimientos de los contratos públicos, en lo referente a la revisión del CPV. Se puede consultar en: <http://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/Reglamento%20CPV/cpv%20principal.pdf>

⁸²⁰ Sobre los distintos regímenes jurídicos aplicables a los contratos privados, *Vid.* DEL SAZ CORDERO, S.; «El régimen jurídico de los contratos del sector público. Contratos administrativos y contratos privados (artículos 24, 25, 26 y 27 LCSP/2017)», en la obra colectiva *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* dirigida por GIMENO FELIU, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 563 y 564.

⁸²¹ Como apuntaba HUERGO LORA: «*lo único que no puede hacer el Tribunal contencioso-administrativo es pronunciarse sobre las relaciones entre el asegurado y el asegurador (a quien*

Sin embargo, ha de advertirse con carácter previo que estos aspectos no forman parte de nuestro objeto de estudio que se circunscribe a la vía para exigir la responsabilidad patrimonial por los daños que se han causado a un tercero.

La mayor parte de la doctrina que insiste en la necesidad de dotar de una regulación propia a los contratos de seguro de responsabilidad de la Administración que permita resolver los problemas de adecuación del régimen jurídico del contrato de seguro con el de la responsabilidad patrimonial de la Administración, defienden que puede hacerse a través de la inclusión de un nuevo capítulo en la LCSP⁸²², o incluso por vía reglamentaria. Para ello sería imprescindible la previa calificación del contrato como administrativo (*Vid. Supra*). Así, según señala HUERGO LORA⁸²³, la calificación como administrativo del contrato permitiría aprobar normas específicas que se aplicarían con carácter prioritario a la LCS, dado que, según el art. 25.2 de la LCSP, los contratos administrativos se rigen tanto en lo que respecta a su preparación y adjudicación como en cuanto a sus efectos, modificación y extinción *«por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, a los contratos administrativos especiales a que se refiere la letra b) del apartado anterior [Los contratos declarados así expresamente por una Ley, y aquellos otros de objeto distinto a los expresados en la letra anterior, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella], les serán de aplicación en primer término, sus normas específicas.»*

corresponde el pago de la indemnización y en qué proporción»). HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, p. 176. Sobre la jurisdicción competente, *Vid. DEL SAZ CORDERO, S.; op. cit.*, pp. 565 a 569; XIOL RÍOS, J. A.; *op. cit.*

⁸²² Sobre los contratos de seguro de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

⁸²³ HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, pp. 134 a 136.

4. La reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración y, en su caso, frente a la aseguradora.

La suscripción de un seguro de responsabilidad civil por la Administración Pública sanitaria no impide a los perjudicados instar la reclamación de responsabilidad patrimonial directamente frente a la Administración (art. 36.1 de la LRSJP). Se deberá tramitar el correspondiente procedimiento administrativo (artículos. 1, 2, 65; 67; 81; 86,5; 91; 92; 114.1.e) de la LPAC) cuya resolución expresa o presunta será impugnante ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 2.e) de la LJCA y art. 9.4 de la LOPJ). La demanda en el contencioso-administrativo se podrá plantear únicamente frente a la Administración debiendo emplazarse a la aseguradora o bien conjuntamente frente a ambas.

Como ha señalado HUERGO LORA⁸²⁴, la celebración de un contrato de seguro no faculta a la Administración para no cumplir las normas legales, como son las relativas a la responsabilidad directa de la Administración y al procedimiento administrativo, establecidas en garantía de los particulares.

Si la Administración asegurada paga la indemnización al perjudicado, podrá ejercitar acción de regreso frente al asegurador para recuperar la cuantía indemnizatoria satisfecha arrastrando la competencia al orden civil puesto que se trata de un contrato de naturaleza privada (artículos 26 apartados 2, 3 y 4 y 27 LCSP y art. 2.b) de la LJCA). En opinión de HUERGO LORA, en el proceso civil no se podría volver a debatir sobre la responsabilidad de la Administración⁸²⁵. Ahora bien, se pueden plantear algunos dilemas como por ejemplo, si podría ejercitar la acción de regreso frente al asegurador que no interviene en el procedimiento administrativo cuya resolución sea firme.

4.1 Defensa jurídica. Prohibición de reconocimiento de la responsabilidad y prohibición de negociar y transigir sin el consentimiento del asegurador.

El párrafo primero del art. 74 de la LCS establece que «*el asegurador asumirá la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado*». Esta previsión casa mal con que la defensa jurídica de la Administración debe ser llevada a cabo por sus propios

⁸²⁴*Ibid.*, pp. 138 y 139.

⁸²⁵ *Ibid.*, p. 155.

letrados⁸²⁶. El problema se resuelve porque al ser esta norma dispositiva, es frecuente que en las pólizas se incluya pacto en contrario para excluir su aplicación⁸²⁷, atribuyendo la defensa de la Administración a sus propios servicios jurídicos⁸²⁸.

De la asunción de la dirección jurídica por parte del asegurador junto al deber del asegurado de colaborar con él a estos efectos, la doctrina suele inferir la prohibición de reconocimiento unilateral de responsabilidad por el asegurado y la prohibición de transigir con el tercero sin autorización del asegurador⁸²⁹. La posibilidad de celebrar una transacción corresponde al asegurador o requiere su autorización⁸³⁰. ¿Sucede lo mismo cuando el asegurado es una Administración? *Vid. Infra*, Capítulo IX.

La declaración de responsabilidad patrimonial por la propia Administración que fija la indemnización en el correspondiente acto administrativo hace que la doctrina se haya planteado si entraría dentro de la prohibición de reconocimiento unilateral de la responsabilidad. En este sentido, se ha considerado que no es adecuado calificar este acto administrativo como reconocimiento unilateral y voluntario ya que iría en contra de la naturaleza del procedimiento administrativo y de la postura, en general, de la Administración que sirve con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, bajo el control de los Tribunales a los fines que la justifican

⁸²⁶ Art. 24 de la LJCA y art.551 de la LOPI. En el ámbito estatal: art. 1 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas.

Vid. un comentario sobre el art. 74 de la LCS y las aseguradoras de responsabilidad sanitaria pública en GRIJALBA LÓPEZ, J. C.; «La compañía aseguradora en el procedimiento de responsabilidad patrimonial», *Derecho y Salud*, Vol. 21, nº Extra 1 (2011). En <https://www.ajs.es> [Consultado el día 20 de septiembre de 2019], pp. 163 a 165.

⁸²⁷SÁNCHEZ CALERO, F.; «Artículo 74...», *op. cit.*, pp. 1677 a 1680; ARQUILLO COLET, B.; *Seguro y responsabilidad...* (2008), *op. cit.*, pp. 118, 119 y 128; GAMERO CASADO defiende que la dirección jurídica la asumen los funcionarios públicos incluso aunque no se prevea expresamente en el contrato. Por otra parte, se debería incluir la inaplicación de este precepto si se aprobara una normativa específica en tal sentido. GAMERO CASADO, E.; «Los contratos...», *op. cit.*, pp. 372 y 373 y «Los seguros...», *op. cit.*; ROMERO DUPLÁ, C.; *op. cit.*, p. 437; MONTORO CHINER, M. J. y HILL PRADOS, M. C.; *op. cit.*, pp. 66 a 68.

⁸²⁸En los contratos de seguros concertados por los servicios autonómicos de salud es frecuente su exclusión: Capítulo IV, Sección I y II, Defensa y Fianzas del Pliego seguro Servicio Madrileño de Salud, establece la salvedad de que se exija responsabilidad civil derivada de delito al asegurado, o art. 5 del Pliego seguro Servicio Andaluz de Salud.

⁸²⁹ Se suelen incluir en el contrato de seguro (no en los celebrados por la Administración) cláusulas de este tipo con el siguiente texto: «*el asegurado no podrá negociar, admitir o rechazar ninguna reclamación sin la autorización del asegurador*». SÁNCHEZ CALERO, F.; «Artículo 74...», *op. cit.*, p. 1684.

⁸³⁰Según SÁNCHEZ CALERO el incumplimiento de la prohibición de transigir dará lugar al pago de una indemnización por daños y perjuicios que sufra el asegurado. SÁNCHEZ CALERO, F.; «Artículo 74...», *op. cit.*, pp. 1684 a 1687; ARQUILLO COLET, B.; *Seguro y responsabilidad...* (2008), *op. cit.*, pp.119, 120; HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, p. 140.

(artículos 103 y 106 CE)⁸³¹. Como ha señalado HUERGO LORA⁸³², la resolución que dicta la Administración no es fruto de su exclusiva y subjetiva voluntad, sino que tiene una naturaleza más «objetiva» en el sentido de que está delimitada por los informes, las alegaciones de las partes, tiene que estar motivada... En definitiva, resuelve de forma imparcial y sometida a la Ley. La falta de algunos de los requisitos legales puede determinar incluso la nulidad del acto. Asimismo, el asegurador, si no está de acuerdo, podrá impugnar el acto ante la jurisdicción contencioso-administrativa y será un juez el que determinará si existe obligación de responder. El contenido del acto administrativo no puede quedar determinado, por tanto, por la sola voluntad del asegurador que no tiene potestad para ello.

Del mismo modo, si el procedimiento administrativo termina de forma convencional a través de un acuerdo entre la Administración y el perjudicado no será requisito para ello la conformidad de la aseguradora (art. 86 de la LPAC)⁸³³. En caso de no estar de acuerdo, podrá impugnarlo en sede jurisdiccional⁸³⁴.

4.2 Condición de interesada de la compañía aseguradora en el procedimiento administrativo. Las Comisiones de Seguimiento previstas en las pólizas de seguro.

Existe práctica unanimidad⁸³⁵ en que las compañías aseguradoras de la Administración podrán intervenir en el procedimiento administrativo⁸³⁶ como

⁸³¹ Según BUSTO LAGO citando a otros autores, «no puede imponer al asegurado un comportamiento ilícito, contrario a la buena fe», de modo que la Administración lícitamente puede reconocer su responsabilidad, si de acuerdo con la normativa sustantiva reguladora de la misma así lo considera» BUSTO LAGO, J. M.; «El seguro...», *op. cit.*; GAMERO CASADO, E.; «Los contratos...», *op. cit.*, p. 373.

⁸³² HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, pp. 71, 140 a 146.

⁸³³ Como ha señalado HUERGO LORA, «ese acuerdo está rodeado de las mismas garantías que un acto unilateral y no supone otra cosa que la adhesión voluntaria del particular a la resolución del procedimiento». *Ibid.*, pp. 146 y 147.

⁸³⁴ DE LA HORRA VERGARA, N.; entiende que no es necesaria la conformidad de la aseguradora para la validez del convenio pero que las consecuencias en uno y otro caso son diferentes. Así, si la aseguradora se muestra conforme «queda zanjada la cuestión, no pudiendo después disentir de la resolución que, aceptando la propuesta de convenio, ponga fin a la vía administrativa;», mientras que si no se muestra conforme podrá impugnar la resolución en el correspondiente proceso contencioso-administrativo. DE LA HORRA VERGARA, N.; «La responsabilidad patrimonial de las administraciones sanitarias y su aseguramiento» en la obra colectiva *La protección jurídica del paciente como consumidor* dirigida por TOMILLO URBINA, J. y CAYÓN DE LAS CUEVAS, J., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 300 y 301; BUSTO LAGO, J. M.; «Ejercicio de...», *op. cit.* y «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 2059; HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, pp. 146 y 147.

⁸³⁵ GUERRERO ZAPLANA, J.; *Guía práctica...*, *op. cit.*, p. 204; BUSTO LAGO, J. M.; «El seguro...», *op. cit.*; DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F.; *op. cit.*, p. 150; MONTORO CHINER, M. J. y HILL PRADOS, M. C.; *op. cit.*, p.9; COBO OLVERA, T. Y COBO PERALTA, T. A.; *op. cit.*, pp. 41 y 42; HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2003), *op. cit.*, pp. 13 y 14; GONZÁLEZ PÉREZ, J. y

interesadas de conformidad con el art. 4.1.b) y c) y 8 de la LPAC en tanto que la posible resolución administrativa que se dicte les puede afectar como garantes del pago de la indemnización (art. 73 de la LCS⁸³⁷):

A) Si es desestimatoria, no tendrá que pagar la indemnización.

B) Si es estimatoria, la indemnización que se fije o parte de ella deberá ser abonada por la compañía aseguradora en los términos de la póliza suscrita, bien consignando o pagando directamente al tercero (si no quiere correr el riesgo de que se le impongan los intereses de demora del art. 20 de la LCS) o en vía de regreso si la Administración hubiera satisfecho el montante indemnizatorio⁸³⁸.

Por contraposición, la aseguradora no tendrá la condición de interesada si el siniestro no se encuentra dentro del ámbito de cobertura del seguro puesto que la resolución administrativa no le concernirá. Por ejemplo, si es un riesgo no cubierto o se ha pactado una franquicia y la cuantía indemnizatoria reclamada no supera la franquicia⁸³⁹.

GONZÁLEZ NAVARRO, F.; *Comentarios a...*, *op. cit.*, p. 2313; GONZÁLEZ PÉREZ, J.; *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones...*, *op. cit.*, p. 559; AA.VV.; *Responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, p. 22; AA.VV.; *Novedades en...*, *op. cit.*, p. 453; GAMERO CASADO, E.; «Los seguros...», *op. cit.*; GAMERO CASADO, E. Y FERNÁNDEZ RAMOS, S.; *op. cit.*, p. 735; HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, pp. 146 a 155; GRIJALBA LÓPEZ, J. C.; *op. cit.*, p. 160; NARBÓN LAINEZ, E.; *op. cit.*, pp. 39 y 50; RIVERA FRADE, M. D.; «Responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 371 y 372. En contra, DEL RÍO MUÑOZ cuya ponencia resume GRANADO HIJELMO: «en cuanto a la intervención de la Aseguradora en el procedimiento administrativo, no debe ser admitida en concepto de interesada ya que es anómalo que en un procedimiento bilateral entre la Administración dañante y el particular dañado, éste vea discutida su pretensión en vía incluso eventualmente contencioso-administrativa por un tercero que deriva su interés de un contrato privado voluntariamente suscrito por la Administración. Tampoco debe ser aceptada como titular de un derecho posiblemente afectado ya que sus eventuales derechos sólo nacen una vez reconocida la responsabilidad por la Administración por lo que el ponente estima como más acertado entender que la Aseguradora es ajena al procedimiento y tramitar éste sin intervención alguna de la misma que deberá limitarse a indemnizar si la resolución administrativa reconoce la responsabilidad de la Administración, sin perjuicio de discutir ante la jurisdicción civil lo que proceda con Administración sobre el cumplimiento del contrato de seguro.» GRANADO HIJELMO, I.; «Crónica a la ponencia formulada por DEL RÍO MUÑOZ, F.; «El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, en especial en el ámbito sanitario» en las *IV Jornadas de la Función Consultiva. Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Logroño, 2002. En https://www.crioja.es/fileadmin/consejo/Publicaciones/Cr_nica_IV_Jornadas.pdf [Consultado el día 23 de febrero de 2019], p. 9.

⁸³⁶ *Vid.* esquema sobre la posible intervención del asegurador en el procedimiento administrativo en GRIJALBA LÓPEZ, J. C.; *op. cit.*, p. 159.

⁸³⁷ Las aseguradoras en virtud del contrato de seguro se obligan a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero.

⁸³⁸ Según HUERGO LORA, la resolución administrativa no puede condenar a la aseguradora al pago de la indemnización puesto que estaría resolviendo sobre la ejecución del contrato privado de seguro, cuestión que no le compete. HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, pp. 154 y 155.

⁸³⁹ COBO OLVERA, T. Y COBO PERALTA, T. A.; *op. cit.*, pp. 42 y 43; GAMERO CASADO, E.; «Los seguros...», *op. cit.*

Podríamos considerar mayoritaria la doctrina⁸⁴⁰ que considera al asegurador como interesado necesario⁸⁴¹ a los que se debe llamar al procedimiento de responsabilidad patrimonial. Especialmente se defiende por aquellos que rechazan el ejercicio de la acción directa en el orden civil sin haber sido tramitado previamente el procedimiento administrativo (*Vid. Infra*, Capítulo VII, 6.4.2). Por su parte, la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña ha sentado que dado que la aseguradora tiene la condición de interesada en el procedimiento, habrá de dársele traslado de la reclamación administrativa así como trámite de audiencia y prueba⁸⁴². En la memoria del año 2011⁸⁴³ denunció precisamente que en las reclamaciones por defectuosa asistencia sanitaria prestada por la Administración, se observaba la falta del trámite de audiencia a la aseguradora. Como cualquier otro interesado la aseguradora tiene la posibilidad de formular alegaciones, proponer pruebas, trámite de audiencia así como que se le notifique la resolución, entre otras⁸⁴⁴. Por la doctrina se propone que en la legislación se incluyan expresamente como interesadas en el procedimiento administrativo a las compañías aseguradoras, salvo que la cuantía no exceda de la franquicia, más aún desde

⁸⁴⁰ Según BUSTO LAGO, «en todos los casos en los que haya solidaridad entre los posibles responsables de los daños, todos ellos han de ser considerados interesados principales en el procedimiento administrativo de exigencia de responsabilidad, con independencia de que se trate o no del supuesto de solidaridad entre varias Administraciones Públicas⁸⁴⁰». Lo asimila a la obligación de notificar a los contratistas de la Administración. BUSTO LAGO, J. M.; «El seguro...», *op. cit.*; MONTORO CHINER, M. J. y HILL PRADOS, M. C.; *op. cit.*, p. 9; COBO OLVERA, T. Y COBO PERALTA, T. A.; *op. cit.*, p. 40; GAMERO CASADO, E. Y FERNÁNDEZ RAMOS, S.; *op. cit.*, p. 749; GRIJALBA LÓPEZ, J. C.; *op. cit.*, pp. 160 y 165; GONZÁLEZ PÉREZ, J.; *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones...*, *op. cit.*, p. 559.

Para HUERGO LORA, el caso del asegurador se enmarcaría en una categoría más amplia y podría tener cabida tanto en la letra b) como c) del art. 4 de la LPAC, aunque parece inclinarse más porque el asegurador es titular de intereses legítimos. *Vid.* HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, pp. 147 a 151. En este último sentido, DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F.; *op. cit.*, p. 150.

⁸⁴¹ La jurisprudencia (STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 2 de marzo de 2012 (RJ 2012/4760)), considera como interesados necesarios a los titulares de derechos subjetivos que van a tener siempre tal condición, hayan iniciado o no el procedimiento, y aunque no se hayan personado en el mismo (art. 4.1.a) y b) de la LPAC). La Administración debe identificarlos y notificarles la existencia del procedimiento administrativo. Por su parte, son interesados eventuales o interesados sin más, los titulares de intereses legítimos (art. 4.1.c) de la LPAC), cuando se personen en el procedimiento antes de recaiga resolución definitiva salvo que sea un procedimiento que no haya tenido publicidad (art. 8 de la LPAC). SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, pp. 492 y 493; GAMERO CASADO, E. Y FERNÁNDEZ RAMOS, S.; *op. cit.*, p. 454

⁸⁴²Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora nº 7/2019, 10 de enero y los que en él se citan.

⁸⁴³ Memoria y análisis de doctrina del año 2011, Generalidad de Cataluña, 2012. Se puede consultar en: http://cja.gencat.cat/web/.content/continguts/ambits_actuacio/Publicacions/memoria_activitats/Fitxers_PDF_sense_dictamens/Memoria-2011-CA.pdf [Consultado el día 4 de febrero de 2020], pp. 190 y 191.

⁸⁴⁴GRIJALBA LÓPEZ, J. C.; *op. cit.*, p. 160.

la reforma del año 2003 en que pueden ser demandas en el contencioso-administrativo⁸⁴⁵.

La obligación de comunicar a la aseguradora la incoación de la reclamación administrativa vendría justificada también por la obligación del tomador del seguro o el asegurado «*de comunicar al asegurador el acaecimiento del siniestro dentro del plazo máximo de siete días de haberlo conocido, salvo que se haya fijado en la póliza un plazo más amplio*». Su incumplimiento determina el derecho a reclamar daños y perjuicios salvo que hubiera podido conocerlo por otro medio (art. 16 de la LCS). Y, particularmente, porque en las pólizas de seguros de responsabilidad civil/patrimonial suscritas por los servicios autonómicos de salud se suele incluir una cláusula en virtud de la cual estos tienen la obligación de informar a la aseguradora de cualquier reclamación que se plantee frente al asegurado, sea a través de un procedimiento administrativo, judicial o extrajudicial⁸⁴⁶. Sin embargo, en la práctica se pone de manifiesto como en algunos casos se mantiene a la aseguradora al margen del procedimiento administrativo.

Por lo demás, en el ámbito sanitario, las pólizas de seguros suscritas por los servicios autonómicos de salud, para dar participación a las entidades aseguradoras y fomentar la resolución extrajudicial de los conflictos, suelen incluir un procedimiento de gestión interna de las reclamaciones en el que interviene la aseguradora, con independencia de los procedimientos administrativos y judiciales regulados en la legislación actual. Para valorar las reclamaciones se crean las denominadas Comisiones de Seguimiento⁸⁴⁷ o Comisión Mixta Administración-Seguro⁸⁴⁸ (en adelante Comisión

⁸⁴⁵ GAMERO CASADO, E.; «Los contratos...», *op. cit.*, pp. 372 y 377 y *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, pp. 171 y 172. En el mismo sentido, BUSTO LAGO, J. M.; «El seguro...», *op. cit.* y «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 2039; NARBÓN LAINEZ, E.; *op. cit.*, p. 50.

⁸⁴⁶Ejemplos, cláusula 5.2 del Pliego seguro Servicio de Salud del Principado de Asturias; cláusula 5.2.a) del Pliego seguro Servicio Murciano de Salud o art. 7 del Pliego seguro Servicio Andaluz de Salud o cláusula 7.b) del apartado común a las Secciones I y II del Pliego seguro Servicio Madrileño de Salud.

⁸⁴⁷ Así se prevé en la cláusula 5.2 del Pliego seguro Servicio Murciano de Salud en el que tras formularse la reclamación, la Administración tiene que informar a la Compañía aseguradora y una vez se hayan emitido los informes por los profesionales intervinientes y/o la Dirección del Centro Sanitario se da traslado al asegurador para que pueda emitir un informe sobre su adecuación a la praxis, existencia de nexo causal, delimitación del daño y posible cuantía de la indemnización que traslada a la Administración aseguradora. Documentada la reclamación por todas las partes, si no están de acuerdo o cuando lo considere oportuno el asegurador y/o asegurado se somete a una Comisión de Seguimiento donde se debaten las cuestiones técnicas. Esta Comisión está formada por representantes de la Administración, de la aseguradora y de la Correduría de Seguros (en este último caso, con voz pero sin voto). Se reúnen cada dos meses y las decisiones se adoptan por mayoría simple.

Si se decide negociar con el reclamante, las gestiones son llevadas a cabo por el asegurador, aunque se supere la suma asegurada o no se alcance la cuantía de la franquicia. Si se decide transar teniendo en contra el voto de la Aseguradora, la transacción no podrá exceder del 20% de la prima neta anual.

Mixta) que intervienen en la tramitación del expediente administrativo en la fase de instrucción⁸⁴⁹. Estas Comisiones están formadas por representantes de la Administración, de la aseguradora y de la Correduría, en su caso, con voz pero sin voto. Se suelen reunir con carácter mensual o bimensual. Su función se circunscribe a la realización de un análisis de las cuestiones técnicas de la reclamación (desde un punto de vista administrativo, jurídico, técnico-asegurador y médico-legal) así como a la elaboración de propuestas (que no resolución) sobre la aprobación o denegación de indemnizaciones, cuantía, terminación convencional o resolución mediante acuerdos extrajudiciales. Por eso, se le conoce como «tramitación colegiada o conjunta del siniestro⁸⁵⁰». Es un mecanismo útil de coordinación entre Administración y aseguradora para la tramitación de siniestros. A pesar de que adoptan decisiones, entendemos junto con HUERGO LORA, que no se trata de acuerdos o informes vinculantes ya que la resolución del procedimiento administrativo no puede quedar en manos del asegurador o de entidades que no forman parte de la Administración⁸⁵¹.

Uno de los acuerdos que puede alcanzar la Comisión es el de la negociación con el particular de la que, según prevén algunas de las pólizas⁸⁵², se encarga la aseguradora.

De forma similar se recoge en la cláusula 5.2 del Pliego seguro Servicio de Salud del Principado de Asturias y art. 7 del Pliego de seguro Servicio Andaluz de Salud.

⁸⁴⁸ En el SERMAS se crea la Comisión Mixta Administración-Seguro (en adelante Comisión Mixta) (cláusula 9 del apartado común a las Secciones I y II del Pliego de seguro del Servicio Madrileño de Salud) integrada por miembros del SERMAS y de la Compañía aseguradora.

Aunque con sometimiento pleno a lo previsto en la LPAC y la LRJSP así como con respeto a los órganos competentes para instruir y resolver, las reclamaciones que por su especial complejidad técnica o clínica se determinen, serán conocidas por la Comisión Mixta que tiene la función dentro de la fase de instrucción de: analizar y hacer un seguimiento de las reclamaciones que se estén tramitando y que estén cubiertas por el seguro, así como «*la adopción de las propuestas pertinentes en cada caso, tras su estudio administrativo, jurídico, técnico-asegurador y médico-legal*». Se reúne al menos una vez al mes y para adoptar las propuestas se requiere el voto favorable de la mayoría.

⁸⁴⁹ Algunos autores defienden que se eleve a rango normativo la creación de estas Comisiones puesto que posibilitan una tramitación conjunta de los siniestros teniendo en cuenta los intereses de todas las partes. Toman en consideración la relación tripartita entre perjudicado, Administración y asegurador. Hasta ahora la cobertura jurídica es insuficiente porque se sostiene en los pliegos contractuales. ARQUILLO COLET, B.; *Seguro y responsabilidad...* (2008), *op. cit.*, pp. 129 a 131, 232, 233 y 262; MIR PUIGPELAT, O.; «La jurisdicción competente ...», *op. cit.*, pp. 24 a 27; GRIJALBA LÓPEZ, J. C.; *op. cit.*, pp. 160 y 165.

⁸⁵⁰*Ibid.*, p. 160.

⁸⁵¹ De hecho, la póliza del SERMAS señala expresamente que la competencia para la resolución del procedimiento «*corresponde en cualquier y todo caso a quien tiene atribuida esta competencia conforme a las normas de procedimiento administrativo aplicables*» (cláusula 9 del apartado común a las Secciones I y II del Pliego de seguro del Servicio Madrileño de Salud).

HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, pp. 141 y 144. En contra parece mostrarse, ARQUILLO COLET, B.; *Seguro y responsabilidad...* (2008), *op. cit.*, pp. 130, 131, 232 y 233 y «Seguro y responsabilidad...» (2004), *op. cit.*, p. 15.

⁸⁵²Cláusula 5.2.j) del Pliego seguro Servicio Murciano de Salud o cláusula 5.2 de la Póliza seguro Servicio de Salud del Principado de Asturias.

4.3 Proceso contencioso-administrativo. Emplazamiento de la aseguradora en el contencioso-administrativo.

Ejercitada la acción de reparación únicamente frente a la Administración asegurada causante del daño, la aseguradora se podrá personar en el proceso contencioso-administrativo en calidad de codemandada (aunque la demanda no se haya dirigido frente a ella), bien por petición propia o tras haber sido emplazada por la Administración en calidad de interesada según lo previsto en el art. 49 de la LJCA⁸⁵³, ya que de conformidad con el art. 21.1.c) de la LJCA ostenta legitimación pasiva⁸⁵⁴. También porque sus intereses legítimos como hemos visto pueden verse afectados por la sentencia que se dicte (art. 21.1.b) de la LJCA⁸⁵⁵). Sin embargo, no será así en el caso de que el daño no esté cubierto por la póliza por existir, por ejemplo, como es habitual en este tipo de contratos, una franquicia y la reclamación no supere su cuantía, ya que la aseguradora no tendría ningún interés en el proceso⁸⁵⁶.

En el proceso contencioso-administrativo, tras admitir a trámite el recurso, el secretario judicial requiere a la Administración para que remita el expediente administrativo y practique los emplazamientos correspondientes previstos en el art. 49 de la LJCA (art. 48 LJCA). De acuerdo con el art. 49 de la LJCA, la resolución por la que se remita el expediente administrativo se notifica a los que aparezcan como

⁸⁵³ Así lo afirma ARQUILLO COLET: «las compañías aseguradoras siempre podrán comparecer en el procedimiento como codemandada junto con la Administración a la que aseguren, aunque la demanda no se dirija contra ellas». ARQUILLO COLET, B.; *Seguro y responsabilidad...* (2008), *op. cit.*, pp. 106; COBO OLVERA, T. Y COBO PERALTA, T. A.; *op. cit.*, p. 41; HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2003), *op. cit.*, pp. 13 y 14; GRAU GRAU, I.; *La responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, p. 356; ARNAIZ SERRANO, A.; *op. cit.*, p. 91; ROMERO REY, C.; *op. cit.*; BOTO ÁLVAREZ, A.; «Capítulo IV...», *op. cit.*, pp. 319, 320 y 324; BUSTO LAGO, J. M.; «Ejercicio de...», *op. cit.*; GAMERO CASADO, E.; «Los seguros...», *op. cit.*

⁸⁵⁴ Como señala ESPÍN TEMPLADO: las entidades aseguradoras ostentan legitimación pasiva y tienen que ser necesariamente emplazadas junto con las Administraciones a las que aseguran en defensa de su actuación. ESPÍN TEMPLADO, E.; «Artículo 21» en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* coordinada por ESPÍN TEMPLADO, E., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 129; BUSTO LAGO, J. M.; «Ejercicio de...», *op. cit.*; ROMERO REY, C.; *op. cit.*; BOTO ÁLVAREZ, A.; «Capítulo IV...», *op. cit.*, pp. 319, 320 y 324; COBO OLVERA, T. Y COBO PERALTA, T. A.; *op. cit.*, pp. 41 y 42; GAMERO CASADO, E.; «Los seguros...», *op. cit.*; MARCOS MUÑOZ, F. J.; *op. cit.*; GRAU GRAU, I.; *La responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 356 y 357; GARBERÍ LLOBREGAT, J.; «Una mala...», *op. cit.*

⁸⁵⁵ BOTO ÁLVAREZ afirma que dado que las aseguradoras estarían legitimadas al encajar en el supuesto de la letra b) del art. 21.1 de la LJCA no hubiera sido necesaria su inclusión expresa en un apartado diferente. BOTO ÁLVAREZ, A.; «Capítulo IV...», *op. cit.*, p. 323. En el mismo sentido GALÁN CORTÉS, J. C.; *op. cit.*, p. 69.

⁸⁵⁶ COBO OLVERA, T. Y COBO PERALTA, T. A.; *op. cit.*, pp. 42 y 43; GAMERO CASADO, E.; «Los seguros...», *op. cit.*; GRAU GRAU, I.; *La responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 357 a 359; ARNAIZ SERRANO, A.; *op. cit.*, p.91.

interesados en él, emplazándoles para que puedan personarse como demandados en el proceso en el plazo de 9 días. La Administración cuando remita el expediente deberá justificar que ha practicado debidamente los emplazamientos. Como ha señalado, SÁNCHEZ CARMONA: *«este acto tiene un gran trascendencia, puesto que por medio de aquel se da conocimiento a los posibles interesados de la interposición del recurso, teniendo así la posibilidad de personarse y evitando que una eventual sentencia perjudicial para sus intereses se hubiera podido adoptar sin tener la posibilidad de formular alegaciones. Es por esta importancia que la Ley establece las medidas de control acerca del emplazamiento, pudiendo derivarse de su omisión la nulidad de lo actuado»*⁸⁵⁷.» En el mismo sentido se pronuncia ESPÍN TEMPLADO señalando que la falta de emplazamiento de partes codemandadas puede provocar la nulidad del proceso por la indefensión del sujeto no emplazado y retroacción de las actuaciones, afectando con ello al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva⁸⁵⁸.

Así lo ha señalado claramente la jurisprudencia, por todas: STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 3 de julio de 2014 (RJ 2014\3668), fundamento jurídico 5º:

«A) En un proceso contencioso-administrativo el emplazamiento de los interesados es esencial para una correcta formación de la relación jurídico-procesal, de forma que quienes están legitimados pasivamente como parte demandada en el proceso deben ser emplazados directa y personalmente cuando sean conocidos o identificables a partir de los datos que figuren en el escrito de interposición del recurso, en el expediente administrativo o en la demanda, constituyendo la falta de ese obligado emplazamiento personal un quebrantamiento de las formas y garantías esenciales del proceso, además de una vulneración del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24.1 de la Constitución. Así lo hemos declarado en Sentencias de esta Sala y Sección de 8 de abril de 2011 (RJ 2011, 3499) (RC 1705/2007), 23 de noviembre de 2011 (RC 1011/2008), 31 de enero de 2012 (RJ 2012, 3289) (RC 561/2009) y 13 de septiembre de 2013 (RC 3548/2010), entre otras muchas.

⁸⁵⁷SÁNCHEZ CARMONA, M.; «Capítulo III. Procedimiento administrativo y contencioso-administrativo: reglas y especialidades», en la obra colectiva *Manual sobre responsabilidad patrimonial de la Administración Pública* coordinada por PÉREZ PINO, M. D. y SÁNCHEZ CARMONA, M., Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2015, p. 141.

⁸⁵⁸ESPÍN TEMPLADO, E.; *op. cit.*, p. 126. En el mismo sentido, COBO OLVERA, T. Y COBO PERALTA, T. A.; *op. cit.*, p. 41.

Ese deber de emplazamiento procesal fue tempranamente destacado en una doctrina constitucional que se inicia en la STC 9/1981, de 31 de marzo (RTC 1981, 9), y se sigue en las STC 63/1982, de 20 de octubre (RTC 1982, 63), 119/1984, de 7 de diciembre (RTC 1984, 119), 6/1985, de 23 de enero (RTC 1985, 6) y 133/1986, de 29 de octubre (RTC 1986, 133); y ha generado desde entonces una abundante doctrina que el Tribunal Constitucional ha ido matizando y precisando.

En el plano legislativo, el artículo 48.1, en relación con el 49, de la Ley reguladora de esta Jurisdicción también ordena la práctica de los emplazamientos de quienes aparezcan como interesados en el proceso por la Administración que acuerda remitir el expediente al órgano jurisdiccional, obligación que no exime a este último de velar por la adecuada formalización de la relación jurídico-procesal. Por eso, la Ley exige al órgano jurisdiccional, en suma, que compruebe si los emplazamientos se han practicado en debida forma y, en caso contrario, que se ordene a la Administración que se practiquen los necesarios para garantizar la defensa de los interesados que sean identificables (artículos 49.3 y 52.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción).

Como hemos recordado en la ya citada Sentencia de esta Sala de 8 de abril de 2011 (RC 1705/07), la doctrina del Tribunal Constitucional se resume hoy en las STC 79/2009, de 23 de marzo (RTC 2009, 79) (FºJº 2º) y 166/2008, de 15 de diciembre (FJ 2), en las que se declara que se produce la lesión del derecho constitucional a una tutela judicial cuando se dan los tres requisitos siguientes:

a) Que quien no ha sido emplazado sea titular, al tiempo de la iniciación del proceso, de un derecho o de un interés legítimo y propio susceptible de afectación en el proceso contencioso-administrativo en cuestión.

b) Que sea posible identificar a ese interesado por el órgano jurisdiccional, atendiendo especialmente a la información contenida en el escrito de interposición del recurso, en el expediente administrativo o en la demanda.

c) Por último, que ese interesado haya sufrido como consecuencia de la omisión del emplazamiento una situación de indefensión real y efectiva, lo que no acontece cuando el interesado tiene conocimiento extraprocesal del asunto o cuando no se persona en el proceso por su propia falta de diligencia. El conocimiento extraprocesal del litigio ha de verificarse mediante una prueba suficiente, lo que no excluye las reglas del criterio humano que rigen la prueba de presunciones.»

4.4. Demanda conjunta frente a la Administración y la aseguradora.

A partir de la reforma del año 2003 (*Vid. Supra*, Capítulo III, 6), el perjudicado podrá demandar en la jurisdicción contencioso-administrativa conjuntamente a la Administración y su entidad aseguradora dado que el art. 21.1.c) de la LJCA le reconoce legitimación pasiva diciendo «*siempre será parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren*». En cuanto ocupa la posición de verdadero demandado⁸⁵⁹, la aseguradora podrá ser condenada al pago de la indemnización y los intereses de demora del art. 20 de la LCS en el orden contencioso-administrativo⁸⁶⁰, mucho más elevados que los que se pueden imponer a la Administración (*Vid. Infra*, Capítulo VII, 6.5.7). Normalmente ambas son condenadas solidariamente (SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 19 de septiembre de 2006 [RJ 2006\6356]; 23 de diciembre de 2009 [RJ 2010\1339]; 23 de marzo de 2011 [RJ 2011\2512]; 6 noviembre 2012 [RJ 2012\10612]; 25 de mayo de 2016 [RJ 2016\2275], pudiendo ejecutarse la sentencia estimatoria frente a las dos⁸⁶¹ (STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 19 de diciembre de 2018 (RJCA 2018\1871)). Del mismo modo, si se desestima la demanda frente a la Administración por entender que no hay responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria, se absolverá a la aseguradora por cuanto no se da el presupuesto técnico para responder ya que en virtud del art. 73 de la LCS «*se obliga [...] a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato*».

Aunque resulta discutible como posteriormente tendremos ocasión de examinar no se establece un litisconsorcio pasivo necesario, sino voluntario, puesto que el actor cumple debidamente interponiendo el recurso únicamente frente a la Administración dada la solidaridad existente entre ambas⁸⁶². Sin perjuicio de la obligación de la Administración de emplazar a los interesados.

⁸⁵⁹COBO OLVERA, T. Y COBO PERALTA, T. A.; *op. cit.*, p. 40.

⁸⁶⁰Así lo ha afirmado la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 25 de mayo de 2010 [RJ 2010\5221] [Siguiendo a esta sentencia la STSJ del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 11 de noviembre de 2015 [JUR 2016\59880].

⁸⁶¹GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.; *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, 2ª ed., 1983, p. 391 *apud* BUSTO LAGO, J. M.; «El seguro...», *op. cit.* y «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 2034.

⁸⁶²Gran parte de la doctrina y la jurisprudencia afirman que en el proceso contencioso-administrativo, salvo en el de lesividad, no existe propiamente litisconsorcio pasivo necesario. Según BOTO ÁLVAREZ, en el proceso contencioso-administrativo el litisconsorcio nunca será necesario como apuntó la STC de 17 de abril de 1986 en relación con el antiguo art. 29 de la LJCA 1956 que en lo sustancial es el art. 21 de la LJCA actual. Existe obligación de demandar a la Administración responsable pero no a los terceros cuyos

En la actualidad, resulta incuestionable la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa⁸⁶³ cuando se demanda a la aseguradora junto con la Administración. Afirma de forma clara el art. 9.4 de la LOPJ: conocerá el orden contencioso-administrativo «*de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva*», sin que, como añade el art.2.e) de la LJCA, pueda corresponder al orden civil (SSTS (Sala de lo Civil), 30 de mayo de 2007 [RJ 2007\4973]; 28 de diciembre de 2007 [RJ 2008\337] o 15 de octubre de 2013 [RJ 2013\6956]; Auto del TS (Sala de lo Civil), 16 de noviembre de 2016 [RJ 2016\5831]; SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 19 de septiembre de 2006 [RJ 2006\6356]; Autos del TS (Sala de Conflictos de Competencia), 28 de junio de 2004 (JUR 2005\135730); 18 de octubre de 2004 (JUR 2005\231280); 12 de marzo de 2013 [JUR 2013\119710]; 22 de marzo de 2010 [JUR 2010\112006] o 18 de octubre de 2010 [JUR 2010\402880]). Las sentencias más recientes ponen de relieve que no existe ningún debate jurisdiccional en este sentido: STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 25 de mayo de 2016 (RJ 2016\2275) o 24 de abril de 2018 [RJ 2018\2547].

El perjudicado podría preferir instar la demanda frente a la aseguradora y la Administración conjuntamente si quiere obtener una reparación íntegra del daño y evitar los posibles inconvenientes que conlleva el ejercicio de la acción directa de forma

derechos o intereses pueden verse afectados. Será obligación del juzgador o la Administración emplazar a todos los que figuran como interesados en el procedimiento administrativo, siendo estos los que comparecerán como codemandados si les conviene. El actor cumple debidamente dirigiendo la demanda frente a la Administración. En apoyo de sus argumentos cita las siguientes sentencias: «*STS de 27 de enero de 2012 (recurso de casación número 3754/2010)*»; *STSJ de Madrid de 24 de noviembre de 2006 (recurso contencioso-administrativo número 193/2003)*, fº jº 2º y *la jurisprudencia del Tribunal Supremo de 1988, 1991 y 2003 allí citada*; *STSJ de Galicia de 3 de marzo de 2009 (recurso contencioso-administrativo número 1928/2001)* y *18 de junio de 2009 (recurso de apelación número 4155/2008)*.» BOTO ÁLVAREZ, A.; «Capítulo IV...», *op. cit.*, pp. 319, 320 y 324; En el mismo sentido, MARCOS MUÑOZ, F. J.; *op. cit.*; COBO OLVERA, T. Y COBO PERALTA, T. A.; *op. cit.*, p. 41.

⁸⁶³BOTO ÁLVAREZ, A.; «Capítulo IV...», *op. cit.*, p. 323.; GALÁN CORTÉS, J. C.; *op. cit.*, pp. 66 y 69; ROMERO REY, C.; *op. cit.*; GUERRERO ZAPLANA, J.; *Las reclamaciones...*, *op. cit.*, pp. 291 y 292 y *Guía práctica...*, *op. cit.*, p. 194; GAMERO CASADO, E.; «Los seguros...», *op. cit.*; ROMERO DUPLÁ, C.; *op. cit.*, pp. 435 y 436; HERNÁNDEZ DEL CASTILLO, A.; HERNÁNDEZ DEL CASTILLO, A.; «Capítulo II. Exigencia Judicial de la Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. I. Jurisdicción civil y contencioso-administrativa. Concurrencia de jurisdicciones. 4. Problemas en el caso de concurrencia de la Administración con los particulares en la producción del daño; jurisprudencia sobre la materia», en la obra colectiva *Manual de Responsabilidad Pública* dirigida por la Dirección del Servicio Jurídico de la Abogacía General del Estado, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2ª ed., 2015, pp. 607 y 608.; ARQUILLO COLET, B.; *Seguro y responsabilidad...* (2008), *op. cit.*, pp. 105 a 107; NARBÓN LAINEZ, E.; *op. cit.*, p. 35; GARBERÍ LLOBREGAT, J.; «Una mala...», *op. cit.*

autónoma, así como, en su caso, lograr una ejecutabilidad más expedita, lo que podría conseguirse en relación con una entidad aseguradora, que no contra una Administración Pública, cuyos bienes no son fáciles de trabar y que para el pago de indemnizaciones se sujeta a obligaciones de consignación presupuestaria y de tramitación pesada para el libramiento de fondos.

4.5 Personación de la aseguradora no demandada en el proceso contencioso-administrativo.

La aseguradora, no demandada, que se persona en el proceso contencioso-administrativo no podrá ser condenada⁸⁶⁴. Como ha puesto de manifiesto la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 25 de mayo de 2010 [RJ 2010\5221] (Siguiendo a esta sentencia la STSJ del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 11 de noviembre de 2015 [JUR 2016\59880]), no cabrá condenar a la aseguradora de la Administración cuando la demanda se dirige únicamente contra la Administración sanitaria y no frente a la aseguradora, con independencia de que ésta se haya personado en el proceso contencioso-administrativo como codemandada. Lo contrario supondría una incongruencia por exceso puesto que de acuerdo con el art. 33.1 de la LJCA: «*Los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición*», sin que quepa argumentar que la responsabilidad directa del asegurador nazca por ministerio de la ley puesto que aunque es cierto que el art. 76 de la LCS regula la acción directa para reclamar la indemnización al asegurador, no es lo mismo que obtener ésta por ministerio de la ley. Cuestión distinta es que como suele suceder en la práctica, la aseguradora consigne o realice el pago con objeto de que no se le impongan los intereses de demora del art. 20 de la LCS.

Aunque con muchas salvedades, se asimila a la figura del antiguo coadyuvante⁸⁶⁵ en el sentido en que su posición se limitará a defender la actuación administrativa impugnada, esto es, defender la postura de la Administración, normalmente que no se condene a la Administración o que la indemnización sea la menor posible, pero puede ser con una estrategia o fundamentación distinta a la utilizada por la Administración⁸⁶⁶.

⁸⁶⁴ GRAU GRAU, I.; *La responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, p. 356.

⁸⁶⁵ Vid. GARBERÍ LLOBREGAT, J.; «Acciones de...», *op. cit.*, pp. 117 a 120.

⁸⁶⁶ COBO OLVERA, T. Y COBO PERALTA, T. A.; *op. cit.*, p. 41; HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, pp. 153 a 155.

Además, podrá contestar a la demanda, aportar otras pruebas al margen de las propuestas por la Administración, presentar conclusiones, recurrir la sentencia⁸⁶⁷... Su comparecencia puede dar lugar a situaciones peculiares: por ejemplo, en el caso de que se produjera el allanamiento de la Administración demandada⁸⁶⁸.

4.6 Legitimación activa.

En otro orden de cosas, si la aseguradora mantiene una postura contraria a la sostenida por la Administración, por ejemplo, disiente de una estimación administrativa de responsabilidad o no está conforme con la cuantía indemnizatoria decidida por la Administración, tendría que impugnar el acto administrativo debiendo interponer el correspondiente recurso contencioso-administrativo. Se le reconoce legitimación activa para recurrir la resolución administrativa al ostentar un interés legítimo (art. 19.1 de la LJCA)⁸⁶⁹. De ahí que, aunque sea lo habitual, el papel de la aseguradora en el proceso contencioso-administrativo no se tiene por qué limitar únicamente al de codemandado. Así ha tenido ocasión de señalarlo la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 13 de enero de 2012 (RJ 2012/272)⁸⁷⁰.

⁸⁶⁷GRAU GRAU, I.; *La responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 356 y 357; GAMERO CASADO, E.; «Los seguros...», *op. cit.*

⁸⁶⁸BOTO ÁLVAREZ, A.; «Capítulo IV...», *op. cit.*, p. 324.

⁸⁶⁹*Ibid.*, p. 323; GUERRERO ZAPLANA, J.; *Guía práctica...*, *op. cit.*, p. 204; BUSTO LAGO, J. M.; «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 2059; GAMERO CASADO, E.; «Los seguros...», *op. cit.*; GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.; *Comentarios a...*, *op. cit.*, p. 2313; HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, p. 152; NARBÓN LAINEZ, E.; *op. cit.*, pp. 51 y 61.

⁸⁷⁰ Siguiendo los argumentos del TSJ subraya en el fundamento jurídico 3º: «[...] «Previamente a entrar a conocer del fondo del asunto se observa que las codemandadas FIATC, MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS y MUTUALITAT DE NOSTRA SENYORA DEL CARME, MUTUALITAT DE PREVISIÓ SOCIAL A PRIMA FIXA, curiosamente solicitan en el suplico de su contestación a la demanda que se anule la resolución impugnada y se deje sin efecto la concesión de la marca en conflicto. Sin embargo están asumiendo una posición procesal inadecuada en cuanto que el Artículo 21 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa (RCL 1998, 1741) dispone:

1. Se considera parte demandada:

a) Las Administraciones públicas o cualquiera de los órganos mencionados en el art. 1.3 contra cuya actividad se dirija el recurso.

b) Las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante.

El artículo 21.1.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa cuando se refiere a que los derechos del codemandado puedan quedar afectados, lo hace en el sentido de que se consideran perjudicados.

Por tanto la posición del codemandado, es la de quien sólo puede comparecer para defender la postura mantenida por la Administración, y no para solicitar la anulación o modificación del acto impugnado, pues ello sólo lo podría reclamar mediante la interposición del oportuno recurso contencioso-administrativo.

Resulta evidente que no puede ser "demandado" por otro quien pide y quiere lo mismo que el que demanda, pues entonces no se dan las posturas opuestas que caracterizan a las dos partes de demandante y demandado; aparte de que deriva claramente del artículo 21.1.b) de la Ley de la

5. Acción directa frente a la aseguradora.

5.1 Introducción.

Si la responsabilidad civil está cubierta por un seguro, el art. 76 de la LCS recoge la posibilidad de que el perjudicado o sus herederos puedan ejercitar una acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar «*sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste (...)*». La naturaleza privada del contrato de seguro de responsabilidad civil/patrimonial celebrado por la Administración lo somete a la disciplina propia de este contrato entre las que está, con carácter imperativo, la acción directa frente al asegurador prevista en el art. 76 de la LCS.

La primera pregunta que debemos hacernos es si es admisible el ejercicio de la acción directa únicamente frente al asegurador dadas las dificultades de encaje que plantea con el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración. Una respuesta afirmativa puede suponer que se sortee el procedimiento administrativo previo para exigir responsabilidad a la Administración, lo que lleva a algunos autores a proponer su supresión en este ámbito, *Vid. Supra*, Capítulo VI, 2. Además, puede arrastrar la competencia al orden civil lo que supondría desnaturalizar el principio de unidad jurisdiccional y retornar al peregrinaje jurisdiccional que se ha tratado de evitar con las sucesivas reformas. En este sentido, la doctrina se muestra discrepante mientras que en sede judicial, el TS la admite sin ambages, poniendo fin a las discrepancias que otrora existían entre las Audiencias Provinciales. Ahora bien, tras la aprobación del nuevo art. 35 de la LRJSP es posible que se pueda cambiar de parecer.

Antes de pasar a analizar los argumentos en pro y en contra de cada una de las posturas, hemos de advertir que no hay una solución plenamente satisfactoria. Todas plantean inconvenientes prácticos, aunque son más abundantes en los casos en los que

Jurisdicción Contencioso-administrativa que se refiere a que los derechos del codemandado puedan quedar afectados (en el sentido de "perjudicados") por la estimación del recurso contencioso-administrativo.» SÁNCHEZ CARMONA, M.; op. cit., p. 142.

se admite el ejercicio de la acción directa de forma independiente sorteando la vía administrativa y contencioso-administrativa.

5.2 Naturaleza, finalidad y caracteres de la acción directa.

Para poder comprender las conclusiones alcanzadas sobre la conveniencia de ejercitar la acción directa frente a la compañía aseguradora de la Administración sanitaria, debemos dejar reflejo de la finalidad y los principales caracteres de esta acción, señalados comúnmente por doctrina y jurisprudencia. Para ello vamos a seguir a SÁNCHEZ CALERO⁸⁷¹ y la jurisprudencia del TS, que aparece bien resumida en la STS (Sala de lo Civil), 5 de junio de 2019 [RJ 2019\2213], dictada en Pleno (seguida, entre otras, por las SSTS (Sala de lo Civil), 18 de julio de 2019 [RJ 2019\2990] y 5 de noviembre de 2019 [RJ 2019\4233]), fundamento jurídico 3º:

a) La acción directa es un derecho propio del tercero perjudicado [sustantivo y procesal] frente al asegurador⁸⁷². No se trata simplemente de una pretensión procesal sino de un verdadero derecho subjetivo material a exigir al asegurador directamente el cumplimiento de la obligación de indemnizar nacida a cargo del asegurado siempre que se trate de un riesgo cubierto por la póliza⁸⁷³. Se trata de un derecho autónomo e independiente del que el perjudicado pueda tener frente al asegurado. Independencia procesal también, puesto que la acción se puede dirigir únicamente frente a la aseguradora sin tener que demandar ni antes ni conjuntamente al asegurado⁸⁷⁴. Así lo pone de manifiesto la STS en el fundamento jurídico 3º apartado 3:

«Se ha afirmado que la acción directa es una acción autónoma que nada tiene que ver con la acción subrogatoria, pues el perjudicado no se subroga en los derechos del

⁸⁷¹SÁNCHEZ CALERO, F.; «Artículo 76»..., *op. cit.*, en la obra colectiva *Ley de contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 4ª Ed., 2010, pp. 1722 a 1799. *Vid.* también, ELGUERO MERINO, J.; «Artículo 76» en la obra colectiva *Ley de contrato de seguro. Jurisprudencia comentada* coordinada por BADILLO ARIAS, J. A., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 3ª ed., 2017, pp. 1314 a 1367.

⁸⁷²MONTORO CHINER, M. J. y HILL PRADOS, M. C.; *op. cit.*, p. 85; BUSTO LAGO, J. M.; «El seguro...», *op. cit.*

⁸⁷³ «La acción directa no supone sino el ejercicio procesal de un derecho propio». SÁNCHEZ CALERO, F.; «Artículo 76»..., *op. cit.*, p.1735 citando al profesor OLIVENCIA RUIZ.

⁸⁷⁴GARNICA MARTÍN, J. F.; «La acción ...», *op. cit.*, p. 1523; GAMERO CASADO, E.; «Los contratos...», *op. cit.*, p. 371.

*asegurado, sino que su derecho nace de un modo indirecto y por disposición legal de un contrato de seguro al que en principio es ajeno*⁸⁷⁵.

[...] Al día de hoy es doctrina pacífica que la acción directa no es subsidiaria de la acción contra el responsable sino que goza de autonomía procesal y que para ejercitarla no es preciso que se sustancie previamente la reclamación en vía administrativa, pues precisamente una de las ventajas de dicha acción, que a su vez constituye su fundamento, es evitar esa reclamación previa y la sumisión a la autotutela decisoria y las dilaciones que tal actuación previa conlleva [esta es una de las cuestiones más debatidas]

Ahora bien, la parte recurrente sí pone el acento en que la premisa de la responsabilidad del asegurado es un presupuesto técnico de la acción directa, pues la aseguradora no responde por el hecho de otro (artículo 1903 CC) sino por la responsabilidad de otro.

Según afirma la doctrina, la acción directa no hace a la aseguradora responsable sino garante de la obligación de indemnizar.

De ahí que, a la hora de analizar el alcance de su autonomía, distinga entre su autonomía procesal, pues no hay que reclamar ni antes ni conjuntamente al asegurado, y su carácter accesorio, en el sentido de que no prosperará si no se acredita la responsabilidad del asegurado.»

d) Se trata de un derecho de origen legal⁸⁷⁶ que está delimitado por el contrato de seguro⁸⁷⁷. Tiene como presupuesto: que surja una obligación de indemnizar a cargo del asegurado, por ser responsable (art. 73 de la LCS), y que ese riesgo esté dentro de los límites de cobertura de la póliza suscrita (riesgos, suma asegurada, delimitación

⁸⁷⁵ «Con anterioridad a la promulgación de la LCS, el tercero tenía una acción indirecta o subrogatoria frente al causante. La jurisprudencia anterior a la LCS acuñó el concepto de acción directa y la concesión amplia de este derecho al tercero, quien se subrogaba en la posición del asegurado para ejercer los derechos que le correspondían a éste como consecuencia del contrato de seguro frente al asegurador. Como contrapartida el asegurador podía oponer al tercero subrogado no sólo las excepciones que tuviera frente al tercero, sino también las que tuviera frente a su asegurado. La acción directa se incorpora a la LCS por vía jurisprudencial y por la insuficiencia de las alternativas de protección de la víctima existente entonces en el ordenamiento jurídico, motivo por el cual la acción directa es ahora un derecho personal, autónomo y privilegiado.» ELGUERO MERINO, J.; *op. cit.*, p. 1315.

⁸⁷⁶ MONTORO CHINER, M. J. y HILL PRADOS, M. C.; *op. cit.*, p. 85.

⁸⁷⁷ El asegurador responde dentro de los límites establecidos en la Ley y el contrato (artículo 73 de la LCS).

temporal y espacial)⁸⁷⁸. Por consiguiente, la acción directa viene modulada por los términos de la póliza y los establecidos en la Ley, ya que el asegurador, según el art. 73 de la LCS, responde «*dentro de los términos de la Ley y el contrato.*»

El asegurador, que no es responsable sino garante de la obligación de indemnizar, cubre la obligación de resarcimiento nacida a cargo del asegurado por lo que, vía acción directa, no se le podrá reclamar más allá de la obligación propia del asegurado⁸⁷⁹. Del mismo modo, si no hay obligación de indemnizar del asegurado, tampoco la habrá de la aseguradora⁸⁸⁰.

c) Su fundamento es el de otorgar una mayor protección a los perjudicados puesto que le permitirá obtener una reparación más rápida dirigiéndose frente a un sujeto solvente y acostumbrado a la liquidación de siniestros⁸⁸¹, en lugar de tener que recurrir a la vía indirecta de reclamar al causante del daño y éste posteriormente al asegurador⁸⁸² generando una litigiosidad innecesaria (STS (Sala de lo Civil), 4 de marzo de 2015 [RJ 2015/714])⁸⁸³. Asimismo, se evita que el pago de la indemnización resultara infructuoso por la insolvencia del asegurado⁸⁸⁴. De aquí que se afirme que la acción directa es una garantía fundamental del contrato de seguro de responsabilidad civil⁸⁸⁵, emparentado con el derecho a la tutela judicial efectiva con el que se pretende proteger a los perjudicados⁸⁸⁶.

b) El derecho del tercero a exigir el pago de la indemnización al asegurador goza de autonomía y es diferente al derecho que tiene a reclamar el pago de la indemnización al asegurado, que causa el daño. Son dos derechos diferentes que concuerdan con dos obligaciones: «*la del asegurado-causante del daño (que nace del hecho ilícito en el*

⁸⁷⁸ Como apunta SÁNCHEZ CALERO, el hecho de que para el ejercicio de la acción directa sea presupuesto necesario la existencia del contrato de seguro, no significa que el derecho del perjudicado surja del contrato. El derecho nace del hecho ilícito porque lo señala la Ley aunque se encuentre delimitado por el contrato de seguro cuyo contenido sea oponible a los terceros. SÁNCHEZ CALERO, F.; «Artículo 76»..., *op. cit.*, p. 1742.

⁸⁷⁹ *Ibid.*, p. 1605.

⁸⁸⁰ *Ibid.*, p. 1766; BUSTO LAGO, J. M.; «Ejercicio de...», *op. cit.*

⁸⁸¹ MIR PUIGPELAT, O.; «La jurisdicción competente...», *op. cit.*, p. 15; BUSTO LAGO, J. M.; «El seguro...», *op. cit.* y «La responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 2034 y 2060; Añade XIOL RÍOS que de esta forma el tercero perjudicado no soporta el riesgo del impago de la indemnización por la posible insolvencia del causante del daño. XIOL RÍOS, J. A.; *op. cit.*

⁸⁸² GÓMEZ LIGÜERRE, C.; «Paso a nivel», *op. cit.*, pp. 8 y 9.

⁸⁸³ ARQUILLO COLET, B.; *Seguro y responsabilidad...* (2008), *op. cit.*, pp. 131 y 132; SÁNCHEZ CALERO, F.; «Artículo 76»..., *op. cit.*, p. 1723.

⁸⁸⁴ *Ibid.*, pp. 1723 y 1724.

⁸⁸⁵ SÁNCHEZ CALERO, F.; «Artículo 20», «Artículo 74» y «Artículo 76»..., *op. cit.*, pp. 1722 a 1748; ELGUERO MERINO, J.; *op. cit.*, pp. 1314 a 1329; GAMERO CASADO, E. Y FERNÁNDEZ RAMOS, S.; *op. cit.*, p. 749.

⁸⁸⁶ La STS (Sala de lo Civil), 30 de mayo de 2007 [RJ 2007\4973]).

ámbito extracontractual o el contractual) y la del asegurador (que también surge de ese mismo hecho ilícito, pero que presupone la existencia de un contrato de seguro y que está sometida al régimen especial del art. 76)⁸⁸⁷».

No obstante, hay conexión entre ambos derechos en tanto que ambos buscan la reparación del daño ocasionado por un hecho ilícito. Hay conexidad también de obligados en cuanto que el asegurado y el asegurador son obligados solidarios como afirma de forma constante la jurisprudencia (SSTS (Sala de lo Civil), 14 de marzo de 2019 [RJ 2019\940]; 5 de junio de 2019 [RJ 2019/2213]; 25 de febrero de 2014 [RJ 2014\1155]; 7 de marzo de 2001 [RJ 2001/ 3974]; 13 de junio de 1991 [RJ 1991/4452⁸⁸⁸] o SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 25 de mayo de 2016 (RJ 2016\2275); 23 de marzo de 2011 [RJ 2011\2512]; 10 de octubre de 2011 [RJ 2011\7648]; 23 de diciembre de 2009 [RJ 2010\1339]; 19 de septiembre de 2006 [RJ 2006\6356]).

Como ha señalado SÁNCHEZ CALERO, el fundamento de la solidaridad entre asegurador y asegurado descansa «sobre la base de considerar que se trata de dos obligaciones que tienen por objeto la misma prestación (dentro de los relativos límites en que coexisten) y que además cumplen la misma función, cual es la de resarcir al tercero perjudicado por los daños que ha sufrido como consecuencia de un determinado siniestro⁸⁸⁹» (STS (Sala de lo Civil), 7 de mayo de 1993 [RJ 1993\3464]).

Son obligados solidarios, aunque no están obligados del mismo modo, puesto que la obligación del asegurador está limitada por lo establecido en la Ley y en el contrato [por ejemplo, limitado a la suma asegurada] y podrá oponer las excepciones derivadas del art. 76 de la LCS, que no coinciden necesariamente con las oponibles por el asegurado. Sin embargo, ello no obsta para que se pueda entender que hay solidaridad de conformidad con lo previsto en el art. 1140 CC⁸⁹⁰.

⁸⁸⁷SÁNCHEZ CALERO, F.; «Artículo 76»..., *op. cit.*, p. 1735, 1736 y 1741.

⁸⁸⁸ *Vid.* la abundante cita de jurisprudencia anterior en BUSTO LAGO, J. M.; «El seguro...», *op. cit.*

⁸⁸⁹ *Id.*; SÁNCHEZ CALERO, F.; «Artículo 76»..., *op. cit.*, p. 1747.

⁸⁹⁰ Para SANTAELLA SÁEZ uno de los primeros problemas que tuvo que resolver el TS fue discernir el vínculo existente entre el asegurador y la deuda que nace a cargo del asegurado, inclinándose finalmente la jurisprudencia por el vínculo de la solidaridad que, en su opinión, no funciona de la misma forma que las obligaciones solidarias reguladas en el CC puesto que «*ni las excepciones oponibles son las mismas que en cualquier otro vínculo de solidaridad, ni la acción de repetición presenta los mismos caracteres en caso de pago por parte del asegurador*». De ahí que entienda que es más conveniente no tratar de encuadrar la acción directa en una u otra institución jurídica, al ser una figura «*sui generis*». SANTAELLA SÁEZ, O.; «Aspectos jurídico-procesales de la acción directa en el seguro de responsabilidad civil», *La Ley*, n° 9178 (2018). En www.laleydigital.es [Consultado el día 20 de febrero

Dado que se trata de obligados solidarios, en lo que concurre el cumplimiento de la obligación por cualquiera de ellos extingue la obligación en aplicación del art. 1145.1 CC.

Aunque no sin discrepancias⁸⁹¹, en la jurisprudencia más reciente, de la que es representativa la STS (Sala de lo Civil), 14 de marzo de 2019 [RJ 2019\940]⁸⁹², se afirma que entre asegurador y asegurado existe una solidaridad propia que viene impuesta por la Ley. En efecto, el art. 76 de la LCS permite dirigir la demanda única y exclusivamente frente a la aseguradora para lograr la reparación del daño sin tener que reclamar frente al asegurado, causante de éste.

Al ser deudores solidarios, de conformidad con el art. 1144 CC, el perjudicado podrá reclamar directamente al asegurado (sin tener que dirigirse obligatoriamente antes o simultáneamente frente al asegurador), o al asegurador (sin tener que dirigirse antes o simultáneamente frente al asegurado) o a ambos conjuntamente, de tal forma que, el litisconsorcio pasivo será voluntario, no necesario⁸⁹³.

f) La acción directa⁸⁹⁴ goza de autonomía, de ahí que sea inmune a las excepciones personales que correspondan al asegurador frente al asegurado (art. 76 de la LCS), como por ejemplo, el dolo aunque se incluya dentro de los riesgos excluidos de la póliza (*Vid. Supra*, Capítulo VII, 2.); suspensión de la cobertura por impago de la prima (art. 15 de la LCS); incumplimiento del deber de declarar el riesgo (art. 10 y 11 de la LCS); incumplimiento del deber de comunicar el siniestro (art. 16 de la LCS)..., sin perjuicio del posible derecho de repetición del asegurador contra éste. Sin embargo, sí podrá oponer, a la luz del art. 76 de la LCS, la culpa exclusiva del perjudicado, así como las

de 2020]. Muy crítico con que se entienda que hay una relación de solidaridad se muestra: GÓMEZ LIGÜERRE, C.; *Solidaridad impropia y seguro de responsabilidad civil*, Fundación Mapfre (Instituto de Ciencias del Seguro), Madrid, 2010.

⁸⁹¹ STS (Sala de lo Civil), 7 de mayo de 1993 (RJ 1993\3464), y las que en ella se citan.

⁸⁹² En el mismo sentido, SSTs (Sala de lo Civil), 25 de febrero de 2014 [RJ 2014\1155]; 1 de febrero de 2007 [RJ 2007/788]; 1 de octubre de 2008 [RJ 2009/134].

⁸⁹³ SÁNCHEZ CALERO, F.; «Artículo 76»..., *op. cit.*, pp. 1747, 1793 y 1794. Así lo pone claramente de manifiesto la STS (Sala de lo Civil), 7 de marzo de 2001 (RJ 2001/3974), que contempla el caso del fallecimiento de un alumno de un colegio público por caída desde una portería de fútbol en la que jugaba durante el recreo. Frente a la alegación del Abogado del Estado fundamentada en la necesidad de demandar también a la Compañía aseguradora del personal dependiente del MEC, el TS, f.º 3º estima que la «*la acción directa es una facultad procesal que la ley concede al perjudicado y da lugar a responsabilidad solidaria del causante del daño y compañía aseguradora. Ambos extremos excluyen la aplicación del litisconsorcio pasivo necesario: aquella acción la puede ejercer el perjudicado o no, pero nunca se le impone como deber; la solidaridad de obligados impide la apreciación del litisconsorcio, en aplicación del art. 1144 del CC*».

⁸⁹⁴ Sobre el régimen de excepciones, *Vid.* ARQUILLO COLET, B.; *Seguro y responsabilidad...* (2008), *op. cit.*, pp. 138 a 150, 169, 170 y 263.; SANTAELLA SÁEZ, O.; *op. cit.*

excepciones personales que la compañía aseguradora tenga directamente contra el perjudicado. Dentro de las excepciones oponibles se incluyen las excepciones objetivas⁸⁹⁵ como serían la inexistencia o extinción del contrato de seguro; su nulidad; la inexistencia de la obligación de indemnizar a cargo del asegurado; que el derecho del perjudicado al resarcimiento está fuera de la cobertura del seguro bien porque el hecho dañoso no es un riesgo previsto en el contrato [el dolo, sin embargo, no será oponible aunque se incluya dentro de la cláusula de riesgos excluidos por considerarse una excepción de carácter personal], porque supera a la suma asegurada o no alcanza la franquicia, está fuera de la duración temporal o delimitación espacial... Podrán también oponerse como excepciones comunes, el pago o la prescripción⁸⁹⁶.

g) La acción directa se entiende sin perjuicio del derecho de repetición que tiene el asegurador frente al asegurado si el hecho es debido a una conducta dolosa del mismo de acuerdo con lo que prevé el art. 76 de la LCS. Sin embargo, la doctrina entiende que el derecho de repetición ha de extenderse a todos los casos de excepciones inoponibles, esto es, aquellos supuestos en los que el asegurador haya tenido que pagar al perjudicado por no poderle oponer excepciones que se podían plantear frente al asegurado⁸⁹⁷.

La acción directa, como ha señalado la STS (Sala de lo Civil), 5 de junio de 2019 [RJ 2019\2213] en Pleno y 5 de noviembre de 2019 [RJ 2019\4233], se basa en tres principios: *«autonomía de la acción, solidaridad de obligados y dependencia estructural respecto de la responsabilidad del asegurado»*.

5.3 Imperatividad. Posibilidad de exclusión convencional a través del seguro de grandes riesgos.

La LCS en su art. 2 proclama la imperatividad de sus preceptos salvo que en ellos se disponga otra cosa o la cláusula contractual sea más beneficiosa para el asegurado.

⁸⁹⁵ Aunque tanto la doctrina como la mayor parte de la jurisprudencia las califican como excepciones objetivas, según SÁNCHEZ CALERO y alguna jurisprudencia, no son excepciones en sentido propio sino más bien falta de los hechos constitutivos o falta de los presupuestos del derecho del tercero frente al asegurador. Por ejemplo, podrá existir derecho al resarcimiento frente al asegurado pero no frente al asegurador si se trata de un riesgo no incluido en la póliza, ya que la acción directa quedaría excluida. SÁNCHEZ CALERO, F.; «Artículo 76»..., *op. cit.*, pp. 1761 a 1764, 1767, 1768 y 1775.

⁸⁹⁶ Para algunos se trata de excepciones personales. Sin embargo, en cuanto afectan al crédito son excepciones comunes al asegurador y asegurado (cfr. art. 1148 CC). *Ibid.*, pp. 1776 a 1778.

⁸⁹⁷ *Ibid.*, pp. 1789 a 1790.

De esta forma, se trata de proteger al asegurado para evitar que estando el asegurador en una situación de predominio pueda imponer la modificación del régimen legal⁸⁹⁸.

Sin embargo, las partes pueden eludir la aplicación imperativa de los preceptos de la LCS si el seguro se configura como de grandes riesgos. En los seguros de responsabilidad civil, el seguro será de grandes riesgos cuando cumplan determinados límites cuantitativos especificados en el art. 11.c) de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, que reúnen la mayor parte de las Administraciones Públicas sanitarias⁸⁹⁹. En estos casos, no será aplicable el art. 2 de la LCS (art. 44 párrafo segundo de la LCS). De tal forma que, en virtud del principio de libertad de pactos (art. 34 de la LCSP), el contrato de seguro se regirá por las cláusulas y condiciones reguladas por la Administración y la aseguradora y en lo no previsto, por las normas de la LCS. Entonces, ¿podrían excluir las partes contratantes en el seguro de grandes riesgos la aplicación de la acción directa del art. 76 de la LCS? La respuesta es que no. Como ha señalado la doctrina de forma unánime⁹⁰⁰, la posibilidad de excluir de forma voluntaria y convencional las normas imperativas en el seguro de grandes riesgos se limita a las normas que se establecen en protección del asegurado⁹⁰¹, pero no de aquellas que se prevén en beneficio o protección de los intereses de un tercero ajeno al contrato de seguro. Este es el caso de la acción directa del art. 76 de la LCS, que sigue manteniendo su carácter imperativo en tanto se trata de un derecho sustantivo y propio del tercero, que la Ley le concede y del que no puede ser privado, al ser indisponible para las partes⁹⁰².

⁸⁹⁸ Esto forma parte de la protección del contratante débil, que es una orientación moderna, ya muy asentada, en Derecho de contratos.

⁸⁹⁹ En las pólizas de seguro suscritas por los servicios autonómicos de salud se suele incluir una declaración inicial de gran riesgo al cumplirse los requisitos del art. 11 citado y a los efectos del art. 44 párrafo segundo de la LCS (por ejemplo: art. 1 del Pliego seguro Servicio Andaluz de Salud o Preámbulo del Pliego de seguro Servicio Murciano de Salud).

⁹⁰⁰ SÁNCHEZ CALERO, F.; «Artículo 76»..., *op. cit.*, pp. 1737 a 1739; ELGUERO MERINO, J.; *op. cit.*, p. 143; PAVELEK ZAMORA, E.; *op. cit.*, p. 26; GAMERO CASADO, E.; «Los contratos...», *op. cit.*, p. 367; BUSTO LAGO, J. M.; «El seguro...», *op. cit.*; «Ejercicio de...», *op. cit.* y «La responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 2041 y 2042; HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, pp. 98, 99 y 164; XIOL RÍOS, J. A.; *op. cit.*; MOURE, E.; «El artículo 20...», *op. cit.*

⁹⁰¹ La exclusión del carácter imperativo de las normas viene determinado en los contratos de seguros de grandes riesgos por la inexistencia de una desigualdad entre las partes contratantes. XIOL RÍOS, J. A.; *op. cit.*

⁹⁰² Así lo entiende MONTORO CHINER y HILL PRADOS para cuando se trata de un contrato de responsabilidad civil ordinario, no así cuando el asegurado es una Administración, MONTORO CHINER, M. J. y HILL PRADOS, M. C.; *op. cit.*, pp. 81, 82, 85, 92 y 109. *Vid.* los autores citados en las notas a pie nº 905 y 906.

5.4 Admisibilidad de la acción directa y orden jurisdiccional competente.

5.4.1 A favor del ejercicio autónomo de la acción directa contra la aseguradora en el orden civil.

La mayor parte de la doctrina⁹⁰³ y de la jurisprudencia⁹⁰⁴, dictada con anterioridad a la entrada en vigor del art. 35 de la LRJSP, a pesar de que reconocen los inconvenientes de orden práctico que suscita, admiten el ejercicio de la acción directa exclusivamente frente al asegurador de la Administración de conformidad con lo previsto en el art. 76 de la LCS en el orden civil. Suelen argüir los siguientes argumentos:

1. En primer lugar, se atiende a las características propias de esta acción a las que nos hemos referido detenidamente *Supra*. Es un derecho sustantivo, autónomo y propio, concedido por la Ley a un tercero víctima de un daño siempre que esté cubierto por la póliza, emparentado con el derecho a la tutela judicial efectiva y con la intención de proteger a los perjudicados. No es meramente una actuación procesal para la que la Ley le conceda legitimación, sino un verdadero derecho subjetivo del que el tercero

⁹⁰³ BUSTO LAGO, J. M.; «El seguro...», *op. cit.*; «Ejercicio de...», *op. cit.* y «La responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 2050 a 2053 y 2059 a 2071; MARTÍN REBOLLO, L.; «Ayer y hoy...», *op. cit.*, pp. 302 y 303; BOTO ÁLVAREZ, A.; «Capítulo IV...», *op. cit.*, p. 324; COBO OLVERA, T. Y COBO PERALTA, T. A.; *op. cit.*, p. 40; GÓMEZ LIGÜERRE, C.; RAMOS GONZÁLEZ, S. Y LUNA YERGA, A.; *op. cit.*; GÓMEZ LIGÜERRE, C.; «Paso a nivel», *op. cit.*, p. 8; «Problemas de...», *op. cit.*, p. 22 y «Sobre la...», *op. cit.*, pp. 4 y 5; A ARQUILLO COLET, B.; «Seguro y responsabilidad...» (2004), *op. cit.*, p. 24 o *Seguro y responsabilidad...* (2008), *op. cit.*, pp. 108, 109, 115, 131 a 138, 239 y 262; GONZÁLEZ PÉREZ, J.; *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones...*, *op. cit.*, pp. 281 y 282; GUERRERO ZAPLANA, J.; *Guía práctica...*, *op. cit.*, pp. 195 a 199; HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, pp. 155 a 171; GARNICA MARTÍN, J. F.; «La acción ...», *op. cit.*, pp. 1522 a 1524; DE ÁNGEL YÁGUEZ, R.; «Acción directa...», *op. cit.*, pp. 643 a 663; SEIJAS QUINTANA, J. A.; «Acción directa contra la aseguradora de la Administración», *Jueces para la Democracia*, nº 40 (2001), pp. 48 a 52; XIOL RÍOS, J. A.; *op. cit.*; GAMERO CASADO aunque hace otra propuesta de *lege ferenda* y de forma más reciente adopta una postura intermedia (*Vid. Infra*), ha entendido en algunas obras que conforme a la norma existente y dada la solidaridad existente entre asegurador y asegurado, es viable defender el ejercicio de la acción directa únicamente frente a la aseguradora en el orden civil al tratarse de un conflicto entre sujetos privados. GAMERO CASADO, E.; «Los seguros...», *op. cit.*; «Los contratos...», *op. cit.*, pp. 371 y 372; y *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, pp. 169 a 171; NARBÓN LAINEZ, E.; *op. cit.*, p. 58; ARNAIZ SERRANO, A.; *op. cit.*, pp. 90 a 98; GARBERÍ LLOBREGAT, J.; «Una mala...», *op. cit.*; DEL RÍO MUÑOZ, F.; *op. cit.*, p. 9; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.; «Responsabilidad civil...», *op. cit.*; HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, J.; *op. cit.*; GALÁN CORTÉS, J. C.; *op. cit.*, pp. 66 y 69; ROMERO REY, C.; *op. cit.*; RIVERA FERNÁNDEZ, M.; *op. cit.*, pp. 1162 a 1665.

⁹⁰⁴ Como muestra: SSTS (Sala de lo Civil), 30 de mayo de 2007 (RJ 2007\4973); 21 de mayo 2008 (RJ 2008\4149); 15 de octubre de 2013 (RJ 2013\6956); 5 de junio de 2019 (RJ 2019\2213) dictada en Pleno a la que sigue en todos sus argumentos la de 5 de noviembre de 2019 (RJ 2019\4233) o Autos del TS (Sala de Conflictos de Competencia), 22 de marzo de 2010 (números 3, 4 y 5) (JUR 2010\112006; JUR 2010\112007; JUR 2010\112009); 18 de octubre de 2010 (JUR 2010\402880); 17 de octubre de 2011 (JUR 2011\373975); 5 de diciembre de 2011 (JUR 2012\14501 y JUR 2011\435943); 24 de septiembre de 2012 (JUR 2012\356562).

perjudicado no puede verse privado⁹⁰⁵. Aunque conectado con el derecho que ostenta el perjudicado frente al asegurado, se trata de un derecho diferente e independiente de éste, y como tal, la acción que de él deriva se podrá ejercitar de forma independiente de la que se ejerce frente al responsable del daño⁹⁰⁶, aunque será posible, acumular ambas, de forma voluntaria⁹⁰⁷.

2. El hecho de que el contrato de seguro celebrado por la Administración se califique como contrato privado supone admitir implícitamente que se aplique el régimen de la LCS en el que se reconoce como norma imperativa y como pilar fundamental del sistema, la posibilidad de ejercitar la acción directa del art. 76 frente a la compañía aseguradora, sin tener que dirigirse previa ni conjuntamente frente al asegurado (STS (Sala de lo Civil), 30 de mayo de 2007 [RJ 2007\4973]; 21 de mayo 2008 [RJ 2008\4149]; 15 de octubre de 2013 [RJ 2013\6956]; 5 de junio de 2019 [RJ 2019\2213] dictada en Pleno a la que sigue en todos sus argumentos la de 5 de noviembre de 2019 [RJ 2019\4233]). Como ha señalado HUERGO LORA, «*es de esencia que el asegurador pueda ser condenado a indemnizar sin necesidad de que el asegurado haya sido demandado y condenado previamente*⁹⁰⁸».

El legislador no ha modificado la configuración de este derecho ni lo ha suprimido para los casos en los que el asegurado sea una Administración. Por tanto, se podrá plantear la acción directa independientemente de quien lo sea (Autos del TS (Sala de Conflictos de Competencia), 22 de marzo de 2010 (números 3, 4 y 5) [JUR 2010\112006; JUR 2010\112007; JUR 2010\112009]; 18 de octubre de 2010 [JUR 2010\402880]; 17 de octubre de 2011 (JUR 2011\373975); 5 de diciembre de 2011 [JUR 2012\14501 y JUR 2011\435943]; 24 de septiembre de 2012 [JUR 2012\356562]).

3. Es una vía más ágil y rápida para el cobro de la indemnización⁹⁰⁹.

⁹⁰⁵ En este sentido, se pronuncia claramente SÁNCHEZ CALERO, F.; «Artículo 76»..., *op. cit.*, pp. 1722, 175, 1736 y 1743; BUSTO LAGO, J. M.; «El seguro...», *op. cit.*; «Ejercicio de...», *op. cit.* y «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 2049 a 2051; GALÁN CORTÉS, J. C.; *op. cit.*, p. 66 y 69; ROMERO REY, C.; *op. cit.*; HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, p. 160; GARNICA MARTÍN, J. F.; «La acción ...», *op. cit.*, p. 1523; DE ÁNGEL YÁGUEZ, R.; «Acción directa...», *op. cit.*; ARQUILLO COLET, B.; *Seguro y responsabilidad...* (2008), *op. cit.*, pp. 131 y 132.

⁹⁰⁶ GARNICA MARTÍN, J. F.; «La acción ...», *op. cit.*, p. 1524; DE ÁNGEL YÁGUEZ, R.; «Acción directa...», *op. cit.*; XIOL RÍOS, J. A.; *op. cit.*

⁹⁰⁷ BUSTO LAGO, J. M.; «Ejercicio de...», *op. cit.* y «La responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 2049 a 2051.

⁹⁰⁸ HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, p.170.

⁹⁰⁹ Para ARQUILLO COLET es la «*gran ventaja del aseguramiento de a responsabilidad patrimonial de la Administración*». ARQUILLO COLET, B.; «Seguro y responsabilidad...» (2004), *op. cit.*, p. 24 y *Seguro y responsabilidad...* (2008), *op. cit.*, pp. 136, 137 y 239; BUSTO LAGO, J. M.; «El seguro...»,

4. La doctrina y la jurisprudencia del TS coinciden en afirmar que será el orden jurisdiccional civil el competente para conocer de la acción directa que se plantee únicamente contra la aseguradora en cuanto siendo ésta una persona jurídico-privada, se trata de una reclamación entre particulares. No hay Administración demandada ni se impugna ninguna actuación u omisión administrativa, por lo que no cabe acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa (*vid.* artículos 1, 31 y ss, 70 y 71 de la LJCA)⁹¹⁰. Asimismo, aduce la *vis atractiva* que sigue teniendo el orden civil de conformidad con el art. 9.2 de la LOPJ.

La reforma operada por la LO 19/2003 en los artículos 9.4 de la LOPJ, 2.e) y 21.1.c) de la LJCA atribuyen la competencia al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pero sólo en los supuestos en los que el interesado dirija la acción conjuntamente frente a la Administración y al asegurador, en cuyo caso queda vedada la competencia al orden civil⁹¹¹. Interpretado el precepto a sensu contrario, no cabría admitir la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando la demanda se dirige únicamente frente a la aseguradora. Estos preceptos ni imponen un litisconsorcio pasivo necesario⁹¹², ni obligan a dirigir la demanda frente a ambas

op. cit. y «Ejercicio de...», *op. cit.*; GÓMEZ LIGÜERRE, C.; «Sobre la...», *op. cit.*, p. 4; y «Paso a nivel», *op. cit.*, p. 10; XIOL RÍOS, J. A.; *op. cit.*

⁹¹⁰ BUSTO LAGO, J. M.; «El seguro...», *op. cit.*; Aunque GALLARDO CASTILLO entiende que la competencia no es del orden civil sino que se debe tramitar el correspondiente procedimiento administrativo ante la Administración, rechaza que se pueda ejercitar directamente la acción en el orden contencioso-administrativo. «*La voluntad del legislador de que todo supuesto incardinable como responsabilidad patrimonial de la Administración sea conocido por la Jurisdicción contencioso-administrativa. El esquema está claro y el planteamiento del legislador no puede ser más impecable. Pero ha de partirse de una premisa cuya obviedad pareciera que hace innecesaria siquiera mencionar: para que esto sea así, para que intervenga la jurisdicción contencioso-administrativa se hace precisa la presencia de la Administración pública, pues en caso contrario, no parece que ningún poder de decisión puedan tener los Tribunales de este orden jurisdiccional para decidir en cuestiones que afectan a un sujeto privado que nada tiene que ver con el Derecho Administrativo.*» GALLARDO CASTILLO, M. J.: *Los procedimientos administrativos en la Ley 39/2015: análisis y valoración de la reforma*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 380; MIR PUIGPELAT, O.; «La jurisdicción competente ...», *op. cit.*, p. 16; GARNICA MARTÍN, J. F.; «La acción ...», *op. cit.*, p. 1524; XIOL RÍOS, J. A.; *op. cit.* De forma tajante se muestra GAMERO CASADO que entendiendo que se trata de una acción entre particulares establece: «*es por completo impensable que esta acción directa planteada por el perjudicado, sin litisconsorcio con la Administración, pueda ejercerse ante el orden contencioso-administrativo.*» GAMERO CASADO, E.; «Los contratos...», *op. cit.*, pp. 371.

⁹¹¹ El art. 2.e) de la LJCA atribuye el conocimiento de los litigios en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración a la jurisdicción contencioso-administrativa «*no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.*»

⁹¹² El litisconsorcio sería voluntario dada su condición de deudores solidarios. BUSTO LAGO, J. M.; «Ejercicio de...», *op. cit.* y «La responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 2060 y 2062; COBO OLVERA, T. Y COBO PERALTA, T. A.; *op. cit.*, p. 41; GÓMEZ LIGÜERRE, C.; «Paso a nivel», *op. cit.*, p. 9; HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, pp. 153, 154, 157 y 170; GARNICA MARTÍN, J. F.; «La acción ...», *op. cit.*, p. 1521; XIOL RÍOS, J. A.; *op. cit.*; ARNAIZ SERRANO, A.; *op. cit.*, pp. 90, 91 y 96.

conjuntamente ni tampoco excluyen el ejercicio separado de la misma, por lo que nada impide dirigirse directamente frente a la aseguradora ante los jueces del orden civil⁹¹³ (SSTS (Sala de lo Civil), 30 de mayo de 2007 [RJ 2007\4973]; 28 de diciembre de 2007 [RJ 2008\337]; 15 de octubre de 2013 (RJ 2013\6956) o 5 de junio de 2019 [RJ 2019\2213]; Autos del TS (Sala de Conflictos de Competencia), 28 de junio de 2004 (JUR 2005\135730); 18 de octubre de 2004 (JUR 2005\231280); 22 de marzo de 2010 (números 3, 4 y 5) [JUR 2010\112006; JUR 2010\112007; JUR 2010\112009] o 12 de marzo de 2013 [JUR 2013\119710], entre otros). La misma solución se ha adoptado por la mayoría de las Audiencias Provinciales⁹¹⁴.

Es más se llega a afirmar que la interpretación de estos preceptos en el sentido de que obligarían al perjudicado a demandar conjuntamente a la aseguradora y la Administración en la jurisdicción contencioso-administrativa, previa tramitación de la vía administrativa, supondría vaciar de contenido el derecho reconocido a los perjudicados en el art 76 de la LCS cuando el asegurado es una Administración ya que termina con su carácter separable y su independencia procesal⁹¹⁵ (Autos del TS (Sala de

⁹¹³ También cabría plantear el recurso únicamente a la Administración. En ese caso, como existe obligación legal de emplazar a la aseguradora, algunos autores entienden que se crea una suerte de litisconsorcio pasivo necesario, que no es propiamente tal, en cuanto el actor cumple debidamente demandando sólo a la Administración y no impide que pueda plantear la demanda únicamente frente a la aseguradora. BUSTO LAGO, J. M.; «Ejercicio de...», *op. cit.* y «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 2048; MARCOS MUÑOZ, F. J.; *op. cit.*; COBO OLVERA Y COBO PERALTA aunque admiten el ejercicio de la acción directa, existiría litisconsorcio necesario en cuanto la falta de emplazamiento determina la nulidad de actuaciones. COBO OLVERA, T. Y COBO PERALTA, T. A.; *op. cit.*, p. 42. En el mismo sentido se pronuncia GARBERÍ LLOBREGAT, para el que el art. 21.1.c) de la LJCA «*erige a la dicha aseguradora en parte necesaria en esta clase de procesos administrativos («... siempre serán parte codemandada ...»)*, configurando así un litisconsorcio pasivo de carácter necesario (aunque no, obviamente, por razones materiales que impidan un enjuiciamiento separado de ambas responsabilidades, sino por un puro imperativo normativo), en verdad resulta indiferente si el interesado dirige su demanda únicamente contra la Administración [...] o conjuntamente contra ésta y contra su aseguradora, por cuanto que en el primer caso los propios tribunales, y por imperativo insoslayable del art. 21.1 LJCA, estarán obligados a emplazar de oficio también a dicha entidad aseguradora (a quien, por tanto, si no se da participación como parte demandada se le estará generando indefensión desde una perspectiva formal).» GARBERÍ LLOBREGAT, J.; «Una mala...», *op. cit.*

⁹¹⁴ Basten como muestra las sentencias de la AP de Barcelona (Sección 16ª), 10 de febrero de 2017 (AC 2017\609); (Sección 14ª), 16 de febrero de 2017 (JUR 2017\99694) y 27 de julio de 2017 (2017\1311); Auto de la AP Barcelona (Sección 13ª) 28 de septiembre de 2018 (JUR 2018\275563); sentencias de la AP de Madrid (Sección 13ª), 25 de enero de 2019 (AC 2019\544) o (Sección 21ª), 11 de abril de 2017 (JUR 2017\164604).

⁹¹⁵ XIOL RÍOS afirma que no se podrá plantear como excepción por el asegurador la falta de declaración previa de responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que ello supondría la eliminación de la acción directa en un significado puro. XIOL RÍOS, J. A.; *op. cit.* Según GARNICA MARTÍN «*en el caso de que se partiera de la idea de que en todos los supuestos en los que la acción directa bebe de la responsabilidad patrimonial de la Administración, la única jurisdicción competente es la contenciosa se estaría desnaturalizando la propia acción directa al imponer una situación de litisconsorcio necesario que pugna con su propia naturaleza, al hacer imposible una de sus características más propias, su independencia procesal de la acción de responsabilidad frente a la acción contra el autor del daño. En suma, que si se quiere atribuir la competencia en exclusiva al orden contencioso el precio que se ha de*

Conflictos de Competencia), 22 de marzo de 2010 (números 3, 4 y 5) [JUR 2010\112006; JUR 2010\112007; JUR 2010\112009] o 18 de octubre de 2010 [JUR 2010\402880]⁹¹⁶, entre otros). Ello provoca, según la doctrina, que los que han sufrido un daño como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos tuvieran un régimen más gravoso que el resto de perjudicados que podrán reclamar directamente el pago de la indemnización a la aseguradora cuando el asegurado no fuera una Administración o ente asimilado⁹¹⁷. Al utilizar la técnica del seguro de

pagar para ello es excesivo, desvirtuar la naturaleza sustantiva de la acción directa.» GARNICA MARTÍN, J. F.; «La acción ...», *op. cit.*, p. 1524; HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, p. 170; BUSTO LAGO, J. M.; «Ejercicio de...», *op. cit.*; ARQUILLO COLET, B.; *Seguro y responsabilidad...* (2008), *op. cit.*, pp. 108, 109 y 138 y «Seguro y responsabilidad...» (2004), *op. cit.*, p. 24.

⁹¹⁶ Señalan en su fundamento jurídico 2º: fºjº 2º: «*Parece evidente que las reformas sobre la distribución de competencias entre jurisdicciones no puede alcanzar a negar un derecho reconocido en un precepto legal vigente, forzando a sus titulares a dirigirse, además de contra el asegurador, frente a la Administración, agotando previamente la vía ante la misma para, después de obtener un resultado negativo, promover un recurso contencioso-administrativo. [...]*

[...] En fin, la máxima que aconseja no dividir la continencia de la causa opera siempre y cuando no suponga la restricción de los derechos sustantivos y procesales de los contendientes.»

Sintetiza bien esta postura el Auto de la AP de Asturias (Sección 1ª), 12 de junio de 2000 (JUR 2000/181465) en alusión al art. 21.1.c) de la LJCA señala en el fº jº 4º: «*[...] La postura de la aseguradora, admitida en el fallo, obliga al perjudicado a demandar conjuntamente al Ayuntamiento y al asegurador, ya que no es concebible un proceso contencioso dirigido tan sólo contra la compañía. Con ello se vulnera la esencia y contenido de la acción directa del artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro, que precisamente por su carácter directo y sustantividad propia, con régimen de excepciones incluso específico, permite a la víctima reclamar la indemnización frente al asegurador sin necesidad de llamar al litigio al autor del daño objeto de cobertura La finalidad de esta acción, [...], evitar el calvario de las víctimas ante dilaciones de las compañías que garantizaban la responsabilidad civil, concediendo al perjudicado la posibilidad de dirigirse exclusivamente contra el asegurador en aras de obtener el pronto resarcimiento, dentro de una política normativa cada vez con más intensidad orientada hacia la tutela de los derechos de los perjudicados, en la que se han inspirado posteriores reformas, como la del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro, impuesta por la Ley 30/95. Esta finalidad se ve frustrada si impedimos en estos supuestos, después de definir la naturaleza del aseguramiento de responsabilidad civil como un seguro privado sujeto a la Ley del Contrato de Seguro, el ejercicio del artículo 76, derivándolo a la jurisdicción contenciosa y con obligación de demandar de forma conjunta a la Administración y al asegurador privado. Finalmente y en último extremo, la duda que pudiera plantear esta cuestión, debe resolverse a favor de la fuerza atractiva de la jurisdicción civil, que sigue manteniendo el artículo 9.2º de la Ley Orgánica del poder Judicial.»*

⁹¹⁷ GÓMEZ LIGÜERRE, C.; «Sobre la...», *op. cit.*, pp. 4 y 5; XIOL RÍOS, J. A.; *op. cit.*; BUSTO LAGO, J. M.; «Ejercicio de...», *op. cit.*; Según ARQUILLO COLET: «*El reconocimiento de la acción directa no es una manera de evitar la jurisdicción contencioso-administrativa, sino que simplemente ofrece una opción al perjudicado -que éste podrá ejercitar, si estratégicamente lo considera oportuno-, opción que también tienen todas las otras víctimas de daños».* ARQUILLO COLET, B.; *Seguro y responsabilidad...* (2008), *op. cit.*, pp. 108, 109 y 138 y «Seguro y responsabilidad...» (2004), *op. cit.*, p. 24; HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, p. 170.

XIOL RÍOS va más allá: «*la conclusión a que debe llegarse es que la eliminación mediante ley de la acción directa en el ámbito del seguro administrativo puede revestir dificultades de oportunidad y ser cuestionada desde el punto de vista de la igualdad entre los particulares y la Administración y de la eficacia del derecho a la tutela judicial considerado desde la perspectiva de la protección del perjudicado.»* En ese caso, llega incluso a poner en duda su constitucionalidad desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva en tanto en cuanto no se pueden imponer dilaciones y obstáculos innecesarios para acceder a la jurisdicción. XIOL RÍOS, J. A.; *op. cit.* En contra, HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, pp. 167 y 170.

responsabilidad civil privado, cómo apunta MARTÍN REBOLLO, la Administración no puede evitar una consecuencia derivada de su utilización como es la acción directa establecida en garantía de las víctimas⁹¹⁸.

A ello no obsta el que para condenar a la aseguradora al pago de la indemnización la jurisdicción civil se tenga que pronunciar previamente sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración⁹¹⁹ pues, de conformidad con lo previsto en los artículos 10.1 de la LOPJ y 42 de la LEC, lo podrá hacer a efectos meramente prejudiciales aplicando los parámetros propios del Derecho Administrativo (artículos 32 y ss de la LRJSP⁹²⁰). Ahora bien, según el art. 42.2 de la LEC, las decisiones que adopten los tribunales civiles resolviendo estas cuestiones prejudiciales «no surten efecto fuera del proceso en el que se produzca», careciendo, por tanto, de efecto de cosa juzgada. Si se quiere lograr la declaración de responsabilidad patrimonial y la condena de la Administración se deberá seguir la vía administrativa y contencioso-administrativa ya que la jurisdicción civil carece de competencia para ello (art. 9.4 de la LOPJ y art. 2.e) de la LJCA). Con todo, los hechos fijados en el orden civil serán los mismos en el contencioso-administrativo ya que fijados por el juez de una jurisdicción, vinculan a los demás, salvo que se cuente con nuevos elementos de juicio o se acrediten razones o

⁹¹⁸MARTÍN REBOLLO, L.; «Ayer y hoy...», *op. cit.*, p. 302.

⁹¹⁹ Aunque en principio se trata de una cuestión reservada a los tribunales contencioso-administrativos (art. 9.4 de la LOPJ y art.2.e) de la LJCA), según la jurisprudencia, no supondría un fraude de ley, como ha sido planteado en alguna ocasión, puesto que se trata de un derecho autónomo reconocido por la propia legislación para esa finalidad. STS (Sala de lo Civil), 30 de mayo de 2007 [RJ 2007\4973]; 21 de mayo 2008 [RJ 2008\4149]. Al respecto es clara la SAP de Barcelona, 1 de diciembre de 2009 (AC 2010\779) que siguiendo a la STS (Sala de lo Civil), 30 de mayo de 2007 [RJ 2007\4973] señala:

«Sin embargo, para que fuera posible aplicar la doctrina del fraude de ley (art. 6.4 del Cc. (LEG 1889, 27) sería preciso que se acudiera a una norma dada para una finalidad distinta de aquella para la que es utilizada, es decir, que por esta vía indirecta se lograra un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él.

En cambio, en la acción directa ejercitada por el perjudicado contra la aseguradora se actúa conforme a un derecho autónomo reconocido en el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro para cualquier perjudicado, con independencia de la naturaleza jurídica de quien haya causado el daño, es decir, sin distinguir en el hecho de que se trate de una entidad privada (sea una persona física o jurídica) o de una Administración pública, y si ello es así, no puede haber fraude en la aplicación de una norma prevista en el ordenamiento jurídico que por lo demás no contradice ninguna otra porque ya hemos visto que la reforma efectuada por la ley 19/2003 se refiere a los casos en que se demanda a la aseguradora junto con la Administración, pero no contempla el supuesto aquí analizado en que la acción se dirige tan sólo contra la aseguradora. [...]»

⁹²⁰ En contra se muestra alguna sentencia esporádica del TS (STS (Sala de lo Civil), 2 de febrero de 2015 (RJ 2015\488) y de algunas Audiencias Provinciales que entienden que al plantearse la acción del art. 76 de la LCS que es de naturaleza civil se deberá aplicar la normativa civil en materia de responsabilidad (artículos 1902 y 1903 CC). En este sentido citando diversas sentencias, GALÁN CORTÉS, J. C.; *op. cit.*, pp. 78 y 79. Entendemos que se deberá aplicar la normativa administrativa para pronunciarse de forma prejudicial sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración. Ciertamente la acción directa se trata de una acción civil pero que tiene como fin reclamar a la aseguradora siempre y cuando exista responsabilidad por parte de la Administración.

fundamentos que justifiquen apartarse de ellos (SSTC 192/2009, de 28 de septiembre (RTC 2009/192); 60/2008, de 26 de mayo (RTC 2008\60); o 109/2008, de 22 de septiembre (RTC 2008\109)⁹²¹. No obstante, es posible, aunque infrecuente en la práctica, que las partes de común acuerdo o una con el consentimiento de otra, soliciten la suspensión del procedimiento civil hasta que la cuestión prejudicial sea resuelta por la Administración Pública competente o por los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, vinculando la decisión al tribunal civil (art. 42.3 de la LEC) (SSTS (Sala de lo Civil), 30 de mayo de 2007 [RJ 2007\4973]; 21 de mayo 2008 [RJ 2008\4149]; 5 de junio de 2019 [RJ 2019\2213] dictada en Pleno o 5 de noviembre de 2019 [RJ 2019\4233]; Autos del TS (Sala de Conflictos de Competencia), 12 de marzo de 2013 [JUR 2013\119710]; 22 de marzo de 2010 (números 3, 4 y 5) [JUR 2010\112006; JUR 2010\112007; JUR 2010\112009] o 18 de octubre de 2010 [JUR 2010\402880]). Añade esta jurisprudencia que los problemas de orden práctico que suscita esta duplicidad jurisdiccional (*Vid. Infra*, Capítulo VII, 6.5) no pueden llevar a negar un derecho sustantivo reconocido por la legislación vigente.

Aunque se ha discutido, la conclusión no cambia ni aun cuando, como a veces sucede en la práctica, la Administración sanitaria, no originariamente demandada, solicite la intervención en el proceso civil haciendo uso de la facultad prevista en el art. 13 de la LEC en tanto tiene un «*interés directo y legítimo en el resultado del pleito*⁹²²». Tanto el TS como la mayor parte de las Audiencias Provinciales siguen declarando la competencia de la jurisdicción civil puesto que la intervención voluntaria y adhesiva de la Administración no altera ni el régimen de competencia ni la naturaleza de la acción directa que ha querido ejercitar el perjudicado, como derecho sustantivo que le reconoce el art. 76 de la LCS únicamente frente a la aseguradora⁹²³. El demandante no dirige la

⁹²¹ Aparece bien resumida en el Auto de la AP de Barcelona (Sección 19ª), 27 de diciembre de 2011 (JUR 2012\139560): «*La eventualidad de que en uno y otro orden (el civil y el contencioso-administrativo) se llegue a conclusiones fácticas distintas se encuentra resuelta en nuestro ordenamiento desde hace tiempo, en el que la jurisprudencia de nuestros tribunales, interpretando el artículo 24.1 de la Constitución (RCL 1978, 2836) y, en el caso de afectar al ejercicio del ius puniendi del Estado, el 25.1, ha sentado que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para diferentes órganos o instituciones públicas, de modo que, fijados por el juez de una jurisdicción, vinculan a los demás, salvo que estos últimos cuenten con elementos de juicio que no estuvieron a disposición del primero.*»

⁹²² Con esta idea se prevé en algunas pólizas de seguro la obligación de la aseguradora de informar al Servicio de Salud de las reclamaciones que le planteen bien mediante el ejercicio de la acción directa o por cualquier otra vía.

⁹²³ En este sentido se pronuncia GALÁN CORTÉS, que añade que sería contrario, además, al principio de *perpetuatio jurisdictionis* del art. 411 de la LEC por lo que la competencia debe seguir correspondiendo al orden civil. Añade que en de admitirse la intervención de la Administración sería difícil defender que el pronunciamiento que realice la sentencia sobre la posible responsabilidad patrimonial de la

demanda frente a la Administración que no tiene pues la condición de verdadera demandada en un sentido material, aunque se integre en el lado pasivo. Lo que pretende es que fracase la demanda contra la aseguradora⁹²⁴ (SSTS (Sala de lo Civil), 15 de

Administración fuera sólo efectos prejudiciales porque se rebasaría el límite del art. 42.2 de la LEC. GALÁN CORTÉS, J. C.; *op. cit.*, p. 73.

⁹²⁴ Así se desprende de la jurisprudencia del TS muy bien resumida en la SAP de Barcelona (Sección 17ª), 21 de enero de 2015 (AC 2015\493), fº jº 1º: «Respecto de la intervención el Tribunal Supremo se ha pronunciado en las Sentencias de 20-12-2011 y 25-1-2012, indicando:

"Cuando, como es el caso, no existe una norma legal que imponga la llamada al proceso de un tercero, es el interés del tercero en el resultado del proceso lo que le legitima para intervenir (STS de 8 de febrero de 2011 , RIP n.º 1791 / 2007), con independencia de que la intervención se haya producido por la voluntad del tercero -que conociendo la existencia del litigio decide comparecer-, o porque ha sido llamado o se le ha comunicado la existencia del proceso. Acordada la intervención por resolución judicial debe concretarse la naturaleza de su actuación en el litigio, ya que de ello depende el contenido de la sentencia que deba dictarse. Si el tercero adquiere la cualidad de parte -es decir se amplía el elemento subjetivo activo o pasivo del proceso- la sentencia deberá contener pronunciamientos estimatorios de la pretensión del tercero o de absolución o de condena del tercero, con las consecuencias correspondientes en materia de imposición de costas.

En el proceso civil, la cualidad de parte demandada corresponde al sujeto frente al que el demandante pretende la tutela ante los tribunales. Es el sujeto al que ha de afectar - por la situación que ocupa en una relación jurídica- la decisión solicitada en la demanda, y es esa situación en la relación jurídica lo que le legitima pasivamente para ser demandado. Así se deduce de lo dispuesto en los artículos 5.2 y 10 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), en coherencia con el principio dispositivo y de aportación de parte que rige el proceso civil, al que se refiere el artículo 216 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892). El sujeto solo adquiere la condición de parte demandada si frente a él se ejercita una pretensión.

En consecuencia, el tercero cuya intervención ha sido acordada solo adquiere la cualidad de parte demandada si el demandante decide dirigir la demanda frente al tercero. Si el demandante no se dirige expresamente una pretensión frente al tercero, la intervención del tercero no supone la ampliación del elemento pasivo del proceso. El tercero no será parte demandada y la sentencia que se dicte no podrá contener un pronunciamiento condenatorio ni absolutorio del tercero.

Lo dicho no se contradice con las previsiones de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) sobre la actuación del tercero. Que el tercero pueda actuar como parte demandada significa que su posición formal es la de una parte -aunque no desde el punto de vista material porque no ha sido demandado- por lo que tendrá las oportunidades de alegación y defensa que la tramitación del concreto proceso permita a las partes. La situación del tercero que no ha sido demandado es la posición de quien está al cuidado del litigio, como sujeto interesado al que, sin soportar la acción, la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) le permite una actividad en el proceso dirigida a conseguir que este tenga un resultado lo menos adverso posible para los intereses del tercero que puedan verse afectados de forma refleja, con la función de precaverse de la gestión procesal de la parte correspondiente."»

En similar sentido, SAP de Barcelona (Sección 19ª), 10 de julio de 2014 (JUR 2014\268659), fº jº 3º: «Pues bien, del contenido de la ley del contrato de seguro, Ley Orgánica del Poder Judicial, y art. 13 y 42 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y en consonancia con la doctrina jurisprudencial sentada por la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2012, se deriva, como recoge la sentencia de Instancia y a mayor abundamiento: a) que la acción del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro es directa y por tanto, al establecerse unas relaciones o vínculos inmediatos y de solidaridad, no es necesario traer al proceso al asegurado, b) que existe previsión legal explícita para demandar exclusivamente a la aseguradora y no la hay por el contrario para que la aseguradora pueda provocar la intervención del asegurado lo que impide la aplicación del artículo 14 de la LEC (RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892), impide la consideración de una defectuosa constitución de la relación jurídica procesal por falta de litisconsorcio pasivo necesario y abre la puerta exclusivamente a la intervención voluntaria del art. 13 de la LEC. c) Que pudiendo la entidad pública comparecer en el proceso como interesado, la única finalidad de la intervención sería coadyuvar a la posición procesal de la demandada y al objeto por tanto de que se desestimara la demanda, pero en ningún caso al objeto de ejercitar una pretensión propia ni de que, por tanto, pueda ser condenado o absuelto en este proceso al depender ello de que la parte demandante manifestara su voluntad directa y expresa de ejercitar acción frente al interviniente. d) que la mera intervención voluntaria no privaría de competencia a la

octubre de 2013 [RJ 2013\6956]; Auto del TS (Sala de Conflictos de Competencia), 12 de marzo de 2013 [JUR 2013\119710]; 3 de octubre de 2011 [JUR 2011\373974]; 18 de octubre de 2010 [JUR 2010\402880] o 5 de diciembre de 2011 [JUR 2012\14501⁹²⁵ y JUR 2011\435943⁹²⁶].

Frente a la objeción de que se vulneraría la responsabilidad directa de la Administración cuyo conocimiento el legislador ha querido reservar al procedimiento administrativo previo a la vía contencioso-administrativa, arguye BUSTO LAGO, que lo que se pone de manifiesto son las contradicciones que lleva admitir la acción directa derivada de la suscripción de seguros de responsabilidad civil por la Administración sin que ni la LCS ni la LOPJ ni la LJCA hayan tenido en cuenta que la asegurada podría ser una Administración⁹²⁷.

Por eso, para una parte de la doctrina, la calificación del contrato de seguro como administrativo permitiría aprobar una norma que permitiera coherente y adecuadamente la acción directa y el régimen procedimental y jurisdiccional de responsabilidad patrimonial de la Administración a través de un capítulo en la LCSP, por ejemplo, *Vid. Supra*, Capítulo VII, 2⁹²⁸. En contra, sin embargo, se muestran MARTÍN REBOLLO⁹²⁹ y RIVERA FERNÁNDEZ⁹³⁰, para los que la situación no cambia aunque se aceptara que otra fuera la naturaleza del contrato de seguro celebrado con la Administración y ello porque la calificación como administrativo o privado determinará que de las vicisitudes derivadas de sus efectos, ejecución y extinción conozca la jurisdicción contencioso-administrativa o civil, pero no afecta a las relaciones entre el dañado y el

jurisdicción civil al no ejercitarse acción frente a la administración y no encontrarnos así en los supuestos del art. 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. [...].»

⁹²⁵ Estas sentencias y las dos anteriores dicen expresamente, fº jº 2º: «No obsta a lo anterior el hecho de que en el proceso civil se haya tenido como parte demandada a la Administración Pública (Consejería de Sanidad de la CA de Murcia), la que se incorporó al proceso mediante el mecanismo de la intervención procesal del art. 13 de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y 2001, 1892), ya que, no habiéndose formulado contra ella pretensión condenatoria por la parte demandante, en ningún caso podría ser condenada a responder de la reclamación formulada, sin perjuicio de que su interés en el asunto le faculte para poder actuar como parte adhesiva simple a fin de prevenirse de la gestión procesal de la aseguradora demandada.»

⁹²⁶ En idéntico sentido: Sentencias de la AP de Barcelona (Sección 19ª), 10 de julio de 2014 (JUR 2014\268659) y 10 de febrero de 2017 (AC 2017\609); (Sección 17ª), 21 de enero de 2015 (AC 2015\493); (Sección 14ª), 29 de marzo de 2019 (AC 2019\710)).

⁹²⁷ BUSTO LAGO, J. M.; «El seguro...», *op. cit.*

⁹²⁸ *Id.* y «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 2039; GAMERO CASADO, E.; «Los contratos...», *op. cit.*, pp. 372 y 379 a 381; «Los seguros...», *op. cit.* y *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, pp. 171 y 172; XIOL RÍOS, J. A.; *op. cit.*; HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, pp. 134 a 136 y 161.

⁹²⁹ MARTÍN REBOLLO, L.; «Ayer y hoy...», *op. cit.*, pp. 302 y 303.

⁹³⁰ RIVERA FERNÁNDEZ, M.; *op. cit.*, p. 1665.

asegurador que seguirán siendo privadas. En el caso de que se ejercite la acción directa no estamos ante conflictos derivados de las relaciones contractuales que surgen del contrato de seguro, sino de relaciones frente a terceros extraños a ese contrato. Diferente es que sea conveniente que se aprobara una regulación legal tendente a solventar todos estos problemas que se suscitan considerando adecuada el establecimiento de una fórmula similar a la del art. 123 de la LEF.

5.4.2 En contra del ejercicio autónomo de la acción directa contra la aseguradora en el orden civil excluyendo la vía administrativa y contencioso-administrativa. Litisconsorcio pasivo necesario (propuesta de *lege ferenda*).

Otra parte de la doctrina⁹³¹, sin embargo, se manifiesta en sentido contrario, oponiéndose a que el perjudicado pueda ejercitar la acción directa de manera exclusiva frente a la compañía aseguradora en la jurisdicción civil si no hay una declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración en la vía administrativa y contencioso-administrativa. En base principalmente a los siguientes argumentos:

1. El que sea un fraude de la responsabilidad patrimonial directa de la Administración plasmada en el art. 36.1 de la LRJSP es un argumento hoy abandonado puesto que está claro que el sentir del precepto lo que impide es reclamar directamente

⁹³¹ CAYÓN DE LAS CUEVAS, J.; «El contrato de seguro de responsabilidad civil de la Administración Sanitaria: mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos y problemática procesal de las acciones judiciales del perjudicado», en la obra colectiva *Estudios sobre Derecho de la Salud* dirigida por TOMILLO URBINA, J. y CAYÓN DE LAS CUEVAS, J., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 276 a 279; OTAOLA, J.; «La privatización de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública» *Actualidad Administrativa*, nº 29 (2000), pp. 869 a 872; CARAZA CRISTÍN, M. DEL M.; *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 339 a 341; RIVAS LÓPEZ, A.L.; *Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria (aspectos de su práctica administrativa y procesal)*, Fundación Asesores Locales, Málaga, 2012, p.21; PÉREZ PIÑAS, M.; «El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. La acción directa», *Derecho y Salud*, Vol. 13, nº 1 (2005). En <https://dialnet.unirioja.es/> [Consultado el día 27 de mayo de 2019]; MARCOS MUÑOZ, F. J.; *op. cit.*; SÁNCHEZ MORÓN, M.; *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, p. 963; HERNÁNDEZ DEL CASTILLO, A.; «Capítulo II.I.4. Problemas en...», *op. cit.*, p. 608; MONTORO CHINER, M. J. y HILL PRADOS, M. C.; *op. cit.*, pp. 80 a 95 y 108 y 109; SALAS DARROCHA, J. T.: «Responsabilidad patrimonial de la Administración y nuevo peregrinaje de jurisdicciones», *Actualidad Administrativa*, nº 8 (2004), pp. 901 a 913; ARREGUI LABORDA, F. J.; «La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas desde el punto de vista asegurador», en *Jornada sobre Assegurances de Responsabilitat Patrimonial* organizadas por la Dirección General de Patrimonio de la Generalitat de Cataluña el 28 de octubre de 1998, Generalitat de Cataluña, Barcelona, 2000, pp. 64 y 65; CORONAS I GUINART, J. M.; «L'ordre jurisdiccional contenciós administratiu: la definitiva unificació jurisdiccional en els casos de responsabilitat patrimonial de les administracions públiques», en *Jornada sobre Assegurances de Responsabilitat Patrimonial* organizadas por la Dirección General de Patrimonio de la Generalitat de Cataluña el 28 de octubre de 1998, Generalitat de Cataluña, Barcelona, 2000, p. 169. Especialmente crítica se muestra CUETO PÉREZ, M.; «Limitación de...», *op. cit.*

la responsabilidad al funcionario o personal al servicio de la Administración que haya ocasionado el daño⁹³².

2. MONTORO CHINER Y HILL PRADOS⁹³³ afirman que, si la finalidad de la acción directa es proteger al perjudicado, garantizándole el pago de la indemnización por un sujeto solvente con objeto de evitar que el pago resulte infructuoso por la insolvencia del asegurado o por su falta de seriedad en el pago. Cuando el sujeto asegurado sea la Administración resulta ociosa el ejercicio de esta acción dado que es siempre solvente. No obstante, como advierten las propias autoras, a los perjudicados les puede interesar porque la tramitación sea más fácil y rápida. De ahí que admitan la reclamación conjunta frente a la Administración y aseguradora en el orden contencioso-administrativo.

3. El argumento principal que se ha manejado ha sido que para que surja obligación de pagar la indemnización por el asegurador es presupuesto técnico que exista responsabilidad del asegurado cubierta por el contrato de seguro (art. 73 LCS). Nuestro ordenamiento jurídico reserva la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración al orden contencioso-administrativo (art. 9.4 de la LOPJ y art.2.e) de la LJCA), previa tramitación del correspondiente procedimiento administrativo, en el que puede intervenir la aseguradora como interesada (artículos 1, 2, 65, 67, 81, 82.5, 86.5, 91, 92 y 114.1.e) de la LPAC). La intención del legislador, tras las sucesivas reformas llevadas a cabo, ha sido concentrar la competencia para conocer de todas las cuestiones relativas a la responsabilidad patrimonial de la Administración por la asistencia sanitaria en el orden contencioso-administrativo, sin que puedan ser llevadas por este motivo ante el orden civil o social, con la excepción de que se reclame responsabilidad penal o civil derivada de delito.

La admisión de la acción directa en aras de una mayor protección de los perjudicados, como puede ser el más pronto cobro de la indemnización, no puede suponer una alteración de la competencia jurisdiccional prevista por el legislador atrayendo a la jurisdicción civil, aunque sea a los meros efectos prejudiciales, el enjuiciamiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración cuya

⁹³²BUSTO LAGO, J. M.; «Ejercicio de...», *op. cit.* y «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 2044. En el mismo sentido, HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, p. 164; XIOL RÍOS, J. A.; *op. cit.*

⁹³³ MONTORO CHINER, M. J. y HILL PRADOS, M. C.; *op. cit.*, pp. 80 a 95 y 108 y 109.

competencia le está vedada⁹³⁴. Más aún cuando se trata de normas de ius cogens, indisponibles para las partes (*Vid. Supra*, Capítulo I, 1). En este sentido, se han pronunciado algunas Audiencias Provinciales, aunque no muy recientes⁹³⁵, con anterioridad a la entrada en vigor del art. 35 de la LRJSP (Entre las más recientes, sentencias de la AP de Barcelona (Sección 11ª), 26 de noviembre de 2010 (JUR 2011\79200); de Navarra (Sección 2ª), 28 de abril de 2009 (AC 2010\410⁹³⁶); Autos de la AP de Madrid (Sección 18ª), 14 de abril de 2005 (JUR 2005\158034) o de Zamora (Sección 1ª), 7 de octubre de 2009 (AC 2009\2261). Lo contrario, además, podría suponer admitir que se declare la responsabilidad patrimonial de la Administración en

⁹³⁴ Es más, MONTORO CHINER Y HILL PRADOS consideran que la aseguradora podría oponer dentro de las excepciones a las que alude el art. 76 de la LCS la falta de declaración previa de responsabilidad patrimonial de la Administración por cuanto el riesgo cubierto es la existencia de responsabilidad y no se sabe si concurre. *Ibid.*, p. 86.

⁹³⁵ En los años 90 y principios del 2000 existía una gran diferencia de criterios entre las distintas Audiencias Provinciales que se ha visto reconducida en cierto modo, por la jurisprudencia del TS. *Vid.* HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, pp. 160 a 171; DE ÁNGEL YÁGUEZ, R.; «Acción directa...», *op. cit.* o BUSTO LAGO, J. M.; «Ejercicio de...», *op. cit.*

⁹³⁶ Señala fº jº 3º: «*Llegados a este punto y pese a las alegaciones que señala la parte recurrida en su escrito de oposición al recurso de apelación que examinamos, no puede obviarse que el fundamento de la demanda, lo que es también el fundamento de la sentencia de instancia que se recurre, para poder declarar la responsabilidad de la Compañía Aseguradora, supone el análisis, valoración, y declaración previa e inexcusable de responsabilidad de los médicos que forman parte del Servicio Navarro de Salud y de dicha Administración, en la medida en que la conducta realizada por los mismos en relación al niño Matías, fuere merecedora de una imputación de responsabilidad por negligencia, ya sea contractual, ya sea extracontractual, o acumuladamente, dado que si no se establece dicha responsabilidad no podrá, con base en el art. 73 de la Ley de Contrato de Seguro afirmarse y declararse la responsabilidad de la Aseguradora, ya que ésta únicamente responderá y por lo tanto podrá establecerse un fallo condenatorio al pago de una indemnización por responsabilidad, en tanto en cuanto, previamente se declare la responsabilidad de la parte contratante asegurada, esto es del Servicio Navarro de Salud, ya sea directamente, ya sea indirectamente por los médicos que la integran y ello en relación con su actuación. En definitiva el ejercicio de la acción directa de la Ley de Contrato de Seguro no evita que la responsabilidad de la aseguradora tenga carácter accesorio, aun cuando procesalmente puede ejercitarse la acción directamente contra ella, y ello a efectos de legitimación procesal tanto activa como pasiva, pero repetimos únicamente es accesorio en lo sustantivo (legitimación ad causam) de un previo pronunciamiento de responsabilidad de la Administración, que conforme a la normativa ya señalada de la LOPJ y de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, está vedada a la Jurisdicción Civil, conforme a la interpretación que ya hemos expuesto y que reflejan los Autos de la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo.*

En definitiva, el hecho de que en el suplico de la demanda únicamente se pida la declaración de responsabilidad y la condena a indemnizar de la Aseguradora, no es sino un mecanismo por el que la parte intenta obviar el carácter preferente y exclusivo para el conocimiento en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración de la Jurisdicción contencioso-administrativa, buscando con ello además y así lo señala en el propio escrito de demanda, obtener la condena al pago de los intereses del 20 por ciento de la Ley de Contrato de Seguro, pretensión que no tendría acogida, al parecer, en la vía contencioso administrativa.

Dicha finalidad sin embargo no puede legitimar la atribución de competencia a una Jurisdicción que no lo es por disposición de la ley.

Por todo lo expuesto procede estimar el recurso de apelación formulado y revocar la sentencia de instancia, anulando la misma y declarando la incompetencia de la Jurisdicción Civil para el conocimiento de la pretensión deducida en la demanda que da origen a este litigio.»

un proceso en el que ella no ha sido parte⁹³⁷ puesto que la Administración no tiene porqué personarse en el proceso civil.

Especialmente crítica con la solución hasta ahora mayoritaria se ha mostrado CUETO PÉREZ⁹³⁸ para la que, en línea con lo que venimos diciendo, el ejercicio de la acción directa no debe suponer atribuir facultad al perjudicado para elegir el orden jurisdiccional competente que se pronuncie sobre la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración pues corresponde en exclusiva al orden contencioso-administrativo, resultando extraño que el orden civil se pronuncie sobre la misma conforme a la legislación administrativa, aunque sea a efectos meramente prejudiciales. En opinión de la autora, no se pueden calificar como «*meros inconvenientes prácticos*», los problemas derivados de la dualidad jurisdiccional ya que las vías jurisdiccionales podrían superponerse o usarse alternativamente (sentencias contradictorias, vinculatoriedad de las distintas resoluciones en los otros procesos...) «*lo cual claramente excede de los fines garantistas que otorga con carácter general la acción directa frente a la aseguradora*». Urge aprobar una reforma de la LJCA y la LCS sobre la acción directa cuando el asegurado es una Administración, que logre la consecución de la unidad jurisdiccional en responsabilidad patrimonial de la Administración y evite toda la problemática que genera la dualidad jurisdiccional, especialmente en el ámbito sanitario.

Estos argumentos han intentado rebatirse alegando que la acción directa no es la única excepción al principio de unidad de fuero puesto que, por ejemplo, la Administración responderá subsidiariamente en caso de responsabilidad civil derivada de delito del funcionario o empleado público dando entrada no sólo a un orden jurisdiccional distinto sino incluso a un régimen sustantivo diferente, el penal⁹³⁹.

Partiendo del rechazo de la posibilidad de ejercitar la acción directa si falta la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración en la vía administrativa y contencioso-administrativa, podemos diferenciar dos líneas doctrinales. Una que o bien entiende vigente o propone de *lege ferenda* el establecimiento de un litisconsorcio pasivo necesario. Otra que admite el ejercicio de la acción directa en la vía civil pero

⁹³⁷ MIR PUIGPELAT, O.; «La jurisdicción competente ...», *op. cit.*, p.16.

⁹³⁸ CUETO PÉREZ, M.; «Limitación de...», *op. cit.*

⁹³⁹ HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, pp. 165 y 166.

tras haberse declarado la responsabilidad patrimonial de la Administración en la vía administrativa y contencioso-administrativa.

Una primera línea doctrinal considera que, aunque hubiera sido conveniente que el legislador lo hubiera recogido de forma expresa, los términos tan genéricos en los que los artículos 9.4 de la LOPJ y art. 2.e) de la LJCA han establecido la competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, han supuesto la derogación tácita o la inaplicación de la acción directa del art. 76 de la LCS exclusivamente frente a la aseguradora, teniendo en cuenta además la intervención de la aseguradora como codemandada en el recurso contencioso-administrativo⁹⁴⁰.

Para esta parte de la doctrina, de conformidad con el art. 21.1.c) de la LJCA, si se quiere dirigir la acción contra la compañía aseguradora, tendrá que ser necesariamente en el proceso contencioso-administrativo junto con la Administración, estableciéndose un litisconsorcio pasivo necesario entre ambas⁹⁴¹. No cabrá ejercitar la acción directa únicamente frente a la misma en otro orden jurisdiccional. El hecho de que haya de dirigirse la reclamación también contra la Administración presupone la necesidad de agotar la vía administrativa previa en la que el asegurador tendrá la condición de interesado. Como hemos visto *Supra* choca frontalmente con la jurisprudencia que sostiene que el precepto lo único que prevé es que cabe demandar a la aseguradora junto a la Administración en el orden contencioso-administrativo, pero no impone que tenga que ser así ni impide que se pueda ejercitar la acción únicamente frente a la aseguradora.

⁹⁴⁰ CARAZA CRISTÍN, M. DEL M.; *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 339 y 340; PÉREZ PIÑAS, M.; *op. cit.* En el mismo sentido, MONTORO CHINER, M. J. y HILL PRADOS, M. C.; *op. cit.*, pp. 81, 82, 92 y 109.

⁹⁴¹ «La acción directa contra la Aseguradora prevista en el art. 76 de la Ley de Seguro Privado no parece pensar en el supuesto de aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas pero en todo caso no puede modificar la naturaleza pública de la responsabilidad patrimonial por lo que conforme a lo establecido en el art. 2 e) de la Ley de la Jurisdicción debe conocerse judicialmente en sede contencioso-administrativa aunque se plantee entre privados sin que el procedimiento administrativo y la Administración puedan quedar excluidos del procedimiento». OTAOLA, J.; «La privatización de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública» *Actualidad Administrativa*, nº 29 (2000), pp. 869 a 872; PÉREZ DEL BLANCO, G.; «Últimas reformas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *La Ley*, nº 6118 (2004). En www.laleydigital.es [Consultado el día 20 de julio de 2019]; CASTILLEJO MANZANARES, R.; *El proceso contencioso administrativo. Primera instancia y ejecución del procedimiento ordinario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, p. 77; SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, p. 963; HERNÁNDEZ DEL CASTILLO, A.; «Capítulo II.I.4. Problemas en...», *op. cit.*, p. 608;

En esta misma línea otro sector doctrinal⁹⁴² propone de *lege ferenda* el establecimiento de un litisconsorcio pasivo necesario⁹⁴³. Tras reconocer la necesidad de que el legislador configure un *iter* procedimental y procesal adecuado que aclare las numerosas dudas que se suscitan y conjugue los diferentes intereses encontrados, proponen de *lege ferenda* que, a pesar de la solidaridad, se obligue a demandar al asegurado-causante del daño (la Administración), cuando se ejercite la acción frente al asegurador. Se eliminaría pues la posibilidad de ejercitar la acción directa del art. 76 de la LCS de forma autónoma frente a la compañía aseguradora. Así se ha propuesto también por parte de la doctrina privatista en cualquier ámbito del seguro de responsabilidad civil, no sólo cuando el asegurado es una Administración⁹⁴⁴. Un ejemplo podemos encontrar en nuestro propio ordenamiento jurídico cuando se trata de reclamar responsabilidad por daños nucleares, aunque probablemente cambiará tras la entrada en vigor de la nueva Ley⁹⁴⁵. Y, parecen preverlo también otros ordenamientos jurídicos, como el italiano⁹⁴⁶, especialmente en el ámbito del seguro que cubra la responsabilidad médico-sanitaria.

⁹⁴²MIR PUIGPELAT, O.; «La jurisdicción competente ...», *op. cit.*, pp. 21 a 24 y *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia ...*, *op. cit.*, p. 350; BUSTO LAGO, J. M.; «Ejercicio de...», *op. cit.* y «La responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 2039 y 2050; GAMERO CASADO que en la actualidad sostiene una solución intermedia (*Vid. Infra*), donde tiene cabida el litisconsorcio pasivo necesario, proponía la necesidad de llevar a cabo una reforma legislativa en este sentido. GAMERO CASADO, E.; «Los seguros...», *op. cit.*; Los contratos...», *op. cit.*, p. 372 y *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, p. 172.

GAMERO CASADO, E.; «Los contratos...», *op. cit.*, p. 372. HUERGO LORA entiende que esta regulación no sería contraria al art. 14 de la CE «ya que existen razones objetivas para establecer esa diferencia de régimen jurídico (con supresión de la acción directa) entre el seguro de la Administración y entre el de los particulares. Esas razones son la solvencia de la Administración y, sobre todo, que su responsabilidad es exigible a través de un procedimiento especial, el administrativo, distinto del procedimiento aplicable a la responsabilidad del asegurador». HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, pp. 167 y 170.

⁹⁴³ A diferencia de los anteriores, esta parte de la doctrina considera que en la actualidad no existe un litisconsorcio pasivo necesario.

⁹⁴⁴ *Vid.* por todos, SÁNCHEZ CALERO, F.; «Artículo 76»..., *op. cit.*, pp. 1620, 1747, 1748, 1793 a 1796, que deja al margen de esta propuesta al seguro de automóvil; SANTAELLA SÁEZ lo propone en el ámbito del seguro de responsabilidad civil profesional. SANTAELLA SÁEZ, O.; *op. cit.*

⁹⁴⁵ Cuando se reclama responsabilidad por daños nucleares, la acción ha de dirigirse conjuntamente frente al explotador causante de los daños y a la entidad(es) aseguradora(s) (art. 65 de la Ley 25/1964, de 29 de abril, de energía nuclear). Sin embargo, en la actualidad, el legislador ha optado por establecer un litisconsorcio pasivo voluntario ya que recoge en el art. 14 de la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos, que todavía no ha entrado en vigor, la posibilidad de ejercitar la acción directa de forma autónoma frente al asegurador, derogando a su vez lo previsto en el art 65 a través de su disposición derogatoria única.

⁹⁴⁶ En Italia, por ejemplo, en el seguro obligatorio de automóviles se impone la obligación de demandar al causante del daño en aquellos casos en que se dirija la acción directa contra el asegurador (art. 144 *Codice delle assicurazioni private*) configurando así un litisconsorcio pasivo necesario. Por su parte, de forma más clara, en materia de seguro que cubre la responsabilidad médico-sanitaria se establece la posibilidad de ejercitar la acción directa frente a la aseguradora siendo requisito *sine qua non* que se demande conjuntamente a la estructura sanitaria pública o privada en cuanto se trata de un litisconsorcio necesario.

Se trataría de un litisconsorcio propio o legal, que debería ser establecido expresamente por el legislador en la LOPJ y la LJCA. La reclamación debería dirigirse frente a ambas en el orden contencioso-administrativo, previa tramitación del correspondiente procedimiento administrativo en el que la aseguradora tendría una posición activa, algo que ya se garantiza en los pliegos de condiciones de los contratos de seguros que cubren la responsabilidad en el ámbito sanitario, con la creación de las Comisiones de Seguimiento o Comisiones Mixta formadas por miembros de la Administración y la aseguradora con objeto de estudiar las reclamaciones y formular propuestas sobre la aprobación o denegación de indemnizaciones, cuantía o terminación convencional (*Vid. Supra*, Capítulo VII, 4.2).

La conexión entre el derecho que ostenta el perjudicado frente al asegurador y frente al asegurado es indudable. Para que exista obligación de pagar la indemnización por el asegurador será presupuesto necesario que haya responsabilidad del asegurado cubierta por la póliza del seguro (art. 73 de la LCS). Por eso, tanto para los que entienden que estaba ya establecido como para los que lo proponen de *lege ferenda*, el litisconsorcio pasivo necesario vendría justificado porque permite dilucidar todas las cuestiones litigiosas tanto las relativas a la responsabilidad como al seguro (por ejemplo, si entra dentro del ámbito de cobertura de la póliza) en el mismo proceso judicial y ante un único orden jurisdiccional en el que intervendrán todos los implicados (perjudicado, Administración y compañía aseguradora), eliminando el riesgo de resoluciones judiciales contradictorias⁹⁴⁷. Ello posibilitará, además, la reparación íntegra del daño en el mismo proceso judicial (es posible que la obligación del asegurador no cubra la totalidad de la deuda indemnizatoria por existir una franquicia o porque la indemnización es superior a la suma asegurada); refuerza la posibilidad de que se produzca el pago (ya que quedan afectos dos patrimonios -el de la Administración y el del asegurador-); se puede condenar a la aseguradora al pago de los intereses de demora del art. 20 de la LCS; evitará posibles litigios posteriores que provocarían un aumento

Lo mismo sucedería si se reclama directamente frente a la aseguradora del médico privado que ejerce su actividad de forma independiente, serán litisconsortes necesarios (art. 12 de la *Legge Gelli-Bianco*). Sin embargo, este precepto aún no es aplicable puesto que su entrada en vigor se hace depender de la aprobación del Decreto en el que se regulen los requisitos mínimos de las pólizas de seguros para las estructuras sanitarias públicas y privadas y para los profesionales sanitarios (art. 10.6 y 12.6 de la *Legge*). Cuatro años después de la entrada en vigor de la Ley, el citado Decreto está en fase de proyecto. La última versión es de enero de 2021.

⁹⁴⁷MIR PUIGPELAT, O.; «La jurisdicción competente ...», *op. cit.*, pp. 21 a 24 y *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia ...*, *op. cit.*, p. 350. En el mismo sentido, SÁNCHEZ CALERO, F.; «Artículo 76»..., *op. cit.*, pp. 1620, 1747, 1748, 1793 a 1796 y GAMERO CASADO, E.; «Los contratos...», *op. cit.*, p. 372.

de los costes y el grave riesgo de posibles resoluciones contradictorias, sobre todo teniendo en cuenta las discrepancias a la hora de apreciar si la sentencia civil vincula al orden contencioso-administrativo, cuya respuesta parece ser negativa, y a la inversa, si la resolución administrativa o la sentencia contencioso-administrativa vincularían al orden civil; o lo relativo al riesgo de prescripción (*Vid. Infra*, Capítulo VII, 6.5). Asimismo, se evitan allanamientos excesivos por parte de la aseguradora que podrían suponer un aumento de las primas⁹⁴⁸ y se respetaría la competencia para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración a través del correspondiente procedimiento administrativo y ante la jurisdicción contencioso-administrativa, garantizándose la unidad jurisdiccional en esta materia.

Como ha señalado MIR PUIGPELAT, la propuesta no es plenamente satisfactoria, pero tiene más ventajas que inconvenientes. Se inclina por la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa que es la especializada en responsabilidad patrimonial de la Administración que será la cuestión principal, y no la relativa al contrato de seguro, que es accesoria, aunque ello suponga atribuir a una jurisdicción no especializada el conocimiento de la interpretación de un contrato privado⁹⁴⁹.

Una segunda línea doctrinal podemos decir que adopta una postura intermedia tratando de cohonestar la obligación de tramitar un procedimiento administrativo previo para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración y la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa con la posibilidad de ejercitar la acción directa del art. 76 de la LCS como «*garantía medular del contrato de seguro*⁹⁵⁰», que debe respetarse cuando se asegura la responsabilidad patrimonial de la Administración y cuya competencia correspondería al orden civil.

En este sentido, para CUETO PÉREZ⁹⁵¹, que insiste en la necesidad de llevar a cabo una reforma, la solución más factible y ajustada a la realidad legislativa vigente sería que la acción directa pudiera ejercitarse en el orden civil, pero de forma subsidiaria. Sólo tras ser declarada en la vía administrativa y, en su caso, contencioso-administrativa la responsabilidad patrimonial de la Administración y siendo ésta condenada, podría plantearse la acción directa en el orden civil para reclamar el pago de

⁹⁴⁸ MIR PUIGPELAT, O.; «La jurisdicción competente ...», *op. cit.*, pp. 21 a 24 y *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia ...*, *op. cit.*, p. 350.

⁹⁴⁹ *Id.*; CARAZA CRISTÍN, M. DEL M.; *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 341.

⁹⁵⁰ GAMERO CASADO, E. Y FERNÁNDEZ RAMOS, S.; *op. cit.*, p. 749.

⁹⁵¹ CUETO PÉREZ, M.; «Limitación de...», *op. cit.*

la indemnización y, en su caso, los intereses de demora del art. 20 de la LCS. Así sabemos que se da el presupuesto técnico de la responsabilidad del asegurado para que exista obligación de la aseguradora sin que la jurisdicción civil, que no tiene competencia, se pronuncie, aunque sea a efectos meramente prejudiciales, sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, erradicándose la diferencia de criterios jurisprudenciales. Sin embargo, como también advierte la propia autora, en la práctica es frecuente que, al ser emplazada la aseguradora en el contencioso-administrativo, si la Administración es condenada, consigne o pague la indemnización en el seno del propio proceso contencioso-administrativo con objeto de no ser condenada con posterioridad al pago de los intereses de demora del art. 20 de la LCS, imposibilitando el ejercicio de la acción directa, pues pagada la indemnización, la obligación queda extinguida (art. 1145 CC). Además, plantea problemas de economía procesal.

GAMERO CASADO Y FERNÁNDEZ RAMOS⁹⁵² se pronuncian en similar sentido aunque con una variante. Para estos autores, la acción directa no excluye la obligación de tramitar el correspondiente procedimiento administrativo en el que a la aseguradora se le reconoce la condición de parte interesada salvo que se haya pactado una franquicia y el importe de la indemnización reclamada sea inferior. Una vez declarada la responsabilidad patrimonial de la Administración, se podrá ejercitar la acción directa únicamente frente a la compañía aseguradora en el orden civil. Lo único discutible será si el riesgo está cubierto y dentro de los límites del contrato de seguro. Sin embargo, de no haberse obtenido declaración de responsabilidad en la vía administrativa, deberá plantearse recurso contencioso-administrativo. Si se quiere demandar a la aseguradora, habrá de hacerlo en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo junto a la Administración, constituyéndose un litisconsorcio pasivo necesario (art. 21.1.c) de la LJCA), sin que quepa demandar a la Administración en el orden civil. Esta sentencia podrá ser recurrida por la aseguradora de forma autónoma.

⁹⁵²GAMERO CASADO, E. Y FERNÁNDEZ RAMOS, S.; *op. cit.*, pp. 735 y 736. GAMERO CASADO de *lege ferenda* ha defendido con anterioridad que se apruebe una normativa específica en seguros que establezca que para que se pueda ejercitar la acción directa sea necesaria la tramitación previa de un procedimiento administrativo en el que se declare la responsabilidad patrimonial de la Administración, debiendo ejercitarse la acción directa junto con la Administración en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, reuniendo así todas las cuestiones litigiosas tanto las relativas a la responsabilidad como la del seguro en el mismo orden jurisdiccional. GAMERO CASADO, E.; «Los seguros...», *op. cit.*; «Los contratos...», *op. cit.*, pp. 372 y 377 y *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, pp. 171 y 172, *Vid. Supra*.

Tanto una como otra línea doctrinal, esto es, se establezca un litisconsorcio pasivo necesario o se configure la acción directa en la vía civil como subsidiaria, podría suponer, si se sigue lo establecido por la jurisprudencia, desvirtuar la naturaleza sustantiva de la acción directa puesto que termina con su carácter separable y su autonomía procesal. Precisamente una de las ventajas y caracteres de la acción es que permite condenar a la aseguradora al pago de la indemnización sin tener que reclamar previa o conjuntamente al asegurado.

5.4.3 Otras propuestas doctrinales.

Además de las anteriores, se han formulado otras propuestas doctrinales que tratan de casar el reconocimiento de la acción directa y el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración:

Una primera propuesta defendida de *lege ferenda* por JIMÉNEZ LÓPEZ⁹⁵³ sería atribuir al orden contencioso-administrativo la competencia para conocer de la acción directa ejercitada única y exclusivamente frente a la aseguradora, alcanzando de esta forma una verdadera unidad jurisdiccional. Sustenta su razonamiento en que en realidad se trata, de conformidad con la Directiva 92/50/CEE, 18 junio 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios modificada por la Directiva 97/52/CEE de 13 de mayo, de un contrato administrativo, de cuyos efectos se encargará de conocer la jurisdicción contencioso-administrativa. En segundo lugar, si el legislador en el art. 21.1.c) de la LJCA admite que el orden contencioso-administrativo pueda conocer de las reclamaciones que se planteen frente a los particulares que concurren a la producción del daño y a las aseguradoras (sujetos privados) cuando son codemandados con la Administración, no habría ningún inconveniente en que también pudiera hacerlo cuando la acción se dirija exclusivamente contra la aseguradora. Esta opción, como señala la misma autora, plantea numerosas dificultades técnicas, entre otros motivos, porque no se demanda a ninguna Administración y para que exista obligación de pagar la indemnización de la aseguradora se tendrá que pronunciar sobre la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sin la intervención de la propia Administración. En su opinión, esta propuesta sería coherente con el principio de unidad jurisdiccional querido por el

⁹⁵³De *lege lata* entiende que la competencia corresponde a la jurisdicción civil. JIMÉNEZ LÓPEZ, M. N.; *op. cit.*, pp. 75 a 81.

legislador que impide que otros órdenes jurisdiccionales como sería el civil puedan pronunciarse sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, aunque sea de forma prejudicial. Para ello, se deberían modificar los artículos 9.4 de la LOPJ y 2.e) de la LJCA que prevén la competencia del orden contencioso-administrativo, pero cuando se demande a la aseguradora conjuntamente con la Administración.

Otra alternativa podría ser que se admita el ejercicio de la acción directa ante la jurisdicción civil, pero se suspenda expresamente por la Ley el curso de las actuaciones hasta que la Administración y los Tribunales contencioso-administrativos resuelvan sobre la responsabilidad patrimonial, que, de conformidad con lo establecido en el art. 42.3 de la LEC, será vinculante luego para los tribunales civiles. Hasta ahora esto es posible pero sólo cuando las partes lo soliciten⁹⁵⁴. Sin embargo, cuando el demandante acude al proceso civil en el ejercicio de la acción directa es precisamente porque trata de evitar la reclamación administrativa previa y la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa⁹⁵⁵ conllevándole, de admitirse, una inversión de tiempo y dinero mucho mayor que entendemos no le sería rentable. Sería más adecuado en ese caso, ejercitar la acción conjuntamente frente a la aseguradora y la Administración.

5.4.4 El art. 35 de la LRJSP, ¿solución o problema?

El legislador con el nuevo art. 35 de la LRJSP parece que ha intentado dar repuesta a los problemas procedimentales y jurisdiccionales que suscita el ejercicio de la acción directa frente a la aseguradora de la Administración responsable. Sin embargo, lejos de alcanzar este fin, las dudas interpretativas que plantea están conduciendo a nuevos conflictos de competencia en el marco de las Audiencias Provinciales cuya doctrina tras la jurisprudencia consolidada del TS era relativamente pacífica. Se trata de un precepto de relativo nuevo cuño por lo que no hay aun jurisprudencia, en sentido estricto, sobre la materia. Si bien, la STS (Sala de lo Civil, Pleno), 5 de junio de 2019 [RJ 2019\2213], admite que es posible que la LRJSP haya tenido alguna incidencia en esta materia. La mayor parte de los pronunciamientos que se han dictado hasta ahora son relativos al ejercicio de la acción directa frente a la aseguradora de la Administración sanitaria. El debate jurisprudencial y doctrinal está servido.

⁹⁵⁴ Opción citada por CUETO PÉREZ dentro de las posibles aunque no dice que la comparta. CUETO PÉREZ, M.; «Limitación de...», *op. cit.* y «Unidad jurisdiccional...», *op. cit.*, p. 718.

⁹⁵⁵ JIMÉNEZ LÓPEZ, M. N.; *op. cit.*, p. 76.

El art. 35 de la LRJSP, al regular la responsabilidad de las Administraciones Públicas cuando actúen en relaciones Derecho Privado, establece que se regirá por lo previsto en los artículos 32 y ss de la LRJSP «*incluso cuando la responsabilidad se exija directamente [...] a la entidad que cubra su responsabilidad*», en clara alusión a las compañías aseguradoras.

Este precepto tiene una incidencia incierta sobre el seguro de responsabilidad patrimonial de la Administración que se ve dificultada por la regulación de los aspectos sustantivos y procedimentales en dos normas diferentes, la LRJSP y la LPAC respectivamente⁹⁵⁶, y porque en principio, se refiere únicamente a la responsabilidad surgida en relaciones de Derecho Privado aunque su aplicación se esté extendiendo a los daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, como es el sanitario.

Al tratar de desentrañar el contenido del art. 35 de la LRJSP y su relevancia práctica, son tres las líneas interpretativas que se sostienen principalmente:

Para una primera línea interpretativa⁹⁵⁷, el art. 35 de la LRJSP viene a eliminar la posibilidad de ejercitar en el orden civil la acción directa del art. 76 de la LCS frente a la aseguradora cuando el asegurado es una Administración Pública. Incluso cuando se ejercita la acción directa frente a la aseguradora, la responsabilidad de la Administración será exigible con arreglo a los artículos 32 y ss de la LRJSP, lo que viene a significar que quedará sujeta al régimen de Derecho Público y a la tramitación administrativa prevista en la LPAC. La consecuencia será, aunque el precepto no lo diga

⁹⁵⁶AA.VV.; *Responsabilidad patrimonial...*, op. cit., pp. 24 y 25.

⁹⁵⁷Al respecto es clara GALLARDO CASTILLO: «*EL art. 35 LRJSP, si bien no con la claridad que hubiera sido deseable, dejando subsistente la posibilidad de ejercitar la acción directa, se decanta por exigir la responsabilidad conforme a las reglas establecidas en los artículos 35 y siguientes, es decir, que la opción del interesado por la acción directa contra la aseguradora no muta la naturaleza jurídica ni las reglas de la responsabilidad patrimonial, que siguen siendo las propias del Derecho público. Y aunque el precepto no menciona que la jurisdicción contencioso-administrativa sea la competente para conocer del conflicto que eventualmente pueda suscitarse, parece que ello va de suyo, en tanto que de su lectura puede inferirse que incluso en caso de acción directa la tramitación que habrá de seguirse es la prevista en esta Ley, por lo que parece obvio que deberá corresponder su revisión jurisdiccional al orden Contencioso-Administrativo*». GALLARDO CASTILLO, M. J.: *Los procedimientos administrativos...*, op. cit., p. 384 y *Administración Sanitaria y responsabilidad patrimonial*, Colex, 1ª ed., 2021, p. 57.

Para MARCOS MUÑOZ así lo ha dejado claro el art. 35 de la LRJSP al «*publicar*» (y, en consecuencia, atribuir su conocimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa) las relaciones de la aseguradora de la Administración con terceros». MARCOS MUÑOZ, F. J.; op. cit.; PAREJO ALFONSO señala que la última precisión del art. 35 de la LRJSP pone fin a las últimas cuestiones que subsistían en punto al orden jurisdiccional competente en esta materia. PAREJO ALFONSO, L.; *Lecciones de...*, op. cit., p. 1109; FUERTES, M.; op. cit., pp. 86 y 87.

expresamente, que su enjuiciamiento corresponderá a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Para ello no sería necesaria la modificación de las normas procesales. Teniendo en cuenta lo previsto en el art. 35 de la LRJSP se daría una nueva interpretación a los artículos 9.4 de la LOPJ, 2.e) y 21.1.c) de la LJCA en el sentido de que se constituye una suerte de litisconsorcio pasivo necesario, ya que, si se quiere demandar directamente a la aseguradora, habrá de presentarse necesariamente la reclamación también contra la Administración en el orden contencioso-administrativo, previo procedimiento administrativo. Queda así garantizado el principio de unidad jurisdiccional.

El que éste sea el régimen aplicable en supuestos de responsabilidad en relaciones de Derecho privado no significa que cuando los daños deriven del funcionamiento de un servicio público el régimen haya de ser otro, aunque el precepto no lo recoja de forma expresa. Se consigue así unificar los dos regímenes⁹⁵⁸.

Sin entrar a pronunciarse sobre el art. 35 de la LRJSP, esta es la postura que sostiene parte de la doctrina⁹⁵⁹. CUETO PÉREZ, GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS⁹⁶⁰ admiten el ejercicio de la acción directa en el orden civil pero siempre una vez declarada la responsabilidad patrimonial de la Administración en la vía administrativa, y en su caso, contencioso-administrativa, como hemos visto *Supra*.

Una segunda vía de interpretación partiendo de la premisa de que el art. 35 de la LRJSP autoriza expresamente a ejercitar la acción directa contra la aseguradora, se subdivide entre dos posturas:

a) Que el precepto pretende imponer que la acción directa se deba tramitar a través del procedimiento administrativo previsto en la LPAC, aun cuando no se ejercite ninguna pretensión frente a la Administración aseguradora. Esta interpretación debe ser descartada por cuando la aseguradora es un sujeto privado que no se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la LPAC (art. 2) y carece de competencia para tramitar el procedimiento. Además, como veremos a continuación, la competencia del orden

⁹⁵⁸ MARCOS MUÑOZ, F. J.; *op. cit.*; CARAZA CRISTÍN, M. DEL M.; *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 341.

⁹⁵⁹ *Id.*; Para SÁNCHEZ MORÓN es la interpretación vigente desde LO 19/2003. SÁNCHEZ MORÓN, M.; *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, p. 963.

⁹⁶⁰ CUETO PÉREZ, M.; «Limitación de...», *op. cit.*; GAMERO CASADO, E. Y FERNÁNDEZ RAMOS, S.; *op. cit.*, pp. 735 y 736.

contencioso-administrativo no encontraría sustento legal en lo dispuesto en el art. 9.4 de la LOPJ⁹⁶¹.

b) Para algunas Audiencias Provinciales de la redacción del art. 35 de la LRJSP se desprende la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de la acción directa ejercitada únicamente frente a la aseguradora de la Administración en virtud del art. 76 de la LCS, sin necesidad de tramitar un procedimiento previo. La entrada en vigor de esta Ley constituye un punto de inflexión en este sentido ya que se sustrae la competencia de la jurisdicción civil. De ahí que carezca de utilidad toda la jurisprudencia dictada con anterioridad.

Frente al argumento de que la LRJSP no puede cambiar la distribución de competencia jurisdiccional prevista en el art. 9.4 de la LOPJ, alegan que en ningún momento se está modificando la Ley Orgánica, sino que se está complementando. El art. 9.4 de la LOPJ únicamente va referido al supuesto en que se plantea la acción conjuntamente frente a la aseguradora y la Administración. No regula el caso en que se ejercite la acción directa contra la aseguradora de la Administración sin que la demanda se dirija también frente a ésta, ni tampoco atribuye la competencia al orden civil. Este vacío legal que llevaba a considerar que la competencia correspondía a la jurisdicción civil (dada la naturaleza privada de la entidad aseguradora) es el que viene a colmar la previsión del art. 35 de la LRJSP, que defiere su conocimiento al orden contencioso-administrativo. El legislador ha dado un paso definitivo en favor del principio de unidad de fuero cuando se exige responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas, evitando así el riesgo de resoluciones judiciales contradictorias. En este sentido se han pronunciado los Autos de la AP de Madrid (Sección 13ª), 28 de mayo de 2020 (JUR 2020\238479) y AP de Valladolid (Sección 3ª), 18 de junio de 2020 (JUR 2020\253173) que estiman la declinatoria por considerar que el orden civil carece de competencia para conocer de la acción directa articulada frente a la compañía aseguradora del servicio autonómico de salud por los daños ocasionados como consecuencia de la asistencia sanitaria⁹⁶².

⁹⁶¹ GÓMEZ LIGÜERRE aunque entiende que es lo que se desprende del tenor literal del precepto, rechaza esta conclusión y entiende que el art. 35 de la LRJSP no parece que vaya a solventar los problemas prácticos que plantea el ejercicio de la acción directa. GÓMEZ LIGÜERRE, C.; *Derecho aplicable...*, op. cit., pp. 218 y 219; AA.VV.; *Responsabilidad patrimonial...*, op. cit., p. 24.

⁹⁶² El Auto de la AP de Madrid (Sección 13ª), 28 de mayo de 2020 (JUR 2020\238479), analizando el art. 35 de la LRJSP señala claramente en el fundamento jurídico segundo: «De la redacción de dicho precepto se desprende que el perjudicado por la negligente actuación de la administración puede

Esta solución permite residenciar las cuestiones relativas a la responsabilidad patrimonial de la Administración en el orden jurisdiccional naturalmente competente para ello, el contencioso-administrativo. Por otra parte, en la actualidad no resulta ajeno a este orden jurisdiccional el pronunciamiento sobre los aspectos relativos al seguro (si el daño está cubierto por la póliza, por ejemplo), como sucede cuando se demanda a la aseguradora con la Administración. Ahora bien, no estaría exenta de problemas⁹⁶³. Dada la dependencia estructural respecto de la responsabilidad del asegurado habría un pronunciamiento previo sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración sin el concurso de ésta, prescindiéndose de la vía administrativa previa⁹⁶⁴. Si hubiera franquicia o infraseguro, ¿habría de reclamarse posteriormente a la Administración? ¿se podría ejercitar la acción directa frente a la aseguradora en el orden contencioso-administrativo si previamente se hubiera tramitado un procedimiento administrativo en el que se ha exigido responsabilidad patrimonial cuya resolución no se ha impugnado?

Tal como está redactado el precepto resulta difícil extraer esta conclusión que supone apartarse de nuestra tradición legislativa⁹⁶⁵ y de los principios propios del proceso contencioso-administrativo y las reglas de la LJCA.

En una tercera línea interpretativa, los Autos de la AP de Barcelona (Sección 11ª), 10 de mayo de 2018 (JUR 2018\154320) y 19 de junio de 2019 (JUR 2019\217647) y de la AP de Madrid (Sección 8ª), 24 de febrero de 2020 (JUR 2020\157645⁹⁶⁶) que han

ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios, bien contra la administración cuando esta actúe directamente, o contra la entidad de derecho privado, cuando la administración actúe a través de ella, o bien contra la administración y la entidad privada solidariamente, o bien contra la administración y su aseguradora

o contra esta última de forma directa, siendo competente en cualquiera de los supuestos la jurisdicción contencioso administrativa.

Es evidente que tras la entrada en vigor de la mencionada norma, la Jurisdicción Civil ya no es competente para conocer de las acciones directas contra la compañía aseguradora de la Administración Pública por reclamación de cantidad por el anormal funcionamiento de la misma.

Las resoluciones de la Sala de Conflictos Jurisdiccionales, es anterior a la entrada en vigor de dicha norma, y por lo tanto no es aplicable.»

⁹⁶³ Así los apuntaba ya JIMÉNEZ LÓPEZ que la propuso de *lege ferenda*. JIMÉNEZ LÓPEZ, M. N.; *op. cit.*, pp. 75 a 81.

⁹⁶⁴ No sería razonable según AA.VV.; *Responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, p. 25.

⁹⁶⁵ El propio Auto de la AP de Valladolid (Sección 3ª), 18 de junio de 2020 (JUR 2020\253173) que admite el ejercicio de la acción directa en el contencioso-administrativo afirma que la previsión del art. 76 de la LCS «*colisiona sin duda con la lógica inherente a la declaración de responsabilidad de los entes públicos.*»

⁹⁶⁶ Dicta una resolución en la que desestima la declinatoria planteada por la aseguradora alegando que la competencia corresponde al orden contencioso-administrativo. La afirmación de que no quepa la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando se ejercita acción directa frente a la aseguradora no puede verse perturbada por lo dispuesto en el art. 35 de la LRJSP que conectado con el nuevo concepto de sector público del art. 2 de la LRJSP viene a sujetar a las entidades de derecho privado al régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración, siendo exigible con arreglo a los mismos

conocido sobre acciones directas planteadas frente a las aseguradoras de las Administraciones sanitarias en la vía civil, la han tratado de rebatir⁹⁶⁷ afirmando que:

-No interviene ninguna Administración Pública ni se impugna una actuación administrativa que deba revisar el órgano jurisdiccional. Se demanda a un sujeto privado ajeno al Derecho Administrativo y que no depende de ninguna Administración⁹⁶⁸.

-El art. 35 de la LRJSP no puede derogar ni alterar la delimitación del ámbito competencial que traza el art. 9.4 de la LOPJ que atrae al contencioso-administrativo la competencia pero sólo cuando son demandadas conjuntamente la Administración y su aseguradora, no cuando se ejercita la acción directa únicamente frente al asegurador⁹⁶⁹. Interpretado a contrario sensu, supone que si se plantea la acción directa frente a la aseguradora la competencia no corresponderá al orden contencioso-administrativo, sino al civil (tendría la competencia en base a la naturaleza privada del sujeto y a la vis atractiva del art. 9.2 de la LOPJ). Por lo que, de haber querido otorgarse por el legislador la competencia al orden contencioso, el precepto sería inconstitucional por ir en contra de lo que prevé la LOPJ que debería haberse modificado⁹⁷⁰ Conforme a la jurisprudencia del TC anteriormente expuesta (*Vid. Supra*, Capítulo I, 1) el legislador ordinario puede concretar el conocimiento de los asuntos que se atribuyen a un determinado orden jurisdiccional (art. 117.1 CE) pero no puede contradecir o excepcionar el régimen de delimitación competencial establecido en la LOPJ.

- Al igual que el art.9.4 de la LOPJ, el art. 2.e) de la LJCA reserva la competencia al orden contencioso-administrativo cuando se reclama a la aseguradora juntamente con la Administración. Tampoco el art. 21.1.c) de la LJCA le otorga legitimación a la

procedimientos que aquella y correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo.

⁹⁶⁷ Con anterioridad a este precepto, la doctrina rechazaba por completo el ejercicio de la acción directa en el orden contencioso-administrativo (*Vid. Supra*, Capítulo VII, 6.4.1).

⁹⁶⁸ Aunque en algún caso la LJCA admite la impugnación directa de actos dictados por particulares, son concesionarios que tienen alguna relación con la Administración y en el ejercicio de potestades administrativas, estando ello previsto expresamente en una norma, lo que no sucede en el caso de las aseguradoras.

⁹⁶⁹ GÓMEZ LIGÜERRE, C.; *Derecho aplicable...*, *op. cit.*, p. 219.

⁹⁷⁰ Para GALÁN CORTÉS, aunque parece que el art. 35 de la LRJSP ha pretendido cerrar cualquier puerta a la posibilidad de reclamar únicamente a las aseguradoras en el orden civil, no lo ha conseguido, puesto que mientras no se modifique el párrafo segundo del art.9.4 de la LOPJ, los jueces del orden contencioso-administrativo conocerán de las reclamaciones que se dirijan conjuntamente frente a la Administración y su aseguradora, pero no cuando se dirija única y exclusivamente frente a ésta última cuya competencia seguirá correspondiendo al orden civil, al que entiende que compete de forma natural su conocimiento. GALÁN CORTÉS, J. C.; *op. cit.*, pp. 77 y 78.

aseguradora para actuar en solitario puesto que establece que «*que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren*».

-El art. 2 de la LRJSP y la LPAC no incluyen a las aseguradoras dentro del ámbito subjetivo de aplicación al no considerarlas dentro del sector público. Además de que el art. 35 de la LRJSP se circunscribe a las relaciones de Derecho privado o cuando las Administraciones Públicas actúan a través de entidades de derecho privado constituidas por las mismas, no cuando es responsabilidad patrimonial directamente imputable a la actuación u omisión del personal adscrito a una Administración concreta, en este caso el ICS, en el ejercicio de la sanidad pública.

La conclusión que sigue a esta tercera línea de interpretación es que el art. 35 de la LRJSP no ha introducido ninguna modificación en lo que atañe a la competencia jurisdiccional ni impone un litisconsorcio pasivo necesario ni altera la jurisprudencia del TS dictada hasta la fecha conforme a la legislación anterior, de tal forma que la competencia sigue correspondiendo al orden civil. El art. 76 de la LCS sigue estando vigente y los artículos 9.4 de la LOPJ, 2.e) y 21.1.c) de la LJCA no han sido cambiados. El art. 35 de la LRJSP lo único que hace es remitirse a los artículos 32 y ss de la LRJSP que regulan los aspectos sustantivos de la responsabilidad patrimonial, no a los procedimentales, positivizando lo que ya se sostenía por la jurisprudencia de forma unánime: el pronunciamiento prejudicial de los tribunales civiles sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración ha de hacerse bajo los parámetros propios del Derecho Administrativo (artículos 32 y ss de la LRJSP). Esto último que es lo único que resulta claro del precepto, ha sido afirmado con carácter *obiter dicta* por el TS que no realiza ningún pronunciamiento más al respecto al no ser aplicable el art. 35 de la LRJSP al caso (STS (Sala de lo Civil), 5 de noviembre de 2019 [RJ 2019\4233⁹⁷¹]).

En mi opinión, aunque la intención del legislador parece ser la de cegar una de las posibles excepciones al principio de unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial. Incluso aunque se ejercite la acción directa contra la aseguradora, la responsabilidad patrimonial por la asistencia sanitaria se deberá dilucidar en el correspondiente procedimiento administrativo y ante la jurisdicción contencioso-administrativa, poniendo fin a toda esta problemática práctica. Sin embargo, la

⁹⁷¹ Siguiendo a esta sentencia: SSAP de Madrid (Sección 21ª), 5 de octubre de 2020 (AC 2020\1629); (Sección10ª), 22 de mayo de 2020 (JUR 2020\212481) o 19 de noviembre de 2020 (JUR 2021\96218).

ubicación y los términos en los que está redactado el art. 35 de la LRJSP no nos parece apoyo legal suficiente que permitan sostener con claridad esta postura que lleva a negar la autonomía procesal de un derecho sustantivo considerado elemento medular del contrato de seguro: sólo va referido a la responsabilidad surgida en relaciones de Derecho privado; se remite únicamente a los aspectos sustantivos, la aseguradora no se incluye en el ámbito de aplicación de la LPAC (art.2)... No creemos que vaya a impedir que se siga planteando la acción directa del art. 76 de la LCS en el orden civil.

Si ésta es la verdadera voluntad del legislador debería haber llevado a cabo una redacción más cuidada⁹⁷² que afectara también a la LPAC. Podría ser de manera análoga a lo que figura en la propuesta que formuló GAMERO CASADO sobre el art 144 de la LRJPAC: *«La responsabilidad administrativa extracontractual será exigible en todo caso conforme a los procedimientos regulados en este Capítulo, con independencia de la relación jurídica en que el daño se hubiera generado, de que el mismo derive de actuaciones en vía de hecho, o de que el pago se encuentre cubierto mediante pólizas de seguros»*⁹⁷³.

5.5 Problemas derivados del ejercicio de la acción directa de forma autónoma en el orden civil.

Admitir el ejercicio de la acción directa únicamente frente al asegurador de la Administración en la jurisdicción civil supone una vía indirecta para que este orden jurisdiccional y no el contencioso-administrativo conozca de acciones que atañen a la responsabilidad patrimonial de la Administración, por cuanto la aseguradora tendrá que responder si existe obligación de indemnizar los daños a cargo del asegurado dentro de los límites de la Ley y el contrato (art. 73 LCS). Como venimos afirmando, ello genera una variada problemática que pone de relieve las dificultades de encajar la acción directa cuando la aseguradora es una Administración y la necesidad de que el legislador de una respuesta adecuada, más clara que la prevista en el art. 35 de la LRJSP, que ponga fin a estas incertidumbres. Empero, la obligación de demandar a la aseguradora

⁹⁷² En este sentido se manifiesta GOMÉZ LIGÜERRE: *«En definitiva, no parece que el nuevo art. 35 LRJSP vaya a solventar el problema práctico que supone el ejercicio de la acción directa contra la compañía aseguradora de la Administración responsable. Si el legislador administrativo quiere acabar con el actual estado de cosas en materia de acción directa contra la aseguradora de la Administración, debe promover una reforma de la LCS o diseñar un régimen legal propio para el seguro de la responsabilidad patrimonial. Mientras no se haga ni una cosa ni la otra, es mala política legislativa incluir en la ley mandatos o previsiones que contradicen otros ya vigentes.»* GÓMEZ LIGÜERRE, C.; *Derecho aplicable...*, op. cit., p. 219.

⁹⁷³ GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, op. cit., p. 229.

junto a la Administración tampoco está exenta de dudas, aunque quizá sean menores. A continuación, vamos a tratar de poner de manifiesto unos y otros, con objeto de poder proceder a formular una conclusión clara sobre la admisión y conveniencia del ejercicio independiente de la acción directa en el orden civil y la posible formulación de propuestas.

5.5.1. Litispendencia.

Para eludir la incertidumbre existente en torno a la posible prescripción si se reclama antes a la aseguradora o a la Administración, sería posible dirigirse de forma simultánea por una parte frente a la Administración en la vía administrativa y contencioso-administrativa y, por otra parte, contra la aseguradora en la vía civil⁹⁷⁴. ¿Se podría entonces plantear la excepción de litispendencia del art. 416.1.2ª de la LEC? Según HUERGO LORA, la jurisprudencia entiende que en estos casos no hay litispendencia entre ambos procesos⁹⁷⁵ porque no se daría la triple identidad que se exige para apreciar la cosa juzgada⁹⁷⁶, de la que la litispendencia se suele entender como un precipitado o consecuencia. Igualmente, es habitual en la práctica que se demande a la aseguradora en acción directa mientras se está tramitando el expediente administrativo de responsabilidad patrimonial. Entienden los tribunales que sólo vendría impedido «*por un acto que tuviera la fuerza de generar el efecto de litispendencia (art.411y ss de la LEC), y eso sólo lo provoca la acción judicial.*» (SAP de Madrid (Sección 19ª), 22 de enero de 2020 (AC 2020\717) que cita la STS (Sala de lo Civil), de 3 de septiembre de 2012).

⁹⁷⁴ HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, p. 179; BUSTO LAGO, J. M.; «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 2060; XIOL RÍOS, J. A.; *op. cit.*

⁹⁷⁵ Del mismo modo, considera que la aseguradora no puede alegar la pendencia de un procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial para negarse a pagar la indemnización ya que el perjudicado puede ejercitar la acción directa del art. 76 de la LCS y que la Administración no podría negarse a tramitar el procedimiento administrativo o desestimar la reclamación por estar pendiente un proceso civil. HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, pp. 157 y 179. En contra, DEL RÍO MUÑOZ que entiende que no puede simultanearse con la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración debiendo atraerse en ese caso las actuaciones al procedimiento administrativo. DEL RÍO MUÑOZ, F.; *op. cit.*, p. 9.

⁹⁷⁶ MONTERO AROCA, J.; «Lección Decimocuarta. La demanda», en la obra colectiva *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 27ª ed., 2019, p. 324.

5.5.2. Efectos de la sentencia civil, la resolución administrativa y la sentencia contencioso-administrativa en un proceso posterior.

Si el perjudicado ejercita la acción directa es posible que se abran diferentes opciones si quiere reclamar la responsabilidad patrimonial a la Administración sanitaria, ya que las diferentes vías que hemos visto (civil, administrativa y contencioso-administrativa) pueden usarse alternativamente. Tal como ha señalado la STS (Sala de lo Civil), dictada en Pleno, 5 de junio de 2019 [RJ 2019\2213] (y la STS (Sala de lo Civil, Pleno), 17 de septiembre de 2020 [RJ 2020\3259]), fºjº 3º, apartado 5, es posible que:

1. Se demande directa y únicamente a la aseguradora de la Administración en el orden civil. Si con posterioridad se quisiera reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración, habrá de acudir a la vía administrativa y contencioso-administrativa. ¿Qué efectos se le reconocen en ese caso a la previa sentencia civil, una vez que sea firme?

2. Que el perjudicado reclame en la vía administrativa y contencioso-administrativa y, una vez declarada la responsabilidad patrimonial de la Administración y condenada ésta, plantee acción directa frente a la aseguradora. ¿Vincula la sentencia contencioso-administrativa firme a los jueces civiles?

3. Que, resuelto de forma expresa o presunta el procedimiento administrativo en el que se reclama responsabilidad patrimonial de la Administración, la resolución devenga firme y consentida por no impugnarse en sede contencioso-administrativa y se ejercite luego acción directa frente a la aseguradora. ¿Podría ejercitarse tras la resolución administrativa la acción directa?; ¿qué efectos tiene la resolución administrativa firme en el proceso civil posterior?

Estas cuestiones a las que trataremos de dar respuesta de forma suscitan han sido objeto de numerosos litigios en la práctica.

5.5.2.1. Vinculación de la sentencia civil en el procedimiento administrativo y contencioso-administrativo posterior.

Ya hemos visto *Supra*, que si se ejercita la acción directa frente a la aseguradora en el orden civil los Tribunales de este orden jurisdiccional se podrán pronunciar con carácter prejudicial sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración (art. 10.1

de la LOPJ y art. 42 de la LEC), aplicando las reglas propias del Derecho Administrativo. Sin embargo, si se quisiera obtener la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración y su condena, conforme a la jurisprudencia vista, habrá de tramitarse el correspondiente procedimiento administrativo y, en su caso, la vía judicial contencioso-administrativa. Así, puede suceder si se quiere lograr la reparación íntegra del daño por existir una franquicia o por infraseguro ¿Qué efectos tendría entonces la sentencia civil?

Como el juez civil se pronuncia únicamente de forma prejudicial, la sentencia que se dicte no vincula fuera de ese proceso (art. 42.2 de la LEC), en el que la Administración no ha sido parte (art. 222.3⁹⁷⁷ y 4⁹⁷⁸ LEC)⁹⁷⁹. No producirá pues, efecto de cosa juzgada material positiva o prejudicial. Ni tampoco se podría ejecutar la sentencia civil frente aquellos que no han sido parte en el proceso judicial (art. 542.1 de la LEC)⁹⁸⁰. Ni la Administración ni los Tribunales contencioso-administrativos estarán vinculados por lo resuelto en la jurisdicción civil, de lo que resulta que ni obliga a pagar la indemnización a la Administración ni prejuzga el resultado de eventuales acciones administrativas y contencioso-administrativas⁹⁸¹. El orden contencioso-administrativo sólo quedará sujeto a los hechos fijados en el orden civil salvo que existan nuevos elementos de juicio. Aunque la Administración interviniera en el proceso civil (*ex* art. 13 de la LEC), no se alcanzaría otra conclusión puesto que, entre otros motivos, no ha sido verdadero demandado y la jurisdicción civil carece de competencia para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración (art. 9.4 LOPJ y art. 2.e) de la LJCA). No obstante, desde un punto de vista fáctico, habiendo sido la cuestión debatida y resuelta, aunque sea con efectos meramente prejudiciales, en un proceso civil cuya resolución es firme, nos parece poco probable que los Tribunales del orden contencioso-administrativo se aparten de lo resuelto en la sentencia civil. Se pone así de manifiesto otra de las disfunciones de la regulación normativa actual. Por otra parte, a la

⁹⁷⁷ La LEC en el año 2000 derogó de forma expresa el art. 1252 CC que extendía los efectos de la cosa juzgada al resto de deudores solidarios.

⁹⁷⁸ La cosa juzgada material en su vertiente positiva exige identidad de sujetos que no se da en principio en estos casos: en el orden civil: perjudicado-aseguradora; en el contencioso: Administración-perjudicado.

⁹⁷⁹ BUSTO LAGO, J. M.; «Ejercicio de...», *op. cit.* y «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 2068.

⁹⁸⁰ GARNICA MARTÍN, J. F.; «Problemas derivados de la pluralidad de responsables en el proceso civil», *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 25 (2008), p. 82.

⁹⁸¹ BUSTO LAGO, J. M.; «Ejercicio de...», *op. cit.* y «La responsabilidad...», *op. cit.*, p.2052; HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, pp. 169 a 179; XIOL RÍOS, J. A.; *op. cit.*.

Administración no le resultará indiferente la condena de la aseguradora en el orden civil por cuanto puede dar lugar a un encarecimiento de las primas⁹⁸².

Esta cuestión, no obstante, plantea muchas dificultades. Como muestra, la STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 7 de junio de 2017 (JUR 2017\265661) que reconoce efectos de cosa juzgada a la sentencia civil que desestima la acción directa del art. 76 de la LCS en relación con la aseguradora. En base a los mismos hechos se reclama responsabilidad patrimonial de la Administración en un procedimiento administrativo cuya resolución es impugnada en el orden contencioso-administrativo en el que el recurso también se dirige frente a la aseguradora. Entiende el TSJ que en aplicación del art. 222.4 de la LEC, la sentencia civil produce efectos de cosa juzgada con relación a la aseguradora puesto que, aunque reconoce que no se da plena identidad subjetiva, la aseguradora, por elección del perjudicado, fue llamada en calidad de responsable civil de la Administración en el pleito civil. Estando la cuestión resuelta en el proceso civil, no puede volver a plantearse nuevamente la misma cuestión en el orden contencioso-administrativo. Ahora bien, esto podría conllevar que se condene al pago a la Administración en la vía contencioso-administrativa sin que tuviera que responder la aseguradora como garante de la responsabilidad civil. ¿Se circunscriben los efectos de la cosa juzgada únicamente a los relativos al contrato de seguro (que no es riesgo asegurable, que el hecho se produjo antes del aseguramiento...) o al pronunciamiento sobre la inexistencia de responsabilidad patrimonial que, por tanto, no tendría que cubrir? ¿Podría entonces la Administración que paga dirigirse en acción de regreso frente a la aseguradora si la condena es mayor?

Por otra parte, aunque se afirme que la sentencia civil no es vinculante, si la aseguradora paga la indemnización a la que ha sido condenada en el orden civil por existir responsabilidad patrimonial de la Administración y se repara íntegramente el daño, se extinguiría la obligación por mor del art. 1145 CC, en cuanto son obligados solidarios. Podría entonces llegarse a la conclusión de que no podría plantearse reclamación administrativa y contencioso-administrativa. Asimismo, si la aseguradora que paga pudiera subrogarse en la acción de regreso que corresponde a la Administración frente al funcionario o empleado público que causa el daño con dolo (artículos 43 de la LCS y 36.2 de la LRJSP) (*Vid. Infra*, Capítulo VII, 6.5.8), no podrá

⁹⁸² BUSTO LAGO, J. M.; «La responsabilidad...», *op. cit.*, p.2052; HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, p. 178.

reclamar más de lo que haya pagado según la condena dictada en la sentencia civil, por lo que podríamos afirmar que en este sentido sí vincula.

5.5.2.2. Vinculación de la sentencia contencioso-administrativa en el proceso civil.

Si reclamada en vía administrativa y contencioso-administrativa la responsabilidad patrimonial de la Administración, ésta es condenada y se plantea con posterioridad la acción directa del art. 76 de la LCS frente a la aseguradora, el proceso civil se limitará al análisis del contrato de seguro (si el contrato de seguro es válido, si se trata de un riesgo cubierto, si entra dentro del ámbito temporal y espacial de cobertura, si existe franquicia o infraseguro...), pues el presupuesto para que responda la aseguradora es que exista responsabilidad del asegurado en este caso, la Administración, lo que es declarado por la única jurisdicción que tiene competencia para ello y para condenarla, esto es, la jurisdicción contencioso-administrativa. De ahí, que se trate de una resolución vinculante para los jueces del orden civil⁹⁸³ (SSTS (Sala de lo Civil), 5 de junio de 2019 [RJ 2019\2213]; 17 de septiembre de 2020 (RJ 2020\3259), ambas dictadas en Pleno; 5 de octubre de 2020 (RJ 2020\3771) o 25 de mayo de 2021 [RJ 2021\2256]).

Así se ha puesto de manifiesto por la STS (Sala de lo Civil), 25 de febrero de 2014 (RJ 2014\1155) (seguida por la STS (Sala de lo Civil), 5 de junio de 2019 [RJ 2019\2213]), en la que en ejercicio de la acción directa del art. 76 de la LCS se condena a la aseguradora al pago de la indemnización por la cantidad fijada en el proceso contencioso-administrativo en el que se había condenado a la Administración asegurada⁹⁸⁴ más los intereses de demora del art. 20 de la LCS. Concluye el TS que nada impide que se pueda ejercitar la acción directa del art. 76 de la LCS por los demandantes ya que se trata de una facultad reconocida por la ley e indisponible. Señala en el fundamento jurídico 4º: *«por lo que el hecho de que aceptaran inicialmente la competencia de la jurisdicción administrativa para resolver el conflicto no implica que pudieran después dirigirse frente al asegurador de la responsabilidad civil causante del daño en la medida en que trataba de declarar la existencia del riesgo que era objeto de cobertura en la póliza suscrita y se declarase al demandado responsable respecto de la*

⁹⁸³ *Ibid.*, p. 155; ROMERO DUPLÁ, C.; *op. cit.*, p. 437.

⁹⁸⁴ Hay que tener en cuenta que la sentencia del año 2014 es anterior a la reforma operada por la LO 19/2003 por lo que la aseguradora no estaba legitimada para ser demandada en el orden contencioso. No obstante, el TS aplica las mismas conclusiones conforme a la normativa actual.

condena ya dictada, con el efecto consiguiente respecto de los intereses del artículo 20 de la ley de Contrato de Seguro, específicos de la entidad aseguradora, que no pudieron reclamarse frente a quien no era parte, siendo la responsabilidad patrimonial de la Administración concurrente -y de forma solidaria- con la aseguradora.»

Sin embargo, no cabrá promover acción directa del art. 76 de la LCS frente a la aseguradora en la jurisdicción civil para reclamar exclusivamente los intereses de demora del art. 20 de la LCS. La STS (Sala de lo Civil), 17 de septiembre de 2020 (RJ 2020\3259) dictada en Pleno (en idéntico sentido la STS (Sala de lo Civil), 5 de octubre de 2020 (RJ 2020\3771) partiendo del supuesto en que la resolución judicial contencioso-administrativa condena a la Administración a abonar una indemnización más los intereses legales, cantidad que es consignada por la aseguradora, que no formó parte del proceso, y percibida por los perjudicados, estima que no cabe formular acción directa del art. 76 de la LCS frente a la aseguradora en reclamación únicamente de los intereses de demora del art. 20 de la LCS. Primero señala las diferencias entre este litigio y el de la STS (Sala de lo Civil), 25 de febrero de 2014 (RJ 2014\1155) citada anteriormente, que no sería aplicable al caso. En esta no cabía demandar a la aseguradora en el orden contencioso-administrativo, y por consiguiente, no se le podía imponer el pago de los intereses del art. 20 de la LCS dado que no estaba vigente la modificación legislativa del año 2003; la indemnización no había sido satisfecha y se solicitaba una declaración de cobertura del seguro concertado; mientras que en el caso estudiado, se podía demandar a la aseguradora en el orden contencioso-administrativo y la indemnización más los intereses a los que había sido condenada la Administración habían sido satisfechos por la aseguradora antes de la demanda civil, en la que únicamente se solicita el pago de los intereses de demora del art. 20 de la LCS. Razona en el fundamento jurídico 3º: *«si la parte perjudicada opta por no demandar a la aseguradora en vía contencioso administrativa, marginándola de la misma, cuando podía dirigir también la demanda contra ella conjuntamente con la Administración, no es factible que, discutida y fijada la responsabilidad patrimonial y la cuantía indemnizatoria en dicho orden jurisdiccional, se pretenda posteriormente promover un juicio civil, para obtener exclusivamente la diferencia de los intereses legales percibidos con los establecidos en el art. 20 de la LCS, cuando pudieron y debieron ser reclamados con intervención de la aseguradora en la vía contencioso*

administrativa (arts. art. 9.4 II de la LOPJ y 21 c) de la LJCA), o con la finalidad de buscar un más propicio tratamiento jurídico en la aplicación del art. 20 de la LCS.»

Ya la AP de Barcelona (Sección 4ª) en la sentencia 31 de marzo de 2017 (JUR 2017\201338) había entendido que si recaída sentencia en la jurisdicción contencioso-administrativa, la Administración Pública condenada paga la indemnización más los intereses, no cabrá ejercitar con posterioridad la acción directa del art. 76 de la LCS frente a la aseguradora, puesto que la obligación, y, por consiguiente, la acción se habrá extinguido, ya que se trata de obligados solidarios (art. 1145 CC). Tampoco cabría exigir a la aseguradora el pago de los intereses del art. 20 de la LCS ya que, extinguida la obligación principal -obligación indemnizatoria-, se extinguirá la accesoria. Ello sin perjuicio, de recuperar lo pagado mediante el ejercicio de la correspondiente acción frente al asegurador.

La sentencia judicial firme dictada en el proceso contencioso-administrativo será vinculante para los jueces del orden civil, tanto si es condenatoria como desestimatoria (SAP de Madrid (Sección 13ª), de 25 de enero de 2019 (AC 2019\544) [que cita las SSTs (Sala de lo Civil), 9 de enero de 2015 (RJ 2015\745⁹⁸⁵) o 3 noviembre de 2017 (RJ 2017\6150) que sigue a la anterior]; Sentencias de la AP de Madrid (Sección 11ª), 10 de abril de 2018 (AC 2018\821);(Sección 13ª), 23 de noviembre de 2018 (JUR 2019\14650); (Sección 9ª), 12 de junio de 2017 (JUR 2017\218185)⁹⁸⁶. Se suele argumentar por estas sentencias en base a los efectos de cosa juzgada material, que, al menos de forma prejudicial o positiva, tendría la sentencia contencioso-administrativa respecto al tribunal civil⁹⁸⁷. Sin embargo, es muy discutible, según jurisprudencia del mismo TS, que sentencias dictadas por los órganos de una jurisdicción, como es la contencioso-administrativa, tengan efectos de cosa juzgada, aunque sea de forma prejudicial de conformidad con lo dispuesto en el art. 222.4 de la LEC, en otro orden jurisdiccional diferente, como sería el civil. Por lo único que estarían vinculados serían por los hechos probados de los que también podrían apartarse siempre que sea

⁹⁸⁵ Señala el Tribunal Supremo que la emisión de un acto administrativo no impide a la jurisdicción civil el enjuiciamiento de la misma cuestión. Sin embargo, si el acto fue objeto de recurso contencioso-administrativo *«la resolución judicial firme que lo resuelve sí vincula al tribunal civil (incluye el mercantil, en cuanto forma parte de este orden jurisdiccional civil) que debe pronunciarse sobre la nulidad de aquella cláusula. Esta previa resolución contencioso-administrativa produce un efecto condicionante o prejudicial para el posterior enjuiciamiento del tribunal civil.»*

⁹⁸⁶ *«No hay resolución judicial firme alguna en la que se declare la inexistencia de responsabilidad del Servicio Público de Salud de la Comunidad de Madrid, único supuesto en que esta jurisdicción se vería abocada a negar también la de la aseguradora, deudora solidaria junto con aquél frente al paciente.»*

⁹⁸⁷ Así lo entiende también HUERGO LORA, A.; *«El seguro...»* (2002), *op. cit.*, pp. 155 y 171.

justificado (SSTS (Sala de lo Civil), 28 de diciembre de 1995 [RJ 1995\9812]; 19 de septiembre de 2013 [RJ 2013\7604] o 5 de mayo de 2016 [RJ 2016\2213⁹⁸⁸]. Sin embargo, tal como argumenta la SAP de Cáceres (Sección 1ª), 2 de junio de 2011 (AC 2011\1350), fº jº 4º: «En el mismo sentido, decir que por lo que se refiere a la eficacia de cosa juzgada material que habría de derivar de las sentencias previamente dictadas por los otros órdenes jurisdiccionales, es de señalar que la doctrina parte de la regla general de que las sentencias dictadas en un orden jurisdiccional no producen efecto de cosa juzgada en otro, y ello porque cada uno de ellos debe conocer con plenitud de aquello que le corresponde, y así lo ha declarado la STS. 28 de diciembre de 1.995 (RJ 1995, 9812) que niega tal efecto en el orden civil a las sentencias dictadas en el orden contencioso administrativo.

Ahora bien, también ha declarado la doctrina que tal afirmación debe ser matizada respecto al efecto positivo cuando lo resuelto en el otro orden se halla dentro de la esfera de su competencia y no lo haya sido a los efectos meramente prejudiciales a que se refiere el Art. 10 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635), pues si un órgano de diferente orden jurisdiccional desconociera absolutamente lo ya resuelto con carácter firme por otro órgano de diferente orden jurisdiccional podría entonces resolver o realizar declaraciones contradictorias con las anteriores, lo que acabaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte afectada.

En este sentido, citar la STC 200/2003 (RTC 2003, 200) según la cual "para que la prejudicialidad pueda operar como tal, justificando por ella el conocimiento por un orden jurisdiccional de materias que, en principio, no le corresponden, y que están atribuidas a otro diverso, es necesario que la cuestión no esté resuelta en el orden jurisdiccional genuinamente competente, pues de lo contrario aquél, al abordar tal

⁹⁸⁸ Afirma en el fº jº 6º: «En línea con lo declarado por las sentencias de esta la Sala 23/2012, de 26 de enero (RJ 2012, 1905), y 532/2013, de 19 septiembre (RJ 2013, 7604), puede afirmarse que el art. 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) se refiere a sentencias firmes dictadas por órganos de la jurisdicción civil cuando se trata de definir relaciones jurídicas de tal carácter, por lo que difícilmente puede atribuirse efectos de cosa juzgada, siquiera como prejudicial, a lo decidido por otras jurisdicciones, y menos aún por los órganos administrativos.

La circunstancia de que los hechos enjuiciados hayan sido objeto de un proceso ante otra jurisdicción no impide a los órganos del orden jurisdiccional civil examinarlos bajo el prisma del ordenamiento civil, ni les impone aceptar las conclusiones obtenidas en un proceso de distinta naturaleza en aras del principio de seguridad jurídica.» Concluye, en base a la doctrina del TC «los tribunales deben tomar en consideración los hechos declarados probados en resoluciones firmes dictadas por tribunales de una jurisdicción distinta, de modo que solo pueden separarse de tales hechos exponiendo las razones y fundamentos que justifiquen tal divergencia. Pero ello no impide que en cada jurisdicción haya de producirse un enjuiciamiento y una calificación en el plano jurídico de forma independiente y con resultados distintos si ello resulta de la aplicación de normativas diferentes.»

cuestión, resulta vinculado a lo resuelto en éste, sin que se justifique en ese caso la contradicción, y entendiéndose, si ésta se produce, que se vulnera la intangibilidad de la Sentencia dictada en sede genuina" (STC 190/1999, de 25 de octubre (RTC 1999, 190)).

Por su parte la STS 1926/2004 (RJ 2004, 1926) ha señalado como "La circunstancia de que los hechos enjuiciados hayan sido objeto de un proceso Contencioso-Administrativo, no impide a los órganos del orden jurisdiccional civil examinarlos bajo el prisma del ordenamiento Civil, teniendo que aceptar las conclusiones obtenidas en aquel proceso en aras del principio de seguridad jurídica. STC 77/1983, de 3 de octubre (RTC 1983, 77), se refiere "a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativa diferente, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir, y dejar de existir para los órganos del Estado".»

Es lo que entiendo que sucede cuando la jurisdicción contencioso-administrativa se pronuncia sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración que es un asunto propio de su competencia, estando, por tanto, la jurisdicción civil vinculada por la resolución que dicte. Es más, de acuerdo con el art. 42.3 de la LEC, si se hubiera acudido directamente al orden civil en el ejercicio de la acción y las partes hubieran solicitado la suspensión del procedimiento hasta que la Administración y la jurisdicción contencioso-administrativa resolvieran sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración (cuestión prejudicial), los jueces del orden civil quedarían vinculados por su decisión.

Ahora bien, frente al efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada material se podría alegar que no se da el requisito de la identidad subjetiva (art. 222.4 de la LEC) por cuanto en el contencioso-administrativo intervendría como demandada sólo la Administración y en el civil, sólo la aseguradora. El fundamento radica más bien, como vamos a ver a continuación, no en la cosa juzgada sino en que para que responda el asegurador es un hecho constitutivo o presupuesto que exista responsabilidad por el asegurado cuya competencia corresponde al orden contencioso-administrativo. Si dicha

jurisdicción declara que no hay responsabilidad del asegurado, tampoco responderá la aseguradora; lo mismo sucederá si manifiesta que sí la hay en cuanto la aseguradora es garante de la obligación de indemnizar.

5.5.2.3. Vinculatoriedad de la resolución administrativa en el proceso civil posterior.

El TS ha iniciado una línea jurisprudencial en la que declara que la jurisdicción civil está vinculada por lo resuelto en el expediente de responsabilidad patrimonial con carácter firme, consentido por no ser impugnado en vía contencioso-administrativa, y con independencia de su sentido estimatorio o desestimatorio. Trata de dar respuesta a la doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre el carácter vinculante o no de lo alcanzado en el procedimiento administrativo en los supuestos, frecuentes en la práctica, en los que se ha promovido una acción directa tras un procedimiento administrativo. Se plantean numerosas variantes fruto de la complejidad que conlleva la admisión de la acción directa de forma independiente frente a la aseguradora de la Administración.

En un primer momento, la Sala de lo Civil del TS en una sentencia dictada en Pleno, el 5 de junio de 2019 [RJ 2019\2213]⁹⁸⁹, refrendada posteriormente por la STS (Sala de lo Civil), 5 de noviembre de 2019 [RJ 2019\4233], sólo se pronuncia sobre los casos en que la resolución administrativa firme sea condenatoria y fije su cuantía, pero no si la resolución es desestimatoria, o se inicia de oficio el procedimiento o si las partes hubiesen desistido y la aseguradora solicitó la continuación del procedimiento.

Con carácter general se afirma por la jurisprudencia del TS que las resoluciones administrativas no tienen eficacia de cosa juzgada en un litigio civil posterior, entre otros motivos, porque no se trata de una resolución judicial firme. Su trascendencia queda reducida al valor probatorio del relato de los hechos (SSTS (Sala de lo Civil), 5 de mayo de 2016 (RJ 2016\2213); 9 de enero de 2015 (RJ 2015\745) o 3 noviembre de 2017(RJ 2017\6150)).

⁹⁸⁹ Esta sentencia ha sido comentada por: PALOMAR OLMEDA, A.; «La responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario: el marco de la acción directa contra la aseguradora en el ámbito civil. STS (Sala Primera) de 5 de junio de 2019», *La Ley*, nº 9459 (2019). En www.laleydigital.es [Consultado el día 23 de febrero de 2019]; CUETO PÉREZ, M.; «Limitación de...», *op. cit.* alaba esta sentencia y considera que da pasos en la buena dirección, aunque critica que siga admitiendo la elección de la competencia jurisdiccional.

Como señalan las citadas sentencias del TS, para analizar los efectos de la resolución administrativa firme en el proceso civil no se debe enfocar tanto *«desde la perspectiva de la cosa juzgada (STS 301/2016, de 5 de mayo), como desde las peculiaridades del seguro de responsabilidad civil y de la acción directa y, muy especialmente, de la dependencia estructural respecto de la responsabilidad del asegurado.»* Ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que si se hubiera ejercitado la acción directamente ante el orden civil y las partes hubieran solicitado la suspensión hasta que se hubiera resuelto por la Administración la resolución de la cuestión prejudicial sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración sin impugnarlo en la vía contencioso-administrativa, de conformidad con el art. 42.3 de la LEC, sería vinculante para los jueces del orden civil.

El supuesto de hecho del que parte la sentencia es el siguiente: las partes reclaman en vía administrativa la responsabilidad patrimonial del SERMAS y éste reconoce su responsabilidad deviniendo firme la resolución al no impugnarse en sede contencioso-administrativa. La aseguradora, por su parte, consigna esta cantidad para el pago de la indemnización. Los perjudicados ejercitaron, con posterioridad, la acción directa frente a la aseguradora en la vía civil de conformidad con el art. 76 de la LCS condenándosele a una indemnización cuantitativamente mayor a la que estableció la resolución administrativa más los intereses derivados del art. 20 de la LCS.

El TS entiende que la resolución administrativa es vinculante y desestima la acción directa contra la aseguradora de la Administración en cuanto se utiliza para conseguir en vía civil una indemnización mayor que la reconocida en la vía administrativa. Se apoya en los siguientes argumentos que por su claridad reproducimos, fundamento jurídico 3º:

-las partes en el proceso contencioso-administrativo lo único que podían impugnar era el *quantum*, puesto que la Administración había reconocido su responsabilidad.

«-Si a ello se une, según expusimos, que la aseguradora no puede quedar obligada más allá de la obligación del asegurado así como que la jurisdicción contencioso-administrativa es la única competente para condenar a la Administración, mientras que la jurisdicción civil solo conoce de su responsabilidad y consecuencias a efectos prejudiciales en el proceso civil, se ha de convenir que sería contrario a la legalidad que se utilizase la acción directa para impugnar el acto administrativo, que se había consentido, a los solos efectos indemnizatorios.»

Se conseguiría así el reconocimiento en vía civil de una responsabilidad de la entidad aseguradora distinta cualitativa y cuantitativamente a la que con carácter firme ha sido reconocida y declarada por el órgano competente para ello al culminar el procedimiento administrativo legalmente previsto, que ha sido consentido por los perjudicados al no acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, única que podría revisarla.

Con la consecuencia de que sería condenada la aseguradora en el proceso civil, en aplicación del art. 76 LCS, a una cantidad superior a la obligación de la Administración asegurada, que de haberse satisfecho se podría tener por extinguida [dado que son obligados solidarios].

Por tanto, cuando como es el caso, existe una estimación, total o parcial, de la reclamación, se pone en marcha una serie de mecanismos que justifican la solución que propugnamos.

*Así: (i) fijada la indemnización, la aseguradora o la propia asegurada pueden pagarla y extinguir el crédito; (ii) una vez declarada la responsabilidad y establecida la indemnización, si el perjudicado no acude a la vía contenciosa, esos pronunciamientos quedan firmes para la administración; (iii) pueden producirse, potencialmente, todos los efectos propios de las obligaciones solidarias, además del pago, ya mencionado; y (iv) la indemnización que queda firme en vía administrativa es el límite del derecho de repetición que el art. 76 LCS reconoce a la aseguradora.» El TS estima el recurso planteado por la aseguradora limitándose la indemnización a la cuantía fijada en la resolución administrativa. No significa que no se pueda ejercitar la acción directa del art. 76 de la LCS en el orden civil, sino que estará vinculada esta jurisdicción por la resolución administrativa firme, de tal forma que a través de ella no se podría impugnar ni la resolución administrativa ni el *quantum* indemnizatorio ni tampoco el previsto en el orden contencioso-administrativo, si fuere el caso. La acción directa sólo podrá ir dirigida a reclamar el pago de la suma fijada en el procedimiento administrativo y al análisis de si se trata de un riesgo cubierto por la póliza⁹⁹⁰.*

Estas sentencias entendemos que vendrán a solventar las discrepancias manifestadas entre las distintas Audiencias Provinciales. Así, mientras que unas se han pronunciado en el mismo sentido que el TS: como muestra, la SAP de Barcelona (Sección 14^a), 16 de

⁹⁹⁰ De esta forma se limita notablemente el ejercicio de la acción directa, *Id.*

febrero de 2017 (JUR 2017\99694)⁹⁹¹ o el caso que se plantea en la SAP de Madrid (Sección 13ª), 8 de junio de 2018 (JUR 2018\267881), en el que, se desestima la acción directa frente a la Compañía aseguradora de la Administración por haberse extinguido la acción, al ser pagada por la Administración la indemnización fijada en la resolución administrativa condenatoria que devino firme al no ser impugnada en el orden contencioso-administrativo. Al tratarse de obligados solidarios el pago hecho por uno extingue la obligación frente a los demás (art. 1145 CC). Aunque la acción directa es independiente y autónoma, su éxito dependerá de que exista obligación de indemnizar por el asegurado, extinguida ésta no cabrá reclamar al asegurador. Tampoco los intereses del art. 20 de la LCS en cuanto se trata de una obligación accesorio. A la Administración le quedará ejercitar la acción de regreso frente a la aseguradora para reclamar el pago de la indemnización satisfecha.

En contra, sin embargo, se pronuncian las sentencias de la AP de Madrid (Sección 13ª), 21 de julio de 2017 (JUR 2017\230122); (Sección 9ª), 12 de junio de 2017 (JUR 2017\218185); AP de Navarra (Sección 3ª), 7 de noviembre de 2018 (JUR 2019\76872); AP de Ciudad Real (Sección 2ª), 24 de abril de 2017 (JUR 2017\142330); AP de Cádiz (Sección 2ª), 31 de julio de 2014 (JUR 2014\258884), que, con los argumentos citados en las sentencias que veremos a continuación, entienden que la resolución administrativa previa estimatoria no vincula a los jueces del orden civil ni impide que se pueda ejercitar la acción directa. Se condena a la aseguradora por una cantidad mucho mayor y por un concepto diferente del que se había establecido en la resolución administrativa detrayendo la cantidad establecida en la resolución administrativa. En nuestra opinión, este resultado parece contrario al carácter accesorio del seguro respecto de la responsabilidad del asegurador, de tal forma que el asegurador no puede nunca ser

⁹⁹¹ Se plantea reclamación ante el CatSalut por prestación sanitaria defectuosa interviniendo la aseguradora en el procedimiento administrativo en el que se dicta resolución administrativa expresa estimando parcialmente sus pretensiones que deviene firme al no impugnarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Con posterioridad se ejercita acción directa frente a la aseguradora en el orden civil.

Sigue los mismos razonamientos que el TS, resaltando dos aspectos. La acción directa está dotada de autonomía procesal y para ejercerla no será obligatorio tramitar un procedimiento administrativo previo, pues precisamente su fundamento radica en que se pueda reclamar directamente a la aseguradora sin tener que hacerlo previamente a la Administración pero esa autonomía no es respecto a los contornos de la responsabilidad del asegurado no pudiendo quedar obligada la aseguradora a más que éste. Por otro lado, también advierte que ejercitada voluntariamente reclamación en la vía administrativa previa, y consentida la resolución al no ser impugnada en la vía contencioso-administrativa, el juez civil quedará vinculado por dicha resolución, ya que negársela sería contrario al principio de legalidad porque la acción directa en el orden civil *«no puede constituir una vía alternativa para impugnar actos administrativos que se dejaron consentidos.»*

condenado a más que el asegurado ya que cubre la obligación de resarcir surgida a su cargo.

¿Se alcanza la misma conclusión si la resolución administrativa fuese desestimatoria?; ¿y si es desestimada por silencio administrativo?; ¿y si el procedimiento fuera iniciado de oficio?; ¿y si las partes hubieran desistido del procedimiento administrativo?

La posición mayoritaria hasta ahora en las Audiencias Provinciales era que no. La STS (Sala de lo Civil) 25 de mayo de 2021 [RJ 2021\2256]), sustentándose en su anterior sentencia de 5 de junio de 2019 [RJ 2019\2213] ha declarado el carácter vinculante de la resolución administrativa firme y desestimatoria para los jueces del orden civil cuando se ejercita una acción directa, que por tanto, será desestimada. Así señala en su fundamento jurídico 3º: *«Esta jurisprudencia, [...], es también aplicable a un caso como el presente en el que la perjudicada, pudiendo demandar directamente a la aseguradora en vía civil, optó por acudir al expediente administrativo de responsabilidad patrimonial para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria y la consiguiente indemnización del daño sufrido, y consintió que adquiriera firmeza la resolución administrativa desestimatoria de su reclamación, dado que igual que "sería contrario a la legalidad que se utilizase la acción directa para impugnar el acto administrativo, que se había consentido, a los solos efectos indemnizatorios" (sentencia 321/2019 (RJ 2019, 2213) , citada por la 579/2019 (RJ 2019, 4233)), también lo sería utilizar la acción directa contra el asegurador para conseguir que la jurisdicción civil declarase la responsabilidad de la Administración sanitaria asegurada -por ser presupuesto para que responda la aseguradora- tras haber devenido firme el acto administrativo que negó la existencia de dicha responsabilidad⁹⁹².»* Si no hay responsabilidad del asegurado, no se puede condenar a la aseguradora al pago.

Entendemos que estas resoluciones del TS deberían empezar a cambiar la línea jurisprudencial mantenida por las Audiencias Provinciales hasta ahora. Muestra de la controversia existente en este tema, con anterioridad a las sentencias del TS, la misma Audiencia Provincial de Barcelona y la misma Sección 14ª que antes hemos citado y

⁹⁹² CUETO PÉREZ que se manifestó en este sentido, consideró que lo contrario *«sería otorgar a la jurisdicción civil la competencia para revisar el contenido de un acto administrativo firme, alterando la distribución competencial fijada por el legislador, dando lugar a una situación que, si no lo es, anda muy cerca de constituir un claro fraude procesal»*. CUETO PÉREZ, M.; *«Limitación de...»*, op. cit.

que admitía la vinculatoriedad de la resolución administrativa firme estimatoria, ha llegado a la conclusión contraria cuando la resolución es desestimatoria o cuando el procedimiento administrativo se ha iniciado de oficio aunque los perjudicados hayan intervenido. El no ejercitar el derecho a impugnar las resoluciones que no le fueran favorables, no implica ni pérdida de derechos ni facultades en el orden civil en el que pueden plantear la acción directa del art. 76 de la LCS. Al no ser vinculante para los jueces del orden civil la resolución desestimatoria firme, se condena a la aseguradora al pago de la indemnización tras el ejercicio de la acción directa del art. 76 de la LCS. Afirma en este sentido la SAP de Barcelona (Sección 14ª), 27 de julio de 2017 (AC 2017\1311) en su fundamento jurídico 3º: *«En el caso de la sentencia estudiada, los demandantes obtuvieron una resolución que contenía una declaración de responsabilidad patrimonial de Administración con una indemnización que no alcanzó las expectativas peticionadas de los interesados y, después de recurrir aquella, desisten de la impugnación y acuden a la vía civil reclamando el complemento de su petición parcialmente concedida en la vía administrativa. Por ello, esta Sala consideró incorrecta la conducta procesal de los recurrentes en la sentencia de esta Sección, que acudieron a la jurisdicción civil para obtener el complemento de una indemnización que pudieron cuestionar y debatir en la jurisdicción contencioso-administrativa una vez que fue declarada la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria catalana. Sin embargo, en caso objeto de recuso, no existe declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración, sino de inexistencia de los requisitos para proclamarla (f. 643), por lo que, para los demandantes en este proceso, quedaron desde ese momento, expeditas ambas vías jurisdiccionales, sin vinculación a ninguna de ellas, pues no se puede obligar a quienes les asiste un derecho procesal autónomo de ejercitar la acción directa del artículo 76 de la LCS a acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa buscando una declaración de responsabilidad patrimonial de Administración forzando a sus titulares a dirigirse, además de contra el asegurador, frente a la Administración agotando previamente la vía cuando en el proceso civil y con amparo en el artículo 42 de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), se puede valorar la conducta de la aseguradora con los parámetros propios del derecho administrativo, como lo ha hecho la Juzgadora a quo en la sentencia recurrida.»*

En este mismo sentido, se muestra la SAP de Madrid (Sección 13ª), de 25 de enero de 2019 (AC 2019\544) que con similares razonamientos que la anterior añade que el no

impugnar la resolución administrativa supondrá que se cierre la puerta a reclamar directamente frente a la Administración ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pero no que ésta sea inatacable en la vía civil y se trate como si fuera una sentencia firme, ni que se renuncie al ejercicio de la acción directa, ya que lo contrario supondría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. El ejercicio de la acción directa supone que se solicite a los tribunales del orden civil la responsabilidad de la entidad aseguradora que surge de la del asegurado pero sin que sea obligatorio reclamar previamente en la vía contencioso-administrativa la resolución denegatoria, pues la Ley no lo exige. Ello eliminaría en la práctica el derecho de opción, pues bastaría la resolución administrativa para excluir la vía civil.

Además, no hay prejudicialidad devolutiva al modo de lo previsto en el art. 42.3 de la LEC ni la resolución administrativa produce efectos de cosa juzgada material, ya que no es una resolución judicial (art. 222.4 de la LEC). La presunción de validez del acto administrativo tendría la misma fuerza ante los jueces del orden civil que en el contencioso-administrativo, esto es, *«la declaración de la propia Administración de que no debe responder es un autoargumento o argumento autosuficiente, sin fuerza externa ante el tribunal para escapar de la ciénaga de la responsabilidad patrimonial»*⁹⁹³.

La misma postura sostienen las sentencias de la AP de Madrid (Sección 11ª), 10 de abril de 2018 (AC 2018\821); (Sección 9ª), 2 de abril de 2019 (JUR 2019\172965) o AP de Guipúzcoa (Sección 2ª), 3 de enero de 2019 (JUR 2019\97188) para cuando se desiste del proceso contencioso-administrativo en el que se impugna la resolución administrativa desestimatoria que deviene firme y se interpone acción directa en el

⁹⁹³ La SAP de Madrid (Sección 9ª), 2 de abril de 2019 (JUR 2019\172965) en un caso similar añade en lo que atañe a la presunción de validez del acto administrativo: *«Ahora bien el alcance de ese principio en el orden jurisdiccional civil ha sido analizado en otras resoluciones del Alto Tribunal. Así en Tribunal Supremo Sala 1ª, en 09-07-2013, nº 496/2013, rec. 979/2011 declara que: " la presunción de validez de los actos administrativos (artículo 57 LRJAP) despliega sus efectos en el ámbito propio de la competencia de quien los produce, más no vincula a los órganos de la jurisdicción civil que no analizan de modo integral el ajuste al ordenamiento jurídico de esa clase de actos, sino que han de valorar su trascendencia en el desenvolvimiento de una relación obligatoria de naturaleza civil, como es un contrato de seguro. Ello explica la denominada prejudicialidad no penal [...] Asimismo, en sentencia Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 5ª, S 12-02-2009, rec. 9511/2004 se razona que: " El principio de presunción de validez del artículo 57.1 de la LRJPAC (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), por tanto, significa únicamente que ha de entenderse transferida al destinatario de la resolución la carga de impugnar los actos de la Administración, para evitar que esa presunción de ser conforme a Derecho los convierta en inmunes ante la pasividad que supone el transcurso de los plazos impugnatorios. La presunción de que los actos administrativos se acomodan a la legalidad no altera, sin embargo, las reglas de distribución de la carga de la prueba que fija el artículo 217 de la LEC EDL, ni supone otorgar presunción de certeza a los hechos que en las resoluciones de la Administración se declaren probados.»*

orden civil en el que resulta condenada la aseguradora. Y, el Auto de la AP de Barcelona (Sección 16ª), 17 de mayo de 2011 (JUR 2011\258591) en el que la reclamación administrativa fue desestimada por silencio negativo.

5.5.3 Desistimiento del procedimiento administrativo interviniendo la aseguradora como interesada.

Podría darse la circunstancia de que iniciado un procedimiento administrativo para reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración el interesado, al amparo de lo previsto en el art. 94.1 de la LPAC, desista del procedimiento (por tanto, no renuncia al derecho), con la intención de ejercitar la acción directa del art. 76 de la LCS frente a la aseguradora en la jurisdicción civil. Normalmente desiste una vez que se ha emitido informe pericial por la aseguradora y por la Inspección Médica. La Administración, en principio, tiene que aceptar de plano el desistimiento declarando concluso el procedimiento (art. 94.4 de la LPAC). Pero si la aseguradora de la Administración interviene como interesada en el expediente (art. 4.1.b) y c) de la LPAC), dado su interés en la resolución del procedimiento administrativo (si resulta desestimatoria no tendrá obligación de indemnizar, pero si es estimatoria sí), podrá oponerse al desistimiento instando la continuación del procedimiento. En ese caso, la Administración acordará la continuación del procedimiento administrativo. Así lo prevé el art. 94.4 de la LPAC: *«La Administración aceptará de plano el desistimiento o la renuncia, y declarará concluso el procedimiento salvo que, habiéndose personado en el mismo terceros interesados, instasen éstos su continuación en el plazo de diez días desde que fueron notificados del desistimiento o renuncia.»* (SSTSJ de Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), 30 de junio de 2017 [JUR 2017\202518] y 30 de mayo de 2019 [JUR 2019\203588]) ¿Podrán ejercitar de forma paralela los perjudicados la acción directa del art. 76 de la LCS? ¿Estarán vinculados por la resolución administrativa si deviene firme por no ser impugnada? Como hemos expuesto *Supra*, la cuestión dista de ser pacífica.

5.5.4 Allanamiento de la aseguradora en el ejercicio de la acción directa. Celebración de contrato de transacción (remisión).

Si se ejercita la acción directa frente a la aseguradora, allanamientos excesivos por parte de la aseguradora podrían dar lugar a un aumento considerable de las primas.

¿Cabría el allanamiento sin que el tribunal haya resuelto prejudicialmente sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración? ¿Podría entenderse que supone un perjuicio para tercero, en este caso, la Administración, de conformidad con el art. 21.1 de la LEC?

¿Cabría celebrar una transacción o un acuerdo de mediación únicamente con la aseguradora o le estaría vedado por ser una cuestión indisponible? En la práctica, en principio, se suele admitir la celebración de los acuerdos de transacción con la aseguradora con los que se podrían fin al conflicto al suponer la renuncia a la acción. ¿Se impediría acudir a un procedimiento administrativo o contencioso-administrativo posterior? *Vid. Infra*, Capítulo IX.

5.5.5 Prescripción.

La admisión de la acción directa únicamente frente a la aseguradora genera dudas sobre la interrupción de los plazos de prescripción si con posterioridad se quisiera exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración en la vía administrativa y contencioso-administrativa por tratarse, por ejemplo, de un riesgo no cubierto por la póliza de seguro⁹⁹⁴, o si es estimada pero se ha pactado una franquicia, lo que es habitual en el sector sanitario, o cuando la indemnización sea superior a la suma asegurada y se quiere lograr la reparación íntegra del daño. Así como a la inversa, esto es, si la interposición de reclamación administrativa y posterior recurso contencioso-administrativo interrumpiría el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción directa frente a la aseguradora.

Aunque no exista unanimidad en la doctrina⁹⁹⁵, la mayor parte y más reciente jurisprudencia entiende que, dada la solidaridad propia, no así en la impropia⁹⁹⁶,

⁹⁹⁴ Por ejemplo, en las cláusulas de delimitación del riesgo se suele excluir la responsabilidad por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento normal de los servicios públicos.

⁹⁹⁵ HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, pp. 157 a 159 y 178. En contra, entiende que es una solidaridad impropia: GAMERO CASADO, E.; «Los seguros...», *op. cit.*; XIOL RÍOS, J. A.; *op. cit.*; ELGUERO MERINO, J.; *op. cit.*, pp. 1328 y 1329; SÁNCHEZ CALERO, F.; «Artículo 20», «Artículo 74» y «Artículo 76»..., *op. cit.*, p. 1734 y 1746; GARBERÍ LLOBREGAT, J.; «Una mala...», *op. cit.*; GÓMEZ LIGÜERRE, C.; *Solidaridad impropia...*, *op. cit.*.

⁹⁹⁶ No se alcanza la misma conclusión si se tratara de un supuesto de solidaridad impropia, puesto que no le resulta aplicable lo dispuesto en el art. 1974 párrafo primero del CC sobre el efecto interruptivo de las obligaciones solidarias que sólo es aplicable a la solidaridad en sentido propio. En la solidaridad impropia la reclamación frente a uno de los deudores no interrumpe el plazo de prescripción frente al resto, puesto que no son deudores solidarios hasta que así se haya declarado en virtud de sentencia (STS (Sala de lo Civil), 14 de marzo de 2019 [RJ 2019\940]; 25 de noviembre de 2016 [RJ 2016\5643] y la abundante jurisprudencia que cita). Así la STS (Sala de lo Civil), 7 de mayo de 1993 [RJ 1993\3464], y las que en

impuesta *ex lege* entre asegurador y asegurado (Administración y su aseguradora), el ejercicio de la acción directa frente a la aseguradora interrumpiría el plazo de prescripción de un año para reclamar frente a la Administración (art. 67.1 de la LPAC), en virtud del art. 1974 párrafo primero del CC. Del mismo modo, la reclamación administrativa solicitando a la Administración el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio sanitario, intervenga o no la aseguradora en el procedimiento, en tanto que se trata de una reclamación extrajudicial (art. 1973 CC), conllevará la interrupción del plazo de prescripción tanto de la acción contra la Administración como de la acción directa frente a la aseguradora *ex art. 76 de la LCS*, puesto que, al ser una obligación solidaria propia, aprovecha o perjudica por igual a todos los deudores (art. 1974 párrafo primero del CC) (SSTS (Sala de lo Civil), 14 de marzo de 2019 [RJ 2019\940]; 25 de febrero de 2014 [RJ 2014\1155]; 1 de febrero de 2007 [RJ 2007/788]; 1 de octubre de 2008 [RJ 2009/134]; SAP de Madrid (Sección 14ª), 19 de octubre de 2017 [JUR 2018\2052]; (Sección 13ª), 21 de julio de 2017 (JUR 2017\230122); (Sección 8ª), 30 de junio de 2017 [JUR 2018\9215]; SAP de Barcelona (Sección 4ª), 31 de marzo de 2017 (JUR 2017\201338) o 10 de julio de 2018 [JUR 2018\212391]). Sin embargo, para MOREU CARBONELL, si se admite la acción directa en vía civil, se debe asumir el riesgo de que, si no resulta positiva, mientras se resuelve, prescriba la vía administrativa⁹⁹⁷. En este sentido, STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 7 de junio de 2017 (JUR 2017\265661).

5.5.6 Riesgo de posibles sentencias contradictorias.

Consecuencia de todo lo anterior es la posible existencia de sentencias contradictorias, procedentes de los dos órdenes jurisdiccionales implicados.

Así sucede, si se desestima la demanda en el ámbito civil por entender que existe responsabilidad patrimonial de la Administración pero no está cubierta por el contrato de seguro y, la resolución administrativa y/o la sentencia contencioso-administrativa

ella se citan entienden que entre asegurador y asegurado hay una solidaridad impropia lo que supone que no se entendería interrumpido el plazo de prescripción.

⁹⁹⁷ Como fundamento recoge una sentencia que «*aunque en el caso enjuiciado el perjudicado había ejercitado la acción penal, asumo la conclusión que alcanza la STS de 24 febrero 2009 (rec. núm. 8524/2004), en el sentido de que “no cabe a través de la formulación de acciones invariables ejercitadas frente a la Administración trasladar fraudulentamente a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de acciones exclusivamente civiles” (FJ. 4). En el mismo sentido, STSJ de Murcia núm. 812/2009, de 25 septiembre (rec. núm. 585/2008), FJ. 4.*» MOREU CARBONELL, E.; *op. cit.*, p. 80; DEL RÍO MUÑOZ, F.; *op. cit.*, p. 9.

consideran que no hay responsabilidad de la Administración por ser el daño culpa exclusiva de la víctima o por faltar alguno de los requisitos para que exista responsabilidad patrimonial de la Administración como, por ejemplo, que el daño no sea antijurídico⁹⁹⁸. O, por ejemplo, si la sentencia del orden civil es desestimatoria por no concurrir responsabilidad del asegurado y con posterioridad, se declara la responsabilidad patrimonial de la Administración en el orden administrativo y posterior contencioso-administrativo, incluso llamando a la aseguradora.

Si se quiere lograr una reparación íntegra del daño y en el contrato de seguro se ha pactado una franquicia, o si el límite de la cuantía asegurada es inferior a la indemnización, lo que es habitual en el sector sanitario, habrá de iniciarse con posterioridad la vía administrativa y, en su caso, contencioso-administrativa para exigir la responsabilidad a la Administración⁹⁹⁹. En el primer caso, hasta la cuantía de la franquicia; en el segundo, en que la sentencia civil condenará a la aseguradora al pago de la indemnización hasta el límite de la suma asegurada, se deberá pedir el exceso. De cualquier modo, como han señalado HUERGO LORA y BUSTO LAGO, dado que ni la Administración ni la jurisdicción contencioso-administrativa están vinculadas por la sentencia civil en lo que respecta a la responsabilidad patrimonial de la Administración, es posible que, contra el criterio de ésta, consideren que la cuantía indemnizatoria haya de ser inferior o que no existe responsabilidad y el perjudicado no logre más indemnización que la recibida por la aseguradora¹⁰⁰⁰. Incluso podríamos plantearnos si declarada la falta de responsabilidad de la Administración, la aseguradora que ha pagado pudiera repetir el pago de la indemnización al perjudicado¹⁰⁰¹ en virtud del

⁹⁹⁸ HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, p. 178.

⁹⁹⁹ GÓMEZ LIGÜERRE, C.; «Sobre la...», *op. cit.*, p. 4. Si decimos que los obligados solidarios pueden estarlo de diferente modo (art. 1144 CC), en este caso, la obligación del asegurador viene delimitada por los términos del contrato, por ejemplo, si hay franquicia pues por debajo del límite no va a pagar. Y, por otra parte, que si paga cualquiera de los obligados solidarios se extingue la deuda (art. 1145 CC). Teniendo en cuenta que la solidaridad se caracteriza porque cada uno de los deudores solidarios debe pagar el todo, si bien, cabe oponer excepciones (art. 1148 CC), en el caso del asegurador, las derivadas por ejemplo, de que el riesgo no está incluido o que existe franquicia o que supera la suma asegurada (art. 76 LCS). ¿Podría reclamar con posterioridad a la Administración el pago de la indemnización? Entiendo que sí en aplicación del art. 1144 CC: «*las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo.*» Como si existe una franquicia o la cuantía de la indemnización es superior a la suma asegurada no puede cobrar el perjudicado del asegurador la totalidad de la deuda pues no resultaría extinguida la obligación y podría reclamar a los otros deudores.

¹⁰⁰⁰ HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, pp. 178 y 179; BUSTO LAGO, J. M.; «El seguro...», *op. cit.*

¹⁰⁰¹ Para GAMERO CASADO la aseguradora estaría legitimada para instar en la vía contencioso-administrativa un pronunciamiento que declare la falta de responsabilidad de la Administración y así poder repetir el pago al sujeto indemnizado. GAMERO CASADO, E.; «Los seguros...», *op. cit.*; En el

principio de prohibición de enriquecimiento injusto. No obstante, sería de dudosa aplicación puesto que hay una causa que justifica el desplazamiento patrimonial y es que el perjudicado cobra la indemnización en virtud de lo impuesto por la sentencia civil. En el caso de que fuera posible, ¿habría cosa juzgada de la sentencia civil frente a la demanda de la aseguradora instando el reintegro de la indemnización? Entiendo que no porque la causa de pedir sería diferente. Si se hubiera resuelto a través de resolución administrativa desestimatoria firme por no ser impugnada, ¿podría la aseguradora instar el reintegro frente al perjudicado? ¿estaría vinculada la jurisdicción civil por lo resuelto en el procedimiento administrativo? *Vid. Supra*, Capítulo VII, 6.5.2.

Si finalmente la resolución administrativa o contencioso-administrativa estableciera una cuantía indemnizatoria superior a la suma asegurada o que cubra la franquicia, habrá que descontar la indemnización pagada por la aseguradora a la cantidad que deba satisfacer la Administración en virtud del principio de prohibición de enriquecimiento injusto¹⁰⁰².

A todo ello se suma, la posible aplicación de criterios interpretativos jurisprudenciales dispares con relación a los intereses de demora, o en lo que es específico del ámbito sanitario, en la interpretación de la doctrina del daño desproporcionado, de la pérdida de oportunidad o en la valoración de los daños.

Para evitar estos inconvenientes, será más útil demandar conjuntamente a la Administración y a la aseguradora en el mismo proceso judicial contencioso-administrativo.

5.5.7 Intereses del art. 20 de la LCS.

Sea la aseguradora demandada en el orden civil o en el contencioso-administrativo, se le podrán imponer de oficio (art. 20.4º de la LCS), el pago de los intereses de demora previstos en el art. 20 de la LCS, mucho mayores de los que corresponden a la Administración (art. 34.3 de la LRJSP).

mismo sentido, BUSTO LAGO, J. M.; «Ejercicio de...», *op. cit.*; MONTORO CHINER, M. J. y HILL PRADOS, M. C.; *op. cit.*, p. 61. XIOL RÍOS, por el contrario, entiende que no cabrá ejercitar la acción de repetición frente al perjudicado puesto que «la sentencia civil que haya ganado firmeza no puede ser dejada sin efecto.» XIOL RÍOS, J. A.; *op. cit.*

¹⁰⁰² HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, pp. 159 y 178; BUSTO LAGO, J. M.; «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 2068 cita a GAMERO CASADO, E.; «Los seguros...», *op. cit.*

El art. 20 de la LCS¹⁰⁰³ establece la obligación de las compañías aseguradoras de pagar una indemnización por mora equivalente al interés legal del dinero incrementado en un 50% sin que a partir del segundo año pueda ser inferior al 20% (art. 20. 4º), a contar desde la fecha del siniestro salvo que, el asegurador pruebe que no ha tenido conocimiento del mismo con anterioridad a la reclamación o al ejercicio de la acción directa en cuyo caso se contará a partir de la fecha de la reclamación o a la del ejercicio de la acción directa (art. 20. 6º de la LCS). Se entiende que el asegurador incurre en mora «cuando no hubiere cumplido su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro o no hubiere procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro» (art. 20.3º de la LCS). Este tipo de intereses, como ha señalado tanto la doctrina¹⁰⁰⁴ como la jurisprudencia¹⁰⁰⁵, tienen un carácter punitivo o sancionador y una finalidad preventiva, en la medida en que sirve de estímulo a las compañías de seguros para proceder a un pronto cumplimiento de la obligación de indemnizar e impedir que se haga uso del proceso judicial con objeto de retardar o dificultar el cumplimiento de la antedicha obligación. De esta forma, se logra una gestión y liquidación más rápida de los siniestros y se fomenta la resolución del conflicto a través de la celebración de un acuerdo o contrato de transacción¹⁰⁰⁶.

Este precepto es invocado habitualmente ante nuestros Tribunales, lo que ha dado lugar a una ingente cantidad de resoluciones, muchas veces contradictorias.

Uno de los requisitos para que se pueda condenar al pago de los intereses de demora a la aseguradora será, según el art. 20.8 de la LCS, que la falta de pago de la indemnización o del importe mínimo no tenga una causa justificada o que le sea imputable a la aseguradora, de haberla, no habrá lugar a esta especial indemnización por mora. Aunque es criterio uniforme el de que ha de atenderse al caso concreto -de ahí la

¹⁰⁰³ Vid. SÁNCHEZ CALERO, F.; «Artículo 20...», *op. cit.*, pp. 467 a 509; BADILLO ARIAS, J. A.; «Artículo 20» en la obra colectiva *Ley de contrato de seguro. Jurisprudencia comentada* coordinada por BADILLO ARIAS, J. A., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 3ª ed., 2017, pp. 495 a 539; ARQUILLO COLET, B.; *Seguro y responsabilidad...* (2008), *op. cit.*, pp. 171 a 186 y «Los intereses moratorios del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro: el tipo de interés aplicable Comentario a la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2007», *InDret*, nº 3 (2007). En http://www.indret.com/pdf/463_es.pdf [Consultado el día 17 de marzo de 2015].

¹⁰⁰⁴ MOURE, E.; «El artículo 20...», *op. cit.*

¹⁰⁰⁵ Auto del TS (Sala de lo Civil), 16 de noviembre de 2016 (RJ 2016\5831); SSTS (Sala de lo Civil), 12 de noviembre de 2015 (RJ 2015/5310); 8 de febrero de 2017 (RJ 2017\475) o 19 de junio de 1997 (RJ 1997\5419).

¹⁰⁰⁶ GRAU GRAU, I.; *La responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 349 y 375; MOURE, E.; «El artículo 20...», *op. cit.*

dificultad para establecer criterios generales-, la interpretación de cuándo se entiende que concurren tales causas difiere entre el orden civil y el contencioso-administrativo. Así, mientras que en el primero se suele realizar una interpretación restrictiva de estas causas, en atención a su carácter sancionador, siendo frecuente la condena de la aseguradora al pago de los intereses moratorios del art. 20 de la LCS; en el orden contencioso-administrativo la interpretación suele ser más amplia, de ahí que sea menos frecuente la condena al pago de los referidos intereses¹⁰⁰⁷ y mucho menos la imposición de oficio¹⁰⁰⁸.

Así, según abundante jurisprudencia, por todas, SSTS (Sala de lo Civil), 25 de febrero de 2014 (RJ 2014\1155), 8 de febrero de 2017 (RJ 2017\475) o 5 de noviembre de 2019 (RJ 2019\4233) y todas las que en ella se citan, la mera existencia de un proceso, incluso si se agotan todas las instancias tras haber recaído sentencia, no es causa que justifique o que no haga imputable el retraso a la aseguradora; por tanto, no impedirá la condena al pago de intereses a la aseguradora. De lo contrario, a la aseguradora le bastaría acudir al mismo y oponerse para impedir el pago de intereses. Se entenderá que habrá causa justificada o de inimputabilidad si existe verdadera necesidad de acudir al proceso judicial para solventar una incertidumbre o duda racional con relación a la obligación misma de indemnizar. Así, por ejemplo, según la jurisprudencia, se entiende que existe causa justificada si en el proceso judicial se discute sobre la realidad del siniestro o su cobertura [no, cuando la discusión proviene de la oscuridad de las cláusulas por culpa de la aseguradora] (STS (Sala de lo Civil), 9 de marzo de 2000 [RJ 2000\1517]), mientras que no lo será si se discrepa sobre la cuantía de la indemnización. Es jurisprudencia reiterada que no se podrá alegar para justificar la falta de pago la iliquidez de la deuda, por cuanto el derecho a la indemnización nace con el siniestro teniendo la sentencia que fija la cuantía un carácter meramente declarativo de un derecho que ya existía y correspondía al perjudicado¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁷ Según la doctrina, de esta forma se trata de proteger los intereses de la Administración puesto que el pago de los intereses de demora del art. 20 de la LCS por la aseguradora [que se imponen por negligencia del asegurador] no será gratuito para la Administración, ya que se le repercutirá indirectamente a través de una subida de las primas del seguro o incluso que las aseguradoras se nieguen a su aseguramiento. GRAU GRAU, I.; *La responsabilidad patrimonial...*, op. cit., pp. 349; HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2003), op. cit., p. 15; ARQUILLO COLET, B.; *Seguro y responsabilidad...* (2008), op. cit., p. 183.

¹⁰⁰⁸ Sobre la diferente interpretación de criterios, Vid. GRAU GRAU, I.; *La responsabilidad patrimonial...*, op. cit., pp. 373 a 390; MOURE, E.; «El artículo 20...», op. cit.; ARQUILLO COLET, B.; *Seguro y responsabilidad...* (2008), op. cit., pp. 174 a 179.

¹⁰⁰⁹ Esta jurisprudencia aparece bien resumida en la STS (Sala de lo Civil), 8 de febrero de 2017 (RJ 2017\475), fº jº 2º: «La jurisprudencia de esta Sala sobre la interpretación y aplicación de la regla del

artículo 20. 8.º LCS quedó detalladamente expuesta, con exhaustiva relación de sus precedentes, en la Sentencia 743/2012, de 4 de diciembre (RJ 2013, 911), que recoge la más reciente 206/2016, de 5 de abril (RJ 2016, 1313).

«Si bien de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20.8ºLCS, la existencia de causa justificada implica la inexistencia de retraso culpable o imputable al asegurador, y le exonera del recargo en que consisten los intereses de demora, en la apreciación de esta causa de exoneración esta Sala ha mantenido una interpretación restrictiva en atención al carácter sancionador que cabe atribuir a la norma al efecto de impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados (SSTS 17 de octubre de 2007, RC n.º 3398/2000 ; 18 de octubre de 2007, RC n.º 3806/2000 ; 6 de noviembre de 2008, RC n.º 332/2004 ; 7 de junio de 2010, RC n.º 427/2006 ; 1 de octubre de 2010, RC n.º 1314/2005 ; 17 de diciembre de 2010, RC n.º 2307/2006 ; 11 de abril de 2011, RC n.º 1950/2007 y 7 de noviembre de 2011, RC n.º 1430/2008 , entre las más recientes).

»En atención a esta jurisprudencia, si el retraso viene determinado por la tramitación de un proceso, para que la oposición de la aseguradora se valore como justificada a efectos de no imponerle intereses ha de examinarse la fundamentación de la misma, partiendo de las apreciaciones realizadas por el tribunal de instancia, al cual corresponde la fijación de los hechos probados y de las circunstancias concurrentes de naturaleza fáctica necesarias para integrar los presupuestos de la norma aplicada.

»Esta interpretación descarta que la mera existencia de un proceso, el mero hecho de acudir al mismo constituya causa que justifique por sí el retraso, o permita presumir la razonabilidad de la oposición. El proceso no es un óbice para imponer a la aseguradora los intereses a no ser que se aprecie una auténtica necesidad de acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación misma de indemnizar (SSTS 7 de junio de 2010, RC n.º 427/2006 ; 29 de septiembre de 2010, RC n.º 1393/2005 ; 1 de octubre de 2010, RC n.º 1315/2005 ; 26 de octubre de 2010, RC n.º 667/2007 ; 31 de enero de 2011, RC n.º 2156/2006 ; 1 de febrero de 2011, RC n.º 2040/2006 y 26 de marzo de 2012, RC n.º 760/2009). En aplicación de esta doctrina, la Sala ha valorado como justificada la oposición de la aseguradora que aboca al perjudicado o asegurado a un proceso cuando la resolución judicial se torna en imprescindible para despejar las dudas existentes en torno a la realidad del siniestro o su cobertura, en cuanto hechos determinantes del nacimiento de la obligación, si bien la jurisprudencia más reciente es aún más restrictiva y niega que la discusión judicial en torno a la cobertura pueda esgrimirse como causa justificada del incumplimiento de la aseguradora cuando la discusión es consecuencia de una oscuridad de las cláusulas imputable a la propia aseguradora con su confusa redacción (SSTS de 7 de enero de 2010, RC n.º 1188/2005 y de 8 de abril de 2010, RC n.º 545/2006).

»En todo caso y a pesar de la casuística al respecto, viene siendo criterio constante en la jurisprudencia no considerar causa justificada para no pagar el hecho de acudir al proceso para dilucidar la discrepancia suscitada por las partes en cuanto a la culpa, ya sea por negarla completamente o por disentir del grado de responsabilidad atribuido al demandado en supuestos de posible concurrencia causal de conductas culposas (STS 12 de julio de 2010, RC n.º 694/2006 y STS 17 de diciembre de 2010, RC n.º 2307/2006), del mismo modo que no merece tampoco para la doctrina la consideración de causa justificada la discrepancia en torno a la cuantía de la indemnización, cuando se ha visto favorecida por desatender la propia aseguradora su deber de emplear la mayor diligencia en la tasación del daño causado, a fin de facilitar que el asegurado obtenga una pronta reparación de lo que se considere debido (SSTS de 1 de julio de 2008, RC n.º 372/2002; 1 de octubre de 2010, RC n.º 1315/2005 y 26 de octubre de 2010, RC n.º 667/2007), sin perjuicio, como ya se ha dicho, de que la aseguradora se defienda y de que, de prosperar su oposición, tenga derecho a la restitución de lo abonado. En relación con esta última argumentación, es preciso traer a colación la jurisprudencia que ha precisado que la iliquidez inicial de la indemnización que se reclama, cuantificada definitivamente por el órgano judicial en la resolución que pone fin al pleito, no implica valorar ese proceso como causa justificadora del retraso, ya que debe prescindirse del alcance que se venía dando a la regla in iliquidis non fit mora (tratándose de sumas ilíquidas, no se produce mora), y atender al canon del carácter razonable de la oposición (al que venimos constantemente haciendo referencia) para decidir la procedencia de condenar o no al pago de intereses y concreción del dies a quo (día inicial) del devengo, habida cuenta de que la deuda nace con el siniestro y el que la sentencia que la cuantifica definitivamente no tiene carácter constitutivo sino meramente declarativo de un derecho que ya existía y pertenecía al perjudicado (entre las más recientes, SSTS de 1 de octubre de 2010, RC n.º 1315/2005 ; 31 de enero de 2011, RC n.º 2156/2006 ; 1 de febrero de 2011, RC n.º 2040/2006 y 7 de noviembre de 2011, RC n.º 1430/2008)».

En la misma línea cabe citar, entre las más recientes, las Sentencias 194/2015, de 30 de marzo (RJ 2015, 1969) (Rec. 1443/2010), 581/2015, de 20 de octubre (RJ 2015, 4977) (Rec. 2102/2013), y 641/2015, de 12 de noviembre (RJ 2015, 5310) (Rec. 1585/201).»

Atendiendo a esta jurisprudencia, no se ha considerado causa justificada la reclamación de responsabilidad patrimonial ni la resolución administrativa negativa ni la necesidad de una sentencia que declare la responsabilidad patrimonial de la Administración si la aseguradora tuvo conocimiento de la reclamación, salvo que fuera imprescindible acudir al litigio por existir una situación de incertidumbre racional (SSTS (Sala de lo Civil), 25 de febrero de 2014 [RJ 2014\1155¹⁰¹⁰]; 5 de junio de 2019 [RJ 2019\2213¹⁰¹¹]; SSAP de Madrid (Sección 13ª), 25 de enero de 2019 [AC 2019\544]; (Sección 11ª) 26 de junio de 2017 [JUR 2017\219421¹⁰¹²]. Así sucede si tanto la reclamación administrativa como todos los informes tanto el de la Inspección médica como los periciales y el dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia

¹⁰¹⁰ Se ejercitó acción directa del art. 76 de la LCS en la que se condenó a la aseguradora al pago de la cantidad fijada en el proceso contencioso-administrativo previo que se tramitó tras haber sido desestimado por silencio el procedimiento administrativo de reclamación de responsabilidad patrimonial y, en el que compareció la aseguradora, más los intereses del art. 20 de la LCS a devengar desde la fecha del siniestro y no desde que se dictó la sentencia en el contencioso-administrativo. Hay que tener en cuenta que es antes de la reforma operada por la LO 19/2003 por lo que la aseguradora no estaba legitimada, por eso no se dirige el recurso también frente a ella. Señala el TS, fºjº 7º: «Finalmente el cuarto denuncia la infracción del artículo 20.8 de la LCS (RCL 1980, 2295), por existir causa justificada para no imponer los intereses previstos en la citada norma puesto que "no existía decisión favorable a la indemnización hasta la sentencia (JUR 2009, 334800) del orden contencioso administrativo" y, además, "se cuestiona no solo la liquidez de la cuantía reclamada, sino la obligación misma del pago porque no está clara si existe actuación profesional generadora de responsabilidad si se ha producido un acto, cuando exista discusión entre las partes, no sobre el importe exacto de la indemnización, sino sobre la procedencia o autoría del supuesto daño".

Se desestima,

Es doctrina reiterada de esta Sala - SSTS 19 de junio 2008 (RJ 2008, 4257); 16 de diciembre 2013 (RJ 2013, 7842) - que "la oposición que llega a un proceso hasta su terminación normal por sentencia, que agota las instancias e incluso acude a casación, no puede considerarse causa justificada o no imputable, sino todo lo contrario", y que tampoco puede ampararse en la iliquidez de la deuda, ya que el derecho a la indemnización nace con el siniestro, y la sentencia que finalmente fija el "quantum" tiene naturaleza declarativa, no constitutiva, es decir, no crea un derecho "ex novo" sino que se limita a determinar la cuantía de la indemnización por el derecho que asiste al asegurado desde que se produce el siniestro cuyo riesgo es objeto de cobertura. No se trata, en definitiva, de la respuesta a un incumplimiento de la obligación cuantificada o liquidada en la sentencia, sino de una obligación que es previa a la decisión jurisdiccional, que ya le pertenecía y debía haberle sido atribuido al acreedor (SSTS 29 de noviembre de 2005 (RJ 2006, 36) ; 3 de mayo de 2006 (RJ 2006, 4070))»; doctrina que también está presente en las sentencias de esta Sala números 438/2009, de 4 junio (RJ 2009, 3380) ; 788/2010, de 7 diciembre (RJ 2011, 1548) ;825/2010, de 17 diciembre (RJ 2011, 1555); 17/2011, de 31 enero (RJ 2011, 1808); 453/2011, de 28 junio (RJ 2011, 5840) ; 784/2012, de 18 diciembre (RJ 2013, 921)).

Nada de lo cual se da en este caso en el que lo único que se constata es que " no atendió a su tiempo la aseguradora a la perjudicada por la actuación del organismo sanitario asegurado, de ahí el más enérgico rechazo a tal invocación" y en ningún caso actúa como causa justificada lo que se expone en el motivo [...].»

¹⁰¹¹ Aunque no dicta sentencia sobre esta cuestión, se condena a la aseguradora al pago de los intereses de demora desde la fecha del siniestro hasta la consignación sin que considere, por tanto, causa justificada la tramitación del procedimiento administrativo.

¹⁰¹² En este caso se consideró que la resolución judicial no era imprescindible para solventar las dudas que pudieran existir en torno a la existencia del siniestro o su cobertura. La aseguradora, con independencia de que se hubiera interpuesto la reclamación administrativa o civil, podría haber consignado la cuantía que estimara conveniente teniendo en cuenta que la existencia de responsabilidad se podía deducir sin problemas de los informes periciales aportados en el expediente administrativo.

son desestimatorios, no condenándose a la aseguradora al pago de los intereses (STS (Sala de lo Civil), 12 de febrero de 2020 [JUR 2020\56381]). Tampoco habrá lugar al pago de los intereses de demora si la aseguradora no tuvo conocimiento del procedimiento administrativo de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración porque se le mantuvo al margen e ignoraba el recurso contencioso-administrativo. Incurre en mora desde el momento en que fue requerida por el Servicio de Salud para pagar la indemnización (STS (Sala de lo Civil), 12 de diciembre de 2017 (RJ 2017\5650¹⁰¹³)). Sin embargo, la STS (Sala de lo Civil), 5 de noviembre de 2019 [RJ 2019\4233], siguiendo la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, entiende que no incurre en mora el asegurador con anterioridad a la resolución administrativa puesto que no puede ofrecer indemnización por el siniestro «*sin conocer si la Administración reclamada lo admitía y la indemnización fijada*». Ni tampoco en los supuestos de las SSTS (Sala de lo Civil), 17 de septiembre de 2020 (RJ 2020\3259) dictada en Pleno; 5 de octubre de 2020 (RJ 2020\3771), cuando impugnada en la vía contencioso-administrativa la resolución sin haberse demandado a la aseguradora en el proceso, esta quedó pendiente de que la sentencia fijara la responsabilidad de la Administración y su cuantía para una vez establecida, proceder, sin demora, a pagar el importe.

No es causa que justifique el retraso el que se haya tramitado un proceso penal. Cuando se reserva la acción civil, se impone el pago de los intereses desde la producción del siniestro, si la aseguradora tuvo conocimiento de ello (SSTS (Sala de lo Civil), 5 de abril de 2016 [RJ 2016\1313]; 12 de noviembre de 2015 [RJ2015\5310] o Auto del TS (Sala de lo Civil), 16 de noviembre de 2016 [RJ 2016\5831]).

Por su parte, el orden contencioso-administrativo es mucho más reticente a la hora de condenar al pago de los intereses de demora del art. 20 de la LCS, llevando a cabo una interpretación más amplia que la de los jueces del orden civil de las causas de inimputabilidad del retraso a la aseguradora¹⁰¹⁴. Esta situación ha merecido la crítica de

¹⁰¹³ Es lógico teniendo en cuenta que el art. 20.6º de la LCS establece que, respecto del tercero perjudicado, si el asegurador no tuvo conocimiento del siniestro, el *dies a quo* será la fecha de la reclamación o el ejercicio de la acción directa.

¹⁰¹⁴ Así se pone de manifiesto incluso por alguna sentencia: STSJ de Cataluña, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), 10 de febrero de 2015 (JUR 2015\117809), fº jº 9º: «*Merece un comentario por este Tribunal respecto a las consideraciones que se contienen en la sentencia en cuanto a la doctrina que se sigue en esta Sección para la no aplicación de los intereses moratorios del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro (RCL 1980, 2295)*».

La postura de esta Sala y Sección no es caprichosa y fuera del contexto interpretativo que actualmente se sigue en el Tribunal Supremo y en otros Tribunales de Justicia, y tampoco se basa en suposiciones sobre

un sector doctrinal¹⁰¹⁵ que considera que se deben tener en cuenta los criterios interpretativos que establece la jurisdicción civil con relación al art. 20 de la LCS, que es una norma privada, con independencia de que la acción se ejercite en el orden civil o contencioso-administrativo, ya que se trata de una misma realidad.

Habrà de valorarse en cada caso la razonabilidad de la posición del asegurador reticente al pago para determinar si cabe imponerle el pago de los intereses. Por ejemplo, se considera razonable y no cabrà exigir intereses en «*los casos en que se discute la existencia del siniestro, sus causas, o la cobertura del seguro, o cuando hay incertidumbre sobre el importe de la indemnización, habiéndose valorado los elementos de razonabilidad en el proceso mismo, en los casos en que la oposición se declara al menos parcialmente ajustada a Derecho, cuando es necesaria la determinación judicial ante la discrepancia de las partes, o cuando se reclama una indemnización notablemente exagerada (Sentencia de 21 de diciembre de 2007)*» (STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 29 de marzo de 2011 (RJ 2011\2689)).

Se suele considerar justificada la mora cuando se tiene que tramitar el procedimiento administrativo para determinar si existe responsabilidad patrimonial por defectuosa asistencia sanitaria (que suele ser un asunto complejo), así como el importe de la indemnización (STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 4 de julio de 2012

el comportamiento de los agentes intervinientes en el contrato de seguro. Acude a la aplicación de la especificidad del instituto de la responsabilidad patrimonial y a la necesidad de aplicar los criterios propios del mismo como es estándar del funcionamiento del servicio, intervención de tercero o de la víctima, deber de soportar el daño, etc...que han sido elaborados por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. También este Tribunal conoce que en la vía civil cuando se ejercita acción directa contra la aseguradora al amparo del artículo 76LCS se están reconociendo estos intereses, no olvidemos, punitivos, sancionadores del comportamiento del asegurador que no cumple. Pero en esta Jurisdicción es necesario una evolución en la interpretación para que se resuelvan cuestiones como las relativas al caso de que la aseguradora haya de consignar la indemnización cuando la Administración niegue la existencia de responsabilidad o cuando concurren terceros que puedan haber contribuido a la conducta o incluso la propia víctima. Hasta el momento no existe todavía ese estado de la doctrina que permita solventar todos los problemas que generaría la conducta aislada de la aseguradora que consigna en contra del criterio de la Administración a quien asegura y qué ocurre si después la sentencia finalmente estima que no existe responsabilidad patrimonial o que no era el quantum o el porcentaje de intervención el correspondiente a lo consignado.

Esta postura negativa al reconocimiento de los intereses moratorio del artículo 20.4LCS es la que se sigue en el TS, tal y como se refleja, por ejemplo, en la sentencia de 4 de julio de 2012 (RJ 2012, 7706) (rec. 2724/2011, F.J. 4º) [...]

Y también en la mayoría de los Tribunales Superiores de Justicia, no sólo esta Sala, señalando a título de ejemplo la STSJ País Vasco 17.12.2014, STSJ Murcia, de 19.9.2014.»

La STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª), 20 de marzo de 2013 (JUR 2013\179724) afirma de forma tajante que la jurisprudencia contencioso-administrativa suele ser contraria a la imposición de los intereses del art. 20 de la LCS.

¹⁰¹⁵MOURE, E.; «El artículo 20...», *op. cit.*; GRAU GRAU llega a afirmar que los argumentos del TS seguidos por el resto de TSJ y AN son «*arbitrarios, irrazonables, injustificados y peregrinos*». GRAU GRAU, I.; *La responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 349, 375, 376, 381 y 390.

[RJ 2012/7706] y las que en ellas se citan; STSJ de Aragón (Sección 3ª), 6 de febrero de 2015 [RJCA 2015\404] o es necesario un pronunciamiento judicial al respecto¹⁰¹⁶ (SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 19 de septiembre de 2006 [RJ 2006\6356¹⁰¹⁷]; 26 de septiembre de 2007 [RJ 2007\7088]; 23 de diciembre de 2009 [RJ 2010\1339] o 23 de marzo de 2011 [RJ 2011, 2512¹⁰¹⁸] y todas las que en ella se citan). La obligación de pagar no surge para la aseguradora hasta que se declara, de forma firme, la responsabilidad patrimonial de la Administración pues es esta responsabilidad la que constituye su objeto. Es desde dicha firmeza cuando podrían reclamársele los intereses moratorios del art. 20 de la LCS (SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 4 de julio de 2012 [RJ 2012/7706]; 5 de octubre de 2018 [RJ 2018\4253]). No se le puede imputar el retraso en tanto que la aseguradora tiene que esperar a que se declare la responsabilidad patrimonial en vía administrativa y/o judicial. Sin embargo, ARQUILLO COLET ha señalado que *«con este argumento, en todos los casos en que la responsabilidad patrimonial de la Administración se discuta en vía judicial (con mayor o menor fundamento), existe una causa justificada para no pagar¹⁰¹⁹»*.

Por otra parte, apoyándose en esta jurisprudencia, también se ha considerado justificado el retraso en el cumplimiento cuando, como es habitual en los contratos de seguro de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario, se tramite un procedimiento de gestión interna de los siniestros con sometimiento a la Comisión de

¹⁰¹⁶ Por ejemplo, porque el rechazo de la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración no carece de fundamento.

¹⁰¹⁷ En relación al art. 20.8º de la LCS señala en su fundamento jurídico 4º de esta sentencia: *«como sucede en supuestos como el presente en el que la reclamación no se formula directamente a la aseguradora sino a la Administración, lo que tuvo lugar, además, el 28 de octubre de 1998, es decir, más de tres años después de que se produjeran los hechos, la cual denegó la existencia de responsabilidad patrimonial que sólo se determinó a través de la sentencia ahora recurrida, de manera que no puede imputarse a la compañía aseguradora la demora en el pago de la indemnización en relación con el momento en que se produjeron los hechos, que es imputable, primero a la actitud de la propia recurrente en la formulación de la reclamación años después y, segundo, a la necesidad de reconocimiento judicial del derecho de la recurrente frente a la Administración, cuya demora y subsiguiente perjuicio patrimonial se sujeta, en su caso, a la correspondiente actualización y abono de intereses, como establece el art. 141.3 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), sin que pueda hacerse de peor condición a la entidad aseguradora, a la que no es imputable en este caso la demora, sujetándola al pago de unos intereses muy superiores, debiéndose aplicar, por lo tanto, el mismo criterio que se establece para la demora de la Administración.»*

Esta sentencia ha sido comentada por ARQUILLO COLET, B.; «La aplicación de los intereses de demora a las compañías aseguradoras de la responsabilidad patrimonial de la Administración Comentario a la STS, 3ª, Sección 6ª, 19.9.2006», *InDret*, nº 2 (2007). En http://www.indret.com/pdf/437_es.pdf [Consultado el día 17 de marzo de 2015].

¹⁰¹⁸ Apostilla que una vez eliminada la situación de incertidumbre, si no paga en el plazo de tres meses desde la notificación de la sentencia, se le podrán exigir los intereses de demora

¹⁰¹⁹ ARQUILLO COLET, B.; *Seguro y responsabilidad...* (2008), *op. cit.*, p. 15.

Seguimiento (SSTSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 26 de febrero de 2009 (JUR 2010\271687¹⁰²⁰); 16 de febrero de 2010 (JUR 2010\168064); o de Castilla-La Mancha, 26 de febrero de 2018 (JUR 2018\133986)).

La discrepancia de criterios jurisprudenciales entre los órdenes civil y contencioso-administrativo en cuanto a la interpretación y aplicación de los intereses de demora del art. 20 de la LCS no hace sino seguir poniendo de relieve la problemática que genera admitir el ejercicio de la acción directa del art. 76 de la LCS de forma autónoma en el orden civil.

5.5.8 Acción de repetición y subrogación en base al art. 43 de la LCS.

Cuando la indemnización ha sido abonada por el asegurador se plantea la cuestión de si podrá recuperar el pago de lo que ha satisfecho mediante dos acciones totalmente distintas:

a) La acción de repetición prevista en el art. 76 de la LCS en caso de que los daños hayan sido ocasionados mediante conducta dolosa del asegurado.

El asegurador que paga la indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración no podrá ejercitar esta acción de repetición frente a la Administración ya que su responsabilidad no puede ser dolosa (lo será la conducta de sus agentes)¹⁰²¹. Se le podrá reclamar pero en base a que suelen ser riesgos excluidos de la póliza la responsabilidad del tomador y de los asegurados que tengan su origen en actos dolosos declarados así en sentencia firme (*Vid. Supra*, Capítulo VII, 2).

Ahora bien, cabría plantearse la posibilidad de ejercitar dicha acción de repetición frente al personal al servicio de la Administración (médicos, enfermeros, anestesistas...), que hayan actuado de forma dolosa. En la práctica totalidad de las pólizas de seguros se incluye como asegurado al personal tanto sanitario como no sanitario por la responsabilidad profesional en que puedan incurrir al desarrollar sus

¹⁰²⁰ Señala en el fundamento jurídico 7º: «en el supuesto de que la decisión [de la Comisión de Seguimiento] sea transar económicamente, la Compañía Aseguradora realizará la citada gestión en el plazo máximo de tres meses desde la fecha de notificación del acuerdo de la Comisión de Seguimiento» (punto 5.3.10 de las condiciones particulares).

La actividad de la aseguradora tendente al cumplimiento de la obligación de indemnizar al perjudicado no es espontánea bajo la vigencia de este contrato, pues depende de la autorización emanada de otro órgano. Su pasividad tuvo en este caso una causa justificada a falta de toda constancia de la decisión de la citada Comisión permitiendo la transacción con el perjudicado y, en consecuencia, el pago de la indemnización.»

¹⁰²¹ ARQUILLO COLET, B.; *Seguro y responsabilidad...* (2008), *op. cit.*, p. 155, 159 y 188; MONTORO CHINER, M. J. y HILL PRADOS, M. C.; *op. cit.*, p. 98.

actividades en cualquiera de los Servicios Públicos de Salud asegurados. Para ARQUILLO COLET y MONTORO CHINER y HILL PRADOS cabría ejercitar esta acción de repetición frente al funcionario o empleado público que causó el daño de forma dolosa al ser también asegurado en la póliza¹⁰²². Sin embargo, en mi opinión, sería discutible esta posibilidad en cuanto se demanda el pago de la indemnización por responsabilidad patrimonial directa de la Administración como asegurada, no la que se pueda reclamar al funcionario o empleado público en la que habrán de tenerse en cuenta diferentes parámetros (art. 36.2 de la LRJSP). El único supuesto en que la aseguradora podría ejercitar la acción de repetición frente al funcionario o empleado público sería cuando pagara la indemnización por responsabilidad civil derivada de delito (art. 117 CP y art. 76 de la LCS). Ciertamente, las pólizas de seguro de los Servicios Públicos de Salud suelen incluir como asegurados tanto a la Administración y sus entes públicos como al personal a su servicio. Tras la reforma operada por la Ley 4/1999, la responsabilidad profesional de los empleados públicos cubierta se va a circunscribir a la responsabilidad civil derivada de delito o incluso podríamos extenderlo a la acción de regreso de la Administración cuando la conducta ha sido por negligencia o culpa grave (art. 36.2 de la LRJSP)¹⁰²³.

b) La subrogación en la posición de la Administración de acuerdo con lo previsto en el art. 43 de la LCS, a la que se ha referido la mayor parte de la doctrina.

De una parte, el art. 36.2 de la LRJSP señala que *«la Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento»* ponderando determinados criterios para la exigencia de dicha responsabilidad. Se tienen que dar, por tanto, dos presupuestos: 1. Que la Administración haya satisfecho la indemnización; 2. Concurrencia de dolo, culpa o negligencia graves en el personal al servicio de la Administración.

Por otra, el art. 43 de la LCS concede a la aseguradora que paga el derecho a subrogarse en todos los derechos y acciones que por razón del siniestro correspondan al asegurado frente a las personas responsables del mismo precisando en el apartado tercero *«no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos*

¹⁰²² *Id.*

¹⁰²³ HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, pp. 30 a 34 y 79 a 85.

actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con la Ley, [...]. Pero esta norma no tendrá efecto si la responsabilidad proviene de dolo o si la responsabilidad está amparada mediante un contrato de seguro. En este último supuesto, la subrogación estará limitada en su alcance de acuerdo con los términos de dicho contrato.»

Por tanto, el asegurador no puede subrogarse en la acción de repetición o de regreso que tuviera el asegurado frente a los sujetos por cuyos actos u omisiones debiera responder, salvo que tuvieran contratado un seguro de responsabilidad civil que le cubriera frente al ejercicio de la acción de regreso o éstos hubieran actuado dolosamente. Este es precisamente el presupuesto de la acción de regreso que ostenta la Administración frente al personal a su servicio aunque en este caso se extiende no sólo al dolo sino a la culpa o negligencia graves según el art. 36.2 de la LRJSP. Se tendrían que dar respuesta de nuevo a diversos interrogantes que ponen de manifiesto la incertidumbre que genera la concertación de seguros por las Administraciones Públicas y la necesidad de una adecuada regulación legal.

En primer lugar, ¿quién podrá ejercitar la acción de regreso? Parte de la doctrina¹⁰²⁴ entiende que si es la aseguradora la que ha pagado la indemnización corresponderá a la misma, que se subrogará en el ejercicio de la acción de regreso que tuviera la Administración frente al personal a su servicio¹⁰²⁵. No podría hacerlo la Administración porque ni se trata de una acción que tenga naturaleza disciplinaria ni ha pagado, que es uno de los presupuestos necesarios para que pudiera ejercitar la acción de regreso (art. 36.2 de la LRJSP). Empero, sí podrá formular la acción de regreso si hubiera pagado alguna cantidad por haberse pactado una franquicia o ser la cuantía indemnizatoria superior a la suma asegurada.

En segundo lugar, ¿podría la aseguradora de la Administración subrogarse en la acción de regreso que puede instar la Administración frente al personal a su servicio si los daños hubieran sido ocasionados con culpa o negligencia graves? El art. 43 de la

¹⁰²⁴ BUSTO LAGO, J. M.; «El seguro...», *op. cit.*; GAMERO CASADO, E.; «Los contratos...», *op. cit.*, p. 376; RIVERA FERNÁNDEZ, M.; *op. cit.*, p. 1666; BARCELONA LLOP, J.; «La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», *REDA*, nº 105 (2000), p. 50 y «La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», en la obra colectiva *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: escritos jurídicos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 2003, pp. 765 a 784; HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, pp. 188 y 189.

¹⁰²⁵ En contra se muestra ROMERO DUPLÁ que, sin embargo, entiende que la acción de regreso tampoco podría ser ejercitada por la Administración puesto que no ha pagado. ROMERO DUPLÁ, C.; *op. cit.*, pp. 438 y 439.

LCS circunscribe la posibilidad de subrogación de la aseguradora únicamente cuando la responsabilidad proviene de dolo, mientras que el art.36.4 de la LRJSP lo extiende a los casos de culpa o negligencia grave.

Para GAMERO CASADO¹⁰²⁶ no cabrá la subrogación de la aseguradora cuando el personal al servicio de la Administración actúe con culpa o negligencia grave¹⁰²⁷ aunque propone su introducción en una futura norma. El problema que plantea una respuesta negativa, que pone de relieve las numerosas dificultades que plantea su regulación, es que el personal al servicio de la Administración sólo responderá en caso de dolo o de tener asegurada su propia responsabilidad (art. 43.3 de la LCS), quedando exentos en los supuestos de culpa o negligencia graves ya que al no haber pagado la Administración la indemnización no podrá ejercitar la acción de regreso. En estos casos, el personal al servicio de la Administración saldría indemne puesto que ni abona la indemnización ni las primas del seguro¹⁰²⁸.

Para solucionar este problema, parte de la doctrina¹⁰²⁹ ha propuesto equiparar la culpa grave al dolo. De tal forma que la aseguradora tiene derecho a ejercitar la acción de regreso también en los casos en los que el personal al servicio de la Administración actúa con culpa o negligencia graves. Para MONTORO CHINER y HILL PRADOS se debería hacer incluyendo una cláusula en la póliza en este sentido¹⁰³⁰. MIR PUIGPELAT, por su parte, propone como solución de *lege ferenda* que el importe obtenido sea para la compañía aseguradora si el funcionario o empleado actuó con dolo, y para la Administración si lo hizo con culpa o negligencia grave (no existiría enriquecimiento injusto puesto que sería una forma de recuperar parte del pago de las

¹⁰²⁶GAMERO CASADO, E.; «Los contratos...», *op. cit.*, p. 377; «Los seguros...», *op. cit.* y *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, p. 169.

¹⁰²⁷ En el mismo sentido, BARCELONA LLOP, J.; «La acción de regreso...» (2000), *op. cit.*, pp. 50 y 51 y «La acción de regreso...» (2004), *op. cit.*, pp. 765 a 784; RIVERA FERNÁNDEZ, M.; *op. cit.*, pp. 1666 y 1667; HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, p. 188.

¹⁰²⁸ En este sentido, HERNÁNDEZ DEL CASTILLO ha puesto de relieve que ello provoca una situación desigual entre los funcionarios en los que la Administración ha celebrado un contrato de seguro de aquellos en los que no lo ha celebrado. Mientras que a estos se le podrá reclamar tanto si han actuado con dolo o culpa grave, a aquellos no. HERNÁNDEZ DEL CASTILLO, A.; «Capítulo II.I.4. Problemas en...», *op. cit.*, p. 609. En el mismo sentido, MONTORO CHINER, M. J. y HILL PRADOS, M. C.; *op. cit.*, p. 98.

¹⁰²⁹ BUSTO LAGO, J. M.; «El seguro...», *op. cit.*; MONTORO CHINER, M. J. y HILL PRADOS, M. C.; *op. cit.*, p. 98.

¹⁰³⁰ *Ibid.*, pp. 98 y 99.

primas). En ambos casos debe tramitarse el procedimiento administrativo señalado en el art. 36.4 de la LRJSP, dando audiencia a la aseguradora¹⁰³¹.

En tercer lugar, ¿cómo podría la aseguradora ejercitar la acción de regreso? El art. 36.4 de la LRJSP regula con carácter preceptivo el procedimiento administrativo a través del cual la Administración exigirá de oficio la responsabilidad al personal a su servicio, pero no contempla los supuestos en los que la acción pueda corresponder a la aseguradora. Para una parte de la doctrina se tramitará a través del correspondiente procedimiento administrativo aunque no se contemple expresamente ni en la LRJSP ni en la LPAC. La aseguradora mediante reclamación podrá instar la iniciación del procedimiento o la Administración de oficio cuya resolución será impugnabile en sede contencioso-administrativo¹⁰³². Para otra parte, sin embargo, tal como está la legislación actualmente, si la acción de regreso la ejercita la Administración se llevará a cabo a través del procedimiento administrativo pero si lo hace la aseguradora debe ser ejercitada ante los tribunales civiles¹⁰³³.

De otro lado, si se entendiera que la responsabilidad en que hubiera incurrido el funcionario o empleado público por dolo, culpa o negligencia graves (art. 36.2 de la LRJSP), está cubierta por un contrato de seguro, también cabría la subrogación (art. 43 de la LCS). Sin embargo, como advierte ARQUILLO COLET, esta posibilidad es más teórica, puesto que la compañía que asegura a la Administración es la misma que la que asegura al funcionario¹⁰³⁴.

5.6. Problemática derivada de la imposición del ejercicio conjunto de la acción frente a la aseguradora y la Administración.

El establecimiento de una especie de litisconsorcio pasivo necesario en el orden contencioso-administrativo, de tal forma que, si se quisiera ejercitar la acción directa

¹⁰³¹ MIR PUIGPELAT, O.; «La jurisdicción competente ...», *op. cit.*, p. 23.

¹⁰³² GAMERO CASADO, E.; «Los contratos...», *op. cit.*, pp. 377 y 378 y *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, p. 169; BARCELONA LLOP, J.; «La acción de regreso...» (2000), *op. cit.*, pp. 55 a 57. Según HUERGO LORA: «*el asegurador no tiene una acción propia contra el causante del daño que le permita demandarlo civilmente en nombre propio, sino que, ante la imposibilidad de subrogarse en la posición de la Administración en un procedimiento administrativo, tiene que instar a ésta para que inicie el procedimiento dirigido al ejercicio de la acción de regreso contra el funcionario.*» El requerimiento de la aseguradora será un recordatorio de la obligación de la Administración de tramitar de oficio el procedimiento cuya inobservancia dará lugar a incumplimiento de sus obligaciones contractuales reclamables en la jurisdicción civil. HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, pp. 191 y 192;

¹⁰³³ MIR PUIGPELAT, O.; «La jurisdicción competente ...», *op. cit.*, p. 23; GÓMEZ LIGÜERRE, C.; «Paso a nivel», *op. cit.*, p. 18.

¹⁰³⁴ ARQUILLO COLET, B.; *Seguro y responsabilidad...* (2008), *op. cit.*, p. 160.

frente a la aseguradora se deba hacer necesariamente junto a la responsabilidad patrimonial de la Administración en el citado orden jurisdiccional, tampoco está exento de problemas aunque mucho menores.

-Desistimiento: si el interesado principal desiste pero la aseguradora no quiere desistir.

-Si dirigido el recurso contencioso-administrativo de forma conjunta frente a la Administración y su aseguradora, la Administración se allana a la luz de lo previsto en el art. 75 de la LJCA, el proceso podrá continuar respecto a la compañía aseguradora de conformidad con lo establecido en el art. 75.3 de la LJCA¹⁰³⁵. ¿Seguiría entonces el proceso contencioso-administrativo respecto a la aseguradora, sujeto privado, sin la presencia de ninguna Administración? La respuesta debería ser afirmativa. Ahora bien, habiéndose ésta allanado, y por tanto, dándose el presupuesto de la responsabilidad del sujeto asegurado, la jurisdicción contencioso-administrativa sólo debería pronunciarse sobre las cuestiones relativas al contrato de seguro (por ejemplo, si el riesgo entra dentro del ámbito de cobertura del contrato).

Si es la aseguradora demandada la que se allana contra el parecer de la Administración, de resultar absolutoria la sentencia para esta última, no cabría condenar tampoco a la aseguradora a pesar del allanamiento puesto que la responsabilidad patrimonial de la Administración es presupuesto de su obligación. En este sentido, aunque en relación a la fianza, la STS (Sala de lo Civil), 19 de febrero de 2019 (RJ 2019\502¹⁰³⁶), desestima la demanda frente al fiador, aunque éstos se habían allanado,

¹⁰³⁵ GALLARDO CASTILLO, M. J.: *Los procedimientos administrativos...*, op. cit., p. 380.

¹⁰³⁶ Fº jº 5º: «En el presente caso, pues, se daba la indivisibilidad reconocida por la jurisprudencia de esta sala como razón para no estimar una demanda dirigida contra varios demandados ni siquiera respecto de los que se allanen a la misma.

Así, la sentencia 1135/2007, de 18 de octubre (RJ 2007, 7080), citando las de 3 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9191) y 16 de marzo de 2001 (RJ 2001, 3199), declara que si no se acreditan los hechos de la demanda, la desestimación de esta "favorece a todos los codemandados, incluidos los que se hubiesen allanado a la demanda". La sentencia 11/2012, de 19 de enero (RJ 2012, 307), considera que, pese al allanamiento de algunos codemandados, cabe desestimar la demanda también respecto de ellos por razón de la indivisibilidad del pronunciamiento y de la fuerza expansiva de la sentencia. Y con más claridad todavía, la sentencia 8/2009, de 28 de enero (RJ 2009, 1277), muy especialmente citada por los hoy recurrentes cuando en su día recurrieron en apelación, hace la siguiente distinción:

"En consecuencia, el allanamiento de parte de los demandados, con oposición de los demás a las pretensiones de la demanda, podrá dar lugar a dos resultados distintos, cuales son: 1.º) Que se estime, sin más, la demanda respecto de los allanados y se resuelva el proceso en cuanto a los restantes según lo alegado y probado por las partes mediante la aplicación de las normas jurídicas procedentes, en los supuestos en que quepa deslindar las pretensiones dirigidas contra unos y otros, como ocurre en el caso en que se trata de discutir la eficacia de negocios jurídicos que afectan singularmente a los distintos demandados; y 2.º) Que no quepa escindir las distintas relaciones jurídicas afectantes a los demandados,

por ser desestimada en relación con el prestatario al haberse declarado inexistente el préstamo. Considera el TS que si no cabe separar los distintos pronunciamientos por existir un vínculo entre todos ellos, el allanamiento será ineficaz y la desestimación de la sentencia tendrá fuerza expansiva en relación con todos los codemandados, se hubieran allanado o no.

- Riesgo de costas más elevadas ya que son dos los sujetos demandados, la Administración y la aseguradora¹⁰³⁷.

-Mayor dilación para obtener la reparación puesto que se tendría que tramitar el procedimiento administrativo previo.

5.7. A modo de conclusión.

En la actualidad, conforme al actual estado de nuestra legislación en el que se sigue manteniendo el carácter privado del contrato de seguro y no se ha derogado el art. 76 de la LCS, se puede seguir defendiendo la posibilidad de ejercitar la acción directa únicamente frente a la aseguradora en el orden civil, ya que se trata de un pleito entre particulares (art. 9.2 de la LOPJ). A pesar de que del art. 35 de la LRJSP parece resultar ser otra la intención del legislador, del tenor literal de la norma lo único que resulta claro es que regula lo que ya se venía afirmando por la jurisprudencia: la aplicación de las normas sustantivas administrativas para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando la acción se dirija únicamente frente a su aseguradora.

Como ha señalado la doctrina, ninguna de las soluciones que se adopte para tratar de encajar el ejercicio de la acción directa con el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración resulta plenamente satisfactoria, puesto que ambas plantean problemas (*Vid. Supra*) y suponen que un orden jurisdiccional se pronuncie sobre cuestiones que naturalmente no forman parte de su ámbito competencial (el orden civil sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, y el orden contencioso-administrativo sobre el contrato de seguro). Entendemos, de *lege ferenda* que, a pesar de la solidaridad, debería establecerse una especie de litisconsorcio pasivo necesario legal entre la Administración sanitaria y la aseguradora, a modo de lo que se prevé en la

allanados o no allanados, o se dé una situación de solidaridad entre los mismos, supuesto en que el allanamiento será ineficaz y resultará posible la desestimación de la demanda frente a todos".»

¹⁰³⁷ CUETO PÉREZ, M.; «Limitación de...», *op. cit.*; GRAU GRAU, I.; *La responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 347 a 351; ARQUILLO COLET, B.; *Seguro y responsabilidad...* (2008), *op. cit.*, pp. 108, 182, 183 y 263; BUSTO LAGO, J. M.; «Ejercicio de...», *op. cit.* y «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 2053.

legislación italiana. De tal forma que, si se quiere ejercitar la acción directa frente a la aseguradora, se deba reclamar juntamente con la Administración en el orden contencioso-administrativo, previa tramitación del correspondiente procedimiento administrativo, en el que la aseguradora tendría una posición activa. Así sucede, como hemos visto, en las Comisiones de Seguimiento en los seguros que cubren la responsabilidad patrimonial sanitaria. Por consiguiente, se elimina la posibilidad de demandar únicamente a la aseguradora de la Administración en el orden civil. Nada impide, por el contrario, que el perjudicado plantee la reclamación únicamente frente a la Administración en el orden contencioso-administrativo, sin perjuicio de que se deba emplazar a la aseguradora de conformidad con lo previsto en el art. 21.1.c) de la LJCA si no se le quiere ocasionar indefensión.

No estamos propiamente ante una situación de litisconsorcio pasivo necesario, tal como se conoce en la legislación procesal civil, dadas las dificultades que plantea esta figura en el orden contencioso-administrativo. No es causa de inadmisión del recurso el que el demandante no haya dirigido la acción frente a un tercero distinto de la Administración autora del acto, disposición, inactividad o vía de hecho que se impugna, como podría ser la aseguradora, pues el actor cumple debidamente con interponer el recurso contra la referida Administración. Así lo suele afirmar la jurisprudencia (STC 44/1986, de 17 de abril (RTC 1986/44); SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 2 de marzo de 2010 (RJ 2010\2439); 20 de mayo de 1991 (RJ 1991\3762) o STSJ de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 29 de octubre de 2004 (JUR 2004\317085) y la jurisprudencia del TS allí citada). Otra cosa es que sea obligación de la Administración y, en su caso, del propio órgano jurisdiccional, emplazar a los posibles interesados (art. 49 y 50 de la LJCA), entre los que ésta se encuentra. Por ello, no son trasladables las reglas propias de la LEC, como podría ser la prevista en el art. 420 de la LEC. Ahora bien, si el interesado quiere reclamar a la aseguradora, tendrá que hacerlo junto a la Administración, no cabría separar las pretensiones remitiéndolas a distintas jurisdicciones.

Son mayores las ventajas que los inconvenientes prácticos que plantearía nuestra propuesta de unificar todos los conflictos al respecto en una única jurisdicción, la contencioso-administrativa. Estaría justificado, entre otros motivos, por la necesidad de garantizar la competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa, previa tramitación del correspondiente procedimiento, para conocer de la

responsabilidad patrimonial de la Administración, pronunciamiento principal y presupuesto técnico para que responda la aseguradora, teniendo vedado el orden civil la competencia en esta materia (art. 9.4 de la LOPJ y 2.e) de la LJCA). Se acaba con el sistema de doble opción jurisdiccional en el que se deja en manos del perjudicado la elección del orden jurisdiccional competente que se va a pronunciar sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, que debe ser una cuestión indisponible para los particulares, generadora de enormes inconvenientes prácticos como hemos visto. Asimismo se pondría coto al peregrinaje jurisdiccional, garantizando la unidad de fuero, al cerrar una de las vías de escape de la competencia del orden contencioso-administrativo.

Esta solución nos parece más coherente y sencilla en aras a dotar al sistema de reparto jurisdiccional de mayor seguridad jurídica. Permitiría conciliar todos los intereses encontrados puesto que todas las cuestiones se dirimirían ante un mismo orden jurisdiccional, y se solventarían alguno de los graves problemas que plantea el ejercicio de la acción directa de forma autónoma (*Vid. Supra*). Posibilitaría una reparación íntegra del daño sin riesgo de prescripción, teniendo en cuenta que en el ámbito de las reclamaciones sanitarias es frecuente la existencia de franquicias o infraseguros, así como evitaría que se tuvieran que entablar dos procesos diferentes ante dos jurisdicciones distintas, la contencioso-administrativa para la Administración y la civil para la aseguradora, así como la mayor dilación y costes; y, acabaría con el grave riesgo de que se dicten resoluciones judiciales contradictorias con disparidad de criterios jurisprudenciales que pongan en peligro el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE. Así se puede desprender de la propia jurisprudencia del TS en la que aunque no se defiende el establecimiento de un litisconsorcio necesario, sí que alaba las virtudes de demandar a ambas conjuntamente de acuerdo con la previsión legal actual. Afirma el TS, por todas, STS (Sala de lo Civil), 2 de diciembre de 2002 [RJ 2002\10419], fº jº 4º: *«puede ya deducirse que la posición procesal, en calidad de codemandadas y por tanto obligadas al pago de la eventual indemnización que pudiera corresponderle a la actora, que ocupan la causante del daño y la Aseguradora, refuerza las expectativas y el derecho subjetivo de la parte demandante, por lo que, al optar por esta posibilidad que le reconoce el ordenamiento, el ciudadano reclamante está haciendo uso de su derecho a una mejor y mayor tutela judicial efectiva, en los términos del artículo 24.1 de la Constitución.»*

Ciertamente, como contraposición, se ha alegado que las dificultades de compatibilidad del régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración y el del seguro y la intención del legislador de unificar la competencia en el orden contencioso-administrativo no puede llevar a rechazar la posibilidad del ejercicio de la acción directa, en cuanto se trata de un derecho reconocido legalmente al perjudicado o sus herederos y una de las mayores garantías establecidas en su beneficio. Sin embargo, la imposición de un litisconsorcio pasivo necesario entre Administración y aseguradora entendemos que no supone negar la acción directa, por cuanto el perjudicado seguirá teniendo derecho a solicitar directamente el pago de la indemnización debida a la aseguradora de conformidad con el art. 76 de la LCS e incluso los intereses de demora del art. 20 de la LCS, aunque para ejercitarlo se tenga que dirigir también frente a su asegurado. Ciertamente lo que se acabaría es con una de las características de la acción directa como sería su independencia o autonomía procesal que ha sido calificada por la jurisprudencia como fundamento de esta acción, pero no quedaría afectado el derecho del tercero perjudicado¹⁰³⁸. Asimismo, el fundamento de la acción directa es otorgar una mayor protección al perjudicado puesto que lo protege frente a la posible insolvencia del asegurado, lo que no ocurre cuando el asegurado es una Administración, puesto que su solvencia está garantizada. Efectivamente en el orden civil se podrá lograr una reparación de forma más ágil y rápida, sobre todo teniendo en cuenta que este caso se tendrá que tramitar el procedimiento administrativo. Empero, de existir una franquicia o un infraseguro, es posible que para alcanzar una reparación íntegra del daño haya que acudir de todas formas a la vía administrativa y contencioso-administrativa lo que provocará un mayor dispendio de tiempo y dinero. De igual forma, es cierto que si se tiene que demandar conjuntamente a ambas, se corre el riesgo de que las costas, de ser desestimada la demanda, sean más elevadas por cuanto son dos los sujetos demandados pero es posible que no sea condenada en costas o que estas sean limitadas prudencialmente, como está ocurriendo habitualmente en el orden contencioso.

¹⁰³⁸ Como ha señalado ELGUERO MERINO: «Procesalmente el tercero ejerce su derecho mediante la acción directa, que no es el derecho en sí sino el cauce necesario para el ejercicio del derecho de solicitar directamente al asegurador el pago de la indemnización debida. [...] Lo que la LCS otorga al perjudicado y sus herederos es un derecho sustantivo y personal que se ejerce mediante la vía procesal de la acción directa, aunque por la deficiente redacción de este precepto ambos conceptos -derecho y acción- parecen confundirse.» ELGUERO MERINO, J.; *op. cit.*, p. 1324.

Con la normativa actual, de establecerse esta suerte de litisconsorcio pasivo necesario únicamente en aquellos casos en los que la asegurada es una Administración Pública, se trataría de una excepción al régimen general de los seguros de responsabilidad civil. Ello no conlleva una vulneración del art. 14 de la CE porque hay razones objetivas que lo aconsejan como la solvencia de la Administración o el régimen procedimental y jurisdiccional especial existente para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración¹⁰³⁹. Por eso, como sucede en el Derecho italiano, deberá preverse expresamente con mayor claridad bien a través de una modificación de la LRJSP y la LPAC, bien a través de la calificación de este contrato como administrativo, lo que permitiría aprobar un régimen legal propio para los seguros de responsabilidad patrimonial, o bien, a través de la inclusión de un nuevo apartado en el art. 76 de la LCS. Desde un punto de vista procesal, no sería necesario llevar a cabo una reforma bastando con darle una nueva interpretación al art. 21.1.c) de la LJCA en consonancia con la nueva norma. La competencia del orden contencioso-administrativo quedaría amparada por lo dispuesto en los artículos 9.4 de la LOPJ y 2.e) de la LJCA que permiten demandar conjuntamente a ambos sujetos, Administración y aseguradora, ante el citado orden jurisdiccional.

6 Seguro y sanidad privada. Su concurrencia con la sanidad pública.

Para el ejercicio de la asistencia sanitaria privada es obligatoria la suscripción de un seguro de responsabilidad civil, así resulta de los artículos 40.3.g) y 46 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias dispone que: *«Los profesionales sanitarios que ejerzan en el ámbito de la asistencia sanitaria privada, así como las personas jurídicas o entidades de titularidad privada que presten cualquier clase de servicios sanitarios, vienen obligados a suscribir el oportuno seguro de responsabilidad, un aval u otra garantía financiera que cubra las indemnizaciones que se puedan derivar de un eventual daño a las personas causado con ocasión de la prestación de tal asistencia o servicios.»*

Si se reclama por los daños y perjuicios ocasionados por un médico, hospital o centros privados, odontólogos... en el ejercicio de la medicina privada, la competencia, con independencia de que se reclame conjuntamente frente a éstos y a la aseguradora

¹⁰³⁹ HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, pp. 167 y 170.

que cubra su responsabilidad civil o únicamente frente a la aseguradora en el ejercicio de la acción directa del art.76 de la LCS, corresponderá al orden civil de acuerdo con lo previsto en el art. 9.2 de la LOPJ ya que se trata de dirimir una cuestión de naturaleza privada entre sujetos privados.

Ahora bien, en tanto que el servicio público sanitario se encuentra en régimen de libre concurrencia con la iniciativa privada, es posible que a la producción del daño hayan concurrido tanto la Administración Pública sanitaria como sujetos privados (médicos privados, centros u hospitales privados...). Piénsese en el ejemplo que pusimos de un parto en el que por negligencia el bebé haya sufrido algún daño y sea trasladado a un Hospital Público en el que tampoco sea tratado conforme a la *lex artis* o se provoque otro daño. En estos casos, en que ambas han concurrido a la producción del daño, se podrá demandar tanto a la aseguradora de la entidad o sujeto privado como de la pública conjuntamente. Pueden plantearse diferentes escenarios:

-Si se ejercita la acción contra la Administración y los sujetos privados que concurren a la producción del daño así como contra sus compañías aseguradoras, esto es, cuando haya una acumulación de acciones, la competencia corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo (art. 2.e) de la LJCA y art. 9.4 de la LOPJ), incluso aunque el tribunal entendiera que no hay responsabilidad por la Administración, llegará hasta la finalización del proceso respecto al particular que será juzgado conforme a las normas propias del Derecho Civil (STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 26 de septiembre de 2007 [RJ 2007\7088]; 21 de noviembre de 2007 [RJ 2007\8464] o 21 de julio de 2009 [RJ 2009\7150])¹⁰⁴⁰. Se plantean numerosas cuestiones problemáticas, como la continuación del proceso frente al particular si se allana la Administración o si queda interrumpido el plazo de prescripción frente al sujeto privado que se pretende demandar si se inicia un procedimiento administrativo para exigir responsabilidad patrimonial a la Administración...¹⁰⁴¹.

-El art. 9.4 de la LOPJ no establece un litisconsorcio pasivo necesario por lo que se podría optar por ejercitar la acción únicamente frente al particular o frente a éste y su aseguradora, o exclusivamente frente a esta última en cuyo caso deberá acudir al orden civil. Ahora bien, se discrepa en la doctrina si con ello se está renunciando al

¹⁰⁴⁰ COBO OLVERA, T. Y COBO PERALTA, T. A.; *op. cit.*, pp. 41 y 42.

¹⁰⁴¹BUSTO LAGO, J. M.; «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1965; GARBERÍ LLOBREGAT, J.; «Acciones de...», *op. cit.*, p. 124. Algunos de estos problemas son puestos de manifiesto por: SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J.A. Y FERNÁNDEZ MONTALVO, R.; *op. cit.*, pp. 445 y 446.

ejercicio de la acción frente a la Administración y su aseguradora. Mientras que para una parte, si el perjudicado se dirige exclusivamente frente al sujeto privado y/o su asegurador, no se podría reclamar simultánea o sucesivamente en la vía administrativa y contencioso-administrativa frente a la Administración y, entendemos que por extensión tampoco frente a su asegurador por entender que ha renunciado a la acción, otra parte considera que sí podría (*Vid. Supra*, Capítulo III, 5.1.1).

-Si se decide reclamar únicamente frente a la Administración aplicaremos todas las reglas que hemos visto *Supra*, entendiendo gran parte de la doctrina que con ello se renuncia a la acción que le pudiera corresponder frente al particular y su aseguradora, aunque sobre esto también hay discrepancias (*Vid. Supra*, Capítulo III, 5.1.1).

-Si se ejercita la acción directa del art. 76 de la LCS frente a las aseguradoras de la Administración y del sujeto privado, conforme a la legislación actual, habría de acudir a la jurisdicción civil (STS (Sala de lo Civil), 21 de mayo de 2008 [RJ 2008\4149]). Si de *lege ferenda* (o por así interpretarse del art. 35 de la LRJSP) hubiera que demandar a la aseguradora de la Administración junto a ésta en el orden contencioso-administrativo, vuelven a plantarse cuestiones debatibles: ¿podría dirigirse únicamente frente a la aseguradora del particular en el orden civil? ¿Supondría la renuncia al ejercicio de la acción frente a la Administración y su aseguradora?

CAPÍTULO VIII

RESPONSABILIDAD PENAL Y CIVIL DERIVADA DE DELITO

1. Introducción.

Existen dos casos en los que, a pesar de la responsabilidad directa de la Administración (art. 36.1 de la LRJSP), cabe accionar directamente contra el personal sanitario al servicio de las Administraciones Públicas para exigirle responsabilidad penal y civil derivada de delito «*de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente*¹⁰⁴²» (art. 37.1 de la LRJSP). Se remite a lo establecido en la legislación penal, esencialmente, el CP y la LECr. Cuando el personal sanitario al servicio de la Administración hubiera cometido un posible delito, sólo podrá ser condenado por la jurisdicción penal que se pronunciará también, en su caso, sobre la responsabilidad civil, salvo que se hubiera reservado la acción para un proceso posterior (art. 9.3 de la LOPJ; art. 109 del CP; artículos 111 y 112 de la LECr;). Incluso, podrá resolver sobre la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración Pública. Se trata de una de las excepciones legales al principio de unidad jurisdiccional¹⁰⁴³ puesto que otro orden jurisdiccional, distinto al contencioso-administrativo, podrá pronunciarse sobre la responsabilidad de la Administración por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario¹⁰⁴⁴. No obstante, el ejercicio de la acción penal no empece que se exija directamente responsabilidad patrimonial a la Administración por el funcionamiento del servicio en la vía administrativa (artículos 37.2 de la LRJSP y art. 121 del CP).

La reclamación frente al personal sanitario en el orden penal imputándole la comisión de un delito y exigiendo la reparación de los daños es una hipótesis frecuente en la práctica. Es más, se alerta del uso indebido y desmesurado que se realiza de la vía

¹⁰⁴² Obviamente el precepto se refiere a la responsabilidad penal o civil derivada de delito cuando la conducta u omisión delictiva del funcionario ha sido en el ejercicio de sus funciones.

¹⁰⁴³ Así se subrayaba expresamente en la Exposición de Motivos de la LJCA: «[...] parece muy conveniente unificar la competencia para conocer de [la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública] en la Jurisdicción Contencioso-administrativa, evitando la dispersión de acciones que actualmente existe y garantizando la uniformidad jurisprudencial, salvo, como es lógico, en aquellos casos en que la responsabilidad derive de la comisión de una infracción penal.»

¹⁰⁴⁴ GÓMEZ LIGÜERRE, C.; *Derecho aplicable...*, op. cit., p. 198; RIVERA FERNÁNDEZ, M.; op. cit., p. 1652.

penal¹⁰⁴⁵ debido principalmente a su menor coste; a la posibilidad de obtener las pruebas con mayor facilidad: remisión del historial médico al juzgado o informe del médico forense a petición del juez (el perito es el médico forense y además es gratuito¹⁰⁴⁶); a la mayor celeridad frente al proceso contencioso-administrativo; la mayor generosidad en el cálculo de las indemnizaciones por los jueces del orden penal y, la posibilidad de condenar al pago de la indemnización tanto al personal sanitario como subsidiariamente a la Administración¹⁰⁴⁷.

¹⁰⁴⁵ En este sentido, se pronuncia la doctrina con unanimidad. «*La acumulación de la acción civil a la penal es un elemento que, si bien tiene importantes efectos de economía procesal, y facilita la reparación debida a las víctimas del delito, también favorece la utilización del proceso penal con finalidades espurias, lanzándolo como amenaza o como un eficaz elemento de presión para obtener una rápida y sustanciosa reparación civil, o como un medio para obtener pruebas, gracias a la actuación de oficio de los tribunales, que luego son utilizadas en un posterior proceso civil.*» CORBELLA I DUCH, J; *Manual de Derecho Sanitario*, Atelier, Barcelona, 2ª Ed., 2012, p.242. «*En la vía penal, las demandas prosperan muy poco y su uso desmesurado se debe a las ventajas de esa jurisdicción (costes reducidos, mayor flexibilidad en las pruebas a practicar, etc.)*» GÓMEZ JARA, M.; *La responsabilidad profesional sanitaria*, Atelier, Barcelona, 2007, p.35; BAL FRANCÉS, E.; «Orden jurisdiccional penal» en la obra colectiva *Manual de Responsabilidad Pública* dirigida por la Dirección del Servicio Jurídico de la Abogacía General del Estado, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2ª ed., 2015, pp. 705 y 707; SISO MARTÍN, J.; «El enjuiciamiento de la responsabilidad patrimonial. Nueva regulación. Especial mención de la responsabilidad sanitaria», *Revista del Poder Judicial*, nº 54 (1999), p. 475; RIVERA FERNÁNDEZ, M.; *op. cit.*, pp. 1651 y 1652; PARADA VÁZQUEZ, R.; *Derecho Administrativo II...*, *op. cit.*, pp. 518 y 519; HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, pp. 179 y 180.

¹⁰⁴⁶ En la jurisdicción penal establece el art. 456 de la LECr: «*el Juez acordará el informe pericial cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos.*» En cambio en la vía civil, serán las partes las que aporten al proceso el dictamen de peritos, a su costa (artículos 335 a 338 de la LEC), salvo que cualquiera de ellas sea titular del derecho a la asistencia jurídica gratuita en cuyo caso se procede a la designación judicial de perito. Es posible que el demandante y/o demandado, sin ser titulares del derecho a la asistencia jurídica gratuita, puedan solicitar la designación judicial de perito pagando su coste salvo lo que pudiera acordarse en materia de costas (art.339 LEC). En el proceso contencioso-administrativo, las pruebas se desarrollan de acuerdo con las normas previstas para el proceso civil en la LEC, con algunas precisiones (art.60 LJCA), si bien, dispone en el art.61 de la misma norma que «*el Juez o Tribunal podrá acordar de oficio el recibimiento a prueba y disponer la práctica de cuantas estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto*», incluso cuando el pleito haya sido declarado concluso para sentencia.

¹⁰⁴⁷ Entre las razones, apuntadas por BAL FRANCÉS, por las que para la reclamación de los daños y perjuicios se opta por la jurisdicción penal en lugar de la vía administrativa y contenciosa produciéndose una progresiva criminalización de estas pretensiones: a) La idea de castigo contra el culpable propia de la jurisdicción penal frente a la compensación puramente económica de la jurisdicción contenciosa; b) Causas económicas indirectas y psicológicas derivadas del localismo y la proximidad del fuero competencial en el Derecho Penal frente a los recursos contencioso-administrativos; c) Mayor rapidez *a priori* de la tramitación del proceso penal frente al procedimiento administrativo y posterior contencioso que permitiría ahorrar costes y mayores facilidades para interponer recurso; d) Por el sistema de minutación de los abogados que acuden a la figura de la “cuota-litis”, lo que hace que se decanten por la vía penal porque, por ejemplo, existe conciencia general de que la indemnización por daños corporales es superior en la vía penal; y por otro lado, porque mientras que en la jurisdicción contencioso-administrativa se precisa al menos de abogado, en la vía penal las acciones de reclamación de responsabilidad civil las puede ejercitar en nombre de la víctima el Ministerio Fiscal salvo que se inicie la causa por querrela; e) Por lo relativo a los criterios de imposición de costas. Mientras que en la jurisdicción contencioso-administrativa rige el criterio objetivo o del vencimiento (art.139 de la LJCA), en el ámbito penal es muy raro que se impongan las costas en caso de sobreseimiento o absolución salvo que exista temeridad o mala fe conceptos interpretados de forma muy restrictiva por la jurisprudencia (art.

2. Carácter preferente de la jurisdicción penal.

Cuando la competencia corresponde al orden penal, éste tiene carácter preferente como señala claramente el art. 44 de la LOPJ sin que *«ningún Juez o Tribunal pueda plantear conflicto de competencia a los órganos de dicho orden jurisdiccional¹⁰⁴⁸»*. En consonancia con ello, el art. 144 de la LECr establece que si se ha promovido un proceso penal en averiguación de un delito, *«no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole, si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal.»* En efecto, si el perjudicado se hubiera reservado la acción civil derivada de delito para ejercerla en el orden civil tendrá que esperar hasta que la acción penal haya sido resuelta mediante sentencia firme (art.111 de la LECr). Esto no sucede con el procedimiento administrativo de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración que se podrá tramitar de forma simultánea al proceso penal *«salvo que la determinación de los hechos sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial»* (art. 37.2 de la LRJSP), poniendo de relieve nuevamente la tradicional primacía del orden penal frente al resto de órdenes jurisdiccionales.

Como regla general, la competencia del orden penal prevalece y excluye la del resto de órdenes jurisdiccionales. A diferencia de los Jueces y Tribunales del resto de órdenes jurisdiccionales (civil, contencioso-administrativo y social), al juez penal le es técnicamente imposible declararse incompetente por considerar que el conocimiento del asunto corresponde a otro orden jurisdiccional por razón de la materia¹⁰⁴⁹. Como ha señalado BAL FRANCÉS, *«no hay pretensiones de las que no pueda conocer la Jurisdicción Penal por razón de la materia, independientemente de cuál sea el*

240 de la LECr y art.123 del CP); f) Aunque en ambas jurisdicciones la valoración del daño por perito debe ser igual, en el orden penal, el médico forense de forma gratuita emite un informe donde se valoran las lesiones, normalmente conforme señalan los baremos, por tanto, es un medio de prueba cualificado de cuya valoración no se suele apartar el juez penal dada la condición del médico forense como funcionario imparcial, independiente, cualificado y ajeno a las partes. A diferencia de la vía contencioso-administrativa en el que las partes normalmente acuden a un médico privado que emitirá un informe que deben sufragar. BAL FRANCÉS, E.; *op. cit.*, pp. 707 a 719.

¹⁰⁴⁸ Como vimos, la jurisdicción penal queda al margen de los numerosos conflictos de competencia que se suscitaban entre los órdenes jurisdiccionales civil, contencioso-administrativo y social para conocer de los conflictos derivados de responsabilidad por defectuosa asistencia sanitaria prestada por la Seguridad Social dado su carácter prevalente.

¹⁰⁴⁹ Debemos realizar dos aclaraciones. Una cosa es que no se declare incompetente por razón de la materia por entender que compete a otro orden jurisdiccional y otra que técnicamente se pueda declarar incompetente cuando se le plantee una declinatoria, por ejemplo, para declarar su falta de jurisdicción por corresponder el conocimiento del asunto a los Jueces y Tribunales de otro Estado o por falta de competencia territorial u objetiva (por razón de la persona o de la materia). En toda esta cuestión, dejamos al margen a la jurisdicción militar que no tiene interés en el objeto de nuestra tesis.

*resultado del fallo judicial posterior*¹⁰⁵⁰.» Por ejemplo, si el juez penal entiende que la actuación médica no es lo suficientemente grave como para ser calificada como delito, no se declara incompetente e indica a las partes el orden jurisdiccional competente (civil, contencioso-administrativo o social) o que puede haber un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración y deben iniciar el correspondiente procedimiento administrativo, sino que dictará un auto de sobreseimiento libre o sentencia absolutoria¹⁰⁵¹.

La supremacía o la «irresistibilidad» del orden penal frente al resto de vías jurisdiccionales para el conocimiento de las acciones u omisiones delictivas se pone también de manifiesto en la regulación de las cuestiones prejudiciales. Frente a la regla general de conocimiento de las cuestiones a efectos meramente prejudiciales (no devolutibilidad de las cuestiones prejudiciales¹⁰⁵²) (art.10.1 de la LOPJ; art. 42 de la LEC; art. 4 de la LJCA; art.4.1 de la LJS; art. 3 de la LECr), la devolutividad de las cuestiones prejudiciales penales. La existencia de una cuestión prejudicial penal determinará la suspensión del procedimiento mientras no sea resuelta por los órganos penales competentes, salvo las excepciones previstas legalmente (art. 10.2 de la LOPJ; art. 40 de la LEC; art. 4 de la LJCA y art. 4.3 de la LJS).

3. Responsabilidad penal: competencia del orden jurisdiccional penal.

A la jurisdicción penal le corresponde conocer cuando la acción u omisión sea constitutiva de delito, esto es, con dolo o imprudencia penadas por la ley (art. 9.3 de la LOPJ y art. 10 del CP). Entre los más frecuentes en el ámbito sanitario: delito de homicidio y homicidio imprudente (artículos 138 y ss), aborto (artículos 144 a 146), lesiones (artículos 147 y ss) o lesiones al feto (artículos 157 y ss). El principio de intervención mínima y el carácter de última ratio suponen que las acciones penales sólo prosperaran en los supuestos de imprudencias médicas graves, cuando se ha faltado «a la más elemental norma de cuidado o a las más elemental falta de conocimientos médico-sanitarios». Se trata de «conductas muy descuidadas o errores muy

¹⁰⁵⁰ BAL FRANCÉS, E.; *op. cit.*, p. 702.

¹⁰⁵¹ *Ibid.*, pp. 702 y 703.

¹⁰⁵² Son excepcionales los casos en los que la prejudicialidad es devolutiva. En el ámbito penal, por ejemplo, los supuestos de los artículos 4 a 7 de la LECr.

manifiestos»¹⁰⁵³, como ha señalado GÓMEZ JARA. Esta hipótesis es mucho más frecuente que el dolo, ya que es inusual que el médico se proponga causar un daño al paciente¹⁰⁵⁴.

4. Responsabilidad civil derivada de delito. Sujetos responsables.

Junto a la responsabilidad penal se podrá exigir responsabilidad civil derivada de delito¹⁰⁵⁵ que conlleva la obligación de reparar el daño causado (art.109 a 122 del Código Penal y art.100 de la LECr). Con carácter general, se encuentra regulada en el Código Penal (art. 1092 del CC y art. 37. 1 de la LRJSP), si bien no por ello pierde su naturaleza civil¹⁰⁵⁶. Forma parte de la institución general de la responsabilidad civil

¹⁰⁵³ GÓMEZ JARA, M.; *op. cit.*, p.162. Existe una consolidada jurisprudencia sobre los criterios apreciables para determinar la existencia de imprudencia médica. *Vid.* STS 782/2006 de 6 julio [RJ 2006\6098], fundamento jurídico quinto.

¹⁰⁵⁴ AA.VV.; *Negligencias médicas paso a paso. Guía práctica sobre la responsabilidad civil, administrativa y penal del colectivo médico*, Colex, A Coruña (Galicia), 2019, pp. 12, 73 y 74.

¹⁰⁵⁵ Sobre la responsabilidad civil derivada de delito: LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.; *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997; QUINTERO OLIVARES, G.; «La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea, en Responsabilidad civil «ex delicto»», *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 16 (2004), pp. 13 a 46; ROIG TORRES, M.; *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010; GÓMEZ POMAR, F.; «Responsabilidad civil ex delicto». En http://www.upf.edu/dretcivil/_pdf/mat_fernando/T11.pdf [consultado el día 29 de abril de 2013]; GONZÁLEZ ORVIZ, M. E.; *Responsabilidad civil derivada del delito*, Bosch, Barcelona, 2008; SURROCA COSTA, A.; *La responsabilidad civil por hecho ajeno derivada de delito o falta. En particular, la responsabilidad civil de padres, guardadores, centros docentes, empresarios, titulares de vehículos y Administración Pública*, Tesis doctoral, Universidad de Girona, 2012. En <http://hdl.handle.net/10803/94199> [Consultado el día 19 de agosto de 2016]; RABASA DOLADO, J.; *La responsabilidad civil derivada de delito: víctimas, perjudicados y terceros afectados*, Tesis doctoral, Universidad de Alicante, 2015. En https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/55270/1/tesis_jorge_rabasa_dolado.pdf [Consultado el día 19 de julio de 2021]; YZQUIERDO TOLSADA, M.; «Capítulo VII: La responsabilidad civil en el proceso penal» en la obra colectiva *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, coordinada por REGLERO CAMPOS, L. F. y BUSTO LAGO, J. M., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 5ª ed., 2014, pp. 1105 a 1236 y *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, Dykinson, Madrid, 1997; GÓMEZ LIGÜERRE, C.; *Derecho aplicable...*, *op. cit.*, pp. 65 a 129 y 198 a 204; AA.VV.; *Código Penal...*, *op. cit.*, pp. 787 a 926; GALLEGO SOLER, J. I.; «Artículos 109 a 126» en la obra colectiva *Comentarios al Código penal: reforma LO 1/2015 y LO 2/2015* dirigida por CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 388 a 430.

En el ámbito de la Administración: CASINO RUBIO, M.; *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

¹⁰⁵⁶ Aunque no podamos profundizar en este extremo, dado que no constituye el objeto de nuestra tesis, la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto* ha sido un tema muy debatido doctrinalmente. No obstante, podemos considerar mayoritaria la doctrina que entiende que la responsabilidad civil *ex delicto* constituye una manifestación de la responsabilidad civil extracontractual con la única característica de que el ilícito proviene de un delito. Razones históricas son las únicas que justifican que esté regulada en el Código Penal en lugar del Código Civil. PARRA LUCÁN, M. A.; «Capítulo 27. La responsabilidad civil extracontractual» en la obra colectiva *Curso de Derecho Civil II, Vol. II: Contratos y responsabilidad civil* coordinada por MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., Edisofer, Madrid, 2020, p. 407; YZQUIERDO TOLSADA dice claramente: «no existe propiamente eso que se da en llamar: «responsabilidad civil derivada de delito»: la responsabilidad civil deriva sólo del daño, y el hecho de que la acción que lo generó sea además constitutiva de infracción penal en nada modifica la naturaleza de la

extracontractual con la particularidad de que la acción u omisión ilícita causante del daño es constitutiva de delito. La regulación de forma diferenciada en el Código Penal crea una dualidad de regímenes que genera cierta confusión¹⁰⁵⁷ respecto a determinadas cuestiones, como veremos que sucede también con relación a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

4.1 Los responsables penales. Supuestos del art. 118 del CP.

El art. 116 del CP parte del principio de que el responsable penalmente lo será también civilmente si se hubieran derivado daños y perjuicios. Si hubiera varios (médicos, enfermeros, anestelistas...) se deberá fijar la cuota que corresponde a cada uno (art. 116.1 del CP).

Sin embargo, hay casos de exención de responsabilidad penal por concurrir determinadas eximentes en los que se podrá exigir la responsabilidad civil conforme a las reglas que establece el art. 118 del CP. Por lo que nos interesa, serán responsables el ebrio y el intoxicado; en el caso de estado de necesidad, serán *«responsables civiles directos las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable o, en otro caso, en la que el Juez o Tribunal establezca según su prudente arbitrio»*; en caso de miedo insuperable, responderán principalmente los que hayan causado el miedo, y en defecto de ellos, los que hayan ejecutado el hecho; en el supuesto de error invencible serán responsables civiles directo los autores del hecho.

obligación». YZQUIERDO TOLSADA, M.; «Capítulo VII...», *op. cit.*, pp. 1106 a 1118, 1147 y 1150. En el mismo sentido, PANTALEÓN PRIETO, A. F.; «Perseverare diabolicum, ¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal?», *Jueces para la Democracia*, nº 19 (1993), pp. 6 a 10.; SANTA CECILIA GARCÍA, F.; «La responsabilidad civil «ex delito» en el Proyecto de Código Penal de 1992» en la obra colectiva *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993, pp. 1016 a 1020 hace un estudio de toda la doctrina a favor y en contra; ALASTUEY DOBÓN, C.; «Lección 12. Consecuencias jurídicas no penales derivadas de la comisión del delito (II): la responsabilidad civil derivada de delito» en la obra colectiva *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito* coordinado por GRACIA MARTÍN, L., Tirant Lo Blanch, Valencia, 5ª ed., 2016, p. 238; GÓMEZ LIGÜERRE, C.; *Derecho aplicable...*, *op. cit.*, pp. 68 a 80; CASINO RUBIO, M.; *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 223 a 225.

MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN ponen de relieve la naturaleza civil de la responsabilidad civil derivada de delito (que nada tiene que ver con la responsabilidad penal) afirmada porque es transmisible a terceros; no es proporcionada a la gravedad del delito y por su carácter disponible. MUÑOZ CONDE, F. Y GARCÍA ARÁN, M.; *Derecho Penal. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 10ª ed., 2019, pp. 587 y 588.

¹⁰⁵⁷YZQUIERDO TOLSADA, M.; «Capítulo VII...», *op. cit.*, pp. 1118 a 1145. Según YZQUIERDO TOLSADA, la mayoría de los especialistas consideran que este tipo de responsabilidad debería regularse de forma unitaria en el Código Civil, con independencia de que se le atribuya la competencia a los jueces del orden penal, debiendo suprimirse la regulación del CP. *Ibid.*, pp. 1147 y 1150.

4.2 Aseguradoras.

El art. 117 del CP recoge la responsabilidad civil directa de las compañías aseguradoras señalando: «*Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda.*» Es jurisprudencia constante la que interpreta que la referencia a «*un hecho previsto en este Código*», integra tanto los hechos dolosos como imprudentes (STS (Sala de lo Penal), 22 de junio de 2020 (RJ 2020\3485). Este precepto parece corresponderse con la posibilidad de ejercitar la acción directa prevista con carácter general en el art. 76 de la LCS y responde a una exigencia jurisprudencialmente asentada que permite ventilar la responsabilidad directa del asegurador en la vía penal¹⁰⁵⁸.

En las pólizas de seguro suscritas por la Administración sanitaria (tomador del seguro), se suelen incluir como riesgos asegurados tanto la responsabilidad civil directa del personal médico-sanitario y no sanitario a su servicio, salvo los actos dolosos¹⁰⁵⁹, como la responsabilidad civil subsidiaria del ente público por los daños causados como consecuencia del hecho delictivo, aparte de la responsabilidad patrimonial (*Vid. Supra*, Capítulo VII, 1 y 2). Por tanto, cabrá reclamar directamente el pago de la indemnización a la aseguradora ex art. 117 del CP. Si el personal al servicio de la Administración tiene suscrita una póliza de seguro individual que cubra los mismos daños, existirá responsabilidad solidaria de las aseguradoras.

El art. 117 del CP, no obstante, plantea algunos interrogantes, entre ellos, si la aseguradora responderá también de forma directa cuando la cobertura del contrato de seguro alcanza a la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, supuesto habitual en el ámbito sanitario. La respuesta jurisprudencial ha sido afirmativa. De conformidad con el art. 117 del CP, la aseguradora responderá de forma directa frente a

¹⁰⁵⁸ *Vid.* ARNAIZ SERRANO, A.; *op. cit.*, pp. 46 y 47; GÓMEZ POMAR, F.; *op. cit.*; HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, pp. 180 y 181; SÁNCHEZ CALERO, F.; «Artículo 76»..., *op. cit.*, pp. 1797 a 1799.

¹⁰⁵⁹ Téngase en cuenta que como vimos, la exclusión de los supuestos dolosos en la póliza es inoponible al tercero perjudicado y no impide el ejercicio de la acción directa del art. 76 de la LCS y 117 del CP, sin perjuicio de la posterior acción de repetición del asegurador.

los perjudicados aunque los asegurados (en este caso, ente público) hayan sido declarados responsables civiles subsidiarios, sin perjuicio del derecho de repetición que corresponda (SSTS (Sala de lo Penal), 22 de Abril de 2002 (RJ 2002/5454), 11 de mayo de 2005 (RJ 2005\7578); 11 de diciembre de 2017 (RJ 2017\6237¹⁰⁶⁰) o 12 de febrero de 2019 (RJ 2019\565) y las en ellas citadas¹⁰⁶¹).

4.3 Responsabilidad civil subsidiaria.

El Código Penal regula diversos supuestos en virtud de los cuales habiendo un responsable penal, la responsabilidad civil recae subsidiariamente sobre otro sujeto distinto, como pueden ser los entes públicos.

4.3.1 Responsabilidad civil subsidiaria de los entes públicos: art.121 del CP.

Los entes públicos asumirán subsidiariamente la responsabilidad civil derivada del hecho delictivo cometido por el personal médico-sanitario en la prestación del servicio público. El art.121 del CP¹⁰⁶² dispone:

«El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del

¹⁰⁶⁰ Afirma en el fundamento jurídico 35º que: *«la responsabilidad civil directa que se establece en el art. 117 del Código Penal tiene como fundamento la satisfacción inmediata de las víctimas, sin perjuicio de las relaciones internas entre las partes, asunto este ajeno al derecho penal en su aspecto resarcitorio.»*

¹⁰⁶¹ En este sentido, GÓMEZ POMAR, F.; *op. cit.*

¹⁰⁶² El antecedente inmediato lo constituyen los artículos 21 párrafo primero y 22 del CP de 1973 que aunque no se referían de forma expresa al Estado ni a los entes públicos, la jurisprudencia les hacía extensiva su aplicación pudiéndose declarar en el proceso penal la responsabilidad civil subsidiaria ex delicto de a Administración (SSTS (Sala de lo Penal), de 22 diciembre 1948 (RJ 1948\1585); 15 enero 1949 (RJ 1949\40); 26 mayo 1958 (RJ 1958\1986); 14 mayo 1964 (RJ 1964\2513), 17 marzo y 25 noviembre 1965 (RJ 1965\969 y RJ 1965\5238), 9 mayo 1966 (RJ 1966\2340), 27 noviembre 1967 (RJ 1967\4291) y 5 febrero 1968 (RJ 1968\781), entre otras), incluso tras la entrada en vigor de la LRJPAC (SSTS (Sala de lo Penal), 30 de enero de 1995 (RJ 1996\189) y las que en ellas se citan; 24 de enero de 1997 (RJ 1997\329)). La falta de una regulación expresa unido a la aprobación de la Constitución Española y de la LRJPAC que establecía la responsabilidad patrimonial directa de la Administración por los daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos puso de manifiesto la necesidad de regular esta cuestión en el nuevo Código Penal. PÉREZ MARTÍNEZ, D.; «Capítulo IV. I Regulación actual. Antecedentes normativos» en la obra colectiva *Manual de Responsabilidad Pública*, dirigida por la Dirección del Servicio Jurídico de la Abogacía General del Estado, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2ª ed., 2015, p. 1096. Un resumen de los antecedentes históricos del art. 121 del CP se puede consultar en MANZANARES SAMANIEGO, J. L.; «La responsabilidad civil subsidiaria de los entes públicos en el artículo 121 del Código Penal», *La Ley*, Tomo 1 (1996). En www.laleydigital.es [Consultado el día 3 de agosto de 2016].

*funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria*¹⁰⁶³.»

La responsabilidad del ente público es subsidiaria por lo que en caso de insolvencia del personal sanitario penalmente responsable, cabrá condenar a la Administración o ente público al pago de las indemnizaciones establecidas en la sentencia condenatoria. Se mantiene la misma solución del Código Penal anterior y se rechaza la propuesta en sentido distinto que contenía el Proyecto de Código Penal de 1992. Esta regulación ha sido muy criticada por la doctrina por la contradicción y el perjuicio que supone para el dañado el que si se reclama responsabilidad administrativa por el funcionamiento del servicio público la Administración responde de forma directa, sin perjuicio de la acción de regreso, mientras que si la actividad dañosa es delictiva, por tanto, más grave, lo hace sólo de forma subsidiaria¹⁰⁶⁴. De cualquier manera, el ejercicio de la acción penal no impide que se pueda instar el procedimiento administrativo para solicitar la responsabilidad patrimonial directa de la Administración (art. 37 de la LRJSP y art. 121 del CP). Además, la posibilidad de ejercitar en el orden penal la acción directa frente a la aseguradora que cubre la responsabilidad civil derivada de delito del personal sanitario al servicio de la Administración, reduce la importancia del argumento de su posible insolvencia¹⁰⁶⁵.

Siguiendo el art. 121 del CP podrán ser declarados responsables civiles subsidiarios todos aquellos que tengan la condición de entes públicos (Servicios de Salud

¹⁰⁶³ Para un análisis jurisprudencial sobre este precepto *Vid.* AA.VV.; *Código Penal...*, *op. cit.*, p. 885 a 892; SURROCA COSTA, A.; «La responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones Públicas», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 69, nº 1 (2016), pp. 105 a 140.

¹⁰⁶⁴ El problema de fondo que subyace en toda esta cuestión es si la responsabilidad civil ex delicto y la responsabilidad patrimonial de la Administración tienen o no la misma naturaleza lo que justificaría un tratamiento igualitario ya que se reclamaría una única responsabilidad a la Administración, que debería resarcir directamente a la víctima, aunque el origen de los daños fuera un hecho delictivo, como defiende la mayor parte de la doctrina. MARTÍN REBOLLO, L.; «Ayer y hoy...», *op. cit.*, p. 305; PEMÁN GAVÍN, J.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 307; LEGUINA VILLA, J.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 404; PANTALEÓN PRIETO, A. F.; «Responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 406; GÓMEZ LIGÜERRE, C.; *Derecho aplicable...*, *op. cit.*, pp. 199 y 200; YZQUIERDO TOLSADA, M.; «Capítulo VII...», *op. cit.*, p. 1133.

Sin embargo, para SOTO NIETO la disparidad de tratamiento está justificada dado el diferente fundamento de la responsabilidad penal (delito) y la responsabilidad administrativa (funcionamiento de los servicios públicos). SOTO NIETO, F.; «La responsabilidad civil subsidiaria del Estado y Entes públicos en general (art. 121 del Código Penal)», *La Ley*, Tomo 1 (1996). En www.laleydigital.es [Consultado el día 3 de agosto de 2016].

¹⁰⁶⁵ GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, pp. 176 y 177.

autonómicos, el INGESA, el Mutualismo Administrativo (MUFACE, MUGEJU e ISFAS), las entidades de derecho público, fundaciones públicas sanitarias, consorcios...). Sin embargo, las sociedades mercantiles y las fundaciones privadas del sector público en principio no tienen cabida en el ámbito de aplicación de la norma dado que a pesar de su pertenencia al sector público no tienen la condición de ente público, pues son personas jurídico-privadas. No obstante, también podrán responder subsidiariamente de conformidad con lo previsto en el art. 120.4º del CP.

Si se hubiera celebrado un concierto, convenio singular de vinculación, una concesión de servicios o un contrato de servicios a la ciudadanía, la empresa adjudicataria incurrirá en responsabilidad civil subsidiaria derivada de delito si se dan los presupuestos del art. 120 párrafos tercero o cuarto del CP.

Los requisitos para que exista responsabilidad civil subsidiaria ex delito de la Administración o ente público serían:

a) Que se haya producido un delito doloso o culposo¹⁰⁶⁶.

b) Que los sujetos penalmente responsables sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos¹⁰⁶⁷. Esta enumeración se interpreta en un sentido amplio comprendiendo a aquellas personas que desempeñan una función pública en un momento dado aunque sea de forma ocasional. Se pone el énfasis en que exista una relación de dependencia funcional entre el penalmente responsable y el ente público (SSTS (Sala de lo Penal), 28 de diciembre de 1990 (RJ 1990\10102¹⁰⁶⁸); 29 de mayo de

¹⁰⁶⁶ Esta referencia a «delito doloso o culposo» planteaba el problema de si la responsabilidad subsidiaria del ente público no era aplicable cuando los daños derivaban de faltas, lo que hubiera supuesto que tras la condena penal debiera iniciarse el procedimiento administrativo y contencioso-administrativo para reclamar la correspondiente indemnización. Para evitar el perjuicio que hubiera supuesto para el dañado tener que iniciar dos procesos, el Tribunal Supremo realizó una interpretación extensiva de la noción de delito como infracción penal, incluyendo por tanto, a las faltas (SSTS (Sala de lo Penal), 11 de enero de 1997 [RJ 1997/1128]; 26 de septiembre de 1997 [RJ 1997/6366]; 24 de octubre de 1997 [RJ 1997/7290]; 6 de febrero de 2007 [RJ 2007/1190]). Tras la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal se elimina la clasificación entre delitos y faltas para hacerlo como delitos graves, menos graves y leves, poniendo fin a estas dudas.

¹⁰⁶⁷ Todos estos conceptos lo vamos a englobar como personal a su servicio aunque no sean totalmente equivalentes, lo hacemos con la intención de poder abreviar. Si hubiera que distinguir entre autoridad, contratado, agente o funcionario lo referiríamos expresamente.

¹⁰⁶⁸ La jurisprudencia en relación al art. 22 del CP de 1973 ya realizaba una interpretación subjetiva expansiva que se traslada al art. 121 del CP. Señala en el fundamento jurídico 8º: «la sentencia de 23 de abril de 1990 (RJ 1990\3300)-, es que, en aquellos supuestos en que se da una relación de dependencia o servicio, en cuyo desarrollo se produce una infracción penal, responda el ente para el cual actuaban los responsables penas directos, sin otra exigencia que la dependencia, entendida en sentido amplio y muy general, esté o no presente una negligencia de la institución o una deficiencia estructural de la misma (Cfr. asimismo sentencias de 29 de junio de 1987, 15 de noviembre de 1989 y 6 de abril de 1990).

2001 (RJ 2001\4575); 9 de octubre de 2003 (RJ 2003\7233¹⁰⁶⁹) o 3 de junio de 2008 (RJ 2008\3629).

Cuando la gestión sanitaria corresponde a un ente público, los profesionales que prestan el servicio suelen tener la condición de personal funcionarial, estatutario o laboral. Por lo que, se entiende cumplido este requisito.

Sin embargo, si el profesional que ha perpetrado el delito trabaja y depende pues de un centro sanitario concertado, vinculado o que ha celebrado un contrato con el ente público, ¿podría considerarse personal contratado a efectos del art. 121 del CP en la amplia concepción que mantiene la jurisprudencia? Algunas sentencias, por ejemplo, la SAP de Segovia (Sección 1ª), 30 de junio de 2009 (ARP 2009/1088), fºjº 3º, tras afirmar la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa adjudicataria con arreglo al art. 120.4º del CP, entiende que el condenado no actúa por iniciativa propia dado el contrato administrativo existente entre la Administración y la empresa. Por tanto, *«no cabe duda que la entidad Sertauca, S.L., así como su representante legal y el resto de los empleados [...], actuaron como contratados de la Corporación Local, gestionando el servicio público que les fue encomendado, dándose por tanto todos los requisitos exigidos por el art. 121 del CP para que por la actuación negligente del condenado en dicha gestión, se desate la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad local que requirió y contrató sus servicios.»* «A ello no obsta el que en la cláusula 16 del pliego de cláusulas administrativas se hubiere establecido que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista; tampoco el contenido de la cláusula 18. Ante la existencia de terceros perjudicados, es clara la aplicación preferente del art. 121 del CP al caso de autos, independientemente de las relaciones inter partes que puedan existir en base al contrato suscrito.» En el mismo sentido, la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 6ª), 26 de octubre de 2012 (JUR 2013\223948) declara la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por el delito cometido por el concesionario de una incineradora, en cuanto titular del servicio y por haber cumplido con los deberes de vigilancia y control. Sin embargo, la SAP de las Islas Baleares (Sección 1ª), 6 de noviembre de 2006 (ARP 2006\670) (fºjº 5º) defiende la opinión contraria: *«siendo el responsable penal empleado de la empresa adjudicataria del*

¹⁰⁶⁹ GALLEGO SOLER, J. I.; *op. cit.*, p. 422; AA.VV.; *Código Penal...*, *op. cit.*, pp. 887 y 888; CORRAL ESCRIBANO, M.; «B. Que los autores responsables de la comisión de la infracción sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos» en la obra colectiva *Manual de Responsabilidad Pública* dirigida por la Dirección del Servicio Jurídico de la Abogacía General del Estado, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2ª ed., 2015, p. 1117.

servicio que ha sido declarada responsable civil subsidiaria, no se aprecia la existencia de una relación de dependencia con el Ayuntamiento de Andratx en virtud de la cual deba ser considerado contratado de éste a los efectos de la responsabilidad civil subsidiaria del mismo, ello sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento del servicio exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo».

Asimismo, podría pensarse si tendría cabida dentro del amplio concepto de funcionario público a efectos penales, en los que se suelen integrar los sujetos pertenecientes a una empresa pública, de capital únicamente o mayoritariamente público (concesionario) (SSTS (Sala de lo Penal), 16 de mayo de 2014 (RJ 2014\2937) o 11 de marzo de 2015 (RJ 2015\2588¹⁰⁷⁰).

Para SOTO NIETO, dado que la asistencia sanitaria es un servicio público, la Administración responderá de los daños con independencia de la forma de gestión. Bajo el régimen del art. 121 del CP *«la Administración pública figurará como responsable civil subsidiaria en procedimiento penal incoado por presunta culpabilidad del profesional sanitario incardinado en el Centro privado concertado con la Administración sanitaria para la prestación de servicios asistenciales¹⁰⁷¹»*. La opinión contraria sostiene SURROCA COSTA para el que incluir dentro del concepto de contratados al personal al servicio de la empresa adjudicataria supondría una interpretación excesivamente amplia de dicho concepto. Sólo se incluirían aquellos que tienen una relación de dependencia directa con la Administración. Al no concurrir el elemento subjetivo, no existiría responsabilidad civil subsidiaria a la Administración en base al art. 121 del CP cuando actúe a través de concesionarios y contratistas¹⁰⁷².

En este sentido, entiendo que sucede como cuando se trata de dilucidar si la Administración responde por la actuación de los concesionarios y contratistas. La doctrina de manera mayoritaria considera que, al no estar integrados en el servicio, la respuesta que hay que dar es negativa.

¹⁰⁷⁰ YÁÑEZ DÍAZ, C.; *Responsabilidad patrimonial...*, op. cit., pp. 261 y 262.

¹⁰⁷¹ SOTO NIETO, F.; «La responsabilidad civil subsidiaria en el proceso penal contra los profesionales sanitarios», *Derecho y Salud*, Vol. 4, nº 1 (1996). En <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3178698> [Consultado el día 28 de julio de 2016].

¹⁰⁷² SURROCA COSTA, A.; *La responsabilidad civil por...*, op. cit.

c) y d) Que hayan actuado en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados.

Es claro que la Administración no responderá cuando las autoridades, funcionarios, agentes o contratados actúen dentro de su esfera privada, de forma totalmente ajena al desempeño de las obligaciones o servicios a su cargo. Por el contrario, sí lo hará cuando actúan extralimitándose en sus funciones. Así sucedió en la STS (Sala de lo Penal), 28 de diciembre de 1990 (RJ 1990\10102) en la que se declara la responsabilidad civil subsidiaria de la Diputación por cuanto el Médico Interno Residente (MIR) se excede del ámbito de las obligaciones que podía asumir en virtud del contrato laboral, aplicando en una operación anestesia general sin avisar al Jefe de Servicio. No puede decirse que sea una actividad absolutamente extraña a las funciones asignadas.

Esta regla presenta algunas excepciones cuando se trata de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en los que no vamos a entrar.

Por último, no quedaría excluida la responsabilidad civil subsidiaria del ente público conforme al art. 121 del CP aunque el sujeto no fuera declarado penalmente responsable por concurrir una circunstancia eximente. Se debe interpretar el art. 121 del CP en congruencia con el art. 118 del CP (STS (Sala de lo Penal), 16 de diciembre de 1998 (RJ 1998\10314).

4.3.2 Supuesto del art.120.3º del CP.

De acuerdo con el art.120.3º del CP son también responsables civiles subsidiarios: *«Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción¹⁰⁷³.»*

En responsabilidad médico-sanitaria normalmente la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración o ente público deriva del art. 121 del CP en cuanto se está ante hechos delictivos de que son penalmente responsables sus autoridades, agentes, funcionarios y contratados en el ejercicio de sus funciones como consecuencia

¹⁰⁷³ Vid. AA.VV.; *Código Penal...*, op. cit., pp. 859 a 872; SURROCA COSTA, A.; «La responsabilidad civil subsidiaria...», op. cit., pp. 139 a 145.

del funcionamiento del servicio público y no por la vía del art.120.3º del CP, usada particularmente para condenar a la Administración en supuestos de delitos cometidos por unos reclusos a otros en centros penitenciarios¹⁰⁷⁴. Empero, vamos a trazar un breve esquema sobre los requisitos para incurrir en la responsabilidad del art.120.3º del CP y su compatibilidad con el art. 121 del CP.

La Sala de lo Penal del TS exige los siguientes requisitos: «a) *Que se haya cometido un delito o falta; b) que tal delito haya tenido lugar en un establecimiento dirigido por la persona o entidad contra la cual se va a declarar la responsabilidad; c) que tal persona o entidad o alguno de sus dependientes hayan cometido alguna infracción de los reglamentos generales o especiales de policía. Esta última expresión se debe interpretar con criterios de amplitud, abarcando cualquier violación de un deber impuesto por la ley o por cualquier norma positiva de rango inferior. Para establecer la responsabilidad subsidiaria basta con determinar que existió la infracción y que ésta se puede imputar al titular de la entidad o a cualquiera de sus dependientes, aunque por las circunstancias del hecho o por dificultades de prueba no sea posible su concreción individual; d) Por último, es necesario que la infracción de los reglamentos de policía esté relacionada con el delito o falta cuya comisión acarrea la responsabilidad civil, es decir, que de alguna manera, la infracción penal haya sido propiciada por la mencionada infracción reglamentaria» (SSTS (Sala de lo Penal), 10 de marzo de 2015 (RJ 2015\981), fºjº 6º que cita la de 2 de diciembre de 2013 (RJ 2013/7655) y de 31 de enero de 2001 (RJ 2001/491); 30 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 417) o 17 de mayo de 2010 (RJ 2010\5811), entre otras).*

Ha de resaltarse que es doctrina jurisprudencial constante la que afirma que la responsabilidad civil subsidiaria del Estado o ente público puede dimanar de los artículos 120.3º y 121 del CP que no son incompatibles entre sí porque se refieren a situaciones distintas, a dos títulos de imputación diferentes¹⁰⁷⁵. Apunta la STS (Sala de

¹⁰⁷⁴ PÉREZ MARTÍNEZ, D.; «Capítulo IV. I Regulación actual...», *op. cit.*, p. 1099.

¹⁰⁷⁵ Se aplica la misma jurisprudencia existente respecto a los artículos 21 y 22 del CP anterior de 1973 porque según el acuerdo no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2000 (JUR 2002/77549) «el art. 121 del nuevo CP no altera la jurisprudencia de esta Sala relativa a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los delitos cometidos en establecimientos bajo su control, cuando concurren infracciones reglamentarias en los términos del art. 120.3 CP». Aunque estos acuerdos no crean jurisprudencia constituyen un antecedente lógico de muchas sentencias y sus criterios se suelen convertir en doctrina jurisprudencial (STS (Sala de lo Penal) 13 de junio de 2003 [RJ 2003/8553]).

La STS (Sala de lo Penal), 13 de diciembre de 2005 (RJ 2005\10172) siguiendo las de 28 de junio de 2000 (RJ 2000/5649); 5 de junio de 2001 (RJ 2001/5649) y 13 de junio de 2003 (RJ 2003, 8553), ofrece

lo Penal), 13 de diciembre de 2005 (RJ 2005\10172) en su fundamento jurídico 2º: «en el art. 121 lo determinante es la dependencia funcional del autor del hecho punible con el Estado por cualquier título, administrativo o laboral, con independencia de cualquier consideración local o territorial. En el art.120.3º, por el contrario, lo decisivo es el lugar donde el hecho punible se comete. Las tipicidades descritas en ambos preceptos son autónomas y bien diferenciadas y pueden generar, cada una en su ámbito, la correspondiente responsabilidad civil subsidiaria del Estado». (En el mismo sentido, SSTs (Sala de lo Penal) de 28 y 30 de junio de 2000 (RJ 2000\5649) y (RJ 2000\6603); 20 de enero de 2005 (RJ 2005\1067); 25 de febrero de 2011 (RJ 2011\2382); 15 de marzo de 2011 (RJ 2011\2779); 16 de enero de 2013 (RJ 2013/966) o 1 de abril de 2013 (RJ 2013\7272)).

4.3.3 Supuesto del art. 120.4º del CP.

Cuando el servicio sanitario es gestionado a través de sociedades y fundaciones o indirectamente en virtud de la celebración de un concierto, convenio singular de vinculación, contrato de concesión de servicios o contrato de servicios a la ciudadanía o, en la medicina privada, en un centro privado, estos entes podrán incurrir en responsabilidad civil subsidiaria en base al art. 120.4º del CP (es el paralelo al art. 121 del CP cuando no se trata de Administración o ente público¹⁰⁷⁶).

en su fundamento jurídico segundo un buen esquema sobre la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y demás entes públicos en aplicación de los artículos 120.3º y 121 del Código Penal:

«La misma (en referencia al art. 121 del CP) se producirá en los siguientes casos:

1) Cuando los personalmente responsables de los delitos dolosos o culposos de los que proviene el daño a indemnizar sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos se requerirá:

a) que el hecho se hubiera cometido cuando estos se hallaban en el ejercicio de sus cargos o funciones.

b) que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que le estuvieren confiados.

2) Cuando no sean responsables de los delitos productores del daño las personas enumeradas (autoridades, funcionarios o asimilados) y se den las siguientes circunstancias (en referencia al art. 120.3 del CP):

a) que se cometan en un establecimiento de los que sean titulares o se hallen sometidos al control del Estado y demás organismos públicos.

b) que sus dirigentes, administradores, dependientes o empleados hayan infringido los Reglamentos de Policía y demás disposiciones de la autoridad, relacionados con el hecho punible.

c) que sin dicha infracción el tercero no hubiera cometido el delito, ha de ser, pues la infracción reglamentaria causalmente influyente en el delito cuyos daños se trata de resarcir. Relación causal que no ha de alcanzar necesariamente un grado de exclusividad, bastando llegar a una conclusión de propiación y razonabilidad en la originación del daño.»

¹⁰⁷⁶ La STS (Sala de lo Penal), 29 de mayo de 2003 (RJ 2003\4412) pone de relieve la similitud de los fundamentos en los que se asienta la responsabilidad de los artículos 120.4º y 121 del CP.

Establece el art. 120.4º del CP¹⁰⁷⁷: *«Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.»*

En cuanto al criterio de la actividad industrial o comercial la interpretación jurisprudencial es amplia y flexible por lo que se podría incluir todo lo relativo a la prestación de servicios sanitarios. No se exige que la persona jurídica tenga ánimo de lucro ya que aunque se trate de entidades sin ánimo de lucro, como podrían ser las fundaciones, si desarrollan una actividad que puede ejercerse en el ámbito empresarial, se le calificará como titular de una actividad industrial o comercial a los efectos del art. 120.4º del CP.

Los dos requisitos principales que se exigen y que han sido interpretados de forma amplia y extensiva por la jurisprudencia (por todas: STS (Sala de lo Penal), 2 de octubre de 2000 (RJ 2000\8480), fºjº 6º) son:

1. Relación de dependencia *«entre el infractor y el responsable civil subsidiario exista un vínculo, relación jurídica o de hecho, en virtud del cual el autor de la infracción penal se encuentre bajo la dependencia, -onerosa o gratuita, duradera y permanente o puramente circunstancial y esporádica-, de su principal, o al menos que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realice cuenten con el beneplácito, anuencia o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario».*

2. *«El delito o falta que genera la responsabilidad debe hallarse inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas en el seno de la actividad, cometido o tareas confiadas al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de sus actuaciones, admitiéndose las extralimitaciones en el servicio, pues difícilmente se generaría la responsabilidad civil cuando el dependiente cumple escrupulosamente sus tareas, siempre que no exceda el ámbito o esfera de actuación que constituye la relación, en los términos señalados, del responsable penal y civil subsidiario»*

Estos requisitos deben interpretarse de forma amplia, *«acentuando el carácter objetivo del instituto de la responsabilidad civil subsidiaria, apoyándose la fundamentación de la misma no sólo en los pilares tradicionales de la culpa, sino*

¹⁰⁷⁷ Vid. GALLEGU SOLER, J. I.; *op. cit.*, pp. 415 a 417. Desde un punto de vista jurisprudencial, AA.VV.; *Código Penal...*, *op. cit.*, pp. 872 a 884.

*también en la teoría del riesgo, interés o beneficio*¹⁰⁷⁸». En el mismo sentido, SSTS (Sala de lo Penal), 10 de junio de 2021 (JUR 2021\206657); 9 de julio de 2020 (RJ 2020\2323) o 3 de mayo de 2016 (RJ 2016\1872).

5. Responsabilidad civil ex delito y responsabilidad patrimonial de la Administración.

La exigencia de responsabilidad penal y civil derivada de delito no impide la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento del servicio público sanitario. El art. 37 de la LRJSP en su párrafo segundo dispone que *«la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial.»* En el mismo sentido, el art.121 CP contempla la posible responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones y demás entes públicos *«sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.»*

Ambas responsabilidades son compatibles desde un punto de vista procedimental, lo que supone que para el enjuiciamiento de unos mismos hechos lesivos se pueda producir la tramitación simultánea o sucesiva de dos procedimientos en distintas jurisdicciones¹⁰⁷⁹. La responsabilidad civil subsidiaria derivada de delito en la vía penal y la responsabilidad administrativa en la vía administrativa y, posteriormente, la contencioso-administrativa. No obstante, como advierte el art. 121 del CP, no puede darse una duplicidad indemnizatoria que lleve a un enriquecimiento injusto de la víctima. Si hay diferencias entre la valoración realizada en una jurisdicción y otra, se deberá restar la cantidad ya reconocida en la primera jurisdicción¹⁰⁸⁰ (se remite la

¹⁰⁷⁸ Quien crea en su beneficio un servicio que puede producir daños a terceros, deberá responder de los mismos.

¹⁰⁷⁹ HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, p. 180; COBO OLVERA, T. Y COBO PERALTA, T. A.; *op. cit.*, pp. 147 a 149.

¹⁰⁸⁰ BAL FRANCÉS, E.; *op. cit.*, p. 731.

determinación final del importe a la fase de ejecución de sentencia) (STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 20 de octubre de 1997 (RJ 1997\7254¹⁰⁸¹)).

La jurisprudencia fundamenta la compatibilidad de las reclamaciones en que son obligaciones que nacen de causas distintas y obedecen a un diferente régimen jurídico¹⁰⁸². Mientras que la responsabilidad civil derivada de delito dimana de la responsabilidad penal del personal a su servicio, la responsabilidad administrativa deriva del funcionamiento normal o anormal del servicio público¹⁰⁸³, lo que justifica que en el primer caso la responsabilidad sea subsidiaria y en el segundo directa. Por otra parte, la responsabilidad civil derivada de delito se genera como consecuencia de una conducta dolosa o culposa, mientras que la responsabilidad patrimonial de la Administración no exige, por principio, dolo ni culpa, pudiendo resarcirse los daños como consecuencia del funcionamiento normal del servicio¹⁰⁸⁴ (SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 20 de octubre de 1997 (RJ 1997\7254) o más recientemente, en el ámbito sanitario, citando abundante jurisprudencia, 18 de diciembre de 2017 (RJ 2017\5604)).

Por contraposición, gran parte de la doctrina¹⁰⁸⁵, con la que coincidimos, critica esta postura jurisprudencial y considera, aunque no es lo que se desprende del tenor literal de la Ley, que la responsabilidad civil subsidiaria ex delito prevista en el CP y la responsabilidad patrimonial de la Administración regulada en la LRJSP son realmente

¹⁰⁸¹ Señala en su fundamento jurídico 13º: «Por ello, a la hora de proceder a la fijación definitiva de las cuantías indemnizatorias se detraerán de las cantidades fijadas en la fase de ejecución de esta sentencia, las cuantías ya reconocidas y pagadas en ejecución de la Sentencia penal dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 15 abril 1997 (RJ 1997\2986) (recurso de casación núm. 3272/1995) por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia.

De lo anterior se infieren dos consecuencias: a') La evitación del enriquecimiento injusto, lo que supondría duplicar la reparación o indemnización de los daños y perjuicios sufridos por los perjudicados que además experimentaron una lesión por el mal funcionamiento del servicio. b') La ponderación de la referida indemnización.»

¹⁰⁸² La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 20 de octubre de 1997 (RJ 1997\7254) dice textualmente: «La jurisdicción penal no puede limitar ni condicionar la potestad específica de la jurisdicción contencioso-administrativa, pues una y otra obligación nacen de causas distintas»

¹⁰⁸³ En este sentido, GALLARDO CASTILLO, M. J.: *Los procedimientos administrativos...*, op. cit., p. 49 y autores citados en nota a pie nº 1064.

¹⁰⁸⁴ En la actualidad, esta afirmación debe quedar matizada, ya que son excepcionales los casos en los que se indemniza por funcionamiento normal, especialmente en el ámbito sanitario en que la regla es más bien la contraria (*Vid. Supra*, Capítulo V, 3.2).

¹⁰⁸⁵ *Vid.* el crítico estudio que realiza CASINO RUBIO, M.; *Responsabilidad civil...*, op. cit., pp. 225 a 234 aunque no concuerda con la regulación legal vigente en el CP; SURROCA COSTA, A.; *La responsabilidad civil por...*, op. cit. y «La responsabilidad civil subsidiaria...», op. cit., pp. 138 y 139; REBOLLO PUIG, M.; «Sobre la reforma...», op. cit., pp. 231 y 232; MARTÍN REBOLLO, L.; «La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (Algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos)», *Derecho y Salud*, Vol. 9, nº 1 (2001). En <http://dialnet.unirioja.es> [Consultado el día 18 de junio de 2021] y los autores citados en la nota a pie nº 1064.

la misma institución jurídica ya que su fundamento es la reparación de los daños causados por el funcionamiento del servicio público, tengan su origen o no en la actuación delictiva del personal a su servicio. Unidad de régimen sustantivo que debería llevar a suprimir de la legislación penal el régimen de responsabilidad civil de los entes públicos, respondiendo la Administración directamente de los daños, eliminando los problemas sobre todo con relación a la cosa juzgada. Esta pareció ser la solución adoptada por el Proyecto de CP de 1992 en cuyo art. 122 establecía la responsabilidad patrimonial directa, no subsidiaria, de la Administración. Partiendo de esta premisa, la doctrina se escinde entre los que defienden la pervivencia de la dualidad jurisdiccional y los que postulan la competencia exclusiva del contencioso-administrativo, *Vid. Infra*, Capítulo VIII, 6.1.1.

La dualidad de regímenes sustantivos y procesales de responsabilidad de la Administración origina numerosos problemas: prescripción, litispendencia y cosa juzgada, la suspensión del procedimiento administrativo, la compatibilidad de las indemnizaciones y prohibición del enriquecimiento injusto... que conviene tener en cuenta pero a los que sólo vamos a hacer una sucinta referencia por no constituir el objeto del presente estudio¹⁰⁸⁶.

En el estado actual de nuestra legislación y jurisprudencia, los procedimientos pueden ser simultáneos o sucesivos:

a) Se podrá tramitar el procedimiento administrativo de forma simultánea al penal. Señala el art. 37.2 de la LRJSP que la exigencia de responsabilidad penal no suspenderá el procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración *«salvo que la determinación de los hechos sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial»*. Esta previsión supone una excepción a la regla general prevista en el art. 114 de la LECr según la cual mientras esté pendiente un proceso penal, salvo lo relativo a las cuestiones prejudiciales, no puede seguirse un proceso sobre los mismos hechos, quedando en suspenso, si lo hubiere, hasta que recaiga sentencia firme en el orden penal. La excepción se convierte, sin embargo, en la tónica

¹⁰⁸⁶ *Vid. CASINO RUBIO, M.; Responsabilidad civil..., op. cit.*, pp. 235 a 336; GALLARDO CASTILLO, M. J.; *Administración Sanitaria..., op. cit.*, pp. 200 a 202.

general pues lo habitual será que iniciado un proceso penal se suspenda el procedimiento administrativo¹⁰⁸⁷.

b) Si se produce la tramitación sucesiva, lo más habitual es que se actúe primero por la vía penal y después por la vía administrativa y contencioso-administrativa (por la mayor rapidez y facilidad probatoria), pero nada impide que ocurra la secuencia inversa.

b.1) Proceso penal y posterior proceso administrativo (y, en su caso, contencioso-administrativo).

Se plantea el problema de la prescripción, esto es, si el ejercicio de la acción penal interrumpe el plazo de prescripción del derecho a reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración. La interpretación literal del precepto nos arribaría a una respuesta negativa pues nada impide que se pueda iniciar y desarrollar el procedimiento administrativo mientras se está tramitando el proceso penal, salvo cuando la determinación de los hechos en el orden penal sea esencial¹⁰⁸⁸. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS viene sosteniendo de forma reiterada la eficacia interruptiva del proceso penal. Como en otras ocasiones, afirma que la prescripción se interrumpe por el ejercicio de cualquier reclamación que no aparezca manifiestamente como inidónea o improcedente siempre que se tenga la intención de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración (*cfr.* art. 1973 del CC). Partiendo de esta base sostiene en la sentencia, 23 de enero de 2001 (RJ 2001\2408), fundamento jurídico 3º: *«que el cómputo del plazo para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial no puede ejercitarse sino desde el momento en que ello resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos; tal criterio tiene su origen en la aceptación por este Tribunal del principio de la "actio nata" para determinar el origen del cómputo del plazo para ejercitarla, según el cual la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible, y esa coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad, de tal suerte que la pendencia de un proceso penal encaminado a la fijación de los hechos o del alcance de la responsabilidad subsidiaria de la Administración comporta dicha eficacia interruptiva del plazo de*

¹⁰⁸⁷ Señala SOTO NIETO que *«la excepción es de tan hondo y dilatado ámbito que bien puede afirmarse que viene a neutralizar la mayor parte del espacio de la regla»*. SOTO NIETO, F.; *«La responsabilidad civil subsidiaria en el...»*, *op. cit.*

¹⁰⁸⁸ Aunque realmente la jurisprudencia omitía la aplicación de este precepto, la referencia a que el ejercicio de la acción penal no interrumpía el plazo de prescripción contemplada en el art. 146.2 de la LRJPAC, fue suprimida en el año 1999.

prescripción de un año establecido por el artículo 142.5 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.» (referencia que hay que entender hoy realizada al art. 37.2 de la LRJSP). El plazo de prescripción se reiniciará desde la notificación de la resolución judicial penal a los que puedan resultar afectados, se hayan personado o no en el proceso penal (SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 18 de enero de 2006 (RJ 2006\488); 29 de enero de 2007 (RJ 2007\1365); 25 de febrero de 2011 (RJ 2011\1672); 18 de diciembre de 2017 (RJ 2017\5604) o 14 de mayo de 2020 (RJ 2020\1110) y las en ellas citadas¹⁰⁸⁹).

El proceso penal podrá terminar mediante sentencia condenatoria o la absolución mediante sentencia o auto de sobreseimiento.

b.1.1) Si se dicta sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento, la falta de condena penal (salvo que sea un supuesto de exención (art. 118 del CP)) impide apreciar responsabilidad civil derivada de delito frente a todos los sujetos (acusado, aseguradora o subsidiariamente frente al ente público). Ahora bien, no imposibilita que se pueda exigir en la vía administrativa y contencioso-administrativa responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento del servicio público sanitario (art. 2.e) de la LJCA y art. 9.4 de la LOPJ) ni prejuzga su resultado, salvo que se declare probado que no existió el hecho o que el personal sanitario al servicio de la Administración no fue su autor, lo que es extraño en este ámbito (*cf.* art. 116 de la LECr) No cabría ejercitar acción civil directa frente al personal a su servicio, ya que está vedada en la LRJSP (art. 36.1 LRJSP). Fuera de estos casos, las mismas conclusiones son aplicables si se quisiera exigir en el ámbito de la sanidad privada la responsabilidad civil ya que la sentencia penal absolutoria no produce efectos de cosa juzgada.

La Administración y los Tribunales contencioso-administrativos quedarán vinculados por los hechos declarados probados en la sentencia penal absolutoria, que son indiscutibles en el resto de jurisdicciones, así como por la declaración de que el hecho del que la responsabilidad civil trae causa es inexistente (art. 116.1 de la LECr) o se declare probado que una persona no fue su autor¹⁰⁹⁰. Otra cosa es la valoración,

¹⁰⁸⁹ Lo mismo se establece en la vía civil el plazo empezará a contarse «desde que la sentencia recaída o el auto de sobreseimiento o archivo, notificados correctamente, han adquirido firmeza» (SSTS (Sala de lo Civil), 23 de junio de 2020 (RJ 2020\2200) o 22 de febrero de 2021 (RJ 2021\486).

¹⁰⁹⁰ Vid. por todas, STC 179/2004, de 21 de octubre (RTC 2004\179), f.º 10º «En efecto, la jurisdicción civil está vinculada por las sentencias penales condenatorias en cuanto a los hechos que las mismas declaren probados y que sean integrantes del tipo que definen y castigan y por las absolutorias en cuanto declaren la inexistencia del hecho delictivo del que la acción civil hubiera debido nacer, toda vez que el

enjuiciamiento y calificación jurídica que de los hechos declarados probados pueda hacerse en otro proceso ante otro orden jurisdiccional, que podrá dar lugar a resultados distintos en aplicación de una norma diferente¹⁰⁹¹. En este sentido se pronuncia de forma constante el TC (por todas, SSTC 77/1983, de 3 de octubre (RTC 1983\77); 179/2004, de 21 de octubre (RTC 2004\179); 109/2008, de 22 de septiembre (RTC 2008/109) o 139/2009, de 15 de junio (RTC 2009/139) seguida por los tribunales ordinarios (*Vid.* por todas, STS (Sala de lo Civil), 6 de febrero de 2020 (RJ 2020\445) o STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 18 de diciembre de 2017 (RJ 2017\5604)). La Administración y la jurisdicción contencioso-administrativa tienen por tanto libertad para valorar si los hechos dañosos dan lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración.

b.1.2) Si se ha ejercitado la acción civil en la vía penal (no hay reserva de acciones), la sentencia penal condenatoria no produce efectos de cosa juzgada en un proceso contencioso-administrativo posterior en el que se exija la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento del servicio por no darse la triple identidad para poder apreciar la cosa juzgada (personas, objeto y causa de pedir). Son diferentes pretensiones basadas en causa de pedir o títulos diferentes, por un lado, la acción civil subsidiaria derivada de delito del ente público, y por otro, la responsabilidad patrimonial directa de la Administración consecuencia del funcionamiento del servicio (STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 6 de febrero de 1987 (RJ 1987\2749); 10 de abril de 2008 (RJ 2008\1771) o SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 21 de junio de 2005 (RJCA 2005\569) que citando jurisprudencia del TS añade que por los mismos motivos no habrá litispendencia). Se aparta del criterio mantenido en la

principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE [RCL 1978, 2836]) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) demandan, como ya desde la STC 77/1983, de 3 de octubre (RTC 1983, 77), F. 4, tuvimos ocasión de sostener, que «unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado» o, dicho en otras palabras, no caben pronunciamientos contradictorios en virtud de los cuales resulte que «unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue», pues ello repugna a los más elementales criterios de la razón jurídica (SSTC 62/1984, de 21 de mayo [RTC 1984, 62], F. 5; 158/1985, de 26 de noviembre [RTC 1985, 158], F. 4; 30/1996, de 27 de febrero [RTC 1996, 30], F. 5; y 59/1996, de 15 de abril [RTC 1996, 59], F. 2, por todas).» En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 14 de enero de 2014 (RJ 2014\1842) y todas las que en ella se citan.

¹⁰⁹¹ Esta es la vía marcada por la doctrina del Tribunal Constitucional entre otras en la STC 77/1983, de 3 de octubre (RTC 1983\77), fº 4º: «el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativa diferente, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado.»

jurisdicción civil, en la que se sostienen los efectos de cosa juzgada que produce la sentencia penal condenatoria, cuando no hay reserva de acciones, en un hipotético proceso civil posterior sobre los mismos hechos (STS (Sala de lo Civil), 6 de febrero de 2020 (RJ 2020\445)). La Administración sí quedará vinculada por los hechos probados declarados en la sentencia penal.

Algunos autores sostienen, por el contrario, que la condena a la Administración por responsabilidad civil subsidiaria derivada de delito en la vía penal impide iniciar un ulterior procedimiento administrativo para reclamar responsabilidad patrimonial¹⁰⁹².

b.2) Vía administrativa (y posible contencioso-administrativa) y posterior proceso penal.

Aunque se trata de una situación muy extraña, sería posible siempre que no haya prescrito el delito. Ha de tenerse en cuenta que la reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración no interrumpe el plazo de prescripción de las acciones penales que sólo se interrumpirá cuando la acción se ejercite contra la persona presuntamente responsable del delito, no contra la Administración¹⁰⁹³ (responsable civil subsidiario) (art. 132.2 CP).

6. Orden jurisdiccional competente para conocer de la responsabilidad civil derivada de delito.

La acción penal y civil derivada de delito se puede ejercitar acumuladamente en el mismo proceso penal o de forma separada (art. 111 LECr). Por este motivo, vamos a distinguir según la competencia se atribuya al orden jurisdiccional penal o no (por reserva de la acción).

6.1 Orden penal.

Ejercitada la acción penal, si no hay reserva de acciones, serán los jueces del orden penal los que resuelvan sobre la responsabilidad civil derivada de delito (art.9.3 LOPJ y art.112 LECr). Así el art.112 apartado primero de la LECr cuando se ejercita sólo la acción penal entiende utilizada también la civil *«a no ser que el dañado o perjudicado*

¹⁰⁹² MARINA MARTÍNEZ-PARDO: «La acción de responsabilidad ejercitada tras actuaciones penales», en *Responsabilidad Civil. Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pág. 89 *apud* SOTO NIETO, F.; «La responsabilidad civil subsidiaria en el...», *op. cit.*; SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, p. 972.

¹⁰⁹³BAL FRANCÉS, E.; *op. cit.*, p. 732.

la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar.» El Ministerio Fiscal de oficio entablará siempre conjuntamente la acción civil y penal salvo que el ofendido renuncie expresamente a ella (art.108 LECr).

Del mismo modo, el art. 117 del CP permite ejercitar en el proceso penal la acción directa contra la aseguradora que cubre la responsabilidad civil directa del personal sanitario y no sanitario y/o subsidiaria de la Administración nacida de un hecho delictivo, quedando a estos efectos legitimada pasivamente para actuar en el proceso¹⁰⁹⁴. Y, los artículos 120 y 121 del CP contra los responsables civiles subsidiarios.

El art. 121 del CP además de las dos normas de orden material, contiene en su párrafo segundo una previsión de naturaleza procesal. Si la responsabilidad civil de la autoridad, agentes, contratados o funcionarios públicos se exigiera en el proceso penal, *«la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario»*¹⁰⁹⁵. Impone un litisconsorcio pasivo necesario que obliga a demandar a la Administración o ente público en el orden

¹⁰⁹⁴ Sobre la intervención de las compañías aseguradoras en el proceso penal, ARNAIZ SERRANO, A.; *op. cit.*, pp. 50 a 58.

¹⁰⁹⁵ Por lo que respecta a la legitimación de la Administración en el proceso penal aunque la regla general es que se circunscribe a lo relativo a los daños y perjuicios, se admiten por la jurisprudencia ciertas excepciones. En este sentido es clara la STS (Sala de lo Penal), 10 de julio de 2001 (RJ 2001\7153) fºjº 1º: *«Es doctrina de esta Sala que el responsable civil subsidiario tiene delimitada su actuación, dentro del proceso penal, al área puramente indemnizatoria sin que le sea posible alegar en su defensa cuestiones de descargo penal, de acuerdo con una interpretación literal y finalista de los artículos 651, 652 y 854 de la LECrim. El responsable civil subsidiario, en principio, tiene constreñida su legitimación a la impugnación de los daños y perjuicios derivados del delito y también a su cualidad de sujeto pasivo de esa responsabilidad discutiendo y negando, en su caso, el nexo causal en el que se funda la responsabilidad civil. No la tiene, por el contrario, para impugnar la responsabilidad penal del autor directo porque asumiría la defensa de derechos ajenos. Entre otras son representativas de esta doctrina la S. de 19-4-1989 (RJ 1989, 3419), que cita otras ocho, y la S. 234/1996, de 16 de marzo (RJ 1996, 1914), con mención expresa de la anterior que, por decirlo con sus mismas palabras, fue la que abordó el tema con mayor extensión.*

Esta doctrina general y constante permite algunas modulaciones, como las indicadas, en algunos casos concretos, por las sentencias de 7-5-1993 (RJ 1993, 3859), 7-4-1994 (RJ 1994, 2900 y 27-10-1995 (RJ 1995, 7687), en aras de evitar a ultranza la indefensión de intereses legítimos, como lo sería el de demostrar la inexistencia de tipicidad, pues si la responsabilidad civil dimana de un hecho que se califica de delito es claro que desaparecido éste se volatiliza aquélla, o cuando reconoce una causa de justificación tan específica y singular como la de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 20.7º CP). Criterio distinto y desde luego restrictivo ha de mantenerse cuando se trate de cuestiones de hecho.» En el mismo sentido, SSTS (Sala de lo Penal), 7 de julio de 2011 (RJ 2011\5355); 10 de junio de 2014 (RJ 2014\3936). En la SAP de Álava (Sección 2ª), 22 de junio de 2015 (ARP 2015\89), fºjº 3º podemos encontrar un buen resumen de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional al respecto.

penal cuando se reclame por esta vía la responsabilidad civil del personal a su servicio¹⁰⁹⁶.

La exención de responsabilidad criminal (conurrencia de alguna causa de inimputabilidad, estado de necesidad o medio insuperable (art.20 del CP)) no comprende la de la responsabilidad civil, que se exigirá conforme a las reglas del art. 118 del CP, ni impide que los tribunales penales se pronuncien al respecto, si no hubiera habido reserva de acciones o renuncia (a sensu contrario, art. 116.2 de la LECr).

La posibilidad de acumular la acción penal y civil derivada de delito en el mismo proceso penal es una peculiaridad de nuestro sistema jurídico que tiene un origen puramente histórico en cuanto el Código Penal de 1848, que inauguró esta solución, fue

¹⁰⁹⁶ La conveniencia de exigir litisconsorcio pasivo necesario o no ha sido un tema muy debatido por la doctrina. Para un sector doctrinal el litisconsorcio pasivo necesario vendría justificado porque el quantum indemnizatorio fijado en la sentencia penal afectaría a la Administración como posible responsable subsidiario. No cabría oponer la condición de responsable civil subsidiario ni ejecutarse contra la Administración una sentencia dictada en un proceso en el que no ha sido parte, por lo que tendría que estar presente. GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, p. 177; SOTO NIETO, F.; «La responsabilidad civil subsidiaria en el...», *op. cit.*; GALLEGO SOLER, J. I.; *op. cit.*, p. 422; GÓMEZ LIGÜERRE, C.; *Derecho aplicable...*, *op. cit.*, p.201. En contra se manifiesta PANTALEÓN PRIETO: El art. 121 CP «establece, con toda claridad, un pasmoso litisconsorcio pasivo necesario, y digo “pasmoso”, porque no se me alcanza la razón por la que deba prohibirse al perjudicado reservarse su pretensión indemnizatoria frente a la Administración para ejercitarla en vía administrativa y contencioso-administrativa». PANTALEÓN PRIETO, A. F.; «Responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 406. Para MANZANARES SAMANIEGO esta disposición es «superflua [...] perturbadora». Ciertamente todo responsable civil subsidiario ha de ser llamado al proceso penal para no vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva y que no se produzca indefensión. Así sucede en los supuestos del art. 120 del CP. Pero la obligación de demandar al ente público juntamente con el funcionario o empleado público es contrario al principio dispositivo por el que se rige la acción civil que impediría la posibilidad de renuncia o reserva de la acción que permite el art. 112 de la LECr. En lugar de obligarle a ejercitar la acción simultánea considera que debería reconocérsele una triple opción: el ejercicio de la acción de responsabilidad civil subsidiaria dentro del procedimiento penal; el ejercicio de esta acción después del proceso penal y tras la condena del responsable civil directo o la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración. Frente a los que defienden el litisconsorcio en base a que de otro modo la Administración tendría que pasar por un pronunciamiento (quantum indemnizatorio) dictado a su espalda, entiende que no hay ningún fundamento que justifique un trato diferente entre los entes Públicos y los responsables civiles subsidiarios del art. 120 del CP y que la indemnización de responsabilidad civil derivada de delito mediante una acción ejercitada de forma separada no tiene por qué coincidir con la acción directa de reclamación de responsabilidad patrimonial. MANZANARES SAMANIEGO, J. L.; *op. cit.* Para CORRAL ESCRIBANO la única consecuencia de que no se erigiera la responsabilidad civil subsidiaria del art. 121 del CP frente a los entes públicos sería la imposibilidad de lograr una condena civil subsidiaria ya que se trataría de una facultad, no obligación. De no ser llamados al proceso se produciría indefensión al privársele de la posibilidad de alegar lo que a su derecho convenga en el proceso judicial. (SSTS (Sala de lo Penal), de 27 de enero de 1997 (RJ 1997/320); de 1 de octubre de 2014 (RJ 2014/5093). Distinto sería que el juzgado no citara al ente público porque el actor se haya reservado el ejercicio de la acción. En este caso, según CORRAL ESCRIBANO se causaría indefensión puesto que el ente público no podría discutir los hechos probados en la sentencia penal dictada sin su intervención en el procedimiento administrativo posterior en el que pretende reclamar los daños. CORRAL ESCRIBANO, M.; «Capítulo IV. 2.1 Requisitos procesales» en la obra colectiva *Manual de Responsabilidad Pública* dirigida por la Dirección del Servicio Jurídico de la Abogacía General del Estado, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2ª ed., 2015, pp. 1107 y 1108.

precedente en el tiempo al Código Civil. Tiene indudables ventajas de orden práctico como la economía procesal y la simplicidad de trámites¹⁰⁹⁷.

El hecho de que el juez penal se pueda pronunciar sobre la responsabilidad civil no modifica la naturaleza civil de la acción como demuestra el hecho de que, frente al carácter indisponible de la acción penal, la acción civil es renunciable (artículos 106 a 108 de la LECr); se pueda reservar su ejercicio ante los tribunales del orden civil (art. 112 de la LECr y art. 109.2 del CP) o transigir sobre su contenido (art. 1813 CC), poniendo de relieve su carácter disponible.

6.1.1 ¿Se podría excluir la competencia del orden penal en favor del contencioso-administrativo?

En el actual sistema normativo, salvo que hubiera reserva de la acción, el conocimiento de la responsabilidad civil subsidiaria de los entes públicos se atribuye a la jurisdicción penal. Se cuestiona la doctrina, especialmente la que defiende que el régimen de responsabilidad sea único, si cabría ventilar esta cuestión en la jurisdicción contencioso-administrativa, garantizándose plenamente el principio de unidad jurisdiccional.

Encontramos en nuestro ordenamiento ejemplos en este sentido, como cuando se atribuye la competencia exclusiva al Tribunal de Cuentas para conocer de la responsabilidad contable que deriva de delito de malversación principalmente, sin que se pueda acumular esta acción a la penal en la jurisdicción penal (art. 18.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas y art. 49.3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas). Si bien, se advierte por la doctrina que hay una diferencia principal con el supuesto que analizamos y es que en estos la Administración es la perjudicada¹⁰⁹⁸.

En nuestro sistema jurídico se han producido intentos en este sentido. El art.122 del Proyecto de Código Penal de 1992, tras señalar que los entes públicos responderían patrimonial y directamente de los daños derivados de delitos o faltas cometidos por sus autoridades, funcionarios o agentes en el ejercicio de sus funciones y en el cumplimiento de los servicios públicos, indicaba que dicha responsabilidad directa

¹⁰⁹⁷ HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, p. 181; GÓMEZ LIGÜERRE, C.; *Derecho aplicable...*, *op. cit.*, pp. 69 y 70.

¹⁰⁹⁸BAL FRANCES, E.; *op. cit.*, p. 696.

habría de exigirse en el procedimiento administrativo correspondiente y ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El conocimiento sobre la responsabilidad de la Administración por delitos del personal a su servicio quedaba vetada para el orden penal cuyo pronunciamiento se debía limitar únicamente a la responsabilidad civil directa derivada de delito del personal a su servicio¹⁰⁹⁹.

El escándalo generado en medios judiciales¹¹⁰⁰ por esta propuesta que eliminaba la competencia del orden penal para declarar la responsabilidad civil de los entes públicos, tuvo como consecuencia que el texto definitivo del Código Penal de 1995 no siguiera en este sentido el Proyecto de 1992. Fue objeto de duras críticas doctrinales¹¹⁰¹ en base a que suponía una ruptura con nuestro tradicional (aunque peculiar) sistema procesal que permite acumular en el proceso penal la acción de responsabilidad civil. Por otra parte, la víctima se situaba en una situación más desventajosa y era sometida a un indeseable «peregrinaje jurisdiccional» con la consiguiente dilación procesal y aumento de los costes en tiempo y dinero, puesto que el dañado, en lugar de ver resarcidos sus derechos en la sentencia penal, tendría que abrir dos procesos ante órdenes jurisdiccionales diferentes: uno en la vía penal para exigir responsabilidad penal y civil derivada de delito frente al personal a su servicio, y la vía administrativa y posterior contencioso-administrativo para reclamar la responsabilidad a la Administración. También se

¹⁰⁹⁹ Establecía el art. 122 del Proyecto de Código Penal de 1992: «[...] Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil directa y personal de la autoridad, funcionario o agente, la sentencia se limitará a pronunciarse sobre la misma sin entrar, en ningún caso, a decidir sobre la relación entre la conducta del culpable y el servicio público de que se trate, ni sobre la eventual responsabilidad de la Administración, que habrá de exigirse directamente ante ésta y ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que, en ningún caso, pueda darse duplicidad de indemnizaciones.»

¹¹⁰⁰ PANTALEÓN PRIETO, A. F.; «Responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 405.

¹¹⁰¹ PANTALEÓN PRIETO, A. F.; *Responsabilidad médica...*, *op. cit.*, pp. 43 y ss; BAJO FERNÁNDEZ, M.; «Virgencita que me dejen como estoy» (Diario El Mundo, 28 de octubre de 1994); GARCÍA LARAÑA, R.; «La responsabilidad civil “ex delito” en el Anteproyecto de Código Penal de 1992», *La Ley*, Tomo 3 (1992). En www.laleydigital.es [Consultado el día 22 de julio de 2016]; REIG REIG, J. V.; «La responsabilidad civil dimanante del delito en el Proyecto de LO. Del Código Penal de 1992» en la obra colectiva *La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal* dirigida por RUIZ VADILLO, E., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 488; RUIZ VADILLO, E.; «La responsabilidad civil subsidiaria del Estado», *Coloquios sobre la responsabilidad civil del automóvil, Documentación Jurídica*, Madrid, 1995, p. 30 *apud* SOTO NIETO, F.; «La responsabilidad civil subsidiaria del Estado...» (1996), *op. cit.* y «La responsabilidad civil subsidiaria en el...», *op. cit.*; MANZANARES SAMANIEGO, J. L.; *op. cit.*; SANTA CECILIA GARCÍA, F.; *op. cit.*, p. 1030; YZQUIERDO TOLSADA, M.; «Capítulo VII...», *op. cit.*, p. 1134.

CASINO RUBIO dirige la crítica en otro sentido. Todo parte de la dificultad de cohonestar la responsabilidad directa de la Administración con el principio de que el responsable penal lo es también civilmente de forma directa, puesto que se hace responsable directo a un sujeto que no lo es penalmente. No pueden darse dos responsabilidades directas derivadas de delito. Para evitar las dificultades derivadas de que se condene directamente a la Administración y se haya solicitado también en el proceso penal la responsabilidad civil del personal a su servicio, el proyecto opta por vetar al orden penal el pronunciamiento sobre la responsabilidad directa de la Administración, echando por tierra la economía procesal. CASINO RUBIO, M.; *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 174 y 175.

criticaba que suponía la atribución de un privilegio injustificado a las Administraciones Públicas frente a otros responsables subsidiarios que era incompatible con el principio de igualdad. Así lo puso de manifiesto el Consejo General del Poder Judicial en el informe desfavorable que emitió al proyecto¹¹⁰².

De forma contraria opina FUENTES BARDAJÍ, para el que esta propuesta que aparecía en el proyecto, lejos de suponer un privilegio para las Administraciones Públicas, entrañaba mayor protección para el dañado en tanto que le permitía obtener el resarcimiento antes de iniciar el proceso penal (no se tendría que esperar a su finalización para reclamar) y con independencia de que la actuación fuera sancionable penalmente¹¹⁰³.

Este mismo debate se plantea entre los autores que defienden un único régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración que responderá directamente de los daños consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos aunque deriven de un delito (*Vid. Supra*, Capítulo VIII, 5). Se dividen también entre los que mantienen la posibilidad de dualidad jurisdiccional de tal forma que el perjudicado puede optar por acumular la única acción de responsabilidad patrimonial en el proceso penal o ejercitarla separadamente en la vía contencioso-administrativa, previa tramitación del correspondiente procedimiento¹¹⁰⁴. Cuando se ejercite la acción en un proceso penal

¹¹⁰² Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal de 1992 del Consejo General del Poder Judicial, *Cuadernos de política criminal*, nº 48 (1992), pp. 645 a 776. Sobre los distintos informes dictados en contra del Proyecto, *Vid. Ibid.*, pp. 170 a 172.

¹¹⁰³ DE FUENTES BARDAJÍ, J.; «Cartas al Director. Administración y responsabilidad», *Diario el País*, domingo 3 de mayo de 1992. En http://elpais.com/diario/1992/05/03/opinion/704844009_850215.html [Consultado el día 5 de julio de 2016.]

¹¹⁰⁴ LEGUINA VILLA, J.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 404. Apunta en el prólogo al libro de CASINO RUBIO: «*la unidad del sistema no está necesariamente vinculada a la competencia de un sólo orden jurisdiccional, sino que depende sólo de que todos los jueces que conozcan de pretensiones de resarcimiento frente a la Administración apliquen siempre las mismas normas que configuran dicho sistema, cualquiera que sea el orden jurisdiccional a que pertenezcan. La dualidad de jurisdicciones es perfectamente compatible con la existencia de una sola acción civil de responsabilidad y de un único régimen jurídico sustantivo*». LEGUINA VILLA, J.; Prólogo al libro CASINO RUBIO, M.; *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 12 y 13; CASINO RUBIO analiza los efectos que tendría elegir una vía en detrimento de la otra y su ejercicio por separado o simultáneo. Si el perjudicado inicia la vía administrativa para reclamar la responsabilidad a la Administración, no cabrá exigirla en el ámbito penal. Para ello habría de modificarse el art. 111 de la LECr por cuanto no habrá de esperarse a la resolución del proceso penal para poder acudir a la vía administrativa porque lo que se ha de probar es que la lesión es consecuencia del funcionamiento del servicio, con independencia de que tenga su origen en un delito, no es necesario concretar esto previamente. Otra cosa es que efectos tendrá sobre el procedimiento administrativo la tramitación de forma simultánea, previa o posterior, de un proceso penal sobre los mismos hechos. Del mismo modo, si se hubiera acumulado esta acción a la penal no cabrá iniciar la vía administrativa para plantear la misma reclamación ya que quedaría resuelta en el proceso penal si es condenatoria. Si fuese absoluta, CASINO RUBIO sostiene una postura novedosa y es que podrá seguir conociendo de la misma el orden penal. Cabrá, no obstante, reservarla para ejercitarla en la vía administrativa. La resolución de fondo en

frente al personal a su servicio y se concluya que los daños son consecuencia del funcionamiento del servicio público, el juez penal podrá declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración conforme a las normas administrativas, incluso llega a defender CASINO RUBIO en caso de que no se declare penalmente responsable al personal a su servicio¹¹⁰⁵. Así lo aconsejan motivos de orden práctico como la economía procesal ya que la víctima puede obtener la reparación y la tutela de sus derechos en el mismo proceso. La postura contraria sostiene REBOLLO PUIG¹¹⁰⁶ para el que en concordancia con la propuesta de aplicar un único régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración (aunque tenga su origen en un hecho delictivo), la competencia debería atribuirse de modo exclusivo al orden contencioso-administrativo previa tramitación de la vía administrativa. Queda así plenamente garantizada la unidad jurisdiccional y se elimina la posibilidad de acumular la acción civil a la penal. Nada impide que se puedan tramitar simultáneamente el proceso penal y la vía administrativa y contencioso-administrativa. Para ello se deberían introducir otras modificaciones como la vinculatoriedad de los hechos declarados probados en la vía penal, la posibilidad de que el juez penal inste a la Administración a tramitar el procedimiento administrativo o la acción de regreso frente al personal a su servicio. De esta forma, se superaría la confusa y lamentable situación actual de que se pueda exigir responsabilidad civil derivada de delito en el proceso penal y responsabilidad patrimonial de la Administración en la vía contencioso-administrativa. Asimismo, permitiría disminuir la utilización de la vía penal con finalidades espurias, con la única intención de lograr la reparación indemnizatoria por la Administración y que lleva a criminalizar la actuación administrativa y sentar en el banquillo al personal a su servicio, condenándolos en ocasiones con una pena mínima con el fin de evitar que las víctimas tengan que iniciar un nuevo procedimiento administrativo, que procedería en caso de dictarse sentencia absolutoria¹¹⁰⁷. Simplificaría la situación ya que pueden

cualquiera de las vías tendría efectos de cosa juzgada. CASINO RUBIO, M.; *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 332 a 340.

¹¹⁰⁵ Como opone DOMÉNECH PASCUAL, esta opción permitiría a las víctimas obtener un pronto resarcimiento sin que se caiga en la tentación de condena penalmente al personal al servicio de la Administración pero provocaría probablemente el recurso fraudulento a la vía penal puesto que aunque finalmente resultara absuelto se condena al personal a su servicio a la pena de banquillo. DOMÉNECH PASCUAL, G.; «¿Deberían las autoridades y los empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?», *RAP*, nº 180 (2009), pp. 156 a 157.

¹¹⁰⁶ REBOLLO PUIG, M.; «Sobre la reforma...», *op. cit.*, pp. 229 a 232.

¹¹⁰⁷ La mayoría de la doctrina toma como ejemplo a estos efectos, el caso de la presa de Tous o el aceite de colza en el que se condena al funcionario por una simple falta para que la Administración se haga cargo de las cuantiosas indemnizaciones.

acudir inmediatamente a la responsabilidad directa de la Administración, lo que sería beneficioso para las víctimas.

Estos mismos argumentos sostiene DOMÉNECH PASCUAL¹¹⁰⁸, seguido en este sentido por PARADA VÁQUEZ¹¹⁰⁹, que advirtiendo de que todas las alternativas tienen ventajas e inconvenientes, desmonta algunas de las principales razones alegadas para justificar la acumulación de la acción civil a la penal. A saber, mayor protección para las víctimas que carecen de recursos puesto que la acción es ejercida por el Ministerio Fiscal de oficio; evitar pronunciamientos contradictorios por la ruptura de la continencia de la causa. En su opinión, podría evitarse suspendiendo el procedimiento administrativo hasta que recaiga sentencia penal y estableciendo el carácter vinculante de los hechos probados en la misma. Además debe tenerse en cuenta que para que haya responsabilidad patrimonial de la Administración bastará con acreditar que los daños son consecuencia del funcionamiento del servicio sin que sea necesaria la apreciación de la infracción penal. La economía procesal ciertamente es una ventaja pero sólo cuando la sentencia es condenatoria. En caso contrario, con posterioridad se deberá dirigir a la vía administrativa y contencioso-administrativa, a la que habría podido acudir mucho antes, habiéndole supuesto la acumulación una pérdida de tiempo y energías. En su opinión, se trata de una vía privilegiada según la calificación penal de la conducta causante del daño que carece de justificación. El daño con independencia de que provenga de una actuación delictiva es consecuencia del funcionamiento del servicio por lo que el cauce procesal debería ser para todas las víctimas el mismo, el contencioso-administrativo, lo que repercutiría en una homogeneidad de la jurisprudencia.

Como queda reflejado tanto una como otra opción plantean ventajas e inconvenientes, si bien, compartiendo que se deba establecer un único sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, las razones ya apuntadas de economía procesal y de evitar el peregrinaje jurisdiccional, aconsejan no desplazar la competencia al orden contencioso-administrativo de forma exclusiva.

¹¹⁰⁸ DOMÉNECH PASCUAL, G.; *op. cit.*, pp. 152 a 158.

¹¹⁰⁹ Se lamenta de que el art. 37 de la LRJSP haya dejado las cosas tal como estaban con anterioridad. PAREJO ALFONSO, L.; *Lecciones de...*, *op. cit.*, pp. 518 y 519.

6.2 Reserva de la acción.

Junto a la responsabilidad penal se podrá exigir la responsabilidad civil derivada de delito en el mismo proceso penal pero también es posible que el perjudicado, para el caso de sentencia penal condenatoria, se reserve la acción para ejercitarla con posterioridad. Así se prevé en los artículos 111 y 112 de la LECr y art. 109.2 del CP que establecen que la responsabilidad civil se podrá exigir ante la jurisdicción civil¹¹¹⁰. ¿Cuál sería la jurisdicción competente cuando el particular se hubiera reservado el ejercicio de la acción de responsabilidad civil derivada de delito? ¿la civil o la contencioso-administrativa? La respuesta no está clara.

Para un sector doctrinal, la reserva del ejercicio de la acción civil por parte del perjudicado, por tanto, al margen del proceso penal, «*supone la opción exclusiva por el sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas regulado en el título X de la LRJPAC, que excluye cualquier responsabilidad directa frente a los perjudicados del personal al servicio de la Administración, concreto causante de la lesión, sin perjuicio de la obligada acción de regreso cuando su ejercicio proceda*» según apunta LÓPEZ ÁLVAREZ¹¹¹¹. Se deberá instar el procedimiento administrativo previo a la vía contencioso-administrativa.

Para otros¹¹¹², no se ve la razón por la que si la acción civil reservada se dirige exclusivamente frente al personal sanitario a su servicio y/o a la aseguradora en virtud del art. 76 de la LCS, no se deba atribuir la competencia al orden civil. El art. 37.1 de la LRJSP se remite a lo establecido en la legislación correspondiente y el art.109.2 del CP es claro al respecto, cuando haya reserva de acciones, la jurisdicción competente es la civil. Se trata de una reclamación entre particulares que entra dentro de las competencias propias del orden civil. En contra no se podría alegar que el art. 36.1 de la LRJSP impone la reclamación de responsabilidad patrimonial directa frente a la Administración, puesto que desde la jurisprudencia se entiende que la naturaleza de esta

¹¹¹⁰ Esta acción no se podrá formular hasta que no haya sido resuelta mediante sentencia firme la acción penal, por tanto, siempre será posterior (art.111 de la LECr). Si se estuviera tramitando la vía civil quedaría en suspenso hasta que recayera sentencia penal firme (art. 114 de la LECr y 40 de la LEC).

¹¹¹¹ LÓPEZ ÁLVAREZ, E. citado por HUESCA BOADILLA, R.: «Artículo 145. Exigencia de responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas», en la obra colectiva *Comentarios a la Reforma de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Estudio de la Ley 4/1999, de 13 de enero*, Aranzadi, Navarra, 1999, p. 237; HUERGO LORA afirma que se puede «*reservar para la vía administrativa el ejercicio de acciones civiles*». HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, p. 180.

¹¹¹² GÓMEZ LIGÜERRE, C.; *Derecho aplicable...*, *op. cit.*, pp. 202 y 203; RIVERA FERNÁNDEZ, M.; *op. cit.*, p. 1656.

responsabilidad y de la responsabilidad civil derivada de delito es diversa. La conveniencia de esta opción puede ser reducida, puesto que se corre el riesgo de la posible insolvencia del personal sanitario. No obstante, en el ámbito sanitario se verá reducido porque en la mayoría de los casos la responsabilidad civil estará cubierta por un seguro de responsabilidad civil y será la aseguradora la que se hará cargo del pago de la correspondiente indemnización.

Ahora bien, ¿se podrá exigir la responsabilidad de la Administración en la vía civil en caso de reserva de acciones? ¿se puede acumular esta acción a la planteada frente al personal sanitario a su servicio?

Varios son los argumentos para atribuir la competencia a una y otra jurisdicción:

a) Se podría defender la competencia del orden jurisdiccional civil. El art. 3.a) de la LJCA excluye la competencia del orden contencioso-administrativo cuando se trata de cuestiones atribuidas expresamente al orden jurisdiccional civil «*aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración pública*». En este sentido, el art. 109.2 del CP permite al perjudicado reservarse la acción para ejercitarla con posterioridad en la vía civil. En contra, no se podría argumentar que el art.2.e) de la LJCA atribuye la competencia para conocer de la responsabilidad patrimonial de la Administración al orden contencioso-administrativo, no pudiendo ser demandadas por este motivo ante el orden civil, puesto que se está ante responsabilidades diferentes (la responsabilidad civil derivada de delito no es lo mismo que la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública)¹¹¹³.

b) Otra parte de la doctrina realiza el razonamiento contrario¹¹¹⁴. La única excepción que se contempla a la competencia del orden contencioso-administrativo es la

¹¹¹³ Aunque es otra su propuesta de *lege ferenda* (Vid. *Supra*, Capítulo VIII, 5), de *lege lata* REBOLLO PUIG entiende que podría plantearse esta posibilidad: «*Por lo pronto, todo el esfuerzo por concentrar en la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de los asuntos de responsabilidad patrimonial de la Administración se arruina por la competencia de los órganos del orden jurisdiccional penal para conocer de la responsabilidad administrativa ex delicto. Incluso es posible que resurja la competencia de los tribunales civiles si el perjudicado por el delito, reservándose la acción civil, la plantea separada y, posteriormente, exige la responsabilidad subsidiaria de la Administración conforme al artículo 121 del Código Penal en la vía civil*». REBOLLO PUIG, M.; «Sobre la reforma...», *op. cit.*, pp. 230 y 231.

¹¹¹⁴ DÍAZ ALABART, S.; «La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos de sus alumnos menores de edad», en *Ponencias del Congreso de la asociación de profesores de Derecho civil desarrolladas en Santiago de Compostela 1999*, p. 33 *apud* RIVERA FERNÁNDEZ, M.; *op. cit.*, p. 1656; RODA GARCÍA, L. Y GALÁN CORTES, J. C.; «Cauce procesal adecuado en reclamaciones simultáneas contra la Administración y el personal sanitario», *La Ley*, Tomo 2 (1996). En www.laleydigital.es [Consultado el día 1 de septiembre de 2016]; GÓMEZ LIGÜERRE, C.; *Derecho aplicable...*, *op. cit.*, pp. 202 y 203; GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, *op. cit.*, p. 225.

vía penal sin que ninguna norma atribuya el conocimiento expreso de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración al orden civil (art. 3.b) de la LJCA). A esto se añade, por una parte, que el art. 2.e) de la LJCA encarga al orden contencioso-administrativo el enjuiciamiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración sin que pueda ser demandada por este motivo ante el orden civil. Por otra parte, el legislador pretende que la acumulación de acciones cuando a la producción del daño hubiera concurrido con particulares o aseguradora se ventile en la jurisdicción contencioso-administrativa (art.2.e) LJCA y 9.4 LOPJ). Si esto es así cuando concurre con cualquier tercero, con más razón cuando concorra con el personal sanitario a su servicio. Por eso, a pesar de la dicción del art. 109.2 del CP, si hubiera reserva de acciones y se pretendiera reclamar contra la Administración, se deberá dirigir a la vía administrativa y posterior, contencioso-administrativa. Esta solución sería más respetuosa con la intención del legislador que ha pretendido concentrar los pleitos por responsabilidad patrimonial de la Administración en la vía contencioso-administrativa; con el establecimiento del litisconsorcio pasivo necesario que se dispone en el orden penal; con la no división de la continenencia de la causa y más beneficiosa para el perjudicado al que se le evitaría el peregrinaje jurisdiccional.

CAPÍTULO IX

POSIBILIDADES DE LA TRANSACCIÓN Y LA MEDIACIÓN EN LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS EN RESPONSABILIDAD-MÉDICO SANITARIA

1. Litigiosidad en el ámbito sanitario. Sinopsis de las causas.

En España, lo relativo al ámbito sanitario y en concreto, la responsabilidad médico-sanitaria está muy judicializada. Es en cualquier caso ingente el número de reclamaciones judiciales por este motivo, como se pone de manifiesto por la gran cantidad de pronunciamientos jurisprudenciales existentes consultables en cualquier base de datos¹¹¹⁵. Ha de tenerse en cuenta que no existe una estadística oficial ni a nivel estatal ni autonómico sobre las reclamaciones en el ámbito de la sanidad pública o privada en la que podamos encontrar con fiabilidad todos los datos y que los estudios existentes son parciales. Las estadísticas que todos los años publica el CGPJ no analizan como *item* las reclamaciones, demandas o denuncias en responsabilidad médico-sanitaria en su conjunto, sino desglosadas en cada uno de los órdenes jurisdiccionales. La tasa de litigiosidad ha vuelto a repuntar en el ámbito de la jurisdicción civil (6,3% más de asuntos ingresados en el año 2019¹¹¹⁶ respecto al 2018¹¹¹⁷) y la contencioso-administrativa (19,7% más respecto al 2018¹¹¹⁸). En el Informe sobre la Justicia

¹¹¹⁵ Téngase en cuenta que la mayoría son sentencias de las Audiencias Provinciales, de los Tribunales Superiores de Justicia o de las AP puesto que la cuantía para poder interponer recurso de casación en el ámbito de la jurisdicción civil es muy elevada, 600.000 € salvo que tenga interés casacional o se trate de derechos fundamentales excepto los que reconoce el art. 24 de la CE (art. 477.2 LEC) y en el orden contencioso-administrativo habrá de acreditarse la existencia de «interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia» de conformidad con lo que marca el art. 88 de la LJCA.

¹¹¹⁶ En todos los casos hemos preferido recoger las estadísticas del año 2019 dado que en 2020 se vivió una situación excepcional. Las negligencias y las reclamaciones se vieron drásticamente reducidas (por ej. suspensión de cirugías...) así como se suspendieron los plazos de prescripción como consecuencia del estado de alarma.

¹¹¹⁷ Un total de 2.384.147 de asuntos ingresados. Memoria del Consejo General del Poder judicial sobre sobre el estado, funcionamiento y actividades del CGPJ y de los juzgados y tribunales en el año 2019. Se puede consultar en: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/20200907%20CGPJ_Memoria%202020.pdf [Consultado el día 19 de julio de 2021], p. 396.

¹¹¹⁸ Un total de 249.367 de asuntos ingresados. Memoria del Consejo General del Poder judicial sobre sobre el estado, funcionamiento y actividades del CGPJ y de los juzgados y tribunales en el año 2019. Se puede consultar en: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/20200907%20CGPJ_Memoria%202020.pdf [Consultado el día 19 de julio de 2021], p. 415.

Administrativa tanto del año 2019 como del 2020 realizado por el Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa de la UAM se subraya que un año más la mayor parte de las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas tanto en el ámbito administrativo como en la jurisdicción contencioso-administrativa se producen en el ámbito sanitario, concretamente un tercio de los litigios son en esta materia¹¹¹⁹. En el año 2019, la Asociación “El Defensor del Paciente” ha recibido un total de 13.454 casos (aunque son 881 menos que en el año 2018 sigue siendo elevado)¹¹²⁰. Normalmente por daños ocasionados por error de diagnóstico, pérdida de oportunidad, falta de seguimiento del paciente y altas precipitadas, por la falta o deficiencia de la información al paciente y/o sus familiares, por no solicitar el documento de consentimiento informado o por infecciones hospitalarias, o, en general, por la no ejecución o desarrollo de actos y protocolos exigidos por la *lex artis* y que pueden ser constitutivos de mala praxis profesional. En la actualidad, el nivel de litigiosidad se verá probablemente aumentado como consecuencia de las previsibles reclamaciones que se plantearán ante la situación de crisis sanitaria generada por la COVID-19¹¹²¹.

Particularmente preocupa en este ámbito el uso abusivo de la vía penal que, aunque en la mayoría de los casos no prospera, se convierte en la preferida por los abogados de las víctimas, entre otros motivos, por la facilidad y rapidez en la obtención de las pruebas que utilizarán en un posible proceso civil o contencioso-administrativo

¹¹¹⁹ Así lo apunta PASTOR MERCHANTE, F.; *op. cit.*, pp. 146 a 150. Lo mismo sostiene en la misma obra pero del año 2020, pp. 166 y 167.

¹¹²⁰ La Asociación «El Defensor del Paciente» realiza todos los años una Memoria en la que recoge un balance de los casos sobre negligencias médicas que se le han presentado, tanto en sanidad pública como privada. Ha de tenerse en cuenta que no se trata de datos oficiales, estas cifras están elaboradas en función de las quejas, reclamaciones, deficiencias y negligencias que se le exponen a la Asociación vía email, telefónica o correo ordinario.

Se puede consultar una estadística por Comunidades, Hospitales, especialidades y servicios así como evolución de casos desde 2009 a 2019. *Memoria «El Defensor del Paciente» del año 2019*. En <https://www.negligenciasmedicas.com/wp-content/uploads/2018/01/MEMORIA-20191.pdf> [Consultado el día 15 de octubre de 2020], pp. 20 a 27.

¹¹²¹ AVILÉS NAVARRO, M.; *op. cit.*, p. 30; CHAVES, J. R.; *op. cit.*; LIZARRAGA BONELLI, E. y PIGA RIVERO, A.; «Aspectos de la Covid 19 que pueden influir en la responsabilidad de sanitarios y Administraciones sanitarias», *Actualidad del Derecho Sanitario*, nº 284 (2020), pp. 979 a 987; BUSTO LAGO, J. M.; «Capítulo 3. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas Sanitarias en situaciones de pandemia» en la obra colectiva *Covid 19: conflictos jurídicos actuales y desafíos* dirigida LUQUIN BERGARECHE, R., Bosch-Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 77 a 100; GRAU GRAU, I.; «La responsabilidad de las Administraciones por la pandemia provocada por el COVID-19» en la obra colectiva *Cómo hacer frente a los efectos legales y litigios derivados del COVID-19*, Bosch-Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 501 a 532; BLANQUER CRIADO, D.; *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia (los poderes públicos y los daños por la crisis de la COVID-19)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

posterior (*Vid. Supra*, Capítulo VIII, 1). Esto supone condenar al médico a la «pena de banquillo» ya que, aunque la denuncia o querrela sea archivada, tendrá que pasar por la fase de instrucción y por el desgaste psicológico y emocional (inquietud y preocupación) y el descrédito que supone soportar este tipo de procesos¹¹²². Aparte, claro está, el colapso de la jurisdicción penal, que se usa de manera desviada por los profesionales del Derecho y los justiciables, y que a veces lleva a la desesperación a los jueces de este orden jurisdiccional.

Entre los factores que contribuyen al agravamiento moderno de esta situación y sin ánimo exhaustivo:

1. Cambios sociales, culturales y normativos en la relación médico-paciente.

Tradicionalmente la medicina ha sido «paternalista»; era el médico el que por sus conocimientos decidía el tratamiento y tomaba las decisiones sobre la salud del paciente, sin contar siquiera con su conocimiento y consentimiento, puesto que es profano en cuestiones médicas¹¹²³. Las reclamaciones eran, por consiguiente, escasas¹¹²⁴. Sin embargo, esa situación ha cambiado constituyendo un hito fundamental, como ha señalado IGLESIAS, la promulgación de la Ley General de Sanidad «*que enterró definitivamente la concepción paternalista de la relación médico-enfermo y entronizó el profundo respeto a la voluntad del paciente como factor determinante y*

¹¹²² Señala con acierto BAL FRANCÉS: «*Poco importa, por lo general, en estas ocasiones, el padecimiento, casi siempre injusto, de la persona física concreta, del agente de la Administración Pública, empleado público, que se sienta en el banquillo, que pasa por el entredicho social, que ve alterada profundamente su vida, su fama, su honor y su patrimonio –con la necesaria prestación de fianza que se le impone en el auto de procesamiento y ulterior embargo de sus bienes si no la presta.–*» BAL FRANCÉS, E.; *op. cit.*, p. 706.

¹¹²³ Como afirma SEOANE SPIEGELBERG «*desde esta concepción se consideraba al enfermo como un ser inmaduro, a quien se le debía ocultar la dolencia que sufría siendo; por el contrario el médico, por su experiencia, conocimientos y su condición de tercero, era quien debía decidir por aquél, tomando las decisiones que más le convenían a su estado de salud y desarrollo de su enfermedad.*» SEOANE SPIEGELBERG, J. L.; «Apuntes sobre la responsabilidad civil médica: su tratamiento ante los tribunales» en la obra colectiva *Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria* coordinada por BELLO JANEIRO, D., Ed. Reus, Madrid, 2013, p. 78. En el mismo sentido, LLAMAS POMBO, E.; «Doctrina general de la culpa médica» en la obra colectiva *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar* dirigida por LLAMAS POMBO, E., La Ley, Madrid, 2014, p. 47.

¹¹²⁴ Las reclamaciones eran reducidas como refleja ALFONSO IGLESIAS citando textualmente las palabras de GREGORIO MARAÑÓN en el prólogo del libro de Eduardo Benzo Cano en 1944: «*Salvo algún caso excepcional, la exigencia de responsabilidades, criminales o civiles, a un médico por los perjuicios derivados de una asistencia incorrecta era, hasta no hace mucho, cosa de otros países menos románticos que el nuestro. En España se apretaba mucho en el aspecto de la responsabilidad moral –lo cual es también románticismo– pero a nadie se le ocurría pedir cuentas al galeno porque su receta o su golpe de bisturí no hubiesen estado inspirados en el acierto.*» IGLESIAS, A.; «Situación actual de la responsabilidad médica: visión de un cirujano y abogado en ejercicio», *Actualidad del Derecho Sanitario*, nº 200 (2013), p. 43.

último de dicha relación¹¹²⁵». Así lo señala gráficamente el TS al aludir al consentimiento informado: «*el paciente a intervenir no puede ser considerado un robot sobre el que se va a actuar en un quirófano, sino una persona cuya "dignidad y respeto a la autonomía de su voluntad" artículo 2 LBAP, constituyen principios básicos de una actuación clínica*» STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 30 de septiembre de 2020 (JUR 2020\290460).

Se reconoce la autonomía de la voluntad del paciente que tiene facultad para decidir libremente, con carácter general¹¹²⁶, «*sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas*». En definitiva, prestar el consentimiento en materia médica (así lo define la STC 37/2011, de 28 marzo (RTC 2011\37)). Para poder hacerlo de forma libre, voluntaria y vinculante, es necesario que el paciente sea previa y adecuadamente informado¹¹²⁷ (artículos 2 y 3¹¹²⁸ de la LBAP). Derechos del paciente al consentimiento informado (que presupone el derecho a la información), a la documentación clínica o a la intimidad que están consagrados con el carácter de legislación básica en la LBAP¹¹²⁹¹¹³⁰.

¹¹²⁵ *Id.*; SEOANE SPIEGELBERG, J. L.; *op. cit.*, p. 63.

¹¹²⁶ Existen, no obstante, algunos límites legales en los que se pueden realizar intervenciones clínicas, sin contar con el consentimiento del paciente, entre ellos, de acuerdo con el art.9.2 de la LBAP, cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible su autorización ni la de familiares o personas vinculadas de hecho a él.

¹¹²⁷ La STC 37/2011, de 28 marzo (RTC 2011\37), en el fundamento jurídico 5º, «*Ahora bien, para que esa facultad de consentir, de decidir sobre los actos médicos que afectan al sujeto pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues sólo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento, eligiendo entre las opciones que se le presenten, o decidir, también con plena libertad, no autorizar los tratamientos o las intervenciones que se le propongan por los facultativos. De esta manera, el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación.*

La información previa, que ha dado lugar a lo que se ha venido en llamar consentimiento informado, puede ser considerada, pues, como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental.»

¹¹²⁸ Define el consentimiento informado como «*la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud.*»

¹¹²⁹ Así lo afirma la disposición adicional primera de la LBAP al ser esta norma dictada en virtud de lo dispuesto en el art.149.1.1ª y 16ª de la Constitución. De acuerdo con su art. 1 regula «*los derechos y*

La consolidación legal de esta corriente, la mayor información y el conocimiento de los pacientes –y/o sus familiares- de sus propios derechos¹¹³¹, unidos a la amplitud con que la jurisprudencia los interpreta¹¹³², ha provocado un aumento exponencial de las reclamaciones hacia médicos, clínicas o Administraciones Públicas por la ausencia o deficiencia de la información en el consentimiento informado.

Se ha pasado del fatalismo y la resignación de los pacientes, a un modelo de sociedad reivindicativo que valora el servicio sanitario con una lógica o cultura consumidora de “riesgo cero¹¹³³”, de tal forma que, de no conseguirse un resultado satisfactorio, porque se agrava la enfermedad, no se cura o incluso se produce el fallecimiento, el paciente y/o los familiares entienden que la responsabilidad es del

obligaciones de los pacientes, usuarios y profesionales, así como de los centros y servicios sanitarios, públicos y privados, en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica».

¹¹³⁰ Tiene como antecedentes el Convenio Europeo sobre los derechos del hombre y la biomedicina suscrito el día 4 de abril de 1997, en vigor desde el 1 de enero de 2000 y más conocido como “Convenio de Oviedo” y la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad que formuló legalmente por primera vez estos derechos.

¹¹³¹ HUERTA GARICANO, I.; «La indemnización por defectos en el consentimiento informado», *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 16 (2011), p. 151. En <http://www.madrid.org/ccmadrid/images/adjuntos/ponenciasjornadasrp2012.pdf> [Consultado el día 27 de marzo de 2015]. El usuario de los servicios sanitarios demanda no sólo la asistencia sino ser informado de forma clara y completa sobre todo lo relativo a su estado de salud y la asistencia que necesita. «*En fin, el paciente del siglo XXI es más activo frente al de hace años, más conformista, pasivo y menos preparado.*» SÁNCHEZ GÓMEZ, A.; «La información al paciente y el consentimiento informado en el derecho español. Referencia legal y jurisprudencial. La praxis médica», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 8 (2014). En www.aranzadidigital.es [Consultado el día 7 de abril de 2015].

¹¹³² Tanto la Sala de lo Civil como de lo Contencioso-Administrativo del TS afirman de forma reiterada que el consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación asistencial. Su ausencia o deficiencia puede generar responsabilidad (SSTS (Sala de lo Civil), 24 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5649) o de 8 de septiembre de 2015 (RJ 2015/3712)). Citando abundante jurisprudencia la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 15 de marzo de 2018 (RJ 2018/1507) afirma: «*Sentencia de 24 de julio 2.012 (RJ 2012, 9131) (recurso 2.040/2.011), o la de 3 de abril de 2.012 (RJ 2012, 5672) (recurso 1.464/2.011), en la que con cita de la de 2 de noviembre de 2.011 (RJ 2012, 1727) (recurso 3.833/2.009), declaramos que: <<tal vulneración del derecho a un consentimiento informado constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la *lex artis ad hoc*, que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento, y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias, entre las diversas opciones vitales que se le presentan. Causa, pues, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente. O, dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos deberes de información solo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria (sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras, de 26 de marzo (RJ 2002, 3956) y 14 de octubre de 2.002, 26 de febrero de 2.004, 14 de diciembre de 2.005, 23 de febrero y 10 de octubre de 2.007, 1 de febrero y 19 de junio de 2.008, 30 de septiembre de 2.009 y 16 de marzo, 19 y 25 de mayo (RJ 2012,415) y 4 de octubre de 2.011)>>.*» En algunas ocasiones se combina con la teoría de la pérdida de oportunidad como consecuencia de la falta de información de las opciones clínicas disponibles (STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 8 de abril de 2016 (RJ 2016,1328)).

Sobre el consentimiento informado y la responsabilidad, *Vid. CADENAS OSUNA, D.; El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, BOE, Madrid, 2018.

¹¹³³ GARAY, A.; *Gestión jurídica del riesgo médico (Medical Risk Legal Management)*, Grupo CTO Editorial, Madrid, 2013, pp. 4 y 9.

médico por supuesta mala práctica y de ahí el aumento del número de reclamaciones con las que se pretende obtener una indemnización económica¹¹³⁴. De forma didáctica lo pone de relieve la sentencia antes citada del TS que afirma en relación al consentimiento informado: «*Lo realmente trascendente es que el paciente conozca las ventajas y los inconvenientes de la intervención quirúrgica, y que tampoco entienda la misma como una actuación que forzosamente ha de concluir en éxito. El paciente no es un robot, pero el facultativo tampoco es un dios, y la ciencia profesional no es, ni siempre ni necesariamente, de resultado exitoso*» STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 30 de septiembre de 2020 (JUR 2020\290460).

2. Los avances de los nuevos conocimientos científicos, entrando en campos hasta ahora impensables para la medicina, unidos a la incorporación de las nuevas tecnologías, hace que el ciudadano exija una mayor diligencia, eficiencia y calidad en los servicios sanitarios, teniendo la percepción de que, cualquier enfermedad es curable¹¹³⁵ y, en caso contrario, entienden que habrá responsabilidad y reclamarán¹¹³⁶.

De otro lado, el avance científico de la medicina provoca la aparición de nuevos procedimientos diagnósticos y terapéuticos que, aunque tienen un mayor poder curativo, son más agresivos o generan un mayor riesgo, lo que también contribuye al aumento de las reclamaciones¹¹³⁷.

3. Otra de las causas que se suele apuntar es la posibilidad de obtener fácilmente la indemnización, sobre todo cuando se tiene en cuenta la existencia de seguros de responsabilidad civil, obligatorios en los casos en los que se ejerza la medicina privada y habitual en la sanidad pública¹¹³⁸. El tema de las reclamaciones en responsabilidad

¹¹³⁴ HERNÁNDEZ GIL, A.; *Responsabilidad por mala praxis médica. Análisis del problema a través de encuestas a Colegios Oficiales de Médicos y de Abogados*. Tesis doctoral, Universidad de Córdoba, 2002, p. 28. En <http://hdl.handle.net/10396/281> [Consultado el día 15 de marzo de 2014]; ESPINOSA FERNÁNDEZ, S.; «II: 2. Objeto...», *op. cit.*, p.147; SÁNCHEZ GÓMEZ, A.; *op. cit.*; PEMÁN GAVÍN, J.; «La responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 285.

¹¹³⁵ ESPINOSA FERNÁNDEZ, S.; «II: 2. Objeto...», *op. cit.*, p.147.

¹¹³⁶ SANZ MULAS apunta que el arrollador avance de la medicina «*con un gran incremento del índice de éxito de los tratamientos actuales, genera grandes expectativas en los pacientes, lo que unido a la imperante cultura del bienestar actual, nos lleva a soportar mal el fracaso; o lo que es lo mismo, no aceptamos la desventura (en este contexto, enfermedad y/o muerte), y creemos que todo se puede, o se podría, haber solucionado –un fallo conyuntural–*». SANZ MULAS, N.; *op. cit.*, p. 293.

¹¹³⁷ *Ibid.*, p. 284.

¹¹³⁸ *Ibid.*, p. 297; HERNÁNDEZ GIL, A.; *op. cit.* p. 28.

médico-sanitaria genera grandes intereses económicos, siendo una notable fuente de ingresos para abogados¹¹³⁹ y procuradores, incluso para peritos médicos.

4. El “efecto llamada”: los casos de negligencias médicas que suelen aparecer en los medios de comunicación son aquéllos en los que se obtienen grandes indemnizaciones económicas, lo que provoca un “efecto contagio”. Los pacientes piensan que ante un resultado dañoso podrán reclamar y obtendrán una indemnización en similares circunstancias.

5. En las reclamaciones administrativas y contencioso-administrativas, algunas de las razones parciales que influyen en la alta litigiosidad se deben a la frecuencia con que la reclamación administrativa es desestimada por silencio administrativo¹¹⁴⁰ y al poco uso de instrumentos como la mediación o la escasa utilidad de la transacción tal como está regulada en la actualidad (art. 77 LJCA)¹¹⁴¹.

6. En la actualidad, previsiblemente, la litigiosidad se verá aumentada por la crisis sanitaria generada por la COVID-19¹¹⁴²: la presión asistencial, servicios de Urgencias saturados, sobrecarga de los profesionales, falta de material sanitario como la insuficiencia de respiradores en los hospitales, aumento de las listas de espera, retraso en los tratamientos, demora en las asistencias médicas, en la derivación a especialistas, en la realización de pruebas, suspensión de intervenciones quirúrgicas...pueden provocar disfunciones en la calidad del servicio sanitario y conducir a un probable aumento de las reclamaciones.

Ante la proliferación de reclamaciones judiciales la principal consecuencia, como ha apuntado gran parte de la doctrina¹¹⁴³, es la práctica de la medicina defensiva que

¹¹³⁹ Señala HERNÁNDEZ GIL: «en todo ello juegan importante papel los abogados, muchas veces promotores que se ofrecen con grandes facilidades a entablar demandas en hospitales, en la televisión, en páginas de internet, en autobuses y en las puertas de las consultas de cada médico. El negocio es tan productivo que a veces los médicos mismos estudian Derecho para especializarse en estas reclamaciones». *Ibid.*, p. 30.

¹¹⁴⁰ AVILÉS NAVARRO, M.; *op. cit.*, p. 30.

¹¹⁴¹ VELASCO CABALLERO, F.; «Reformas de la justicia administrativa: la propuesta de Ley de Eficiencia de la jurisdicción contencioso-administrativa cinco años después» en la obra colectiva *Balance y perspectivas de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su XX Aniversario* coordinada por CUDERO BLÁS, J. y PONCE SOLÉ, J., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 251.

¹¹⁴² Como ha señalado CHAVES, el embotellamiento de demandas en el contencioso-administrativo tardará un poco de tiempo teniendo en cuenta que la reclamación se deberá tramitar previamente en la vía administrativa para lo que se tiene el plazo de un año. Una vez interpuesta, la Administración tendrá un plazo de seis meses para resolver salvo que amplíe el plazo de forma motivada. CHAVES, J. R.; *op. cit.*

¹¹⁴³ MUÑOZ MACHADO, S.; «Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración Sanitaria (Con algunas reflexiones sobre las funciones actuales de la responsabilidad civil)», *Documentación Administrativa*, nº 237-238 (1994), p. 257; HERNÁNDEZ GIL, A.; *op. cit.*, pp. 30 y 31; BARAHONA MIGUELÁNEZ, M. Y GONZÁLEZ GARCÍA, M. C.; «Error sanitario y responsabilidad

tiene como finalidad la protección del médico garantizando que no se presentarán reclamaciones judiciales en su contra o que de hacerlo, estas fracasarán. Para ello, por un lado, se solicitan informes y se prescriben pruebas diagnósticas (sobre todo, analíticas y de imagen (radiografías, resonancias...) o se recetan medicamentos de los que se podría haber prescindido¹¹⁴⁴. Por otro lado, excluyen, en la medida de lo posible, la práctica de procedimientos que impliquen altos riesgos o el tratamiento de pacientes de alto riesgo (medicina defensiva negativa). La práctica de la medicina defensiva tiene importantes consecuencias en el paciente, en el médico y en el sistema sanitario en general. A la ralentización de la prestación sanitaria se une un aumento de los gastos sanitarios al realizarse pruebas que se podrían haber obviado¹¹⁴⁵. Por su parte, la administración de medicamentos o de pruebas complementarias excesivas tienen el riesgo de que el paciente sufra efectos adversos¹¹⁴⁶. En definitiva, la «desnaturalización de la atención sanitaria», más centrada en evitar reclamaciones que en curar al enfermo, y el encorsetamiento de la actividad médica con la proliferación de estándares y protocolos clínicos como manifestación de la medicina defensiva¹¹⁴⁷, pero útiles al aportar seguridad.

Asimismo, el incremento de las reclamaciones judiciales provoca el aumento de las primas por parte de las aseguradoras y que las pólizas cubran cada vez menos riesgos. De hecho, hay determinadas especialidades para las que es muy difícil encontrar un seguro y las Administraciones Públicas se encuentran con dificultades para encontrar compañías aseguradoras dispuestas a suscribir el contrato. En el ámbito de la sanidad privada, los médicos cobran por prestar el servicio; de ahí que, el incremento de las

jurídica por asistencia sanitaria» en la obra colectiva *Tratado de Derecho Sanitario*, Volumen II, dirigida por PALOMAR OLMEDA, A. Y CANTERO MARTÍNEZ, J., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 51; ESPINOSA FERNÁNDEZ, S.; «II: 2. Objeto...», *op. cit.*, p. 149; GUERRERO ZAPLANA, J.; *Las reclamaciones...*, *op. cit.*, p. 42.

¹¹⁴⁴ MUÑOZ MACHADO, S.; «Responsabilidad de los médicos...», *op. cit.* p. 257.

¹¹⁴⁵ GUERRERO ZAPLANA, J.; *Las reclamaciones...*, *op. cit.*, pp. 43 y 44.

¹¹⁴⁶ Como ha señalado el Dr. Enrique Galindo Martens, «muchas de estas pruebas son invasivas y no están exentas de riesgos y complicaciones: colonoscopias, cateterismos, gastroscopias, incluso radiografías, TAC, inyección de contrastes, tratamientos antibióticos innecesarios en determinadas operaciones (las fluorquinolonas, ciprofloxacino, se asocian a roturas tendinosas, anafilaxis), etc...». GALINDO MARTENS, E.; «Los elevados costes de la Medicina defensiva». Noticia publicada en <http://www.gaceta.es/enrique-galindo-martens/los-elevados-costes-medicina-defensiva-12072014-1146> [Consultado el día 9 de abril de 2015].

¹¹⁴⁷ Claro es que el actuar conforme al protocolo no exime necesariamente al médico de responsabilidad puesto que es posible que por las características concretas del paciente requiera otro tratamiento pero es cierto que los protocolos, como señala JUAN MÉJICA, son útiles instrumentos para definir la *lex artis* del médico. JUAN MÉJICA en opinión recogida por MARTÍNEZ PLATEL, R.; «La medicina defensiva no evita que el médico se sienta en el banquillo», *Revista Médica*, nº 191 (2014). En www.rmedica.es [Consultado el día 1 de febrero de 2015].

primas probablemente repercutirá en el paciente mediante el incremento del precio del servicio. Sin embargo, en el ámbito de la sanidad pública, esa consecuencia recaerá sobre todos los contribuyentes ya que será la Administración Pública la que tendrá que pagar los mayores gastos derivados de las primas.

Ha de tenerse en cuenta que en un conflicto en responsabilidad médico-sanitaria entran en juego dos componentes de gran importancia, de un lado, la importancia del bien jurídico protegido como es la vida, integridad física y psíquica y la salud del paciente, y por otra parte, como ha señalado HERNÁNDEZ GIL, «*la inseguridad jurídica del médico, que está obligado a ejercer una profesión con el margen de error de las ciencias biológicas, con la consiguiente responsabilidad en los casos de respuesta distinta a la esperada o previsible*¹¹⁴⁸.» Aunque en el sistema sanitario público la reclamación recae sobre la Administración sin perjuicio de la posterior acción de regreso, al médico le preocupa porque tiene que declarar, le puede generar problemas personales, inconvenientes en el propio hospital...

2. Ventajas y dificultades para la implantación de los medios adecuados de solución de controversias en las reclamaciones sanitarias.

2.1 Ventajas.

Aunque el impulso de los sistemas alternativos de resolución de conflictos o medios adecuados de solución de controversias se encuadra dentro de un nuevo concepto de acceso a la Justicia, y de la necesidad de buscar una justicia de calidad en un Estado de Derecho, la realidad es que el resurgimiento o fomento de instituciones como el contrato de transacción o la mediación coinciden con épocas de crisis en la Administración de Justicia¹¹⁴⁹. Resulta obvio, pero no por ello queremos omitirlo, que no pretendemos en ningún momento defender estos mecanismos como una panacea, puesto que habrá casos en los que, dado el enconamiento de las posiciones o su complejidad, será más conveniente acudir al proceso judicial. Se trata de ofrecer a las partes alternativas que

¹¹⁴⁸ HERNÁNDEZ GIL, A.; *op. cit.*, p. 16.

¹¹⁴⁹ TAMAYO HAYA, S.; *El contrato de transacción, op. cit.*, p. 47. Añade la citada autora «*todo ello provocado porque normalmente la proliferación de litigios no suele venir acompañada de un paralelo avance de los medios con los que cuenta la Administración de Justicia*». Ibidem. AA.VV.; *Camino a la mediación sanitaria*, obra colectiva coordinada por MORA GARCÍA, J. M., Colex, Madrid, 2014, p. 183; MARTÍN DIZ, F.; «*Alternativas extrajudiciales para la resolución de conflictos civiles y mercantiles: perspectivas comunitarias*», *La Ley*, nº 3 (2006). En www.laleydigital.es [Consultado el día 10 de mayo de 2011], pp. 1637 a 1654.

les permitan resolver el conflicto de forma satisfactoria, rápida y con un menor coste. Evidentemente para solventar la crisis de la Justicia lo que hay que hacer es modernizarla, de forma que sea más ágil y rápida, y realizar una mayor inversión en medios materiales y humanos (formas telemáticas de notificación, modernización digital, creación de nuevos órganos judiciales, más especialización...), pero el recurso a estos sistemas puede ser un importante aliado para contribuir a atajarla.

La primera ventaja de estos mecanismos -que contribuirán a la desjudicialización de los conflictos- es que presumiblemente ayudarán a reducir la sobrecarga que actualmente soportan los Tribunales de Justicia en cualquier orden jurisdiccional y que probablemente se verá desbordada como consecuencia de las reclamaciones derivadas de la pandemia de la COVID-19¹¹⁵⁰, que demandan medidas de agilización judicial. En consecuencia, descenderían los costes de la Administración de Justicia. La reducción de las reclamaciones judiciales y el uso de estos mecanismos disminuirá la práctica de la medicina defensiva¹¹⁵¹, que supone un gran lastre para los costes en sanidad, según lo visto *Supra*.

Prácticamente todos los elementos que suponen una crítica al funcionamiento de la Administración de Justicia se presentan como ventajas si el conflicto se resuelve a través de una mediación o de la celebración del contrato de transacción dado que, como ya apuntara CASTÁN TOBEÑAS «*se evitan las dilaciones, los dispendios y los disgustos de los litigios*»¹¹⁵². Así, la flexibilidad, agilidad, rapidez y menor coste con que se puede alcanzar la solución del conflicto en estas fórmulas extrajudiciales¹¹⁵³ se contraponen al mayor coste y la lentitud del proceso judicial (precisamente la duración

¹¹⁵⁰ AVILÉS NAVARRO, M.; *op. cit.*, p. 30; SALA SÁNCHEZ, P.; «La mediación y su integración en el ámbito contencioso-administrativo», *La Ley*, nº 9632 (2020). En www.laleydigital.es [Consultado el día 20 de julio de 2021].

¹¹⁵¹ HERNÁNDEZ MORENO, J.; HERNÁNDEZ GIL, M.L. Y HERNÁNDEZ GIL, A.; «Responsabilidad por malpraxis médica: la vía extrajudicial», *Cuadernos de Medicina Forense*, nº 28 (2002). En <http://dx.doi.org/10.4321/S1135-76062002000200002> [Consultado el día 12 de enero de 2013]; MONTORO, I.; «La mediación, una solución eficaz que beneficia a todos» [en línea], Blog Lex Sanitaria, 11 de enero de 2013, España. En <http://www.lexsanitaria.com/mediacion-y-acuerdos-extrajudiciales/#> [Consultado el día 21 de abril de 2015]; GUIJARRO BERNAL, R. E ITURMENDI MORALES, G.; «La reclamación patrimonial como instrumento de calidad y sostenibilidad del Sistema Sanitario. La mediación», *Derecho y Salud*, Vol. 22, nº Extraordinario (2011), p. 182.

¹¹⁵² CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil, común y foral*, Vol.4º, Reus, Madrid, Ed. 13ª, 1986, p.814.

¹¹⁵³ En la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles no se establece ningún plazo máximo de duración pero sí se advierte que: “*la duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones*” (art.20 de la Ley de mediación), dependerá lógicamente de la naturaleza y la complejidad del conflicto. En cualquier caso, nunca alcanzará las cifras desorbitadas de duración del proceso judicial.

de los procedimientos es uno de los indicadores para valorar la calidad de la Justicia¹¹⁵⁴, es de recordar la frase “La Justicia si es lenta, no es justicia”¹¹⁵⁵), lo que se acrecienta en el ámbito sanitario público si se tiene en cuenta la necesidad de agotar previamente la vía administrativa¹¹⁵⁶. De ahí que estos mecanismos se muestren atractivos y ventajosos para todas las partes implicadas en un conflicto por responsabilidad médico-sanitaria¹¹⁵⁷.

Es cierto que estas afirmaciones hay que tomarlas con cautela porque no existe ningún estudio serio (por ejemplo, desde la conocida técnica del análisis económico del Derecho) que permita demostrar que el recurso a estos mecanismos extrajudiciales es más eficiente económicamente. Y ello, por cuanto, en el caso de la mediación, aunque no sea obligatorio, normalmente se asistirá acompañado de abogado, se presentarán informes periciales y se tendrán que pagar los costes de la mediación incluyendo los honorarios del mediador/es, siendo posible que se le exija una provisión de fondos para hacer frente a estos gastos. Presumiblemente los gastos que se generan con un proceso

¹¹⁵⁴ Según la estadística sobre la situación de la justicia en el año 2019, en el orden jurisdiccional civil, la duración media para resolver los asuntos en el Juzgado de Primera Instancia es de 7 meses y 8 días. En apelación, la resolución del recurso tiene una duración media de 5 meses y 8 días. En el Tribunal Supremo de un año y medio (20 meses). En el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa la situación es más preocupante, así en la 1ª y 2ª Instancia la duración media de los procedimientos fue de 11 meses aproximadamente y en el Tribunal Supremo de 14 meses. Memoria del Consejo General del Poder judicial sobre el estado, funcionamiento y actividades del CGPJ y de los juzgados y tribunales en el año 2019. Se puede consultar en: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/20200907%20CGPJ_Memoria%202020.pdf [Consultado el día 19 de julio de 2021], pp. 389, 396 y 426. Estas estimaciones se han obtenido por medio de un modelo matemático que hace uso de los números de asuntos ingresados, resueltos y en trámite al comienzo de cada periodo. Debemos advertir del valor relativo de esta estadística, muy inferior al dato real ya que en ella se añaden los casos en los que se inadmite a trámite, se archiva o se sobresee por cualquier causa. Por lo que en realidad, en los procedimientos que se tramitan completos la duración es de dos o tres veces mayor de la que ofrecen estas estadísticas.

Los tiempos de resolución en la jurisdicción contencioso-administrativa siguen siendo elevados como pone de manifiesto: DÍEZ SASTRE, S.; *op. cit.*, pp. 89 a 91.

¹¹⁵⁵ El art.47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que: «*Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial.*»

¹¹⁵⁶ Precisamente el Consejo Consultivo de Andalucía en su memoria del año 2019 reprocha la excesiva tardanza en la resolución de los expedientes de responsabilidad patrimonial de la Administración, lesionando con ello el derecho de los interesados a obtener una resolución en plazo y afectando a los principios de eficacia y celeridad que debe presidir la actuación administrativa (art. 103.1 de la CE y art. 3.1. de la LRJSP. Memoria del Consejo Consultivo Andalucía año 2019, p. 114. Se puede consultar en <https://www.consejoconsultivodeandalucia.es/wp-content/uploads/2015/12/Memoria-Anual-2004.pdf>

La terminación convencional del procedimiento administrativo puede contribuir a ello ya que el retraso de los procesos judiciales puede no ser beneficioso para los intereses públicos precisamente por razón de esa demora como han señalado GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T-R.: *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II* (2013), *op. cit.*, p. 528.

¹¹⁵⁷ GISBERT POMATA, M.; «Los conflictos sanitarios y los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos», en la obra colectiva *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina* dirigida por ADROHER BIOSCA, S. y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 357.

judicial, sobre todo en el caso en que se desestime la demanda serán más altos. Así, la necesidad de provisión de fondos de los abogados y procuradores, los informes periciales... Pero principalmente, y esta es una de las cosas que se debe advertir al perjudicado que quiere reclamar para que decida si opta por la vía judicial o extrajudicial, los riesgos económicos que pueden sufrir en caso de que la demanda (en vía civil o contencioso-administrativa) sea desestimada, con la posible condena en costas¹¹⁵⁸.

Asimismo, puede suponer un perjuicio económico para el asegurador¹¹⁵⁹ en caso de ser condenado al pago de los elevados intereses moratorios del art. 20 de la LCS, lo que debería favorecer la resolución extrajudicial del conflicto a través de la adopción de un acuerdo. Sin embargo, la doctrina advierte que la escasa aplicación de estos intereses en el orden contencioso-administrativo frente al orden civil, hace que la aseguradora prefiera litigar antes que celebrar una transacción¹¹⁶⁰ (*Vid. Supra*, Capítulo VII, 6.5.7).

Permitirán reducir los costes emocionales¹¹⁶¹. Los conflictos en responsabilidad médico-sanitaria suelen ser de enorme gravedad y complejidad por las implicaciones emocionales y personales, dada la importancia de los bienes jurídicos que pueden quedar afectados (en cuanto a los pacientes: vida, integridad física y moral o salud. Honor o reputación profesional para los profesionales implicados –llamadas a menudo

¹¹⁵⁸ En la vía judicial contencioso-administrativa en el caso de que se desestime su pretensión puede verse condenado en costas (*vid.* art.139 LJCA). La mayoría de las sentencias en el proceso contencioso-administrativo no contiene un pronunciamiento sobre la condena en costas y cuando lo hay, suele tener un límite económico. En la jurisdicción civil es más frecuente la condena en costas en caso de que la demanda sea desestimada, si no concurren serias dudas de hecho o de derecho apreciables subjetivamente por el órgano judicial (*Vid.* art.394 LEC). CAMPO GALINDO, R.; «Los riesgos económicos de una reclamación por negligencia médica». En <http://www.diariojuridico.com/los-riesgos-economicos-de-una-reclamacion-por-negligencia-medica/> [Consultado el día 5 de marzo de 2015].

Este es el caso, por ejemplo, de una mujer a la que se le reconoció por la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria de la Comunidad de Madrid una indemnización de 3.066 €. No estando conforme con la resolución administrativa, interpone un recurso contencioso-administrativo ante el TSJCM en cuya sentencia, contra la que no cabe recurso, se reconoce el error pero da por buena la indemnización que había obtenido condenando a la recurrente al pago de las costas que ascienden alrededor de unos 5.000€. Noticia del periódico El Mundo «3.000 euros de indemnización por una negligencia médica, 5.000 euros por las costas del proceso». Se puede consultar en: <http://www.elmundo.es/madrid/2014/12/17/5490be73e2704e6f308b456f.html> [Consultado el día 12 de febrero de 2015].

¹¹⁵⁹ En el mismo sentido, AA.VV.; *Camino a la...*, *op. cit.*, p. 184.

¹¹⁶⁰ GRAU GRAU, I.; *La responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 349, 375 y 376; MOURE, E.; «El artículo 20...», *op. cit.*

¹¹⁶¹ ITURMENDI MORALES, G.; «Problemas para implantación en España y posibles soluciones de la mediación de conflictos sanitarios en el sistema», Ponencia presentada en el XVI Congreso AEGRIS, Valladolid, 2015. En https://fundacionnade.org/sites/inade.org/files/ponencia_y_presentacion.pdf [Consultado el día 20 de octubre de 2020], p. 11.

por eso mismo “segundas víctimas”¹¹⁶²-). La naturaleza «adversarial» típica del proceso judicial contencioso y su larga duración (con un posible peregrinaje de jurisdicciones) puede aumentar el enfrentamiento y la hostilidad entre las partes, con un enconamiento de las posiciones¹¹⁶³ y una escalada del conflicto, tanto para los pacientes y/o sus familiares, como para el médico y la propia institución sanitaria en la que presta sus servicios.

Reducen los «disgustos» de los procesos judiciales. Para obtener una sentencia favorable, no basta con estar seguro de nuestros derechos, sino que será necesario demostrarlos y que el juez nos dé la razón¹¹⁶⁴. En el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, la complejidad del conflicto y el desconocimiento de la materia que requiere conocimientos técnicos por parte del juez, hace que los informes periciales y la historia clínica alcancen una extraordinaria relevancia en el momento de enjuiciar los hechos que han dado origen al daño. De hecho, por la doctrina se afirma que la terminación convencional, en el seno de la cual puede tener lugar la mediación, puede ser una institución útil para evitar procesos judiciales puesto que el instructor del expediente o el mediador, que tenga conocimientos de medicina¹¹⁶⁵, «podría llegar a apreciar la realidad de los hechos y sus consecuencias con más facilidad que los Tribunales, que carecen de los conocimientos técnicos precisos para ello¹¹⁶⁶.» Por otra parte, las distintas posiciones que a veces se mantienen entre los tribunales de los distintos órdenes jurisdiccionales. Por ejemplo, en torno a la aplicación de la doctrina

¹¹⁶² AA.VV.; «Repercusión de los eventos adversos en los profesionales sanitarios. Estudio sobre las segundas víctimas», *Revista Trauma*, Vol.24, nº 1 (2013). En <http://www.mapfre.com/fundacion/html/revistas/trauma/v24n1/contenido-8.html> [Consultado el día 30 de enero de 2015]; AA.VV.; «Información de eventos adversos a pacientes y familiares», *Revista Trauma*, Vol.24, nº 4 (2013), p. 242. En <http://www.mapfre.com/fundacion/html/revistas/trauma/v24n4/contenido-7.html> [Consultado el día 30 de enero de 2015]; AA.VV.; *Camino a la...*, *op. cit.*, p. 184.

¹¹⁶³ TAMAYO HAYA, S.; *El contrato de transacción*, *op. cit.*, p. 47.

¹¹⁶⁴ De sobras es conocido el aforismo: «Tres cosas se necesitan para ganar pleitos: tener la razón, saberla alegar y que te la quieran dar».

¹¹⁶⁵ Téngase en cuenta que para ser mediador se exige tener conocimientos específicos para ejercer la mediación pero la formación de base puede variar: derecho, medicina, arquitectura, psicología... En el art. 11 de la Ley de mediación sólo se exige estar en posesión de un título oficial universitario o de formación superior. Según el tipo de conflicto, convendrá acudir a un mediador u otro o, incluso a la co-mediación, que tiene por inconveniente el aumento de los costes.

¹¹⁶⁶ GUERRERO ZAPLANA, J.; «La Jurisdicción competente para conocer de las reclamaciones de responsabilidad por defectuosa asistencia sanitaria en el marco de la Seguridad Social», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 267 (1996), pp. 255 y 256 y *Guía práctica...*, *op. cit.*; MIR PUIGPELAT, O.; *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia ...*, *op. cit.*, p. 348; CALVO SÁNCHEZ, M. D.; «La responsabilidad de la Administración sanitaria por la actuación de los profesionales de la medicina», en la obra colectiva *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar* dirigido por LLAMAS POMBO, E., La Ley, Madrid, 2014. En www.laleydigital.es [Consultado el día 14 de octubre de 2020].

del daño desproporcionado, de la pérdida de oportunidad, el pago de los intereses del art. 20 de la LCS por las aseguradoras o la inexistencia de un criterio general en torno a la cuantificación de los daños, que variará dependiendo de la jurisdicción ante la que se reclame¹¹⁶⁷. El acuerdo por las partes podría ahorrar los problemas derivados de la incertidumbre de la resolución judicial o temor litis¹¹⁶⁸ (temor al litigio o temor a que el juez falle desfavorablemente).

En la mediación (también en la transacción), las partes serán las protagonistas y responsables de resolver la controversia¹¹⁶⁹ cuyo resultado controlarán en todo momento ya que, si estamos en la mediación, el mediador no puede nunca imponer la solución al conflicto. Esto permitirá llegar a soluciones menos traumáticas y mutuamente satisfactorias rompiendo el esquema de «vencedores» y «vencidos» propio del sistema judicial¹¹⁷⁰. La solución responderá a las necesidades e intereses de las partes. Por eso, uno de los ejes –también ventaja– de estos mecanismos extrajudiciales es la desjuridificación¹¹⁷¹, de tal forma que, a diferencia de lo que ocurre en el proceso judicial, las leyes no determinan el contenido del acuerdo salvo que se trate de normas imperativas. De este modo, se permite alcanzar soluciones más creativas. Así, en algunos casos (reducidos y sólo en mediación), bastará con unas disculpas y explicaciones; en otros, cuando el conflicto surge porque el paciente no obtiene el

¹¹⁶⁷ Incluso dentro de cada orden jurisdiccional, no es posible alcanzar una uniformidad valorativa por vía jurisprudencial como advirtió DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ para el ámbito administrativo. La determinación del montante de la indemnización es una cuestión de hecho, por tanto, depende de la valoración de la prueba practicada y no puede ser impugnado en casación salvo que sea ilógico, arbitrario o irrazonable (única excepción que se admite en torno a la valoración de la prueba). Es este el motivo por el que, según el citado autor, «no es plenamente factible alcanzar la uniformidad valorativa por vía jurisprudencial [SSTS de 17 de noviembre de 2009 (recurso 2543/2005), 9 de febrero de 2010 (recurso 858/2007) y 8 de junio de 2010 (recurso 405/2006)].» DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M.; «Comentario al artículo 141» en la obra colectiva *Comentarios a la Ley 30/92* dirigida por SÁNCHEZ MORÓN, M. y MAURANDI GUILLÉN, N., Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2013, p. 903.

¹¹⁶⁸ En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), 20 de diciembre de 2000 (RJ 2001\352) en su fundamento jurídico cuarto: «si bien es cierto que en la transacción es de esencia eliminar por recíprocas concesiones la incertidumbre en que las partes se encuentran respecto a la existencia o exigibilidad de un determinado derecho en litigio o pendiente de hallarse en semejante situación (sentencia de 13 de julio de 1940 [RJ 1940, 707]), no menos exacto es que la inseguridad jurídica propia de dicho negocio jurídico, no se refiere al elemento objetivo de la relación obligacional transigida, que necesariamente debe ser cierto, preciso, conocido y determinado según se ha proclamado por la jurisprudencia de esta Sala entre otras, en sentencias de 8 de mayo de 1920 y 20 de octubre de 1954 (RJ 1954, 3001), sino al resultado de la decisión jurisdiccional que pudiera poner fin a las diferencias de los contratantes, lo cual constituye el factor psicológico (“timor litis”) que les mueve al otorgamiento del contrato». En el mismo sentido, STS (Sala de lo Civil), 16 de mayo de 1991 (RJ 1991\3705), 21 de octubre de 1997 (RJ 1977\3904), que cita las STS (Sala de lo Civil), 10 de abril de 1964 (RJ 1964\1859), 6 de noviembre de 1965 (RJ 1965\5331), 10 de julio de 1968 y 4 de noviembre de 1969 (RJ 1969\5110), entre otras.

¹¹⁶⁹ MARTÍN DIZ, F.; *La mediación: sistema...*, op. cit., p.39.

¹¹⁷⁰ ORTUÑO MUÑOZ, J. P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J.; op. cit., p. 13.

¹¹⁷¹ Exposición de Motivos, apartado III, de la Ley de mediación.

resultado esperado, especialmente en cirugía estética, se podrá solucionar mediante una nueva reintervención cuyos costes serán sufragados sólo por el médico que la operó¹¹⁷², en definitiva, una prestación asistencial alternativa. Si bien, al margen de estas soluciones, en la mayoría de los casos, además de una disculpa o explicación, el reclamante lo que pretende es obtener una compensación o indemnización económica cuya cuantía dependerá de lo que hayan pactado (en relación con lo anterior, se evita así la incerteza del pronunciamiento judicial o de que se condene a una indemnización excesivamente elevada o muy reducida). En este sentido, la aprobación de un baremo de daños sanitarios, como viene reclamándose por parte de la doctrina¹¹⁷³, puede ser útil y favorecer la adopción de acuerdos y la resolución de forma amistosa de este tipo de conflictos en cuanto ayudará a la valoración del daño¹¹⁷⁴. Según la disposición adicional 3ª de la Ley 35/2015: «*el sistema de valoración regulado en esta Ley servirá como referencia para una futura regulación del baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria.*»

Especial énfasis puede ponerse en la confidencialidad o menor publicidad que pudiera resultar¹¹⁷⁵. Cuando se acude al proceso judicial, es difícil evitar una publicidad no deseada que desacredita al médico, a los centros sanitarios y al sistema sanitario en general. Con el recurso a medios alternativos se evita esa desacreditación¹¹⁷⁶ y la posible «condena social» a la que podría darse lugar con el sólo anuncio de que se ha producido un efecto adverso, aunque no exista una respuesta judicial aún¹¹⁷⁷. En el

¹¹⁷² AA.VV.; *Camino a la...*, *op. cit.*, p. 186.

¹¹⁷³ *Ibid.*, pp. 202 a 210; MOURE GONZÁLEZ, E.; *Hacia un baremo de daño sanitario. Y cómo valorarlo mientras tanto*, La Ley Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2018, pp. 244 a 294; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.; «Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol. III (1999). En www.aranzadidigital.es [Consultado el día 8 de junio de 2019]; PANES CORBELLE, L. A.; «Responsabilidad patrimonial de los Servicios de Salud» en la obra colectiva *Tratado de Derecho Sanitario*, Volumen II, dirigida por PALOMAR OLMEDA, A. Y CANTERO MARTÍNEZ, J., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 94.

¹¹⁷⁴ Entre las bondades del establecimiento de baremos, diversos autores han acogido la tesis de PANTALEÓN PRIETO, cuyos argumentos resumidos siempre que exista un margen de flexibilidad atendidas las circunstancias del caso particular serían los siguientes: a) Permite realizar con adecuado margen de certidumbre previsiones sobre la cuantía de las indemnizaciones; b) Su aplicación consigue el trato igual para los casos iguales; y c) Son necesarios para mantener las indemnizaciones y en consecuencia las primas de los seguros de responsabilidad civil en niveles razonablemente moderados. FERNÁNDEZ COSTALES, J.; *La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería)*, La Ley, Madrid, 1995, p.112.

¹¹⁷⁵ En los acuerdos indemnizatorios se suelen incluir cláusulas de confidencialidad del acuerdo en la que se prohíbe su difusión a terceros a través de cualquier medio, imponiéndose en caso de incumplimiento, el abono de una indemnización además de la posibilidad de ejercitar las acciones legales pertinentes.

¹¹⁷⁶ HERNÁNDEZ MORENO, J.; HERNÁNDEZ GIL, M.L. Y HERNÁNDEZ GIL, A.; *op. cit.*

¹¹⁷⁷ AA.VV.; *Camino a la...*, *op. cit.*, p. 189. Ahora bien, este aspecto positivo se presenta como negativo para asociaciones como la Asociación «El Defensor del Paciente» que considera que la inclusión de

ámbito del paciente, permitirá preservar mejor su intimidad ya que se trata de aspectos que pertenecen a la esfera más íntima de la persona¹¹⁷⁸ (recuérdese que el derecho a la intimidad es uno de los protegidos en la LBAP –art.7-).

En la elaboración de un contrato de transacción y especialmente en un procedimiento de mediación, el clima de diálogo y comunicación en que se desenvuelve, permitirá a las partes, con la ayuda del mediador, expresar sus verdaderos sentimientos, intereses y preocupaciones, ofreciendo la oportunidad de explicar las razones de lo que sucedió, y al médico, en caso de ser responsable, también de disculparse. El que un médico haya escuchado la perspectiva e historia del paciente en el marco de una mediación, le permitirá no volver a incurrir en los mismos errores, de falta de comunicación e información¹¹⁷⁹ y además le aportará herramientas de comunicación que le podrán ayudar a prevenir conflictos futuros¹¹⁸⁰. Se destaca, así, la utilidad de estos sistemas extrajudiciales como mecanismo preventivo y útil en la gestión del riesgo clínico¹¹⁸¹.

En el ámbito concreto de la sanidad pública, la resolución de los conflictos de forma más rápida, económica y satisfactoria, posibilitará a las Administraciones Públicas actuar conforme al principio de eficacia que establece el art. 103.1 de la CE y art.3 de la LRJSP¹¹⁸² y responder al principio de buena administración plasmado en el art.41 de la

«cláusulas de confidencialidad» en los acuerdos indemnizatorios alcanzados es una forma de callar a las víctimas de negligencias médicas que sólo pretenden darlo a conocer a los medios de comunicación para evitar que otra persona sufra la misma situación. *Memoria «El Defensor del Paciente» del año 2014*. En <http://www.negligenciasmedicas.com/wp-content/uploads/2015/01/MEMORIA-2014-COMUNIDADES.pdf> [Consultado el día 11 de marzo de 2015], p. 17.

¹¹⁷⁸ ALVENTOSA DEL RÍO, J. Y COBAS COBIELLA, M.E.; «Marco conceptual de la mediación sociosanitaria». En *VIII Conferencia Internacional Foro Mundial de Mediación*, Vol.II, Valencia, 2012, p.205.

¹¹⁷⁹ NATASHA C MERUELO, J.C.; «Mediation and Medical Malpractice. The Need to Understand Why Patients Sue and a Proposal for a Specific Model of Mediation», *The Journal of Legal Medicine*, vol. 29, nº 3 (2008), p.294.

¹¹⁸⁰ BELLIDO RODRÍGUEZ, M.C.; PERIS SALAS, M.A.; TRILLES SOLVES, R.; «La importancia de la mediación sanitaria en la prevención de litigiosidad por responsabilidad médica profesional». En *VIII Conferencia Internacional Foro Mundial de Mediación*, Vol.I., Valencia, 2012, p.152.

¹¹⁸¹ ITURMENDI MORALES, G.; *op. cit.*, p. 11.

¹¹⁸² HUERGO LORA, A.; *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo. La transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, Real Colegio de España Bolonia, Zaragoza, 2000, p. 20; DELGADO PIQUERAS, F.; *La Terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*, Aranzadi, Navarra, 1995, p. 162; MARTÍN REBOLLO, L.; Prólogo del libro de BUSTILLO BOLADO, R.; *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 3ª ed., 2010, p. 27; DEL OLMO ALONSO, J.; *Medios Alternativos de Resolución de Conflictos en Derecho Administrativo*, Tesis doctoral, Universidad de Alcalá, 2004. En <http://hdl.handle.net/10017/2227> [Consultado el día 7 de mayo de 2015], pp. 212, 213, 233 y 377.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹¹⁸³. Por otro lado, la posibilidad de que el ciudadano pueda participar en cierto modo en la solución y decisión final, permite «*extraer todo su jugo al principio de participación ciudadana*» según DELGADO PIQUERAS, contenido en los artículos 9.2, 23.1 y 105 de la CE y en el art.3.1.c) de la LRJSP¹¹⁸⁴.

Por último, otra de las ventajas que se suele predicar es que se trata de instrumentos que contribuyen a favorecer la paz social y la cohesión de la comunidad¹¹⁸⁵. A través del contrato de transacción y el acuerdo de mediación las partes por sí mismas consiguen resolver el conflicto (de forma estable, segura y con certidumbre), restableciendo la paz social en lo que a ellas se refiere. Los conflictos provocan tensiones que, de no resolverse, afectan a la misma sociedad¹¹⁸⁶. La resolución pacífica de los conflictos, a través de una «paz negociada» en palabras de TAMAYO HAYA, redundará, en consecuencia, en beneficio de la sociedad¹¹⁸⁷.

¹¹⁸³ Dispone el art.41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en cuanto al derecho a una buena administración: «*1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable*». Según GARCÍA VICARIO y CARBALLO MARTÍNEZ: «*En definitiva, la mediación contencioso-administrativa, como institución que promueve el diálogo directo entre los ciudadanos y la Administración para la resolución de sus controversias jurídicas, debe servir para introducir en las prácticas de las Administraciones Públicas los paradigmas de racionalidad, objetividad, transparencia, motivación y eficiencia, que configuran el deber de buena Administración, reconocido como derecho fundamental en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, orientando en este sentido las decisiones de los Tribunales contencioso-administrativos*». GARCÍA VICARIO, M^a. C Y CARBALLO MARTÍNEZ, G.; «Protocolo de mediación contencioso-administrativa» En *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2013. En: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Que-es-la-mediacion/Protocolos> [Consultado el día 3 de febrero de 2015], p.4. Sobre el principio de buena administración, *Vid.* CARRILLO DONAIRE, J. A.; «Buena administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo?» en la obra colectiva *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo* dirigida por SANTAMARÍA PASTOR, J. A., La Ley, Madrid, 2010, pp. 1137 a 1165.

¹¹⁸⁴ DELGADO PIQUERAS, F.; *op. cit.*, p. 20 y 157 a 162; CARBALLO MARTÍNEZ, G.; *La Mediación Administrativa y el Defensor del Pueblo*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 105 a 107; DEL OLMO ALONSO, J.; *op. cit.*, pp. 190 y 191.

¹¹⁸⁵ TAMAYO HAYA, S.; *El contrato de transacción*, *op. cit.*, pp. 28 y 29. GARCÍA VILLALUENGA, L.: *op. cit.*, p.186; TORRES ESCÁMEZ, S.: «Actualidad de la mediación», *El Notario del siglo XXI*, nº 25 (2009). En www.elnotario.com [consultado el día 20 de junio de 2011].

¹¹⁸⁶ TORRES ESCÁMEZ, S.; «La función notarial, función preventiva de litigios: el consejo y la mediación notariales como instrumentos» (1ª parte), *Anuario de justicia alternativa*, 3 (2002). En www.vlex.com [consultado el día 27 de julio de 2011], pp.75 a 102.

¹¹⁸⁷ TAMAYO HAYA, S.; *El contrato de transacción*, *op. cit.*, p. 49.

2.2 Dificultades para su implantación.

Existen determinadas circunstancias que obstaculizan o dificultan el desarrollo de estos mecanismos extrajudiciales para la resolución de los conflictos derivados de responsabilidad por asistencia sanitaria.

En el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria puede darse una desigualdad entre las partes del conflicto¹¹⁸⁸ que conlleva que las partes no negocien en las mismas condiciones, principalmente económicas, y que sea la parte fuerte la que imponga sus condiciones a la parte débil. Esta superioridad suele ser más evidente cuando el contrato de transacción se celebra entre compañías aseguradoras y pacientes –y/o familiares–; o entre estos últimos e instituciones sanitarias (especialmente públicas pero también privadas). Para frenar estos riesgos, se regulan de forma detallada e indisponible las cuestiones que el legislador quiere garantizar o preservar¹¹⁸⁹.

En el ámbito del procedimiento de mediación, la imparcialidad se erige como uno de los principios fundamentales que deben guiar la actuación del mediador. Según la Ley de mediación conlleva, por lo que nos interesa, la obligación del mediador de garantizar el equilibrio entre las partes; que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades y se mantenga el equilibrio entre sus posiciones (art.7 de la Ley de mediación). Una posición dominante de una de las partes sobre la otra, impide el desarrollo de una verdadera mediación¹¹⁹⁰. En principio, aunque la Ley de mediación no

¹¹⁸⁸ Como afirmó GRAU GRAU: «no olvidemos que los procesos por negligencias médicas/sanitarias, son siempre complejos, tanto desde un punto de vista psicológico como jurídico, pues se inician con una gran brecha a la confianza depositada, y en el que se aprecia grandes desequilibrios de conocimiento e información, celos, desigualdad de armas entre el paciente y el gran centro hospitalario, entre el profesional que conoce su lenguaje especializado que todo lo encubre y el que simplemente se deja aconsejar por dicho profesional entendiendo que él no es un hombre medio que aplicará una diligencia media, sino un profesional que pondrá sus mejores esfuerzos y todos los medios disponibles para lograr la curación o, el menos, intentarlo.» GRAU GRAU, I.; *La responsabilidad patrimonial...*, op. cit., p. 345; ITURMENDI MORALES, G.; op. cit., p. 10.

Precisamente en el marco de la sanidad pública, en el ámbito de la mediación intrajudicial en el orden contencioso-administrativo se señala que «tiene unas características y connotaciones propias derivadas, en primer lugar de los sujetos del proceso - la Administración y los sujetos privados - y de su distinta supremacía jurídica.» CARBALLO MARTÍNEZ, G; RAMÍREZ EUGENIO, E; ESCANILLA PALLAS, J. M. Y ALVARADO-GARCÍA GARCÍA, Y.: «Protocolo de mediación contencioso-administrativa» en la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2016. En <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/> [Consultado el día 6 de noviembre de 2020], p. 167.

¹¹⁸⁹ TAMAYO HAYA, S.; *El contrato de transacción*, op. cit., pp. 49 a 50.

¹¹⁹⁰ MARTÍN DIZ, F.; *La mediación: sistema...*, op. cit., p. 70.

El que la Administración ostente una posición de superioridad e imponga sus intereses a la otra parte puede poner en riesgo este principio acercándose más a la autotutela que a este mecanismo autocompositivo. Ahora bien, siempre debe velar porque prevalezca el interés general. CALVO SÁNCHEZ, M. D.; op. cit..

lo señala expresamente, en base a su art.22¹¹⁹¹, el mediador podría dar por terminada la mediación si no puede garantizar esa igualdad y equilibrio de poder¹¹⁹². Ahora bien, no sólo ocurre que lo anterior es un mero principio legal, de precario cumplimiento en la realidad que se dé de la mediación, sino que además sólo se refiere al procedimiento de mediación, mientras que el acuerdo, al ser alcanzado por las partes, vuelve a estar expuesto plenamente al peligro de la desigualdad de fuerzas y armas de las partes.

Por otra parte, aunque no es algo específico del ámbito sanitario, cabe subrayar la falta de una «cultura de la mediación»¹¹⁹³. Mientras que para los conflictos surgidos en temas de gestión y tramitación, como listas de espera, incidencias en ambulancia...los usuarios suelen presentar quejas y reclamaciones ante los Servicios de Atención al Paciente o Usuario, y siendo a menudo eficaz y productiva la mediación¹¹⁹⁴, al ser su importancia menor. Por el contrario, para los conflictos derivados de mala praxis se suele acudir directamente a la vía judicial¹¹⁹⁵, reinando un claro escepticismo en torno, particularmente, a la figura de la mediación.

Para intentar remediar a lo anterior, desde una parte de la doctrina se propone la implantación de un intento obligatorio de mediación, al menos acudir a la sesión informativa, tanto con carácter previo al proceso judicial como en el marco del mismo a través de la derivación de los conflictos a mediación por el juez¹¹⁹⁶. Esta parece ser la intención del legislador. El Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia ante el aumento probable de la litigiosidad y la búsqueda de la agilización procesal tras el estado de alarma, establece como requisito de procedibilidad para poder interponer la demanda en la jurisdicción civil, acudir a algún medio adecuado de solución de controversias (mediación, conciliación...) (art. 1 del Anteproyecto). Sin embargo, en el ámbito sanitario, si llegara a aprobarse, sólo tendría

¹¹⁹¹ Este precepto faculta al mediador a dar por terminada la mediación si entiende que las posiciones de las partes son irreconciliables o por "otras causas por las que pueden determinar la terminación el procedimiento".

¹¹⁹² Vid. sobre esta cuestión SÁNCHEZ VALLE, M. R.; *op. cit.*, pp. 180 a 185.

¹¹⁹³ Esta opinión es común en la doctrina favorable al fomento de la mediación. Por todos, Vid. TORRES ESCÁMEZ, S.; «Actualidad de la mediación»..., *op. cit.*; AA.VV.; *Camino a la...*, *op. cit.*, p. 191; ITURMENDI MORALES, G.; *op. cit.*, pp. 9 y 10.

¹¹⁹⁴ ARMADANS, I; MOLA, B.; ANEAS, A.; MONGE, E.; IGUAL, B.; «La mediación en el ámbito de la salud» en la obra colectiva *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña* dirigido por CASANOVAS, P.; MAGRE, J.; LAUROBA, M.E., Departamento de Justicia, Generalitat de Cataluña, 1ª Ed., 2011. En <http://www.libreblancmediacio.com/> [consultado el día 28 de enero de 2013], p.588.

¹¹⁹⁵ *Ibid.*, p.642.

¹¹⁹⁶ Sobre las posturas a favor y en contra, Vid. SÁNCHEZ VALLE, M. R.; *op. cit.*, pp. 169 y 170; MARTÍN DIZ, F.; *Mediación en el ámbito contencioso-administrativo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 313 a 320.

una aplicación parcial en cuanto la mediación con las Administraciones Públicas sigue estando excluida del ámbito de aplicación de la Ley. Por otra parte, en el marco del primer y segundo documento de trabajo del CGPJ sobre medidas organizativas y procesales para el plan de choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma se ha propuesto la modificación del art. 77 de la LJCA para introducir la derivación judicial obligatoria a mediación en el proceso contencioso-administrativo (*Vid. Infra*, Capítulo IX, 3).

Para que se produzca la implantación efectiva de la mediación, no basta con aprobar una ley, sino que hay que fomentarla, hay que darla a conocer a través de campañas de comunicación, publicidad...transmitiendo confianza en la institución; tiene que existir una voluntad decidida de los poderes públicos y de las instituciones de promover este mecanismo¹¹⁹⁷. Para la difusión de la «cultura mediadora» es esencial el apoyo y el impulso desde los distintos Servicios de Salud autonómicos, hospitales y centros públicos y privados, colegios profesionales, aseguradoras y abogados (con particular importancia en el caso de los abogados¹¹⁹⁸). Ha de tenerse en cuenta que las asociaciones de pacientes no muestran mucho interés por lograr acuerdos (en numerosos casos son los abogados de alguna de estas asociaciones los que representan al perjudicado), teniendo más afán en llevar el procedimiento hasta la sentencia¹¹⁹⁹.

Otro de los posibles problemas para el éxito de la mediación y el contrato de transacción como mecanismos de prevención y resolución de los conflictos en materia de responsabilidad médica puede derivar de la ausencia de alguna de las partes esenciales para la adopción o ejecución del acuerdo, teniendo en cuenta que se trata de controversias donde pueden existir una pluralidad de partes implicadas (organismos, públicos o privados, pacientes, facultativos, aseguradoras...) ¹²⁰⁰.

Desde el punto de vista del reclamante, las influencias negativas, presiones externas o manipulaciones que puede recibir de personas (normalmente del ámbito familiar) que carecen de legitimación activa si se iniciara un proceso judicial¹²⁰¹, pueden dificultar que el conflicto se resuelva a través de la mediación o el contrato de transacción¹²⁰².

¹¹⁹⁷ ARMADANS, I; MOLA, B.; ANEAS, A.; MONGE, E.; IGUAL, B.; *op. cit.*, p. 56.

¹¹⁹⁸ VID. SÁNCHEZ VALLE, M. R.; *op. cit.*, pp. 170 y 171; ITURMENDI MORALES, G.; *op. cit.*, pp. 9 y 13.

¹¹⁹⁹ AA.VV.; *Camino a la...*, *op. cit.*, p. 191.

¹²⁰⁰ ITURMENDI MORALES, G.; *op. cit.*, p. 7.

¹²⁰¹ Como pseudo-perjudicados se definen en AA.VV.; *Camino a la...*, *op. cit.*, pp. 162 y 192.

¹²⁰² ITURMENDI MORALES, G.; *op. cit.*, p. 10.

Desde el punto de vista de la parte reclamada, pueden ser diversas las partes implicadas cuyos intereses son diversos y que discrepan sobre la línea de defensa. Por citar un ejemplo, es posible que el profesional sanitario o la institución sanitaria a título individual quieran resolver el conflicto a través de un acuerdo y así terminar con un largo y angustioso proceso judicial, mientras que su aseguradora se niegue porque no es rentable económicamente o a la inversa, que la compañía aseguradora quiera solventarlo a través de un acuerdo transaccional o una mediación mediante el reconocimiento del pago de una indemnización y el médico o la institución sanitaria lo rechacen¹²⁰³. Ha de tenerse en cuenta que, salvo disposición en contrario, la dirección jurídica la asume la compañía aseguradora (art.74 de la LCS) a la que se le atribuye, en consecuencia, la facultad de transigir. Para el asegurado estará prohibido transigir sin el consentimiento de ésta. Si bien, en la sanidad pública no sucede así. Será el ente público el que asuma la dirección jurídica, así como la posibilidad de terminar convencionalmente el procedimiento aún sin el consentimiento de la aseguradora. Al igual que se admite, aunque con muchas discrepancias, que la aseguradora suscriba un acuerdo con el reclamante sin intervención de la Administración. Para tratar de paliar estos problemas, en las pólizas de seguro se crean las Comisiones de Seguimiento o Comisiones Mixtas que van a permitir una tramitación colegiada del siniestro con la presencia tanto de la Administración como la aseguradora (*Vid. Supra*, Capítulo VII, 4.2).

A esta luz, sin duda cabe exponer como un problema de estos mecanismos alternativos las reticencias de abogados y especialmente, de las aseguradoras¹²⁰⁴. No hay que olvidar que pueden existir grandes intereses económicos en juego. Ello hace que sólo cuando el error del médico es muy claro o cuando ven que va a ser condenado, se plantearán las compañías aseguradoras acudir a la mediación y llegar en su caso a un acuerdo a través de la vía extrajudicial¹²⁰⁵. En el resto de casos, las compañías aseguradoras no suelen tener mucho interés en resolver los conflictos de forma extrajudicial, prefiriendo que se inicie y continúe con el proceso judicial¹²⁰⁶. La

¹²⁰³ AA.VV.; *Camino a la...*, *op. cit.*, pp. 189 y 192.

¹²⁰⁴ Así lo advirtió el Defensor del Paciente de la Comunidad de Madrid que también añadió que se aceptaba mejor la mediación por responsabilidad médico-sanitaria en los centros sanitarios privados que en los públicos. BARRERO VALVERDE, J. I.; *La función mediadora del Defensor del Paciente de la Comunidad de Madrid*, 2010. En <http://www.madrid.org> [Consultado el día 11 de noviembre de 2020]. ARMADANS, I; MOLA,B.; ANEAS, A.; MONGE, E.; IGUAL, B.; *op. cit.*, pp..585 y 586.

¹²⁰⁵ *Id.*

¹²⁰⁶ En este sentido CORTÉS y SOTELO al tratar sobre el fomento de los acuerdos a través de la condena en costas señalan que: «para los demandados, quienes menos interés tendrán por el acuerdo o intentarán negociar con más dureza serán aquellos litigantes que más interés tengan en dilatar la situación que

inclusión de cláusulas de sometimiento a mediación o a vías extrajudiciales de resolución en el contrato de seguro, como está sucediendo en algunas pólizas¹²⁰⁷; una aplicación más restrictiva en el orden contencioso-administrativo de las causas justificadas del art. 20.8 de la LCS que impiden condenar a la aseguradora al pago de los intereses de demora del art. 20 de la LCS o la posible condena en costas, como en los países del Common Law, a la parte que rechaza la propuesta de acuerdo y que después no obtiene un fallo más ventajoso, incluso aunque hubiera ganado el litigio, son algunas de las propuestas que se han realizado para impulsar a las compañías aseguradoras a recurrir a las vías extrajudiciales de resolución de los conflictos¹²⁰⁸.

Las aseguradoras, de optar por resolver el conflicto por la vía extrajudicial, probablemente se inclinarán por el contrato de transacción, puesto que los costes son más reducidos (no se han de sufragar honorarios del mediador ni costes de mediación). Ahora bien, debe notarse que mientras que el acuerdo de mediación elevado a escritura pública se asimila a los títulos ejecutivos judiciales o arbitrales (art.517.2.2º LEC), el contrato de transacción elevado a escritura pública sería un título ejecutivo extrajudicial¹²⁰⁹ (art. 517.2.4º de la LEC)¹²¹⁰.

podría variar con la sentencia, o que, por el número de litigios a los cuales se ven sometidos (grandes empresas dedicadas a sectores como el de las aseguradoras, [...], estimen rentable mantener una posición negociadora dilatoria o abusiva como criterio general (por considerar que por mera estadística esta postura reportará beneficios que compensan los perjuicios impuestos en los pleitos que pierdan). Son, por tanto, estos sectores de litigantes, los que principalmente deben ser objeto de estímulos para llegar a acuerdos.» CORTÉS, P. Y SOTELO, F.; «Negocia o Atente a las Consecuencias. La Condena en Costas en los Derechos del Common Law y su Aplicación en el Proceso Civil Español», *Indret*, nº 4 (2011). En <http://www.indret.com> [Consultado el día 17 de marzo de 2015].

¹²⁰⁷ En la póliza del SMS se contempla la posibilidad de que éste emplace a la aseguradora a participar en una mediación u otro medio de solución extrajudicial de conflictos, siendo en este caso, la sesión informativa obligatoria (cláusula 5.2.a) del Pliego seguro Servicio Murciano de Salud). Por otra parte, con carácter voluntario, en las pólizas de seguros de los servicios autonómicos de salud se suelen incluir cláusulas relativas al fomento de la resolución extrajudicial de los conflictos que se planteen sobre la responsabilidad patrimonial de los servicios sanitarios, por ejemplo, en Murcia a través de la Oficina de Mediación Sanitaria, *Vid. Infra*, Capítulo IX, 7.2.

¹²⁰⁸ CORTÉS, P. Y SOTELO, F.; *op. cit.*; MACHO GÓMEZ, C.; «La mediación comercial como instrumento para la resolución de conflictos en la práctica de Inglaterra y Gales» en *Mediación, Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Tomo I, coordinado por FERNÁNDEZ CANALES, C., Reus, Madrid, 2010, pp.267 a 269; DE LORENZO, R.; «La mediación, alternativa para evitar la “pena de banquillo”», *Revista de Derecho Sanitario*, nº 36 (2012). En <http://derecho.publicacionmedica.com/noticia/la-mediacion-alternativa-para-evitar-la-pena-de-banquillo> [Consultado el día 18 de marzo de 2015].

¹²⁰⁹ Nos referimos al contrato de transacción que no se adopta como acuerdo de mediación tras haberse celebrado un procedimiento de mediación de conformidad con la Ley de mediación.

¹²¹⁰ La distinción no es baladí. Por cuanto, mientras que, los títulos judiciales pueden documentar todo tipo de prestaciones sin límites los no judiciales sólo obligaciones dinerarias (o de cosas o especies computables en dinero) con un mínimo de 300€ (art. 520 LEC). Las causas de fondo para oponerse a la ejecución de los títulos judiciales son más reducidas que para los títulos extrajudiciales (artículos 556 y 557 LEC). Cuando se trate de ejecuciones dinerarias, se puede proceder al embargo de bienes sin tener

En el ámbito de la sanidad pública, el éxito o viabilidad de los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos exige una clara voluntad institucional por parte de la Administración sanitaria y de los organismos del sector público¹²¹¹, lo cual no es facilitado por la fuerte presencia del silencio administrativo como forma de solventar la vía administrativa y que aboca al perjudicado a iniciar un proceso judicial de resultado incierto. Por otra parte, la Administración debe actuar siempre sometida a la norma y buscando la satisfacción del interés general (artículos 9.3 y 103.1 CE; art. 3.1 de la LRJSP; artículos 34.2 y 48.1 LPAC y art.70 LJCA) por lo que las posibilidades de negociar son más restringidas y la adopción del acuerdo deberá responder a alcanzar la mayor satisfacción del interés general¹²¹².

Y, por la desconfianza que muestra el legislador frente a estos mecanismos, imponiendo el cumplimiento de unos rígidos y cautelosos requisitos formales, al menos para la celebración del contrato de transacción que es la que está regulada, que reducen en gran medida la operatividad y utilización de estas figuras (*Vid. Infra*, Capítulo IX, 4). Hasta el punto de que, como señala HUERGO LORA, es posible que las Administraciones Públicas prefieran llegar hasta el final de los procesos judiciales aún a sabiendas de que van a perder porque *«el esfuerzo burocrático que le supone a su representante procesal obtener los consentimientos necesarios para poner término al proceso (allanamiento, transacción...) es muy superior al que le exige la presentación formularia de los distintos escritos procesales requeridos»*¹²¹³.» De ahí que desde diversos sectores se propugne una modificación normativa con objeto de flexibilizar en cierta medida estos requisitos¹²¹⁴. Ciertamente, no obstante, que la Administración tiene

que requerir de pago al ejecutado (art.580 LEC), lo que no sucedería si fuera un título no judicial en la que previamente habría que requerir de pago (art.581 CC). Serán aplicables los intereses de la mora procesal al acuerdo de mediación que imponga el pago de una cantidad líquida (art.576.3 LEC).

¹²¹¹ DEL OLMO ALONSO, J.; *op. cit.*, pp. 268 y 296.

¹²¹² CALVO SÁNCHEZ, M. D.; *op. cit.*; TORNOS MAS, J.; «La mediación en el Derecho Administrativo», Jornada “Mediación administrativa en Cataluña” Universitat Oberta de Catalunya, 22 de enero de 2019. <http://edcp.blogs.uoc.edu/wp-content/uploads/sites/24/2019/01/Joaquin-Tornos-Mas.pdf> [Consultado el día 6 de octubre de 2020], pp. 7, 8, 12, 15, 16, 18 y 19; PALMA FERNÁNDEZ, J.L.; «El contrato de transacción y las Administraciones Públicas. La doctrina del Consejo de Estado», *RAP*, n° 169 (2006), p.338.

¹²¹³ HUERGO LORA, A.; *La resolución extrajudicial...*, *op. cit.*, p. 26.

¹²¹⁴ Así lo ha señalado el CGPJ en diversas ocasiones al considerar que además de adoptar medidas legislativas para regular y fomentar el uso de los sistemas alternativos de resolución de conflictos en el seno del contencioso-administrativo, se deben flexibilizar *«los requisitos para que la Administración y sus representantes puedan llegar a fórmulas acordadas.»* (Medida 5.16 propone algunas modificaciones aunque casi todas afectan al campo tributario) Se puede consultar en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/La-Comision-Permanente-del-CGPJ-toma-conocimiento-del-documento-de-trabajo-definitivo-de-medidas-organizativas-y-procesales-del-plan-de-choque-para-la-Administracion-de-Justicia-tras-el-estado-de-alarma> [Consultado el día 27 de

que estar sometida a ciertos controles puesto que estamos en el ámbito de lo público y la Administración tiene que servir con objetividad los intereses generales y actuar conforme a la Ley y al Derecho (principio de legalidad), prohibiéndose la arbitrariedad (artículos 9.3 y 103.1 CE; art. 3.1 de la LRJSP; artículos 34.2 y 48.1 LPAC y art.70 LJCA).

Al regular estos mecanismos autocompositivos, se deberá buscar, por tanto, un equilibrio entre las garantías (necesidad de control y formas que den seguridad jurídica y transparencia con el fin de que los intereses públicos queden salvaguardados) y la búsqueda de la eficacia, agilidad y rapidez en la resolución de las controversias y la participación de los ciudadanos que puede conllevar una nueva forma de administrar (una Administración relacional)¹²¹⁵.

En la práctica, para eludir los problemas que plantea la transacción administrativa, se celebran los acuerdos entre la aseguradora y el reclamante, sin intervención de la Administración sanitaria. Éste recibirá la indemnización y a cambio renunciará o desistirá del procedimiento administrativo o contencioso-administrativo sin oposición de la Administración¹²¹⁶. De hecho, la Oficina de Mediación Sanitaria del Servicio Murciano de Salud lo que regula es el procedimiento de mediación entre la aseguradora

octubre de 2020]; Se deberían flexibilizar particularmente cuando el conflicto verse sobre reclamaciones de cantidad de escasa cuantía. Dictamen del Consejo de Estado nº 1125/1997, de 29 de mayo, relativo al Anteproyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Libro Blanco de la Justicia del CGPJ de 1998. Disponible en: https://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/pdf/20161220/2._libro_blanco_de_la_justicia_documento_no_2.pdf , p. 118. O, la Comisión General de Codificación, Sección Especial para la reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: *Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2013, p. 13 y 112.

BUSTILLO BOLADO, R.; *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Navarra, 3ª Ed., 2010, pp. 360 y 361; GONZÁLEZ PÉREZ, J.; «La transacción en el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *RAP*, nº 145 (1998), p. 12; DEL OLMO ALONSO, J.; *op. cit.*, pp. 315 y 318.

En el marco del arbitraje sanitario así lo ha señalado CAYÓN DE LAS CUEVAS, J.; «Implantación de mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos por mala praxis asistencial: ventajas y posibilidades de articulación jurídica», *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*, nº 8 (2010), p. 196.

¹²¹⁵ CARBALLO MARTÍNEZ, G; RAMÍREZ EUGENIO, E; ESCANILLA PALLAS, J. M. Y ALVARADO-GARCÍA GARCÍA, Y.: *op. cit.*, p. 167; MARTÍN REBOLLO, L.; Prólogo del libro..., *op. cit.*, p. 27; DELGADO PIQUERAS, F.; *op. cit.*, p. 20; DEL OLMO ALONSO, J.; *op. cit.*, pp. 14 y 206; PÉREZ MORENO, A.; «Procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje como alternativa a la vía administrativa de recurso» en la obra colectiva *Nuevas perspectivas del Régimen Local. Estudios en Homenaje al Profesor José Mª Boquera Oliver* coordinada por BAÑO LEÓN, J. M. y CLIMENT BARBERÁ, J., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 180.

¹²¹⁶ GRAU GRAU, I.; *La responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, p. 348; HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, pp. 152 y 153; CAYÓN DE LAS CUEVAS, J.; «Implantación de...», *op. cit.*, pp. 194 y 195.

de la Administración sanitaria y el perjudicado, lo que acaso es una vía precursora que podrá y deberá ser perfeccionada y mejorada.

Por último, uno de los principales inconvenientes que puede tener la mediación para su expansión, al menos frente al contrato de transacción, es ¿quién se hará cargo de los costes de la mediación y quién podrá ejercer como mediador?

En un momento en el que parece aproximarse una crisis financiera y de sostenibilidad de nuestro Estado social parece poco probable que se vaya a hacer recaer ese gravamen sobre las arcas públicas o, que se cree un sistema de mediación institucional y gratuito o, un cuerpo de funcionarios dedicado a la mediación en materia de responsabilidad médica. De hecho, en las Directrices de la Oficina de Mediación Sanitaria de Murcia¹²¹⁷ se señala que serán las partes (reclamante y aseguradora¹²¹⁸) las que tendrán que hacer frente a los costes derivados de la mediación.

No obstante, podemos reseñar que algunos colegios de médicos ofrecen a sus colegiados servicios de mediación, por ejemplo, en Guipúzcoa. A raíz de la Ley de mediación se modificó la letra ñ) del art.5 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales para incluir entre sus funciones la de «*impulsar y desarrollar la mediación, así como desempeñar funciones de arbitraje, nacional e internacional, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente.*» Pero, claro está, en el ámbito de la mala praxis médica, ¿qué imparcialidad dará ese servicio de mediación?

3. Marco normativo europeo y español. Ámbito de aplicación.

La necesidad de intentar buscar vías alternativas a la resolución de los conflictos por el cauce jurisdiccional se observa en la evolución legislativa y es que, desde hace ya años, las normas tanto europeas como españolas parecen favorecer que tanto los particulares como los entes públicos puedan llegar a válidos acuerdos que eviten pleitos o les pongan fin antes de su terminación mediante sentencia.

En el ámbito sanitario no existe una legislación que regule de forma específica la transacción o la mediación para estos supuestos, por lo que habrá de atenderse a la

¹²¹⁷ Disponible en: <http://www.borm.es/borm/documento?obj=anu&id=719128>

¹²¹⁸ Así lo asume la aseguradora en la Póliza (cláusula 3.2 del Pliego seguro Servicio Murciano de Salud). Únicamente será gratuita la sesión informativa en caso de que el SMS derive a la aseguradora a mediación (cláusula 5.2.a) del Pliego seguro Servicio Murciano de Salud)

legislación general en el ámbito civil y administrativo (en el campo de la sanidad pública).

La mediación en el ámbito administrativo y contencioso-administrativo es de las menos desarrolladas. A nivel europeo se ha incorporado a través de la Recomendación RE (2001) 9 del Consejo de Europa, sobre los modos alternativos de resolución de conflictos entre las autoridades administrativas y las personas privadas.

La Directiva 2008/52/CE la excluye, sin embargo, de su ámbito de aplicación (art. 1.2). El Parlamento Europeo en su Resolución de 12 de septiembre de 2017¹²¹⁹, sobre la aplicación de esta Directiva, entre sus recomendaciones, *«pide a la Comisión que, en el marco de la revisión de la normativa, busque soluciones que permitan ampliar eficazmente el ámbito de la mediación también a cuestiones administrativas.»*

Por lo que respecta a nuestro ordenamiento interno, la Ley de mediación, al igual que hace la Directiva 2008/52/CE que viene a transponer, excluye de su ámbito de aplicación la mediación con las Administraciones Públicas (art. 2.2.b)). Ahora bien, la propia ley justifica la exclusión en la necesidad de “*reservar su regulación a las normas sectoriales correspondientes*”, no como forma de limitar la mediación en este ámbito (Exposición de Motivos, apartado II de la Ley de mediación). Esta tendencia sigue el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia que la excluye también por los mismos motivos (Exposición de Motivos (apartado 2) y art. 3.2). Tanto por la doctrina¹²²⁰ como por el Consejo de Estado¹²²¹ se entiende que la regulación de los medios adecuados de solución de conflictos en el ámbito administrativo y contencioso-administrativo tiene una sustantividad propia debiendo estar marcada y respetar los principios propios de este ámbito: principio de legalidad, defensa del interés general, espacio de disponibilidad más restringido, garantía de los administrados...

¹²¹⁹ Se puede consultar en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017IP0321&from=ES>

¹²²⁰CARBALLO MARTÍNEZ, G; RAMÍREZ EUGENIO, E; ESCANILLA PALLAS, J. M. Y ALVARADO-GARCÍA GARCÍA, Y.: *op. cit.*, p. 168; GIL-ROBLES, A.; «La mediación administrativa como alternativa», *Revista del Poder Judicial*, nº 94 (2012). En <http://www.poderjudicial.es> [Consultado el día 11 de febrero de 2015], pp. 41 y 42; DEL OLMO ALONSO, J.; *op. cit.*, p. 246. Propuestas sobre la regulación de la mediación contencioso-administrativa ha realizado MARTÍN DIZ, F.; *Mediación en el...*, *op. cit.*

¹²²¹ Así lo señaló en relación con el Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles que contemplaba la mediación en el contencioso-administrativo haciendo una remisión a la futura Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles en lo que respecta a los principios, el procedimiento y el estatuto del mediador. Dictamen del Consejo de Estado nº 2222/2010, 17 de febrero de 2011, sobre el Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Lo mismo sucede con la mediación laboral o penal (art. 2.2 de la Ley de mediación). Por tanto, la Ley de mediación tiene una aplicación limitada. Quedan excluidas la mayoría de las controversias en las que se pretende exigir una indemnización como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario puesto que en la generalidad de los casos, la gestión se lleva a cabo por entes que tienen la condición de Administración Pública. Entendemos, no obstante, que será difícil rechazar su extensión a los concesionarios y contratistas en cuanto se trata de sujetos privados o a la posible mediación entre aseguradora y reclamante en el ejercicio de la acción directa del art. 76 de la LCS de admitirse ésta, puesto que no interviene la Administración. Asimismo, en caso de que se hubiera reservado la acción civil frente al personal sanitario (art.109.2 Código Penal y art.112 LECr), se podrá celebrar una mediación al igual que se puede transigir sobre la acción civil proveniente de delito, pero no sobre la penal (art.1813 CC). El ejercicio de la acción de responsabilidad civil derivada de delito frente al empleado público y/o la aseguradora se incluiría en el ámbito de aplicación de la Ley de mediación ya que solo se excluye la penal; no frente a la Administración. Empero, su campo natural de aplicación será principalmente la sanidad privada.

En el ámbito autonómico, algunas normas en las que su ley de mediación no se limitan al ámbito familiar excluyen la mediación con las Administraciones Públicas, como sucede en Cataluña, con la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado de Cataluña o con la Ley 1/2015, de 12 de febrero, del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha que incluye entre los conflictos que pueden ser objeto de mediación social y familiar, los conflictos surgidos en el ámbito sanitario (art.3. g)¹²²². Otras, por el contrario, buscando una vocación expansiva parecen incluirla, aunque no de forma expresa. Por ejemplo, Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria en cuya disposición adicional primera se remite a una futura norma específica en materia de mediación sanitaria o la Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de mediación de la Comunitat Valenciana aplicable a materias que sean de libre disposición o cuando la legislación permita adoptar un acuerdo al respecto¹²²³.

¹²²² Según ALVENTOSA DEL RÍO, realmente hace referencia a los conflictos familiares pero en asuntos relacionados con la sanidad. ALVENTOSA DEL RÍO, J.; *op. cit.*, p. 445.

¹²²³ Así parece desprenderse de su disposición adicional 2ª que establece: «*la Generalitat impulsará las medidas necesarias para incorporar procesos de mediación en los procedimientos administrativos de su*

Aunque no se haya regulado expresamente la mediación en el campo del Derecho Administrativo, nuestra legislación no es totalmente ajena a la posibilidad de que se puedan alcanzar acuerdos o celebrar contratos de transacción tanto en la vía administrativa como contencioso-administrativa tras la celebración de una posible mediación. De forma genérica, las Administraciones Públicas tienen cabida en el concepto amplio de «corporaciones» al que alude el art. 1812 CC cuando señala que *«las corporaciones que tengan personalidad jurídica sólo podrán transigir en la forma y con los requisitos que necesiten para enajenar sus bienes»*. Por otra parte, en los artículos 86 y 91 de la LPAC se permite la terminación convencional del procedimiento administrativo, y específicamente, de los que versan sobre responsabilidad patrimonial. En el art. 112 de la LPAC se contempla la mediación como procedimiento sustitutivo de los recursos de alzada y reposición¹²²⁴. Y, en el orden contencioso-administrativo, la mediación -de forma implícita- y el contrato de transacción encuentran su apoyo en el art. 77 de la LJCA.

En nuestro ordenamiento jurídico, al margen de algunas previsiones específicas cuyas líneas no están lo suficientemente desarrolladas, como pueden ser: el art.19 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores; el art. 15 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito que como servicios de justicia restaurativa incluye la posibilidad de celebrar un procedimiento de mediación, con la finalidad de que la víctima obtenga una adecuada reparación material y moral, siempre que se den los requisitos ahí contemplados¹²²⁵; o el art. 84.1.1º del CP que permite condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento del acuerdo de mediación, se carece de un marco normativo que dé cobertura con carácter general a la mediación en el ámbito penal.

competencia como forma de terminación convencional y como instrumento sustitutivo del recurso de alzada, de acuerdo con lo previsto en la legislación estatal sobre procedimiento administrativo común.» Y, de su reglamento de desarrollo Decreto 55/2021, de 23 de abril, del Consell, de aprobación del Reglamento de mediación de la Comunitat Valenciana) en cuya disposición transitoria primera dentro del sistema de turnos de mediación incluye la mediación administrativa y contencioso-administrativa; penal o laboral, entre otras.

¹²²⁴ *«La terminación convencional opera en el momento inicial de la toma de decisión, mientras que los medios consensuales de resolución de conflictos, alternativos a los recursos administrativos, lo hacen sobre una decisión tomada y como vía previa a la judicial, que puede resultar innecesaria si fragua el acuerdo.»* DELGADO PIQUERAS, F.; *op. cit.*, p. 21.

¹²²⁵ Según MUÑOZ CONDE, F. Y GARCÍA ARÁN, normalmente el acuerdo adoptado en mediación es comunicado al juez a efectos de estimar la atenuante de reparación del art. 21.5º del CP. MUÑOZ CONDE, F. Y GARCÍA ARÁN, M.; *op. cit.*, p. 599.

Desde el Consejo General del Poder Judicial son loables las diversas iniciativas que se han puesto en práctica para el impulso de la mediación en todos los ámbitos, entre ellos, el contencioso-administrativo, con la elaboración de la Guía para la práctica de la mediación intrajudicial de los años 2013 y 2016¹²²⁶. Ante las dificultades originadas por la crisis sanitaria de la COVID-19, el CGPJ ha elaborado un Plan de choque para la reactivación de la Administración de Justicia tras el estado de alarma¹²²⁷ en el que señala la necesidad de llevar a cabo las reformas necesarias para fomentar en todos los órdenes jurisdiccionales la mediación intrajudicial y la búsqueda de acuerdos. Concretamente en el primer y segundo documento de trabajo sobre medidas organizativas y procesales para el plan de choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma¹²²⁸, se ha propuesto en la jurisdicción contencioso-administrativa la reforma del art. 77 de la LJCA¹²²⁹ (y en consonancia el art. 7 de la Ley de Asistencia Jurídica al Estado¹²³⁰) con objeto de regular la mediación de forma expresa y lograr su efectiva aplicación en el citado orden jurisdiccional, pudiendo el juez derivar obligatoriamente a las partes a mediación. Se conseguiría así reducir la litigiosidad en esta jurisdicción.

¹²²⁶ La última versión es del año 2016. Se puede consultar en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/> [Consultado el día 27 de octubre de 2020].

¹²²⁷ Aprobado el 16 de junio de 2020. Se puede consultar en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-Pleno-del-organo-de-gobierno-de-los-jueces-aprueba-el-plan-de-choque-del-CGPJ-para-la-reactivacion-tras-el-estado-de-alarma> [Consultado el día 27 de octubre de 2020].

¹²²⁸ Medida 5.16.

¹²²⁹ Se añadiría un párrafo segundo al apartado primero del art. 77 de la LJCA con el siguiente tenor: «*del mismo modo, y previa ponderación de las circunstancias del pleito, el Juez o Tribunal podrá acordar que el mismo sea derivado a mediación, suspendiendo entretanto el proceso por un plazo máximo de dos meses, resultando en este caso obligatorio para las partes acudir a la mediación, sin perjuicio de que la misma termine o no con acuerdo. De no concluir con acuerdo, una vez constatado el fracaso de la mediación o transcurrido el plazo indicado, se reanudarán las actuaciones judiciales en el estado en que hubiesen quedado y seguirá el proceso por sus trámites correspondientes. Si las partes hubiesen llegado a un acuerdo, el Juez o Tribunal dictará auto de homologación del mismo o la resolución que proceda para la terminación del procedimiento siempre que lo acordado no fuere manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo para el interés público o de terceros.*»

¹²³⁰ Se debería prever en este precepto que pendiente un recurso contencioso-administrativo en el marco del art. 77 de la LJCA, para que el Abogado del Estado pueda llegar a acuerdos que fijen los hechos o pongan fin a la controversia o aceptar la propuesta realizada por el órgano de mediación, baste con la autorización de la Abogacía General del Estado y con el informe favorable de la Administración o entidad autora del acto. Primer y segundo documento de trabajo sobre medidas organizativas y procesales para el plan de choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma (Medida 5.16 propone algunas modificaciones aunque casi todas afectan al campo tributario).

4. **Ámbito administrativo y contencioso-administrativo.**

Nuestra legislación, como hemos visto, posibilita la resolución de estos conflictos tanto en la vía administrativa como contencioso-administrativa a través de acuerdos o contratos de transacción a los que se ha podido llegar tras un procedimiento de mediación. Si bien, con numerosas matizaciones y restricciones puesto que estamos en el ámbito de lo público en el que la Administración está sometida a un férreo principio de legalidad y tiene que servir con objetividad los intereses generales (artículos 9.3 y 103.1 de la CE; art. 3.1 de la LRJSP; artículos 34.2 y 48.1 de la LPAC y art.70 de la LJCA), lo que es difícil de casar con que pueda llegar a pactos o acuerdos con particulares. De ahí que se especifique en qué casos procede, hasta dónde y que se exijan determinados requisitos. El control de las Administraciones Públicas atribuido por los artículos 106 y 117 de la CE al poder judicial, no impide la resolución de los conflictos a través de otros sistemas alternativos y complementarios al mismo¹²³¹.

En este sentido, el art.86 de la LPAC permite la terminación convencional del procedimiento administrativo, que podría ser resultado de una mediación¹²³², estableciendo que: *«Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que, en su caso, prevea la disposición que lo regule pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.»* En el apartado 5 del art. 86 y artículos 81.2 y 91 de la LPAC se contempla expresamente la posibilidad

¹²³¹ CARBALLO MARTÍNEZ, G; RAMÍREZ EUGENIO, E; ESCANILLA PALLAS, J. M. Y ALVARADO-GARCÍA GARCÍA, Y.: *op. cit.*, p. 167. Sobre la constitucionalidad del empleo de estos métodos, *Vid.* DEL OLMO ALONSO, J.; *op. cit.*, pp. 215 a 229; PÉREZ MORENO, A.; *op. cit.*, p. 173.

¹²³² SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, pp. 519 y 520; DEL OLMO ALONSO, J.; *op. cit.*, p. 310.; CARBALLO MARTÍNEZ, G.; *op.cit.*, pp. 126 a 130 y 137 a 148.

Para TORNOS MAS en los casos como éste, en los que la mediación va dirigida a evitar un litigio, no puede hablarse propiamente de mediación por cuanto la Administración dando participación al administrado trata de buscar con la mayor precisión el interés general. El fin primordial no sería evitar un litigio aunque indirectamente se consiga. TORNOS MAS, J.; *«La mediación...»*, *op. cit.*

de terminar convencionalmente los procedimientos administrativos en los que se reclama responsabilidad patrimonial¹²³³.

En la terminación convencional habrá una fase más o menos duradera de negociaciones con vistas a la conclusión del acuerdo o convenio en la que es posible servirse de la ayuda de un tercero imparcial y neutral como podría ser el mediador. La mayor parte de la doctrina considera que en el ámbito sanitario, dada su especialización, el mediador además de facilitar la comunicación y el acercamiento de las partes, podrá adoptar una postura más activa pudiendo realizar una propuesta a las partes que serán libres de aceptar o no¹²³⁴. Durante esa fase de negociaciones se podrá suspender el plazo máximo para resolver «*desde la declaración formal al respecto y hasta la conclusión sin efecto, en su caso, de las referidas negociaciones, que se constatará mediante declaración formulada por la Administración o los interesados*» (art. 22.1.f) de la LPAC).

La opción de terminar convencionalmente el procedimiento podrá venir presidida por el previo consenso acordado en la Comisión de Seguimiento o Comisión Mixta entre aseguradora y Administración. En estos casos, es frecuente que la póliza autorice

¹²³³ El debate sobre si el art. 86 de la LPAC al remitirse en cuanto al alcance, efectos y régimen específico «*a la disposición que lo regule*» exige expresa previsión legal o reglamentaria que autorice terminar convencionalmente el procedimiento o es de aplicación inmediata (es posible alcanzar acuerdos procedimentales en todas aquellas materias susceptibles de transacción), no se plantea en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración ya que se contempla expresamente en la LPAC, igual que con anterioridad hacía el RPRP. Sobre esta discusión, *Vid.* DEL OLMO ALONSO, J.; *op. cit.*, p.192; DELGADO PIQUERAS, F.; *op. cit.*, p. 29; DE PALMA DEL TESO, A.; *Los acuerdos..., op. cit., Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 54 a 61; BUSTILLO BOLADO, R.; *op. cit.*, pp. 411 a 419; SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo..., op. cit.*, p. 519; PAREJO ALFONSO, L.; «El artículo 88 de la LRJPAC, de 26 de noviembre: el pacto, acuerdo, convenio o contrato en el procedimiento administrativo» en la obra colectiva *Convención y arbitraje en el Derecho Tributario* coordinada por ELORRIAGA PISARK, G., Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 49 a 55; GAMERO CASADO, E. Y FERNÁNDEZ RAMOS, S.; *op. cit.*, p. 518.

¹²³⁴ MARTÍNEZ-ZAPORTA ARÉCHAGA, E.; «Claves para alcanzar acuerdos a través de la mediación sanitaria en las reclamaciones indemnizatorias», *Derecho y Salud*, Vol. 22, nº Extraordinario (2012). En <https://www.ajs.es/index-revista-derecho-y-salud> [Consultado el 23 de octubre de 2020], p. 188; CAYÓN DE LAS CUEVAS, J.; HERNÁNDEZ HERRERO, M.; TORRE FERNÁNDEZ, J. M.; CARRIEDO MARTÍNEZ, B.; AGUIRRE OTEIZA, T; CUEVAS SAIZ, S. y RUIZ SÁENZ, A.; «Metodología para la elaboración de un mapa de conflictos sanitarios en el entorno de un hospital comarcal y problemática de los instrumentos para su resolución extrajudicial», en la obra colectiva *Estudios sobre Derecho de la Salud* dirigida por TOMILLO URBINA, J. y CAYÓN DE LAS CUEVAS, J., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 431; CAYÓN DE LAS CUEVAS, J.; «Resolución extrajudicial de conflictos sanitarios: manifestaciones jurídico-positivas y posibilidades de futuro» en la obra colectiva *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Tomo II dirigida por García Villaluenga, L.; Tomillo Urbina, J. y Vázquez, E., Madrid, Reus, 2010, pp. 295 y 296; LOPERENA ROTA, D.; *La transacción en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2000, pp. 17 y 18; DEL OLMO ALONSO, J.; *op. cit.*, p. 310.

al asegurador para que sea el que lleve a cabo las negociaciones con vistas a alcanzar una transacción si bien, señalándole la cuantía máxima en la que puede negociar¹²³⁵. En este sentido, entendemos que caben dos opciones: i) la más habitual en la práctica es que el contrato de transacción se celebre únicamente con la aseguradora desistiendo o renunciando el perjudicado al procedimiento administrativo (*Vid. Infra*, Capítulo IX, 5); ii) que se presente la propuesta de solución extrajudicial a la Administración para que siga con la tramitación correspondiente hasta finalizar el procedimiento de forma pactada¹²³⁶. Aunque lo más útil sería la conformidad entre Administración y aseguradora, la dicción del art. 74 de la LCS no impide la terminación convencional del procedimiento administrativo, incluso con la postura en contra de la aseguradora¹²³⁷.

En los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas habrá que determinar esquemáticamente tres grandes cuestiones: si existe responsabilidad, la cuantía de la indemnización y la forma de pago. A pesar del incremento del juego de la autonomía privada en el Derecho público actual, el sometimiento de la Administración al principio de legalidad y la búsqueda del interés público, hace que los límites a la disponibilidad sean más vistosos y que haya materias que no sean susceptibles de transacción ni, por tanto, de terminación convencional (art. 86.1 de la LPAC). La Ley no contempla expresamente cuáles son esas materias, al margen de los derechos y potestades irrenunciables por la Administración, limitándose a establecer los requisitos formales y de competencia para poder celebrar la transacción¹²³⁸.

En materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, también en el campo sanitario, los elementos disponibles se circunscriben a la determinación de la cuantía y el modo de pago quedando excluido el acuerdo sobre la

¹²³⁵ Cláusula 5.2.j) del Pliego seguro Servicio Murciano de Salud. En igual sentido, cláusula 5.2.9 del Pliego seguro Servicio de Salud del Principado de Asturias y su personal.

¹²³⁶ Así lo prevé, por ejemplo, la cláusula 7.11 y 12 del apartado común a las Secciones I y II del Pliego de seguro del Servicio Madrileño de Salud. A la luz del art. 86 de la LPAC para alcanzar los acuerdos indemnizatorios, transacciones o acuerdos extrajudiciales que requieren el consentimiento de la Administración asegurada, la compañía aseguradora deberá aportar la propuesta de solución extrajudicial. Ahora bien, si no existe reclamación administrativa o el expediente está suspendido la aseguradora debe informar al SERMAS de su voluntad de alcanzar un acuerdo (Apartado 5.2.3.8).

¹²³⁷ En algunas pólizas se establece que si la aseguradora dentro de la Comisión de Seguimiento hubiera votado en contra de que se celebrara un acuerdo de transacción, aun así, se podrá celebrar. En este caso, la cuantía del acuerdo no podrá superar un porcentaje (20 o 30%) de la prima neta anual. En lo que lo supere, serán a cargo del asegurado (Cláusula 5.2.9 del Pliego seguro Servicio de Salud del Principado de Asturias y su personal. En igual sentido, cláusula 5.2.k) del Pliego seguro Servicio Murciano de Salud.

¹²³⁸ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 518.

existencia de responsabilidad, al ser una cuestión no susceptible de transacción¹²³⁹. Según GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS «proclamar la existencia de responsabilidad es una actuación indisponible, acerca de la que no cabe terminación convencional, pues la Administración no puede reconocer una indemnización si no se producen los requisitos de la responsabilidad extracontractual¹²⁴⁰». En el mismo sentido se manifiesta BUSTILLO BOLADO «el que existan o no los elementos que determinan el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración es algo que debe derivarse de las pruebas aportadas al procedimiento; si las pruebas demuestran que existe responsabilidad puede haber o no pacto sobre la cuantía de la misma; si las pruebas no demuestran que exista responsabilidad no hay posibilidad legal de pacto alguno¹²⁴¹.»

Aunque ni la LRJSP ni la LPAC lo prohíben expresamente, parece que no se admite un pacto con semejante contenido. Así se deduce de la redacción del art. 86.5 de la LPAC que parece limitar el acuerdo a la fijación de la cuantía y la forma de pago cuando señala que «el acuerdo alcanzado entre las partes deberá fijar la cuantía y modo de indemnización de acuerdo con los criterios que para calcularla y abonarla establece el artículo 34 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.» Ha de tenerse en cuenta que el art. 86.1 de la LPAC para determinar el alcance, efectos y régimen jurídico específico del posible acuerdo se remite a la disposición que lo regule. Así se desprendía también de sus antecedentes normativos. El preámbulo del RPRP señalaba claramente: «Obviamente, el acuerdo de terminación convencional no puede incluir, como tal acuerdo con un particular, ningún tipo de transacción sobre la

¹²³⁹ GALLARDO CASTILLO, M. J.; *Administración Sanitaria...*, op. cit., pp. 224 y 225.

En este sentido se pronuncia la doctrina en relación con la LRJPAC y el RPRP que es extrapolable a la LRSJP y LPAC. BUSTILLO BOLADO en relación con la LRJPAC. BUSTILLO BOLADO, R.; op. cit., p. 425. Así lo señala GUERRERO ZAPLANA: «Obviamente, la Administración no puede conciliar ni mediar en cuestiones que son de su exclusiva competencia y no podrá someterse a mediación la existencia misma de la responsabilidad patrimonial. No obstante, cabe pensar en si no sería posible reconducir la mediación sólo a fijar el importe de la indemnización que sea procedente una vez que por los procedimientos legal y reglamentariamente previstos, se hubiera determinado la existencia misma de la responsabilidad patrimonial.» GUERRERO ZAPLANA, J.; *Guía práctica...*, op. cit., p. 225; GAMERO CASADO, E. Y FERNÁNDEZ RAMOS, S.; op. cit., p. 747; DE PALMA DEL TESO, A.; *Los acuerdos...*, op. cit., pp. 62 y 63; LOPERENA ROTA, D.; op. cit., pp. 160 y 161; DEL OLMO ALONSO, J.; op. cit., pp. 194, 195, 236 y 240; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T.-R.: *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II* (2013), op. cit., pp. 447 y 529.

En contra, BELANDO GARÍN que entiende que la mediación en estos asuntos no debería limitarse a la cuantía indemnizatoria sino debería poder alcanzar su existencia». BELANDO GARÍN, B.; La mediación en supuestos de responsabilidad administrativa», *La Ley*, nº 8666 (2015). En www.laleydigital.es [Consultado el día 18 de enero de 2016].

¹²⁴⁰ GAMERO CASADO, E. Y FERNÁNDEZ RAMOS, S.; op. cit., p. 747.

¹²⁴¹ BUSTILLO BOLADO, R.; op. cit., p. 425.

existencia o no de relación de causalidad o de reconocimiento pactado de la responsabilidad de las Administraciones públicas, sino limitarse a la determinación de la cuantía y el modo.»

Precisamente el Consejo de Estado en el Dictamen nº 3/1993 afirma que no habría ninguna objeción para admitir la terminación convencional, por mutuo acuerdo entre el interesado y la Administración, sobre la fijación de la cuantía de la indemnización, pero no sobre los presupuestos de la responsabilidad, incluyendo imputación y relación de causalidad, puesto que *«pudiera abrir caminos no deseables desde el punto de vista del interés público, o genere situaciones o consecuencias que pudieran dañar la imagen de la Administración Pública.»*

Se puede alcanzar un pacto sobre la cuantía de la indemnización, si bien entiendo que se tiene que mover siempre dentro de los parámetros y criterios recogidos en el art.34 de la LRJSP, así se desprende del art.86.5 de la LPAC. El art. 34.2 de la LRJSP incorpora una importante previsión respecto a la LRJPAC que facilita la concreción de la cuantía indemnizatoria y la resolución de los conflictos por responsabilidad médico-sanitaria de forma extrajudicial y es que *«en los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social.»* Respalda este texto la aplicación de baremos, especialmente del baremo por daños de accidentes de tráfico contemplado en la Ley 35/2015, como ya se venía haciendo con frecuencia en la práctica judicial y extrajudicial y da pie al empleo de un futuro baremo de daños sanitarios (disposición adicional 3ª de la Ley 35/2015).

Respecto a la forma de pago de la indemnización deberá hacerse efectiva a través de una cantidad en metálico a tanto alzado salvo que se acuerde su sustitución por un pago periódico o una compensación en especie siempre que logre la reparación debida, convenga al interés público y exista un acuerdo al respecto (art. 34.4 de la LRJSP).

Además de que el acuerdo, pacto o convenio no puede versar sobre materias no susceptibles de transacción, se establecen otros límites generales como: el respeto al ordenamiento jurídico; que tengan por objeto satisfacer el interés público (art.86.1 de la LPAC) y, que *«no supongan una alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos»*, ya que la competencia es irrenunciable (art. 8.1 de la LRJSP), *«ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y*

funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos» (art. 86.4 de la LAC).

Recibido el dictamen del Consejo de Estado o Consejo Consultivo autonómico correspondiente, en los casos en los que sea obligatorio¹²⁴²; finalizado el trámite de audiencia, en los casos en que no lo sea, el órgano competente para resolver, a propuesta del instructor del expediente¹²⁴³, *«someterá la propuesta de acuerdo para su formalización por el interesado y por el órgano administrativo competente para suscribirlo»* (art.91.1 de la LPAC). Normalmente el órgano competente para resolver y suscribir el acuerdo es el mismo en el ámbito sanitario. Si no considera conveniente formalizar la propuesta convencional el órgano competente resuelve de forma unilateral (art. 91.1 de la LPAC).

Una vez que el convenio se suscriba por el interesado y por el órgano competente para ello, ese convenio será sustitutivo de la resolución del procedimiento¹²⁴⁴, poniéndose fin a la vía administrativa (art. 114.1.d) de la LPAC).

¹²⁴² Según el art. 81.1 de la LPAC, es obligatorio *«cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica, [...]»*. En Andalucía, por ejemplo, cuando las reclamaciones indemnizatorias sean superiores a 60.000€ (art. 17.10.a) de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía).

El órgano instructor una vez finalizado el trámite de audiencia en el plazo de diez días, deberá remitir al órgano con competencia para solicitar este dictamen *«la propuesta de acuerdo por el que se podría terminar convencionalmente el procedimiento»*. El dictamen se deberá pronunciar *«sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización de acuerdo con los criterios establecidos en esta Ley»* (art. 81.2 de la LPAC). Se trata de un dictamen no vinculante (artículos 2.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado y 4 de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía).

¹²⁴³ Puede ser una propuesta propia del órgano instructor o a propuesta del interesado. Existe la posibilidad de que sea el interesado el que durante el trámite de audiencia o incluso con anterioridad haya propuesto al órgano instructor la terminación convencional del procedimiento señalando los términos del acuerdo que estaría dispuesto a celebrar con la Administración. Entendemos que cabe esta opción aunque no se recoja de forma expresa como se hacía en el art. 11 del RPRP.

¹²⁴⁴ El art. 86 de la LPAC posibilita una doble modalidad de acuerdos. Por una parte, los *«finalizadores del procedimiento»*. En este caso, el acuerdo sustituye a la resolución unilateral. Y, por otra parte, los que se insertan en el procedimiento *«con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin»*. En este caso, habrá que distinguir si el acuerdo tiene carácter vinculante o no. Si es vinculante, tendrá un valor integrador. No excluye la obligación de dictar resolución expresa por la Administración que irá firmada únicamente por el titular del órgano competente pero el contenido de la resolución viene determinado en todo o en parte por lo estipulado en el acuerdo. Si no es vinculante, tendrá un valor preparatorio de la resolución unilateral que dictará la Administración. SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 518; GAMERO CASADO, E. Y FERNÁNDEZ RAMOS, S.; op. cit., p. 518. El acuerdo indemnizatorio será sustitutivo. DELGADO PIQUERAS, F.; op. cit., p. 178; DE PALMA DEL TESO, A.; *Los acuerdos...*, op. cit., p. 74. BUSTILLO BOLADO Y DEL OLMO añaden que la propuesta de acuerdo del instructor e interesado será un convenio no vinculante para la resolución del procedimiento por cuanto el órgano competente para resolver podrá apartarse del mismo y resolver de forma unilateral. BUSTILLO BOLADO, R.; op. cit., p.426; DEL OLMO ALONSO, J.; op. cit., p. 194. GOSÁLBEZ PEQUEÑO por su parte, considera el acuerdo indemnizatorio como un pacto finalizador del

¿Es realmente esta terminación convencional un contrato de transacción¹²⁴⁵? La respuesta a este interrogante es relevante en cuanto su calificación como contrato de transacción conllevará, en ciertos casos, la obligación de cumplir rigurosos requisitos formales¹²⁴⁶. A saber, si se considera una transacción sobre derechos de la Hacienda Pública habrá de aprobarse expresamente por Real Decreto de Consejo de Ministros si es una materia propia de su competencia, previo dictamen preceptivo no vinculante del Consejo de Estado en pleno (art. 86.3 de la LPAC, 7.3 de la LGP y artículos 2.2 y 21.8 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado). En similar sentido se pronuncia el art. 31 de la LPAP con relación a los bienes y derechos del Patrimonio del Estado. Y, las normas autonómicas como la andaluza. El art. 21.3 de la Ley Hacienda Andaluza exige para poder transigir judicial o extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda de la Junta de Andalucía, Decreto acordado en Consejo de Gobierno, requiriéndose autorización del Parlamento si la cuantía litigiosa supera los 8 millones de euros o, siendo inferior, se acredite que puede incidir sobre «*los principios de estabilidad presupuestaria o de afectación de los ingresos o que concurren para suscribirlo los requisitos legales para la tramitación de un crédito extraordinario.*» El Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía será preceptivo cuando la cuantía litigiosa exceda de 300.000 €, aunque tampoco tiene carácter vinculante (artículos 4 y 17.8 de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía).

procedimiento, a diferencia de SÁNCHEZ MORÓN al que cita, excluyendo de esta categoría a los acuerdos exclusivos sobre el modo de pago (en especie o periódico), que serán todo lo más parte del contenido de la resolución unilateral. GOSÁLVEZ PEQUEÑO, H.; «La terminación convencional de los procedimientos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública», en la obra colectiva *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el marco de la estructura territorial del Estado. III Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía* coordinada por HINOJOSA MARTÍNEZ, E., Comares, Granada, 2000, pp. 451 a 462.

¹²⁴⁵ Ha de tenerse en cuenta que la transacción podría ser una forma de terminación convencional cuando se adopta en el marco de un procedimiento administrativo.

Sobre el contrato de transacción en el Derecho Civil, *Vid.* TAMAYO HAYA, S.; *El contrato de transacción*, *op. cit.*; GULLÓN BALLESTEROS, A.; *La transacción*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1964; VIOLA DEMESTRE, I.; *El contrato de transacción en el Código Civil*, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2003; LÓPEZ BARBA, E. M.; *El contrato de transacción: su resolución por incumplimiento*, Laborum, Murcia, 2001; RIVERA RIVERA, L. R.; *op. cit.*; PELÁEZ, F. J.; *La transacción: su eficacia procesal*, Bosch, Barcelona, 1997.

¹²⁴⁶ Al hilo afirma BUSTILLO BOLADO: sólo las transacciones que desplieguen sus efectos en un procedimiento administrativo deberán cumplir los requisitos del art. 88.2 de la LRJPAC (actual art. 86.2 de la LPAC). «*El artículo 88 de la LRJPAC [...] es una puerta abierta al reglamento y a la legislación autonómica para que delimiten concretos ámbitos en los que sea posible y normal terminar convencionalmente un procedimiento sin necesidad de satisfacer las gravosas exigencias formales y competenciales que exige para celebrar transacciones, sobre todo si recaen sobre bienes y derechos de las Haciendas Públicas.*» BUSTILLO BOLADO, R.; *op. cit.*, p. 421.

Un cuadro comparativo entre los convenios de terminación convencional y el contrato de transacción puede consultarse en: *Ibid.*, p. 422.

El Consejo de Estado, al igual que los Consejos Consultivos autonómicos, ha señalado de forma reiterada que su intervención en este tipo de expedientes «viene dirigida básicamente a la comprobación de la corrección formal del procedimiento seguido en el mismo, de la concurrencia de los requisitos jurídicos propios del contrato de transacción y, finalmente, siempre que sea posible, a la valoración de las prestaciones y contraprestaciones transaccionales desde la perspectiva de la defensa de los intereses públicos, de la recta aplicación del Ordenamiento jurídico y de los criterios básicos de justicia.» (por todos, Dictamen del Consejo de Estado nº 764/1992, de 9 de julio; nº 290/2017, de 22 de junio o nº 237/2019, de 11 de abril). El Consejo de Estado para emitir dictamen favorable evalúa, entre otras cuestiones, dos aspectos: la oportunidad y la conveniencia de la transacción¹²⁴⁷.

Según doctrina¹²⁴⁸ y jurisprudencia consolidada¹²⁴⁹ para que exista un contrato de transacción, además de ser la materia disponible, tienen que concurrir tres elementos necesariamente:

1) Existencia de una relación jurídica controvertida (res litigiosa), esto es, una controversia jurídica entre las partes, entendida como, oposición o choque de pretensiones¹²⁵⁰. Lo que excluye del contrato de transacción los conflictos meramente económicos y no jurídicos¹²⁵¹. Sin embargo, en el ámbito administrativo el Consejo de

¹²⁴⁷ Según BUSTILLO BOLADO: «La oportunidad alude a lo razonable del uso de la transacción a la vista de la viabilidad de las pretensiones jurídicas en conflicto». «La conveniencia en un doble sentido, primero estimando si el equilibrio o desequilibrio de las recíprocas concesiones propuestas es justificable a la luz de los intereses públicos en juego; segundo, estimando si la solución inmediata a través de la solución del conflicto mediante cesiones parciales es preferible (y no sólo desde una perspectiva económica) a los riesgos de un largo e incierto procedimiento judicial.» BUSTILLO BOLADO, R.; *op. cit.*, p.356 y PALMA FERNÁNDEZ, J.L.; *op. cit.*, p. 350.

¹²⁴⁸ TAMAYO HAYA, S.; *El contrato de transacción*, *op. cit.*, pp. 76 a 234; PASTOR ÁLVAREZ, M. C.; «Algunas notas sobre las recíprocas concesiones en el contrato de transacción» en la obra colectiva *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Tomo II coordinada por GONZÁLEZ PORRAS, J. M. y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Madrid, 2004, pp. 3675 a 3699; BUSTILLO BOLADO, R.; *op. cit.*, pp. 339 a 342, 353 a 358; HUERGO LORA, A.; *La resolución extrajudicial...*, *op. cit.*, pp. 29 a 42 y 114 a 118 y «La transacción y el arbitraje» en la obra colectiva *Comentarios a la Ley 33/2003, del patrimonio de las Administraciones Públicas* coordinada por CHINCHILLA MARTÍN, C., Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 260 a 267; PALMA FERNÁNDEZ, J. F.; *op. cit.*, p. 338, 339 y 347 a 351.

¹²⁴⁹ Por todas, STS (Sala de lo Civil), 21 de octubre de 1977 (RJ 1977\3904) y Dictamen Consejo de Estado nº 237/2019, de 11 de abril.

¹²⁵⁰ Es «el litigio el que, manifestado objetivamente con el choque de pretensiones, adopta la forma de duda». La incertidumbre sería la consecuencia no el origen. TAMAYO HAYA, S.; *El contrato de transacción*, *op. cit.*, p. 103; HUERGO LORA, A.; «La transacción...», *op. cit.*, p. 261.

¹²⁵¹ TAMAYO HAYA, S.; *El contrato de transacción*, *op. cit.*, pp.116 a 119; Para BUSTILLO BOLADO la controversia meramente económica sería aquella en la que por ejemplo, se discrepa en cuanto al precio en un contrato de compraventa pero, sin embargo, en un caso de disputa sobre la valoración económica de unas reparaciones entiende que «existe una controversia económica en cuanto a la valoración de una

Estado a veces, contra el parecer mayoritario anterior, va más allá y exige como presupuesto de la transacción la existencia de una *res dubia* (incertidumbre objetiva), esto es, esa relación tiene que presentarse como verdaderamente dudosa. No serviría cualquier litigio sino que tienen que basarse las partes en argumentos de peso que muestren que la resolución del conflicto no es fácil o inequívoca¹²⁵².

2) Intención de las partes de eliminar la controversia (o incertidumbre), sustituyéndola por otra cierta e incontestable.

3) El otorgamiento por las partes de recíprocas concesiones¹²⁵³. La esencialidad de las recíprocas concesiones deriva del art. 1809 CC cuando alude a «*dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa*» (*aliquid datum, aliquid retentum*). Las recíprocas concesiones serían el medio para alcanzar el fin del contrato: la autocomposición de un litigio¹²⁵⁴. Esta característica diferencia la transacción de otras figuras como la renuncia, el allanamiento, el reconocimiento unilateral u otros actos o negocios que llevan consigo el abandono, total o parcial, de una pretensión.

Pueden ser de contenido económico o de orden moral (puede consistir en la intención de eliminar el riesgo o la molestia de un proceso judicial). No tienen por qué ser equivalentes y pueden consistir en una renuncia de derechos. Las concesiones pueden recaer tanto sobre las pretensiones que son parte del litigio (transacción pura) como sobre otros derechos sobre los que no se ha discutido (transacción compleja).

El Consejo de Estado o Consejo Consultivo correspondiente controlará si conviene la celebración del contrato de transacción para los intereses públicos y si las recíprocas concesiones acordadas salvaguardan el interés público.

obligación judicialmente exigible. Una vez reconocida la necesidad de reparar el daño, si el interesado y la Administración discrepan en cuanto al importe de la reparación, aquel podrá actuar judicialmente contra ésta; en consecuencia, en este supuesto la divergente valoración económica está dotada de un trasfondo jurídico que puede sustentar una transacción». No lo entendió así el Consejo de Estado que rechaza la naturaleza transaccional del acuerdo (Dictamen nº 478/1994, de 25 de mayo). BUSTILLO BOLADO, R.; *op. cit.*, p. 340.

¹²⁵² Esto es así porque el Consejo de Estado tendrá que valorar si la transacción es conveniente para los intereses públicos, lo que no sucederá si la Administración cede en una cuestión litigiosa en la que el pronunciamiento le será probablemente favorable. HUERGO LORA, A.; «La transacción...», *op. cit.*, p. 263.

¹²⁵³ Como señala PASTOR ÁLVAREZ «*ello significa que toda transacción supone sacrificios recíprocos, es decir, el abandono de una cosa, derecho o pretensión, de modo que cada uno de los contratantes debe reducir o sacrificar, a favor del otro, una parte de sus exigencias a cambio de recibir otra parte de aquello que es objeto del litigio*». PASTOR ÁLVAREZ, M. C.; *op. cit.*, p. 3683.

¹²⁵⁴ TAMAYO HAYA, S.; *El contrato de transacción, op. cit.*, p.144.

Aunque por un sector doctrinal se suele equiparar sin más el acuerdo de terminación convencional con el contrato de transacción¹²⁵⁵, para otro sector, con el que coincidimos, no son propiamente tales¹²⁵⁶. Así lo demuestra, como ha señalado HUERGO LORA, el que en la mayoría de los casos no se requiera para su aprobación Real Decreto del Consejo de Ministros previo dictamen del Consejo de Estado, como sí se pide para la celebración del contrato de transacción¹²⁵⁷.

Como ha apuntado HUERGO LORA, la terminación convencional del procedimiento de responsabilidad patrimonial en el que se fija la cuantía y modo de pago no se trataría propiamente de una transacción puesto que no recae sobre una cuestión litigiosa en sentido estricto ni hay propiamente recíprocas concesiones, elementos esenciales que la diferencian del instituto transaccional. En los acuerdos de terminación convencional *«también se evitan pleitos futuros, pero [...] las partes se*

¹²⁵⁵ Suelen afirmar que la terminación convencional de los procedimientos de responsabilidad patrimonial tiene naturaleza transaccional aunque sin analizar en profundidad si se dan los requisitos de la transacción. CAYÓN DE LAS CUEVAS, J.; «El contrato...», *op. cit.*, p. 264; LOPERENA ROTA, D.; *op. cit.*, pp. 159 a 162; DELGADO PIQUERAS, F.; *op. cit.*, p. 219.

¹²⁵⁶ Lo asimilan al convenio de fijación como es el expropiatorio. LLISSET BORRELL, F., ROMERO HERNÁNDEZ, F. Y LÓPEZ PELLICER, J. A.; *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común. Comentarios a la LRJPAC, modificada por la Ley 4/1999, y su conexión con el Régimen Local*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2ª ed., 2000, p.426 y 427; Para DE PALMA DEL TESO el acuerdo sobre la cuantía se trata de un negocio jurídico bilateral de fijación por el que se concreta el alcance de la obligación. No se trata de una transacción puesto que las partes no pretenden resolver una controversia jurídica a través de recíprocas concesiones sino ante la existencia de la obligación de indemnizar por darse los presupuestos para ello fijar a través del acuerdo la realidad de una situación fáctica incierta como sería el valor real de los daños que se deben indemnizar aplicando las reglas del art. 34 de la LRJSP. *«Las partes fijarán convencionalmente el contenido de estos conceptos normativos indeterminados, al objeto de determinar el valor cierto de los daños y perjuicios que deben ser indemnizados.» «Mediante el acuerdo de fijación las partes interpretan y aplican la ley para determinar, declarar o fijar de mutuo acuerdo en el caso concreto algún elemento incierto del supuesto de hecho normativo»* El acuerdo sobre el modo, sería por su parte, un acuerdo sobre el modo de dar cumplimiento a la obligación. DE PALMA DEL TESO, A.; *Los acuerdos...*, *op. cit.*, pp. 62 a 68, 76 a 78 y 276 a 286.

Según HUERGO LORA, en la terminación convencional de los procedimientos como alternativa a la resolución unilateral por la Administración no se dan los requisitos de la transacción puesto que no existe una cuestión litigiosa propiamente ni las partes pactan prestaciones recíprocas ya que se limitan a aplicar de común acuerdo la norma que ordena la relación jurídica. De ahí que, no se le someta a los requisitos tan rigurosos que se exigen en la transacción. *«Lo que hace dicho acuerdo no es eliminar una controversia jurídica (litigio actual o potencial) mediante recíprocas concesiones, sino fijar consensualmente el contenido de una actuación administrativa en la que también está interesado un particular, y además esa fijación se hace de acuerdo con la misma norma [...] la que habría tenido que ajustarse la Administración si hubiese actuado unilateralmente»*. HUERGO LORA, A.; «La transacción...», *op. cit.*, p. 271 a 277.

¹²⁵⁷ HUERGO LORA, A.; «La transacción...», *op. cit.*, p. 271.

El Consejo de Estado, según HUERGO LORA, opta por calificar el acuerdo como transacción cuando el *timor litis* es la causa que justifica el contrato y *«las partes no se han limitado a aplicar la ley, a interpretar de muto acuerdo los conceptos legales que delimitan el ámbito de la indemnización que se debe conceder al particular, sino que la Administración acuerda el pago de determinadas cantidades sin otra justificación que obtener el consenso del particular y cerrar la controversia entre ellas»* HUERGO LORA, A.; «La transacción...», *op. cit.*, p. 275.

limitan a aplicar la Ley de mutuo acuerdo, en lugar de, como ocurre en la transacción, certificar su desacuerdo acerca de dicha aplicación y sustituirla por cesiones recíprocas¹²⁵⁸». A través del acuerdo indemnizatorio el órgano competente y el interesado dirimen en común el *quantum* indemnizatorio o uno lo propone al otro que muestra su conformidad según los criterios previstos en el art. 34 de la LRJSP y/o acuerdan el modo de pago según lo prevenido en el apartado 4 del mismo precepto. Por consiguiente, en lugar de emitirse un acto unilateral por parte de la Administración, ésta y el interesado pactan el contenido de una determinada actuación a partir de la interpretación convencional de los conceptos normativos que deben regir esa actuación¹²⁵⁹. Ello permitirá en estos casos, concretar el valor de los daños y perjuicios que deben ser indemnizados, precisando la extensión y modo de pago de la obligación.

En otro orden de cosas, como ha señalado SÁNCHEZ MORÓN, formalmente adoptado el acuerdo de terminación convencional «y, en su caso, dictada la resolución formal que lo aprueba o incorpora, aquél debe ser cumplido y ejecutado por las partes¹²⁶⁰.» Como cualquier otro negocio bilateral obliga a las partes además de a lo expresamente pactado a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (art.1258 CC). Con todo, no son en puridad ni contratos ni convenios administrativos¹²⁶¹, su régimen propio es el de los actos

¹²⁵⁸ HUERGO LORA, A.; «La transacción...», *op. cit.*, p. 263.

Como apunta PAREJO ALFONSO: «el objeto del acuerdo es el de la actividad administrativa misma, tal como ésta se configura constitucionalmente, es decir, consiste justamente en la ejecución de la Ley y, por tanto, en la determinación última de lo que sea de Derecho en el caso». PAREJO ALFONSO, L.; «El artículo 88...», *op. cit.*, pp. 35, 36 y 74.

¹²⁵⁹ HUERGO LORA, A.; «La transacción...», *op. cit.*, p. 266; DE PALMA DEL TESO, A.; *Los acuerdos...*, *op. cit.*, pp. 66 y 67.

¹²⁶⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, p. 520.

¹²⁶¹ SÁNCHEZ MORÓN diferencia los contratos de las Administraciones Públicas, administrativos o privados de la terminación convencional, a la que considera como negocio bilateral, aunque no es en puridad un contrato. «Los primeros [...] están regulados en la legislación de contratos de la Administración o por el Derecho privado como instrumentos mediante los que aquélla provee a la realización de obras y servicios públicos o se dota de personal, de suministros y otros bienes y servicios necesarios para sus actividades. En estos casos la Administración recurre a las figuras contractuales, puesto que carece de la potestad (en términos generales) de imponer sus fines. Distinto es el supuesto en que la Administración tiene potestad legal de adoptar por sí misma una resolución, pero prefiere concertar con los destinatarios su contenido o sus condiciones de aplicación o algunos aspectos de su tramitación o inclusive sustituirla por un verdadero acuerdo. A este supuesto es al que se refiere típicamente la llamada «terminación convencional del procedimiento» [...] la sede de su regulación sea la legislación general del procedimiento administrativo.» Entre los contratos de las Administraciones Públicas y los acuerdos sustitutivos de resoluciones unilaterales existen una serie de figuras que están a caballo entre ambas, como serían los convenios de colaboración. SÁNCHEZ MORÓN, M.; «La terminación convencional de los procedimientos administrativos» en la obra colectiva *Convención y arbitraje en el Derecho Tributario* coordinada por ELORRIAGA PISARK, G., Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 80, 81 y 85. Añade con posterioridad que no se trata de un contrato público ni convenio de colaboración por cuanto, aunque pueden presentar elementos comunes,

administrativos a los que sustituye, en este caso, acto administrativo que pone fin al procedimiento administrativo, con las modulaciones que pudieran proceder de su carácter de acto pactado¹²⁶².

De las cuestiones que se susciten en relación con el acuerdo de terminación convencional conocerá la jurisdicción contencioso-administrativa dado que tienen carácter administrativo¹²⁶³. Ante el incumplimiento por la Administración de la obligación de indemnizar derivada del acuerdo, el particular podrá exigir su cumplimiento en primer lugar, a la Administración. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación no cumple, podrá plantear recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración (artículos 29.1 y 32.1 de la LJCA).

En caso de haberse presentado un recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en cualquier momento anterior al día en que el pleito haya sido declarado concluso para sentencia, el art.77 de la LJCA permite la posibilidad de alcanzar un acuerdo siempre que se trate de materia susceptible de transacción y en

son figuras distintas. SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo...*, *op.cit.*, p. 520. Entienden que este tipo de convenios sustitutivos de la resolución tienen naturaleza contractual: DELGADO PIQUERAS que señala que su régimen jurídico está formado por la LRJPAC (actualmente LPAC y LRJSP) siempre que estas reglas resulten compatibles con su naturaleza convencional, la LCSP (aunque a continuación afirma que normalmente no se aplicarán porque es difícil encajar estos contratos dentro de los contratos administrativos especiales en cuanto no están vinculados al giro o tráfico específico de la Administración sino al ejercicio de potestades administrativas), el Derecho Administrativo y en último lugar, las disposiciones del Código Civil en materia de obligaciones y contratos. DELGADO PIQUERAS, F.; *op. cit.*, pp. 171 a 184; Si se consideran convenios de composición típicos quedarán excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP (art. 6.2) quedando sometidos al sistema de fuentes previsto en el art. 4 de la LCSP. BUSTILLO BOLADO, R.; *op. cit.*, pp. 389 y 390. PAREJO ALFONSO que los denomina como «acuerdo administrativo consensual» subraya constantemente su naturaleza contractual y en sentido similar a SÁNCHEZ MORÓN, los diferencia de los convenios de colaboración y los contratos administrativos o privados que puede celebrar la Administración. PAREJO ALFONSO, L.; «El artículo 88...», *op. cit.*, pp. 24, 35, 36, 42, 44, 70, 73 y 74.

DE PALMA DEL TESO se refiere a ellos como «acuerdos procedimentales» incluyéndolos dentro de la categoría de negocio jurídico bilateral, reservando sólo la calificación de contrato a los que tienen una naturaleza patrimonial. DE PALMA DEL TESO, A.; *Los acuerdos...*, *op. cit.*, pp. 239 a 246. En similar sentido, DEL OLMO subraya «personalmente considero que estamos ante figuras de naturaleza convencional -o contractual si se quiere pero desde un sentido amplio de contrato entendido como negocio jurídico bilateral- cuyo cumplimiento resulta exigible ante los Tribunales. No resulta, por tanto, directamente aplicable, la regulación de la LCAP, sino sólo con carácter supletorio y en la medida en que no resulte incompatible con el carácter paccionado de la actuación administrativa. A. la inversa, los acuerdos de voluntades que tengan por objeto algunos de los típicos contratos administrativos deberán someterse al régimen de la LCAP.» DEL OLMO ALONSO, J.; *op. cit.*, p. 190.

¹²⁶²SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, p. 520 y «La terminación...», *op. cit.*, p. 84; PAREJO ALFONSO enumera entre esas modulaciones la de que la interpretación y modificación del acuerdo deberá realizarse de forma consensuada o, en todo caso, con trámite contradictorio; o, el rechazo a la revocación unilateral pura y simple y su sustitución por una rescisión por causa de interés general. PAREJO ALFONSO, L.; «El artículo 88...», *op. cit.*, pp. 75 y 76. PALMA DEL TESO afirma que «una vez formalizado, el acuerdo despliega los mismos efectos que la resolución del procedimiento». DE PALMA DEL TESO, A.; *Los acuerdos...*, *op. cit.*, p. 361.

¹²⁶³ SÁNCHEZ MORÓN, M.; «La terminación...», *op. cit.*, p. 85; PAREJO ALFONSO, L.; «El artículo 88...», *op. cit.*, pp. 74 y 75; DELGADO PIQUERAS, F.; *op. cit.*, pp. 173, 212 y 219.

particular, *cuando verse sobre estimación de cantidad*», como puede ser en materia de responsabilidad patrimonial, con la finalidad de poner fin a la controversia. Aunque el art. 77.1 de la LJCA sólo alude a los procedimientos en primera o única instancia, la jurisprudencia parece admitir que puedan celebrarse en fase de recurso e incluso en ejecución de sentencia en aplicación supletoria del art. 19 de la LEC y dado que la transacción es un acuerdo que supone la eliminación de la controversia como en estos casos sucede (ATS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 7 de abril de 2003 (JUR 2003\97235¹²⁶⁴)). Si todas las partes lo solicitan podrá suspenderse el curso de las actuaciones (art. 77.2 LJCA).

El acuerdo podrá ser homologado por el juez y objeto de ejecución judicial forzosa (art.113 de la LJCA) siempre y cuando “*no sea manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros*” (art.77.3 LJCA) y se haya adoptado cumpliendo determinados requisitos formales¹²⁶⁵ (art.77.1 párrafo segundo LJCA).

¹²⁶⁴ Afirma en su fundamento jurídico único: «*La cuestión planteada, en torno a la admisibilidad o inadmisibilidad, ya en el trámite del recurso de casación, de lo que las partes denominan "terminación transaccional", puede resolverse en sentido afirmativo partiendo de la base de que el art. 77 de la Ley de esta Jurisdicción aunque referido a los procedimientos en primera o única instancia entre otros modos de terminación del procedimiento puede entenderse aplicable cuando, como aquí, se halla en trámite de recurso de casación, si se tiene en cuenta que, en definitiva, significa la transacción un "acuerdo que implique la desaparición de la controversia", conforme al apartado 3 de dicho precepto, que es lo que aquí sucede, pudiendo también argumentarse que, en vista del carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a tenor de la Disposición Final 1ª de la Ley 29/98, de 13 de Julio, y del art. 4 de la Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil, nada puede obstar para que, en efecto, se admita aquí la terminación transaccional, prevista en el art. 19 de esta última Ley, conforme al que, en el apartado 1 de dicho precepto se establece un criterio general favorable en torno a las facultades de los litigantes para disponer del objeto del juicio, y a que, en concreto, se alude a la facultad de transigir sobre lo que sea objeto del mismo, mientras que en sus apartados 2 y 3 claramente se refiere a la transacción judicial, y a que ésta, al igual que los otros actos, pueden realizarse en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de sentencia, de modo que procede estimar el recurso de súplica interpuesto contra la providencia en que, por parte de esta Sala, se adoptaba otra posición, dejando ésta sin efecto y aprobando y homologando la transacción de que se trata, puesto que la Ley no la prohíbe, y en vista de que lo acordado no es manifiestamente contrario al Ordenamiento Jurídico ni lesivo del interés público y de terceros, ni versa sobre materias que, como las recogidas en los arts. 1810 y siguientes del Código Civil, exigirían algún requisito específico o no fueran susceptibles de transacción.*»

El auto del TSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 8 de febrero de 2019 (JUR 2019\56226) homologa y avala los acuerdos de mediación intrajudicial alcanzados en sede de ejecución de sentencia.

En este mismo sentido, se pronuncia EZQUERRA HUERVA, A.: «El cumplimiento transaccional de las sentencias contencioso-administrativas», *RAP*, nº 210 (2019). En <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.210.08> [Consultado el día 20 de julio de 2021], pp. 227 a 230.

¹²⁶⁵Estos requisitos no se exigen a sujetos como los concesionarios o contratistas, en cuanto sujetos privados, que celebren un contrato de transacción con el particular. (STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 26 de marzo de 2012 (RJ 2012\5524)).

Se plantea la duda de si bastaría con el cumplimiento de las reglas que regulan la disposición de la acción, a las que se remite el art. 77.1 párrafo segundo de la LJCA, para que los Abogados del Estado o similares en el ámbito autonómico puedan transigir («*autorización expresa de la Abogacía General del Estado - Dirección del Servicio Jurídico del Estado que deberá, previamente, en todo caso, recabar informe del Departamento, Organismo o entidad pública correspondiente*» [art. 7 de la Ley de Asistencia Jurídica al Estado]); o si junto a estas habría que sumar, si se trata de derechos de la Hacienda Pública o bienes y derechos del Patrimonio del Estado, la aprobación por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros previo dictamen del Consejo de Estado en pleno. En la actualidad, se exigen ambos requisitos. Existen argumentos en pro y en contra.

Como ha señalado HUERGO LORA¹²⁶⁶, opinión que comparte PÉREZ MORENO¹²⁶⁷, a favor está que el art. 77.1 de la LJCA coincide en la referencia a «*disposición de la acción procesal*» con lo previsto en el art. 7 de la Ley de Asistencia Jurídica al Estado, a lo que se añade que el control judicial (art. 77.3 de la LJCA) puede sustituir al realizado por el Consejo de Estado y la Administración, así se conseguiría flexibilizar los requisitos. En contra, opinión mantenida por GONZÁLEZ PÉREZ¹²⁶⁸, que el control que realiza el juez es un control de legalidad, correspondiendo a la Administración decidir su conveniencia para los intereses públicos a través de lo previsto en el art. 39 de la LGP. Contra esto cabría argumentar, que según el art. 77.3 de la LJCA el juez no lleva a cabo únicamente un control de legalidad sino también que no sea lesivo del interés público. Lo que critica el autor puesto que entiende que ello corresponde a la Administración.

En los protocolos de mediación intrajudicial contencioso-administrativa se exige el cumplimiento de ambos requisitos, pero en el campo concreto de la responsabilidad patrimonial de la Administración basta con la intervención del Abogado del Estado o representante legal de la Administración¹²⁶⁹.

¹²⁶⁶ HUERGO LORA refleja las dos posturas. HUERGO LORA, A.; *La resolución extrajudicial...*, op. cit., p. 143 a 146

¹²⁶⁷ PÉREZ MORENO, A.; op. cit., pp. 191 y 192.

¹²⁶⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, J.; «La transacción en...», op. cit., pp. 13 y 15.

¹²⁶⁹ CARBALLO MARTÍNEZ, G; RAMÍREZ EUGENIO, E; ESCANILLA PALLAS, J. M. Y ALVARADO-GARCÍA GARCÍA, Y.: op. cit., p. 181.

La mayor parte de la doctrina, los tribunales¹²⁷⁰ y el CGPJ considera que este precepto, que incorpora la figura de la conciliación, habilita de manera implícita la posibilidad de celebrar mediaciones intrajudiciales¹²⁷¹. De hecho, en algunos tribunales, al amparo de este precepto, se han ensayado experiencias y fórmulas de mediación en el campo de la jurisdicción contencioso-administrativa.

5. Ámbito civil. Acuerdo entre aseguradora y reclamante.

En la práctica, se observa la posibilidad de que la aseguradora y el reclamante, sin intervención de la Administración, puedan alcanzar un acuerdo con el que poner fin al pleito, tras la tramitación de un procedimiento de mediación o una simple negociación. Estos acuerdos pueden celebrarse tanto antes de la reclamación administrativa como con posterioridad, durante la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial o el proceso judicial. A veces estos acuerdos se apoyan en el previo consenso de la Comisión de Seguimiento formada por Administración y aseguradora que decide negociar, autorizando a la aseguradora para que lleve a cabo las negociaciones y transija, en su caso.

¿Puede la aseguradora alcanzar un acuerdo con el reclamante dejando al margen a la Administración? Si se hubiera iniciado un procedimiento administrativo, ¿puede la Administración a través de la Comisión de Seguimiento dejar en manos de la aseguradora la adopción del acuerdo?

La respuesta que se dé a estos interrogantes depende en gran medida de la postura que se mantenga con relación a la admisibilidad de la acción directa frente a la compañía aseguradora y que sigue poniendo de relieve las dificultades de conciliar la normativa administrativa con la legislación de seguros (*Vid. Supra*, Capítulo VII, 6.4).

Así, una parte de la doctrina¹²⁷² se muestra discrepante en torno a esta opción. No cabe celebrar una transacción entre el asegurador y el reclamante al margen de la

¹²⁷⁰ Por ejemplo, auto del TSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 8 de febrero de 2019 (JUR 2019\56226).

¹²⁷¹ CARBALLO MARTÍNEZ, G; RAMÍREZ EUGENIO, E; ESCANILLA PALLAS, J. M. Y ALVARADO-GARCÍA GARCÍA, Y.: *op. cit.*, p. 168.

¹²⁷² SALAS DARROCHA, J. T.: *op. cit.*, pp. 907 y 908; BUSTO LAGO, J. M.: «Ejercicio de...», *op. cit.* y «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 2049; REBOLLO PUIG, M.: «La reclamación...», *op. cit.*, p. 98; DEL RÍO MUÑOZ, F.; *op. cit.*, 2003, p. 8. Para CAYÓN DE LAS CUEVAS la práctica de que en la Comisión de Seguimiento se decida negociar y se alcance un acuerdo en virtud del cual la aseguradora proceda a pagar la indemnización, desistiendo el reclamante del procedimiento administrativo, aunque práctica no es la forma adecuada de proceder a la resolución extrajudicial de los conflictos. Se debería

Administración ya que la aseguradora no puede disponer de la responsabilidad patrimonial de la Administración¹²⁷³, ni se puede prescindir de la obligación de tramitar y resolver el procedimiento administrativo para determinar la responsabilidad patrimonial, cuya competencia es irrenunciable. Corresponde al instructor del procedimiento proponer el acuerdo, pudiendo finalizar, en su caso, mediante terminación convencional de conformidad con los artículos 86 y 91 de la LPAC¹²⁷⁴. La transacción celebrada únicamente entre asegurador y perjudicado sería ilegal.

Sin embargo, en la práctica, dado que hasta ahora es mayoritaria la admisión de la acción directa del art. 76 de la LCS, se suele admitir la negociación directa entre el perjudicado y la aseguradora como vía para intentar alcanzar un acuerdo, eludiendo así los requisitos que se exigen a la Administración¹²⁷⁵.¹²⁷⁶ Si la aseguradora puede alcanzar

proceder a la terminación convencional por la Administración tal como estaba previsto en la LRJPAC y el RPRP (actualmente LPAC). Subraya «*nunca puede ser la propia entidad aseguradora la que formalice el acuerdo indemnizatorio, dado que es la propia Administración, a través del órgano competente, la que ha de declarar la previa existencia de responsabilidad [...] siendo partes del acuerdo, reclamante y Administración, no reclamante y aseguradora*». CAYÓN DE LAS CUEVAS, J.; «El contrato...», *op. cit.*, pp. 264 y 265.

¹²⁷³ Según BUSTO LAGO: La Administración sirve con objetividad los intereses generales y actúa con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 103 CE); los Tribunales controlan el sometimiento a los fines que la justifican (art. 106 CE); los particulares pueden disponer del objeto del juicio salvo en los casos en que la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general (art. 19 LEC); las Corporaciones con personalidad jurídica sólo podrán transigir en la forma y con los requisitos que necesiten para enajenar sus bienes (art. 1812 CC); la posibilidad de terminación convencional (art. 86 de la LCS). De estos artículos se deduce que las aseguradoras no pueden disponer ni defender por sí solas la responsabilidad patrimonial de la Administración y en consecuencia, les estará vedada la transacción. BUSTO LAGO, J. M.; «La responsabilidad...», *op. cit.*, p. 2049.

¹²⁷⁴ Dictamen Consejo Consultivo de Andalucía nº 2/2001, de 24 de enero citado por GRIJALBA LÓPEZ, J. C.; *op. cit.*, p.161.

El Consejo Consultivo de Castilla La-Mancha ha subrayado que «*la compañía aseguradora no debe interferir en las funciones instructoras y decisorias que sólo a la Administración corresponden, ni puede atribuírsele facultades de negociación e intervención (aunque sea mediante una “Comisión mixta”: compañía aseguradora-Administración) que mediaten la voluntad del órgano administrativo competente o incidan en la decisión administrativa relativa a la adopción del correspondiente acuerdo indemnizatorio.*» Ahora bien, como interesada puede participar en la instrucción del procedimiento, incluso en la evaluación del daño o determinación de la existencia de responsabilidad. No obstante, tanto la instrucción como la resolución y, si cupiese la terminación convencional, corresponde a la Administración de acuerdo con lo prevenido en las normas. Memorias Consejo Consultivo Castilla La-Mancha año 2010, pp. 178 a 181 y año 2013, pp. 220 a 222. Disponibles en: <http://consultivo.jccm.es/memorias.php>

¹²⁷⁵ Es más si se admite el ejercicio de la acción directa del art. 76 de la LCS en el orden civil, de llegar a aprobarse el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia será requisito de procedibilidad en el orden jurisdiccional civil acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias (mediación, conciliación, opinión neutral de un experto independiente...) para que sea admisible la demanda.

¹²⁷⁶ ARQUILLO COLET, B.; *Seguro y responsabilidad...* (2008), *op. cit.*, pp. 238 y 239; GRAU GRAU, I.; *La responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 348, 349 y 375; HUERGO LORA, A.; «El seguro...» (2002), *op. cit.*, pp. 152 y 153; GRIJALBA LÓPEZ, J. C.; *op. cit.*, pp. 161, 162 y 165; CUÑAT EDO va más allá y propone de *lege ferenda* la introducción de dos vías de tramitación de la reclamación ante la Administración: «*la ordinaria de la Administración, y la directa de negociación con la compañía de seguros.*» CUÑAT EDO, V.; «El seguro de la responsabilidad de la Administración. Reflexiones sobre la

un acuerdo transaccional en el ámbito privado, no hay motivo que justifique por qué no podría hacerlo en el marco de un procedimiento administrativo o contencioso-administrativo, cuando la legislación permite el desistimiento y la renuncia del procedimiento administrativo y contencioso-administrativo (art. 94 de la LPAC y art. 74 de la LJCA), como ahora, expondremos.

En la práctica se suele producir del siguiente modo¹²⁷⁷: se celebra un acuerdo transaccional entre la aseguradora y el reclamante¹²⁷⁸ en el que convienen el pago de la correspondiente indemnización, así como la renuncia de las acciones que pudieran corresponder tanto frente a la compañía aseguradora como frente a los que aparecen como asegurados en el contrato (Administración, médicos, enfermeros...). Si adopta la forma de contrato de transacción quedará sometido a las reglas del Código Civil (artículos 1809 y ss) pues se trata de un contrato entre particulares, pero también es posible que se haya alcanzado tras un procedimiento de mediación, quedando sujeto el acuerdo de mediación a lo dispuesto en la Ley de mediación.

Si se hubiera iniciado previamente un procedimiento administrativo, tras el acuerdo transaccional, el perjudicado desistirá o renunciará al procedimiento administrativo de reclamación de responsabilidad patrimonial (art. 94.1 de la LPAC), sin oposición de la Administración. El desistimiento y la renuncia sólo afectan a los que las han formulado

negociación perjudicado-aseguradora», *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 9 (2008), pp. 34 y 35.

¹²⁷⁷ En la explicación que sigue partimos de la experiencia práctica que ha tenido lugar en el SMS en el ámbito de la mediación en conflictos sanitarios de responsabilidad patrimonial. PAX.; «Guía para la implementación de la mediación de conflictos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Sanitarias». En <https://www.sham.es> [Consultado el día 6 de octubre de 2020], pp. 5 a 8.

¹²⁷⁸ El acuerdo transaccional que debe ser por escrito contendrá: «1º.- *En el acuerdo deberá constar la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de negociación bilateral o de mediación de conflicto (o negociación asistida) ajustado a las previsiones de la ley, con indicación –en su caso- del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento.*

2º.- *Consignación expresa del pago de la indemnización realizado por la entidad aseguradora, medio o forma en que el mismo se realiza, con absoluta transparencia, y aceptación o recibo del pago por parte del reclamante (s).*

3º.- *La renuncia y finiquito de acciones expresamente realizada por el reclamante (s). Se trata de una renuncia amplísima a cuantas reclamaciones de daños y perjuicios pudiera ejercitar respecto de la aseguradora y quienes figuran en el contrato de seguro en el concepto de asegurados (la Administración tomadora-asegurada, los funcionarios, dependientes.*

4º.- *Manifestación expresa de que el reclamante (s) ha sido resarcido del daño y que no tiene nada más que reclamar por ningún concepto.* 8

5º.- *Compromiso por parte del reclamante (s) de presentar un escrito de desistimiento o renuncia ante el órgano administrativo competente.*

6º.- *Acuerdo de confidencialidad, cuando proceda por las especiales circunstancias de los hechos que dieron origen a la reclamación». PAX.; op. cit., pp. 5 a 8.*

en caso de que el procedimiento se hubiera iniciado por más interesados (art. 94.2 de la LPAC). La Administración aceptará de plano el desistimiento o la renuncia, y pondrá fin al procedimiento salvo que se hubiesen personado otros interesados e instasen su continuación (art. 84 y 94.4 de la LPAC). Únicamente «*si la cuestión suscitada por la incoación del procedimiento entrañase interés general o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento*», puede la Administración limitar los efectos del desistimiento o la renuncia (art. 94.5 de la LPAC).

Las consecuencias del desistimiento y la renuncia no son las mismas. Por cuanto, el desistimiento recae sobre el procedimiento administrativo lo que no impedirá que se pueda volver a ejercitar la pretensión, mientras que la renuncia supone el abandono definitivo del derecho por lo que no podrá volver a plantearse de nuevo. Una de las ventajas de estas formas de terminación frente a la terminación convencional será que no se exige informe del Consejo Consultivo, como sí sucede en la terminación convencional si la indemnización es igual o superior a 50.000€ o a la cuantía que establezca la legislación autonómica (art. 81.2 de la LPAC). Además, si adopta la forma de transacción se eludirán también las solemnidades exigidas a la Administración.

La opción más práctica, sería la renuncia al derecho previo contrato de transacción en el que se acuerda la indemnización y se renunciarían a las acciones frente a la aseguradora. Acuerdo fundamentado en el previo consenso de la Comisión de Seguimiento integrada por la Administración y la aseguradora.

Ahora bien, puede plantear algunas cuestiones problemáticas que sólo vamos a dejar apuntadas y que ponen de relieve las dificultades de admitir la acción y negociación directa con la aseguradora. Si se desiste del procedimiento administrativo y se celebra una transacción con la aseguradora, ¿podría reclamarse con posterioridad frente a la Administración? La respuesta, en principio, debería ser afirmativa por cuanto el desistimiento no impide que se pueda volver a ejercitar la acción en reclamación del derecho. Ahora bien, ¿podría oponer la Administración el contrato de transacción en el que no ha sido parte y en el que se había renunciado a la acción frente a la aseguradora y su asegurado (la Administración)? Entendemos que en este caso podrían entrar en juego las reglas derivadas de la solidaridad en la transacción. De entenderse la solidaridad propia, en principio, pagada la indemnización quedaría extinguida la obligación (art. 1145 CC), no así si se considera impropia (SSTS (Sala de lo Civil), 16

de febrero de 2010 (RJ 2010\1780) o 30 de enero de 2008 (RJ 2008\230)). Pero ¿qué pasaría si hay franquicia o la reclamación es por encima de la suma asegurada?

Podría suceder que se impugnase en la vía contencioso-administrativa la resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración y, al margen, la aseguradora y el perjudicado alcanzaran un acuerdo transaccional. Del mismo modo que en el procedimiento administrativo, se podría poner fin al proceso contencioso-administrativo mediante renuncia o desistimiento del recurso según el art. 74 de la LJCA.

El acuerdo alcanzado entre aseguradora y perjudicado adopte la forma de contrato de transacción o acuerdo de mediación tras haberse celebrado un procedimiento de mediación tendrá naturaleza contractual y por tanto carácter vinculante.

La transacción extrajudicial no constituye título suficiente para instar la ejecución. Habrá de acudirse en primer lugar a un proceso declarativo. Podría alcanzar fuerza ejecutiva: a) Si es elevada a escritura pública (art.517.2. 4º LEC). Tiene que cumplir los requisitos del art.520 LEC: Tiene que tratarse de cantidad determinada que supere los 300€: «1. En dinero efectivo; 2. En moneda extranjera convertible, siempre que la obligación de pago en la misma esté autorizada o resulte permitida legalmente; 3. En cosa o especie computable en dinero.» Se trataría de un título ejecutivo extrajudicial; b) Si se plasma en un laudo arbitral por haberse alcanzado en el marco de un proceso arbitral (art. 36 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y art. 517.2.º de la LEC), lo que no es habitual en estos casos; c) El acuerdo con el que finaliza la conciliación puede revestir la forma de contrato de transacción (fin al que se llega tras el procedimiento conciliatorio). A los efectos del art. 517.2.9º de la LEC llevará aparejada ejecución «*el testimonio del acta junto con el del decreto del Secretario judicial o del auto del Juez de Paz haciendo constar la avenencia de las partes en el acto de conciliación*» (art. 147 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria).

Será sin embargo, un título ejecutivo judicial el acuerdo de mediación elevado a escritura pública de conformidad con la Ley de mediación (artículos 25 a 27 de la Ley de mediación y art.517.2.2º LEC)¹²⁷⁹.

¹²⁷⁹ Vid. AA.VV.; *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* dirigida por BONET NAVARRO, A., Thomson-Reuters (Aranzadi), Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 149 a 351.

Si el acuerdo hubiera sido alcanzado después de iniciar un proceso judicial dentro o fuera del mismo podrá dotársele de eficacia ejecutiva solicitando la homologación judicial que se llevará a cabo mediante auto (artículos 19.2, 206.1.2º, 415.1 y 517.2.3º de la LEC y art. 25.4 de la Ley de mediación).

6. Ámbito penal.

A pesar de que falta en nuestro ordenamiento jurídico un marco normativo que dé cobertura con carácter general a la mediación penal, se han llevado a cabo varios proyectos de mediación impulsados desde el CGPJ.

La práctica forense pone de manifiesto cómo se llega en numerosas ocasiones a una solución negociada (cabe la posibilidad de que sea tras una mediación pero no tiene por qué, normalmente será una simple negociación entre fiscal, acusador particular (si lo hubiera), y acusado). Por citar un ejemplo, en numerosos casos se evita la celebración del juicio cuando el acusado reconoce los hechos a cambio de una rebaja en la pena o de que se excluyan algunos delitos objeto de la acusación, entra así en juego la figura de la conformidad premial (779.5, 800 y 801 LECrim)¹²⁸⁰, y se paga una indemnización¹²⁸¹. De conformidad con el art. 1813 del CC se puede transigir sobre la responsabilidad civil derivada de delito aunque no sobre la penal. Con el contrato de transacción o incluso con el acuerdo de mediación, el perjudicado renuncia a la acción para reclamar la responsabilidad civil (art.106.2, 107 y 108 de la LECr).

¹²⁸⁰ORTUÑO MUÑOZ, J. P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J.; *op. cit.*, p.79.

¹²⁸¹ Como ejemplo, uno de los casos resuelto por la Asociación «El Defensor del Paciente» en el que se alcanza un acuerdo entre la técnico de rayos acusada, la aseguradora, la acusación particular y la Fiscalía en virtud del cual la acusada reconoce su responsabilidad en los hechos, dictándose Sentencia de conformidad, en la que se acepta una pena de prisión de 1 año (que queda suspendida por carecer de antecedentes penales) y el pago por la aseguradora de una indemnización. Se puede consultar el comunicado en: <https://www.negligenciasmedicas.com/wp-content/uploads/2017/10/comunicado-07-05-2021.pdf>

7. Algunas experiencias legislativas en países de nuestro entorno y en España.

Tanto en el ámbito internacional como nacional se han ensayado ya algunas fórmulas con resultados más o menos satisfactorios en el ámbito de la mediación sanitaria que podría servir como referente. Veamos algunas.

7.1 Ámbito internacional¹²⁸².

En los países de nuestro entorno podríamos destacar a Francia¹²⁸³. Es clave la Ley 2002-303, de 4 de marzo, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema sanitario (*Journal Officiel de la République Française* de 5 de marzo¹²⁸⁴) que introdujo modificaciones importantes en el *Code de la Santé Publique*. Los profesionales, los centros sanitarios y los servicios de salud, en el plazo de 15 días, tienen la obligación de informar sobre las circunstancias y las causas que determinaron el daño a través de una entrevista en la que el interesado puede estar asistido por un médico u otra persona de su elección (art. L1142-4). En esta misma Ley se crearon las Comisiones Regionales de Conciliación e Indemnización encargadas de facilitar el arreglo amistoso de los conflictos relativos a accidentes médicos, afección iatrogénica e infecciones nosocomiales, así como otros litigios surgidos entre usuarios y profesionales de la salud, establecimientos sanitarios, servicios u organismos de salud. La comisión podrá delegar todas o parte de sus facultades en uno de sus miembros o en uno o diversos mediadores externos (art. L1142-5 del *Code de la Santé Publique*).

Estas comisiones están presididas por un magistrado del orden administrativo o un magistrado del orden judicial. Están formadas por representantes de los pacientes y usuarios del sistema sanitario, profesionales de la salud y responsables de los establecimientos y servicios sanitarios, así como miembros de la Oficina Nacional de

¹²⁸² Sobre los sistemas en el Derecho comparado. HERNÁNDEZ MORENO, J.; HERNÁNDEZ GIL, M.L. Y HERNÁNDEZ GIL, A; *op. cit.*; CAYÓN DE LAS CUEVAS, J.; «Resolución extrajudicial...», *op. cit.*, pp. 324 a 328; ARMADANS, I; MOLA, B.; ANEAS, A.; MONGE, E.; IGUAL, B.; *op. cit.*, pp. 585 y 586; GISBERT POMATA, M.; *op. cit.*, p. 358.

¹²⁸³ LÓPEZ DE LA OSA ESCRIBANO, A.; «El seguro médico obligatorio en responsabilidad sanitaria. Referencia especial al caso francés y su sistema alternativo en la resolución de conflictos creados por accidentes médicos», *REDA*, nº 121 (2004), pp. 167 y ss.

¹²⁸⁴ SEUBA TORREBLANCA, J. C.; «Breve presentación de la Ley francesa 2002-303, de 4 de marzo, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema sanitario», *InDret*, nº 2 (2002). En <http://www.indret.com> [Consultado el día 17 de marzo de 2015].

Indemnización de los Accidentes Médicos (ONIAM) y de las aseguradoras (art. L1142-6 del *Code de la Santé Publique*).

Según el art. L. 1142-14 del *Code de la Santé Pulique*, cuando la Comisión estime que el daño es relevante, el asegurador que garantiza la responsabilidad civil o administrativa de la persona considerada como responsable tiene que hacer una oferta de indemnización con la que se logre reparar íntegramente el daño, dentro de los límites de la cobertura del contrato de seguro, a las víctimas o a los que tengan algún derecho, en el plazo de cuatro meses. La aceptación de la oferta constituye una transacción (párrafo sexto del artículo citado anteriormente). El que la oferta tenga que ser realizada por el asegurador es coherente con lo dispuesto en el art. L. 124.2 del *Code des assurances* que establece que ninguna transacción ni ningún reconocimiento de responsabilidad realizados al margen del asegurador serán oponibles a éste. La aplicación estricta de esta cláusula prohíbe, en principio, a la entidad pública o privada asegurada participar en un procedimiento de conciliación y transigir sin el acuerdo de su asegurador. Empero, la mayoría de las compañías aseguradoras no se oponen a esta forma de arreglo de controversias. El asegurador dispondrá del plazo de un mes desde la aceptación para realizar el pago. En caso contrario, se devengará el doble del interés legal hasta la fecha del pago efectivo.

El asegurador que ha transigido si considera que la responsabilidad no es de su asegurado, dispone de una acción subrogatoria para reclamar al tercero o a la Oficina Nacional de Indemnización de los Accidentes Médicos.

Si la víctima rechaza la oferta y el juez la considera manifiestamente insuficiente, puede penalizar económicamente al asegurador con una cantidad que puede ser hasta el 15% de la indemnización (art. L.1142-14 del *Code de la Santé Publique*).

Por último, si la aseguradora no ha realizado la oferta, el causante del daño no está asegurado o el seguro es insuficiente, la ONIAM realizará la oferta que de ser aceptada tendrá valor transaccional. En ese caso, se podrá subrogar en los derechos que corresponderían frente al causante o su aseguradora (art. L.1142-15 del *Code de la Santé Publique*).

En Francia, según RODRÍGUEZ PEÑA, el 70% de los conflictos son resueltos de forma amistosa, lo que pone de manifiesto el éxito de los sistemas alternativos de

solución de conflictos médicos¹²⁸⁵. Lo cual proporciona un marco precioso de reflexión y experiencia para reflexionar, en un plano de *lege ferenda*, en soluciones parecidas para nuestro ordenamiento jurídico.

En Italia, según el art. 8 de la *Legge Gelli-Bianco* se ha configurado como requisito de procedibilidad previo a la interposición de la acción civil de resarcimiento del daño de responsabilidad sanitaria el recurso a una figura similar a la opinión de un experto independiente o a un procedimiento de mediación (art. 5, comma 1-bis, del Decreto Legislativo de 4 de marzo de 2010, n. 28). La participación en el procedimiento de consulta al experto es obligatoria para todas las partes, incluidas las compañías de seguros, que están obligadas a realizar una oferta indemnizatoria o comunicar las razones por las que no hacen la propuesta. Si la sentencia es estimatoria y la compañía de seguro no hubiera formulado ninguna oferta, el juez enviará copia de la sentencia al IVASS. Si alguna de las partes no participa, el juez, con independencia del resultado de la sentencia condena a las partes que no participaron al pago de las costas de consultoría y litigio, así como una sanción pecuniaria en favor de la parte que compareció.

En Alemania, se encauzan las resoluciones extrajudiciales a través de la Cámara de Colegio de Médicos¹²⁸⁶.

En el ámbito hispanoamericano, Chile¹²⁸⁷ prevé un sistema de mediación preceptiva y previa al proceso judicial para poder reclamar la responsabilidad por daños ocasionados como consecuencia de una prestación sanitaria. Su regulación se encuentra recogida en los artículos 43 a 55 de la Ley 19.966 y en el Reglamento de Mediación (Decreto Supremo N°47, del 23 de junio de 2005, del Ministerio de Salud).

¹²⁸⁵ RODRÍGUEZ PEÑA, P.; «La experiencia francesa en la búsqueda de una solución amigable de los conflictos médicos», *Revista de Derecho*, N° 19 (2008), p. 46. En: http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/72491da0-c932-4a79-b9fb-a1810b1fb20c/07+La+experiencia+francesa+en+la+busqueda+de+una+solucion+amigable+de+los+conflictos+medicos_19.pdf?MOD=AJPERES [Consultado el día 1 de febrero de 2015]. *Vid.* sobre estos sistemas, *Ibid.*, pp. 43 a 92.

¹²⁸⁶ VILALTA NICUESA, A. E.; FABRA ABAT, P.; CASAS VALLÉS, R.; CAROD REQUESENS, A.; «El marco jurídico: derecho comparado» en la obra colectiva *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña* dirigido por CASANOVAS, P.; MAGRE, J.; LAUROBA, M.E., Departamento de Justicia, Generalitat de Cataluña, 1ª Ed., 2011. En <http://www.llibreblancmediacio.com/> [consultado el día 28 de enero de 2013], p. 145.

¹²⁸⁷ Sobre la mediación en Chile, *Vid.* MIRANDA SUÁREZ, F.; «La mediación prejudicial obligatoria de daños en salud. La experiencia en Chile» en *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina* obra colectiva dirigida por ADROHER BIOSCA, S. y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 327-340; PARRA SEPÚLVEDA, D.; OLIVARES VANETI, A.; RIESCO MENDOZA, C.; «La mediación en el ámbito de la salud y su rol en la relación sanitaria», *Revista de Derecho*, n° 243 (2018), pp. 121 a 144.

Este sistema de mediación prejudicial será obligatorio tanto cuando se pretenda reclamar frente a instituciones públicas como a prestadores de servicios privados. El régimen aplicable en algunos aspectos es diverso en uno y otro caso. Así, si la reclamación se dirige frente a un establecimiento sanitario público la solicitud y el procedimiento de mediación se desarrollan ante el Consejo de Defensa de Estado que designará como mediador a un funcionario o a un profesional que reúna los requisitos del art.54 para ser mediador (art.43 y 44 párrafo primero en ambos casos de la Ley 19.966). Cuando se dirija frente a prestadores de servicios privados la solicitud deberá dirigirse a la Superintendencia de Salud y el procedimiento se desarrollará «*ante mediadores acreditados por la Superintendencia de Salud*» y designados de común acuerdo por las partes y, a falta de éste, se da por fracasada (art.43 y 44 párrafo segundo en ambos casos de la Ley 19.966).

Otra de las principales diferencias entre uno y otro ámbito es que mientras la mediación ante el Consejo de Defensa del Estado, o sea, reclamaciones ante instituciones públicas es gratuita, cuando es con prestadores privados hay que pagar una tasa.

De finalizar el procedimiento de mediación con acuerdo, se levanta un acta que surte los efectos de un contrato de transacción, en el que el reclamante renuncia a las acciones judiciales correspondientes. Ahora bien, si se trata de prestadores sanitarios públicos se deberán cumplir requisitos adicionales como aprobación del Consejo de Defensa del Estado si se trata de una cuantía superior a 35.000€ aprox. (art. 53 de la Ley 19.966 y 36 del Reglamento de mediación).

En México, a través del Decreto de 6 de marzo de 1996, se creó la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED) dependiente de la Secretaría de Salud del Gobierno Federal de México tiene como «*objeto contribuir a resolver los conflictos suscitados entre los usuarios de los servicios médicos y los prestadores de dichos servicios*» (artículos 1 y 2 del Decreto), comprendiendo por tal a «*las instituciones de salud de carácter público, privado o social, así como los profesionales, técnicos y auxiliares que ejerzan libremente cualquier actividad relacionada con la práctica médica*» (art. 3 del Decreto). La CONAMED presta servicios de información, orientación, gestión y con carácter previo al arbitraje, si es que lo hubiera (es voluntario), «*intervenir en amigable composición para conciliar conflictos derivados de la prestación de servicios médicos*» como, por ejemplo, casos de negligencia médica

(art.4.IV del Decreto). La práctica habitual es que desempeñe funciones de conciliación y/o mediación ya que el recurso al arbitraje para resolver estos conflictos es excepcional¹²⁸⁸.

7.2 En España.

En España, las primeras experiencias han estado vinculadas a la constitución por parte de los Colegios Profesionales de Tribunales arbitrales o Tribunales de Mediación, Conciliación y Arbitraje médico que no alcanzaron gran éxito debido a los escasos conflictos que les fueron presentados y a la sensación de parcialidad del usuario¹²⁸⁹. El pionero fue el Colegio de Médicos de Vizcaya en el año 1997. Posteriormente, el de Madrid en 1999, en este caso constituido por el Colegio de Abogados; después, los de Castellón y Orense (2000) o el Colegio de Médicos de Asturias (2003).

En la actualidad, son muchos los colegios profesionales (de médicos, o de éstos junto con los de abogados, de dentistas o de enfermeros...) que ofrecen servicios de mediación¹²⁹⁰. El Consejo General de Odontólogos y Estomatólogos de España ha creado e impulsado el Sistema del Defensor del Paciente Odontológico como mecanismo de mediación y peritaje en materia odontológica¹²⁹¹.

En el ámbito autonómico¹²⁹², los Servicios de Atención al Usuario, el Defensor del Paciente o del Usuario cumplen una importante función informativa y asesora, tramitan quejas y reclamaciones, y, en algunos casos, se le atribuyen funciones de intermediación y mediación institucional. Así sucede, por ejemplo, con el Defensor del Usuario del Sistema de Salud de Extremadura¹²⁹³, de las Islas Baleares¹²⁹⁴ o con el extinto Defensor

¹²⁸⁸ CAYÓN DE LAS CUEVAS, J.; «Resolución extrajudicial...», *op. cit.*, p. 318; GISBERT POMATA, M.; *op. cit.*, p. 358.

¹²⁸⁹ DE LORENZO, R.; *op. cit.*

¹²⁹⁰ Recuérdese que según el art.5.º de la Ley 2/1974, de 13 de febrero de Colegios Profesionales tras la reforma introducida por la Ley de mediación, entre las funciones de los colegios profesionales está: “ñ) *Impulsar y desarrollar la mediación, así como desempeñar funciones de arbitraje, nacional e internacional, de conformidad con lo previsto en la legislación vigente.*”

¹²⁹¹ Vid. PERÁLVAREZ AGUILERA, F.; DELGADO MUÑOZ, J.M. y LÓPEZ-ANDRADE JURADO, M.A.; «La mediación en odontología a través de los Colegios Profesionales. A propósito de la nueva Ley 5/2012», *Derecho y Salud*, Vol. 22, nº Extraordinario (2012). En <http://www.ajs.es> [Consultado el día 20 de octubre de 2020], pp. 145 a 157.

¹²⁹² Sobre estas figuras Vid., CAYÓN DE LAS CUEVAS, J.; «Resolución extrajudicial...», *op. cit.*, p. 299 a 303.

¹²⁹³ Decreto 4/2003, de 14 de enero, por el que se regula el régimen jurídico, estructura y funcionamiento del Defensor de los Usuarios del Sistema Sanitario Público de Extremadura.

¹²⁹⁴ Decreto 21/2020, de 10 de julio, por el que se regula el Defensor de los Usuarios del Sistema Sanitario Público de las Illes Balears.

del Paciente de la Comunidad de Madrid¹²⁹⁵. Hay Comunidades Autónomas que han optado por atribuirle estas funciones directamente al Defensor del Pueblo¹²⁹⁶.

Se están llevando a cabo iniciativas en algunos centros hospitalarios, como la creación de Unidades de Mediación Sanitaria¹²⁹⁷ o la Unidad de mediación, prevención y gestión alternativa de conflictos (implantado en el Instituto Catalán de la Salud (ICS))¹²⁹⁸. Pero estas Unidades de Mediación Sanitaria tienen por objeto, sobre todo, conflictos entre el personal que trabaja dentro de la institución médica¹²⁹⁹, lo que es una materia ajena a nuestro estudio.

En Murcia se ha creado una Oficina de Mediación Sanitaria, que carece de personalidad jurídica¹³⁰⁰, como «*Centro de Mediación a los efectos de la Ley 5/2012, como una Unidad operativa integrada dentro del Servicio Jurídico del Servicio Murciano de Salud, a los fines de impulsar y desarrollar la resolución de conflictos, mediante un procedimiento de mediación, entre los usuarios de la sanidad murciana y la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud*» (art.1 de las Directrices de la Oficina de Mediación Sanitaria en el Servicio Murciano de Salud¹³⁰¹).

La «Oficina de Mediación Sanitaria» del Servicio Murciano de Salud se rige por lo dispuesto en la Ley de mediación. De ahí la razón principal de que las reclamaciones

¹²⁹⁵ Ley de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid. Extinguido por la Ley 9/2010, 23 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público. Vid. BARRERO VALVERDE, J. I.; *op. cit.*, p. 10.

En la Rioja también existían servicios similares aunque hoy suspendidos por falta de disponibilidad presupuestaria (Decreto 1/2005, de 7 de enero, por el que se regula el estatuto jurídico y funcionamiento del Defensor del Usuario del Sistema Público de Salud de La Rioja).

¹²⁹⁶ CAYÓN DE LAS CUEVAS, J.; «Implantación de...», *op. cit.*, p. 185.

¹²⁹⁷ En Cantabria se creó la Unidad de Gestión de Conflictos Sanitarios que, aunque tuvo buenos resultados, ha desaparecido por motivos presupuestarios. ALVENTOSA DEL RÍO, J.; *op. cit.*, pp. 439 y 440.

¹²⁹⁸ ARMADANS, I.; ANEAS, A.; SORIA, M. A.; BOSCH, L.; «La mediación en el ámbito de la salud», *Revista de Medicina Clínica*, Vol. 133, nº 5 (2009). En <http://www.elsevier.es/es-revista-medicina-clinica-2-articulo-la-mediacion-el-ambito-salud-13139442> [Consultado el día 3 de diciembre de 2014].

¹²⁹⁹ NOVEL MARTÍ, G.; *Los programas educativos en la resolución de conflictos en el ámbito sanitario. Propuestas de un modelo*. Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2008. En: <http://eprints.ucm.es/9159/1/T30719.pdf> [Consultado el día 2 de febrero de 2015]; ARMADANS, I.; MOLA, B.; ANEAS, A.; MONGE, E.; IGUAL, B.; *op. cit.*, pp. 618 a 620.

¹³⁰⁰ Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud de 14 de noviembre de 2014 por la que se publica el acuerdo del Consejo de Administración sobre creación de la Oficina de Mediación Sanitaria en el Servicio Murciano de Salud y aprobación de las directrices que han de regir el procedimiento y el Código de Buenas Prácticas de la Mediación. Boletín Oficial de la Región de Murcia, número 274, 27 de noviembre de 2014, páginas 43380 a 43400. Disponible en: <http://www.borm.es/borm/documento?obj=anu&id=719128>

¹³⁰¹ En el Anexo I de La Resolución del Director Gerente se recogen las Directrices de la Oficina de Mediación Sanitaria donde se plasma todo lo relativo al procedimiento de mediación, mediador, costes y gastos, acuerdo de mediación, ejecución y la Comisión de Seguimiento, que sigue lo establecido en la Ley de mediación por la que se rige. En el Anexo II el Código de Buenas Prácticas de la Mediación.

que pueden ser objeto de mediación son las que se encuentren dentro de la cobertura de la póliza del seguro de responsabilidad civil-patrimonial suscrita entre el SMS y la compañía aseguradora (art.2 de las Directrices de la Oficina de Mediación Sanitaria en el Servicio Murciano de Salud), sin que participe la Administración. Se pretende que el perjudicado pueda reclamar directamente a la aseguradora sin tener que pasar antes por el procedimiento administrativo, lo que hará que se resuelva el conflicto de forma más rápida y ágil. Se trata de un servicio que no es gratuito (art.5 de las Directrices).

Para potenciar la resolución extrajudicial de conflictos, conforme a la tendencia que vemos en países de nuestro entorno, se están incluyendo en algunas pólizas de seguro cláusulas por las que se insta a las compañías aseguradoras de la Administración a resolver extrajudicialmente los conflictos con objeto de reducir gastos, prevención, eficacia y rapidez de la actuación administrativa.

Así, en el Pliego de Condiciones Técnicas para la contratación de un seguro que garantice la responsabilidad civil-patrimonial del Servicio Murciano de Salud se prevé en el marco del procedimiento de gestión de reclamaciones, que el SMS pueda emplazar a la aseguradora a acudir a la mediación o cualquier medio de solución extrajudicial de conflictos, siendo la sesión informativa obligatoria (cláusula 5.2.a) del Pliego seguro Servicio Murciano de Salud). Asimismo, se recoge un Plan de Apoyo a la Mediación Sanitaria o sistema de resolución extrajudicial de conflictos (cláusula 5.3.4) en virtud del cual la aseguradora, sin vulneración del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública sanitaria, fomentará la resolución extrajudicial de los conflictos en responsabilidad patrimonial del SMS a través de la Oficina de Mediación Sanitaria del SMS o cualquier otro medio extrajudicial. Para ello ofrecerá al reclamante un procedimiento guiado por los principios de *«voluntariedad y libre disposición, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad, buena fe, flexibilidad, debate, inmediatez y presencialidad, de conformidad con el Acuerdo del Consejo de Administración del SMS sobre creación de la Oficina de Mediación Sanitaria en el SMS y aprobación de las directrices que han de regir el procedimiento y el Código de Buenas Prácticas de la Mediación (BORM 27 de noviembre de 2014)»*. Con esta finalidad, la aseguradora podrá impulsar los procedimientos de mediación o solución extrajudicial pudiendo contar con el apoyo de la Oficina de Mediación Sanitaria. Estos servicios contarán con especialistas en Derecho Sanitario y de pericia médica aportados por la propia aseguradora para valorar el

conflicto en responsabilidad médico-sanitaria. Los costes, con carácter general, los asume la aseguradora y el reclamante.

A semejanza de lo previsto en la póliza del SMS, el Pliego de seguro del Servicio Madrileño de Salud (cláusula 7.a) del apartado común a las Secciones I y II prevé que tanto la aseguradora como el SERMAS fomenten la resolución extrajudicial de los conflictos derivados de la responsabilidad sanitaria del SERMAS. Se ofrece al reclamante la posibilidad de someterse a un procedimiento voluntario que puede finalizar por acuerdo. Con este objetivo la Administración ofrece un sistema complementario de entrevistas, voluntario y gratuito para los reclamantes para que presencialmente puedan recibir una explicación ágil. Para ello se puede contar con dos asesores uno experto en Derecho Sanitario y otro en pericia médica¹³⁰².

¹³⁰² Hasta la nueva póliza, con el Servicio de Coordinación de Conflictos el procedimiento seguido era el siguiente: si la aseguradora y el SERMAS consideraban que se podía gestionar la reclamación a través del Servicio de Coordinación de Conflictos informaban al reclamante por si voluntariamente quería someterse. Si lo aceptaba se organizaba una reunión donde se le informaba de todo. En caso de que fuera factible llegar a un acuerdo, desde el Servicio de Coordinación de Conflictos se realizaba una propuesta indemnizatoria y se daba un plazo al reclamante para formular alegaciones. Si el reclamante rechazaba el acuerdo podía continuar con el procedimiento administrativo. Si lo aceptaba, la aseguradora se comprometía al pago en los 15 días desde la fecha de aceptación y el reclamante desistía del procedimiento administrativo. Hay una diferencia según la cuantía a reclamar. Si el importe era inferior a 14.999€, el bufete pericial encargado del Servicio de Coordinación de Conflictos gestionaba por completo el siniestro sin que intervinieran ni la aseguradora ni el SERMAS. Si el importe era superior, sin embargo, si participaba éstos en la gestión. «¿Cómo funciona el Servicio de Coordinación de Conflictos del SERMAS?» Noticia publicada en Sanidad 360° - nº 4 - julio 2018. Disponible en: <http://www.sham.es/Prensa/Newsletter/Sanidad-3601-N1-4-Julio-2018/Como-funciona-el-Servicio-de-Coordinacion-de-Conflictos-del-SERMAS> [Consultado el día 17 de noviembre de 2020].

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La complejidad del sistema sanitario público español dificulta en gran medida la concreción del orden jurisdiccional competente que deba conocer de las reclamaciones por los daños causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria pública y la determinación del propio régimen jurídico aplicable a tales daños. La utilización de diversas formas de gestión del servicio público, directas e indirectas; la singularidad del régimen aplicable a las Mutualidades administrativas o a las Mutuas Colaboradoras; unido a la habitual suscripción de un seguro de responsabilidad civil/patrimonial y a la posible concurrencia de centros y/o personal sanitario privado en la causación del daño, demandan una respuesta clara por parte del legislador que evite someter a los interesados a un peregrinaje jurisdiccional, y a arduas tareas de búsqueda de la normativa aplicable, especialmente en este tipo de conflictos que acumulan un abundante número de reclamaciones y dada la gravedad de los daños y los bienes jurídicos a los que afecta como son la salud, vida e integridad física y moral de las personas.

SEGUNDA.- La Administración sanitaria española adopta diferentes vestiduras jurídicas y recurre con mayor o menor intensidad, según la Comunidad Autónoma, e incluso según zonas o periodos temporales de cada Comunidad Autónoma, tanto a fórmulas de gestión directas como indirectas. Lo habitual es que el servicio sea prestado directamente a través de órganos sin personalidad jurídica. No obstante, se han creado entidades con personalidad jurídico-pública, sometidas con carácter general, bien al Derecho público o al privado o con un régimen especial, y entidades con personalidad jurídico-privada, pero vinculadas o dependientes de la Administración, que se remiten con carácter general a las normas de Derecho privado. También es frecuente que se recurra a modos indirectos de gestión, especialmente a los conciertos y convenios singulares de vinculación previstos en la LGS, cuyo régimen propio subsiste, y que en algunas Comunidades Autónomas quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP en tanto se articulan como instrumentos no contractuales (acción concertada). En estas últimas fórmulas se celebran contratos de servicios a la ciudadanía y de concesión de servicios, según la asunción o no del riesgo operacional, que rememoran el régimen del hoy desaparecido contrato de gestión de servicios públicos cuya normativa sigue rigiendo para los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la

LCSP, que son aún la mayoría, creándose evidentes problemas para determinar la normativa exacta aplicable.

Por otra parte, para completar un cuadro realmente abigarrado, tenemos el régimen peculiar de las Mutualidades administrativas que suelen prestar la asistencia sanitaria a través de conciertos, a los que se le reconoce la naturaleza de contratos de concesión de servicios, con entidades públicas o privadas, y de las Mutuas Colaboradoras en las que se mezclan elementos públicos y privados, de manera igualmente delicada¹³⁰³.

TERCERA.- Todo este maremágnum organizativo, que repercute en el modo en que los particulares recibirán el servicio público, y que no es exclusivo del ámbito sanitario, aunque en él sin duda se manifiestan con carácter paradigmático rasgos extremos de confusión y novedad, se enmarca dentro del fenómeno general que viene siendo conocido como «huida del Derecho Administrativo». Bajo razones que se invocan de búsqueda de una mayor eficacia en la prestación del servicio, tiene la consecuencia de que se multiplican los regímenes jurídicos a aplicar, siendo realmente difícil saber exactamente cuál es el derecho aplicable en cada caso, lo que implica un gran riesgo para la seguridad jurídica y dificulta en grado apreciable el ejercicio por los particulares de sus derechos y la obtención de tutela para los mismos. La remisión a lo que dispongan sus normas de creación; la multiplicidad de entes con un régimen especial o propio; la sujeción al Derecho privado con la excepción de las normas de Derecho Administrativo que les resulten de aplicación sin concretar cuáles son, entre otros motivos, complican esta labor.

De igual modo, se corre el riesgo de que se eludan las garantías clásicas que prevé el Derecho público, por ejemplo, en materia de responsabilidad; o de que se esquite la normativa pública de contratación o se relajen los controles presupuestarios, contables y de régimen económico-financiero, lo que ha llevado en ocasiones a un despilfarro de los fondos públicos o a casos de corrupción (nepotismo, tráfico de influencias, prevalimiento por personas o grupos empresariales privados dada su cercanía a determinados ámbitos de decisión de los poderes públicos).

Sin embargo, en los últimos tiempos se observa un cierto «retorno al Derecho Administrativo» por parte del legislador, a veces impuesto desde el ámbito europeo, extendiendo a entidades del sector público que tienen, desde un punto de vista

¹³⁰³ Vid. Capítulo II.

estrictamente formal, naturaleza privada las normas de Derecho Administrativo y contemplando, en ciertos casos, la posibilidad de impugnar en vía administrativa las decisiones adoptadas por este tipo de entes, permitiendo con posterioridad el conocimiento jurisdiccional por el orden contencioso-administrativo. Son en buena medida manifestaciones de esto último que se comenta la regulación en la normativa pública de contratación de los actos separables de los contratos privados del sector público celebrados por personificaciones formalmente privadas y su régimen de impugnación; el sometimiento a la legislación sobre transparencia y acceso a la información pública o a las disposiciones de la LRJSP y la LPAC cuando ejerzan potestades administrativas, y en particular a los principios del art. 3 de la LRJSP, que son los que caracterizan el funcionamiento de las Administraciones Públicas.

CUARTA.- Con independencia de que el servicio sanitario sea prestado directa o indirectamente, será aplicable el régimen jurídico-público de responsabilidad derivado del art. 106.2 de la CE que parte de una noción objetiva de servicio público, poniendo el énfasis en que los daños sean consecuencia del funcionamiento del servicio público con independencia de la tipología de los entes encargados en cada caso concreto de la gestión. Lo contrario supondría que la Administración, en uso de su potestad de autoorganización, pudiera llegar a eludir esta garantía constitucional, produciendo consecuencias discriminatorias inadmisibles, teniendo en cuenta, además, que la forma en la que se presta el servicio en la mayoría de los casos viene impuesta al paciente, que, en algunos casos, incluso la desconoce. Ello ha de ser tenido siempre en cuenta, aunque en el ámbito sanitario, la elección del régimen de responsabilidad de Derecho público o privado no llegue, en principio, a tener consecuencias dramáticas dada la proximidad sustantiva que a la postre se da entre ambos regímenes: la Administración suele responder cuando el daño es consecuencia del funcionamiento anormal del servicio y existe una tendencia muy clara a la objetivación de los criterios de imputación de cualquier modalidad de responsabilidad, bien aplicando nociones de riesgos ordinarios, o extremando la noción de culpa exigible o restringiendo bastante la noción de prueba exoneratoria¹³⁰⁴.

QUINTA.- El análisis de la evolución legislativa revela la intención del legislador de concentrar el conocimiento de los litigios sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, también sanitaria, en el orden contencioso-administrativo, excluyendo

¹³⁰⁴ Vid. Capítulo IV y V.

en lo posible a los órdenes civil y social (hacemos abstracción de la competencia del orden penal, que tiene su lógica materia para supuestos gravísimos, ajenos a este estudio) (art. 9.4 de la LOPJ y art. 2.e) de la LJCA). Sin embargo, pese a estos intentos normativos, el principio de unidad jurisdiccional plena no se ha alcanzado: aún quedan numerosísimos supuestos conflictivos (responsabilidad de entes privados, concesionarios y contratistas, mutuas, aseguradoras, responsabilidad civil derivada de delito...) que generan enormes dudas en cuanto al orden jurisdiccional ante el que se ha de plantear la pretensión indemnizatoria, tras de qué pasos o actuaciones y, en su caso, conforme a qué normativa. A ello coadyuva, en el ámbito de la responsabilidad sanitaria pública, la derogación de la disposición adicional 12ª de la LRJPAC, que quiso terminar con la confusión reinante hasta aquel momento en esta materia, sin que se haya introducido una previsión del mismo tenor en la LRJSP y la LPAC. Es objetivo el riesgo de que se instaure de modo virulento el clima de gravísima inseguridad jurídica, ya conocido en otros tiempos, con profundísimas lesiones potenciales para los derechos de los ciudadanos¹³⁰⁵.

SEXTA.- Creemos necesario que se lleve a cabo una reforma normativa de la que se desprenda claramente que las reclamaciones por los daños causados por el funcionamiento de un servicio público, como es siempre la asistencia sanitaria en el marco del Sistema Nacional de Salud, incluso aunque sea en régimen de gestión indirecta o el pago de la indemnización esté cubierto por una póliza de seguro, deban seguir el procedimiento administrativo, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso, con la única salvedad de la responsabilidad penal y civil derivada de delito. Y todo ello acompañado de una unificación de la normativa sobre el fondo que haya de ser aplicada en todos estos casos.

De esta forma, se lograría una unificación en un triple plano: sustantivo, procedimental y jurisdiccional que permite dotar a los ciudadanos de las mismas garantías. Se articularía un sistema de reparto jurisdiccional claro, en el que no se desorienta al justiciable sobre el orden jurisdiccional competente ante el que plantear la reclamación indemnizatoria ni sobre el régimen jurídico aplicable, dotando al sistema de seguridad jurídica y preservando el derecho a la tutela judicial efectiva, valores estos

¹³⁰⁵ Vid. Capítulo I y III.

que deben prevalecer sobre el formal reparto de competencias entre los distintos órdenes jurisdiccionales¹³⁰⁶.

SÉPTIMA.- Entre los motivos que nos invitan a atribuir la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa destaca el que es la especializada en materia de responsabilidad administrativa. El régimen de responsabilidad patrimonial sanitaria requiere de unos criterios comunes en cuanto, por ejemplo, al criterio de la *lex artis*, la doctrina del daño desproporcionado, el consentimiento informado, lo atinente al plazo de prescripción, la valoración del *quatum* indemnizatorio, la aplicación de los intereses de demora... que será más fácil de lograr si los asuntos se someten todos ellos al conocimiento del mismo orden jurisdiccional. De este modo, la responsabilidad patrimonial en este ámbito crucial de la vida cumpliría con su papel de garantizar la indemnidad patrimonial del perjudicado pero también cumpliría de veras la función de servir de verdadero parámetro de control de la actividad administrativa, coadyuvando a fijar unos estándares razonables y uniformes que hay que exigir al funcionamiento del servicio público sanitario.

Además, permitiría resolver todas las cuestiones que se plantean en conexión con unos mismos hechos en un mismo proceso, sin necesidad de dividir la continencia de la causa ni de tener que multiplicar distintas reclamaciones ante diferentes jurisdicciones, lo que redundaría en beneficio de la tutela de los perjudicados pues evita el peregrinaje jurisdiccional y el riesgo de resoluciones judiciales contradictorias que perturben aún más el cuadro global de soluciones del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración.

A nuestro juicio, los beneficios que reporta esta solución no encuentran oposición bastante en los posibles inconvenientes que pueda plantear, como el hecho de que en la jurisdicción contencioso-administrativa, si bien plena, su carácter eminentemente revisor limita las pretensiones que se pueden deducir en vía judicial a las esgrimidas previamente en la vía administrativa, bajo el riesgo de inadmisión por desviación procesal. Debe notarse que en este ámbito la pretensión principal por la que se insta el procedimiento administrativo viene a coincidir sustancialmente con la que posteriormente va a plantearse en el proceso judicial: reclamación de los daños y perjuicios como consecuencia de la asistencia sanitaria recibida, afirmando la

¹³⁰⁶ Vid. Capítulo I.

jurisprudencia más reciente que es posible modificar la cuantía indemnizatoria en la vía judicial, siempre que responda a los mismos hechos y causa de pedir. Además, se pueden hacer valer motivos distintos a los alegados previamente ante la Administración, siempre con los límites de la desviación procesal, que comienza a recibir lecturas más espiritualistas también en el orden contencioso-administrativo. De otra parte, aunque es recurrente la afirmación de que los magistrados de lo contencioso-administrativo tienen, por lo general, una honda querencia a defender a la Administración, ha de poder partirse ya de la presuposición de que todos los jueces, también los del orden contencioso-administrativo, imparten justicia con imparcialidad, por lo que este argumento, que no deja de ser un prejuicio, no nos parece que tenga fuerza jurídica suficiente para evitar una unificación jurisdiccional, que es lo deseable primordialmente para el justiciable, y que entendemos donde mejor puede lograrse es en ese orden jurisdiccional. Más en una materia como la responsabilidad médico-sanitaria en que la resolución judicial estará en gran medida condicionada por los informes periciales y la historia clínica dada la falta de conocimientos médicos por el juez. Acaso lo que adicionalmente sea exigible es la introducción de algunas reformas procesales concretas que agilicen el tiempo medio de los procedimientos contencioso-administrativos, hoy con duración media superior a la media en que se resuelven los procedimientos civiles, y una profundización en las mentalidades de los magistrados de lo contencioso en su papel fundamental para reprimir cualquier comportamiento u omisión antijurídica de la Administración y garantizar los derechos de los ciudadanos.

OCTAVA.- La extraordinaria casuística, puesta ya de relieve, nos obliga en el momento actual a justificar en cada caso la competencia del orden contencioso-administrativo, teniendo en cuenta que, para delimitar la competencia de este orden jurisdiccional, se parte con carácter general de un criterio subjetivo, que lo hace depender de que el sujeto tenga la condición de Administración al margen de que haya actuado en relaciones de Derecho privado o público.

En nuestra propuesta, partimos de un criterio objetivo-material en el que lo determinante sea la función pública que se ha desempeñado en cada caso concreto: prestación del servicio público sanitario, con independencia de la naturaleza formalmente pública o privada del sujeto que la desarrolla en ese caso, lo cual en muchas ocasiones no deja de ser casi un azar, atribuible a meras conveniencias autoorganizativas internas de la Administración y por completo ignorado por el

ciudadano que ha sufrido los daños en la asistencia sanitaria. Entendemos que esta asignación jurisdiccional que propugnamos es coherente con el sometimiento al régimen jurídico-público de responsabilidad que impone la Constitución. Por otra parte, se legitima pasivamente a sujetos que, en principio, dada su naturaleza privada, deberían ser demandados en el orden civil, tal y como actualmente sucede los centros o personal sanitario privado que hayan concurrido a la producción del daño sanitario o con las aseguradoras, lo cual es uno de los ejemplos paradigmáticos en que mayores problemas prácticos se generan para los particulares afectados.

NOVENA.- Las reclamaciones de responsabilidad patrimonial cuando el servicio sanitario ha sido prestado por organismos y entidades con personalidad jurídico-pública (organismos autónomos, entes o entidades de derecho público, agencias públicas empresariales, consorcios o fundaciones públicas sanitarias), se ventilarán en el orden contencioso-administrativo previa tramitación de la consiguiente vía administrativa, con independencia de que estén sujetos con carácter general al Derecho público, al Derecho privado o de que estén dotados de un régimen especial. Así lo determina su condición de Administración Pública en cuanto se trata de entidades de derecho público vinculadas o dependientes de la Administración sanitaria que las crea, delimita sus fines, nombra a sus directivos... (art.2.2.a) de la LPAC y la LRJSP y art. 1.2.d) de la LJCA).

Esto es así incluso en los consorcios, pues la obligatoria adscripción a la Administración sanitaria responsable de la gestión del servicio refuerza su carácter instrumental. Creemos que, aunque en otros ámbitos la cuestión sigue siendo discutida (es el caso, por ejemplo, de las reclamaciones frente a RENFE), en el sanitario lo confirman las normas de creación y los estatutos de tales entes, que se remiten al régimen de responsabilidad patrimonial derivado de la LRJSP y la LPAC. A ello se suma que en algunos casos la competencia para resolver el procedimiento recae sobre la Administración matriz, normalmente la Consejería competente en materia de salud, frente a la que se interpondrá el recurso en el orden contencioso-administrativo (art. 9.4 de la LOPJ y art. 1.1 de la LJCA) y, junto a ella, normalmente también frente al ente instrumental (artículos 21.1.a) y b) de la LJCA), en régimen de codemanda¹³⁰⁷.

¹³⁰⁷ Vid. Capítulo IV, apartado 2.

DÉCIMA.- Las sociedades de capital exclusiva y mayoritariamente público y las fundaciones del sector público sanitario dependientes de la Administración se encuentran sometidas también al régimen de responsabilidad previsto en la LRJSP y la LPAC, correspondiendo la revisión jurisdiccional de los supuestos dañosos que ocasionen en su actividad en el ámbito sanitario al orden contencioso-administrativo. La derogación de la disposición adicional 12ª de la LRJPAC no genera ninguna duda en ello, sin que sea necesario recurrir a expedientes jurisprudenciales tales como la doctrina del levantamiento del velo, la relación de instrumentalidad o la titularidad pública del servicio para llegar a tal conclusión.

De la legislación positiva resulta hoy su inclusión en el ámbito de aplicación de la LRJSP y la LPAC en cuanto se trata de entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de la Administración: son creadas por la Administración sanitaria que las dota de su patrimonio; ostenta la dirección y el control efectivo sobre la entidad, ya que nombra a los miembros de sus órganos directivos; suelen tener la condición de medio propio de la Administración... Incluso en aquellas en que la participación de la Administración no es exclusiva, ésta ostenta el control sobre la entidad, casi siempre a través de la participación mayoritaria en su capital o patrimonio fundacional o por poseer la mayoría de los derechos de voto, lo que revela su dependencia respecto de esa Administración. Aunque no tienen la condición de Administración, su pertenencia al llamado «sector público» determina su sujeción a las normas de la LRJSP y la LPAC en lo que específicamente se refieran a las mismas y, en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas (art. 2.2.b) de la LRJSP y la LPAC).

Dando una interpretación amplia al concepto de potestades administrativas como funciones públicas podría tener cabida esta modalidad de prestación del servicio público sanitario, de donde se derivaría como consecuencia lógica la sumisión al régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y al procedimiento administrativo. Sin embargo, se advierten las dificultades de esta interpretación en cuanto en sentido estricto difícilmente se puede afirmar que la prestación del servicio público sanitario conlleve necesariamente el ejercicio de potestades administrativas (imposición unilateral, posición de supremacía...), a lo que se añade que algunas normas prohíben a las fundaciones privadas del sector público el ejercicio de potestades públicas. Por otra parte, se observa otro posible inconveniente, que debería ser corregido por el legislador: debiendo corresponder a los órganos de la jurisdicción

contencioso-administrativa la competencia para controlar los actos de las entidades de derecho privado en el ejercicio sustantivo de potestades administrativas, no se ha llevado a cabo aún la oportuna modificación de la LJCA para permitir una inclusión expresa, y sería difícil su encaje dentro del supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, al no tener estos entes tal condición a efectos de la norma procesal.

No obstante, a la conclusión que propugno se puede llegar tras la introducción del art. 35 de la LRJSP, que, en ese intento de retorno al Derecho Administrativo y en consonancia con los principios constitucionales, extiende el régimen de responsabilidad patrimonial derivado de los artículos 32 y ss de la LRJSP a las entidades privadas del sector público a través de las cuales actúa la Administración, entre las que ya hemos visto se encuentran las sociedades mercantiles y fundaciones sanitarias, en tanto que se aprecie un suficiente grado de dependencia respecto de la Administración Pública que las controla. Aunque la norma parece referirse a los casos en que actúen en relaciones de Derecho privado, con mayor razón se deberá aplicar cuando prestan un servicio público como el sanitario. Esto es lo único que nos resulta claro de esta disposición extremadamente confusa con la que el legislador ha querido decir demasiadas cosas, equiparando supuestos que nada tienen que ver entre sí. Se debería volver a redactar con una mayor precisión léxica y manteniendo el loable principio de contener algunos excesos a que se llega con las técnicas de la bien conocida «huida del Derecho Administrativo».

Por lo demás, el precepto parece admitir que la responsabilidad en estos casos pueda exigirse a la Administración matriz o de tutela, en una suerte de levantamiento del velo legal, que ya venía siendo acogido por la jurisprudencia, y que permite al propio tiempo que sea el orden contencioso-administrativo el que conozca de la reclamación, tras agotarse la vía administrativa previa.

De forma alternativa, reconoce la norma la posibilidad de exigir directamente la responsabilidad a la entidad de derecho privado, pero, en cuanto a esta teórica posibilidad, sin concretar si debiera seguirse una vía administrativa previa, ni identificar al orden jurisdiccional competente para ello. Entendemos que el sometimiento de las entidades instrumentales de derecho privado a las reglas y principios propios de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha de tener como efecto que sea exigible con arreglo al mismo procedimiento que para aquéllas dispone la

LPAC, teniendo en cuenta además que entran dentro del ámbito de aplicación de esta norma. No parece que sea voluntad del legislador atribuir la competencia para resolver y tramitar las reclamaciones a las propias entidades privadas, por cuanto el art. 92 de la LPAC no contiene una previsión similar a la que sí está recogida para las entidades de derecho público. Aunque algunos autores no ven ningún impedimento para que así fuese en cuanto se trataría de un supuesto de ejercicio de potestades administrativas al que alude el art. 2.2.b) de la LRJSP y la LPAC, esta solución estaría cubierta de múltiples interrogantes que carecen de una respuesta normativa: no se aclara cuál sería la naturaleza jurídica de la resolución, ni el sentido del silencio, ni si habría sujeción al régimen general de los recursos administrativos, ni si con posterioridad el justiciable lesionado habría de ir a la jurisdicción ordinaria o, por el contrario, formular un recurso en el orden contencioso-administrativo, lo que requeriría de una previsión expresa en la LJCA, como ocurre con los concesionarios de servicios públicos. En principio, siendo sujetos formalmente de Derecho privado, la competencia habría de corresponder al orden civil (art. 1 de la LJCA). A todo ello se suma la prohibición que aparece en algunas normas de que estas fundaciones puedan ejercitar potestades públicas.

Estimo que, ante la falta de una norma clara que permita sostener otra postura, la solución más adecuada sería presentar una reclamación administrativa previa ante la Administración matriz o de tutela (normalmente la Consejería competente en materia de salud o el servicio autonómico de salud), en cuyo seno podrá también exigirse la responsabilidad solidaria de la entidad de derecho privado. De esta forma se defiende el conocimiento al orden contencioso-administrativo removiendo el posible obstáculo del ámbito subjetivo de la competencia de esta jurisdicción (art.9.4 de la LOPJ, artículos 1.1 y 2.e) de la LJCA).

En toda esta cuestión subyace la idea de que la personificación privada no puede alzarse como telón de acero para, en huida del Derecho Administrativo, eludir el régimen público de responsabilidad y la competencia del orden contencioso-administrativo cuando el daño es consecuencia del funcionamiento de un servicio público que realmente está siendo prestado por la Administración, aunque para ello se valga de la creación formal de una sociedad o fundación. De ahí que aunque en sentido estricto no sean Administraciones Públicas, en sentido lato se les concibe como tales a estos efectos sometiéndolas a las reglas materiales y procesales propias de la responsabilidad patrimonial, prescindiendo de su naturaleza privada, que en la gran

mayoría de ocasiones es sólo un instrumento meramente formal. Se limita así la huida del Derecho Administrativo y se asegura a los pacientes un tratamiento común frente al problema de los daños sufridos con ocasión de recibir las atenciones sanitarias públicas¹³⁰⁸.

UNDÉCIMA.- La concreción del sujeto responsable, el régimen aplicable y el cauce procesal para exigir la responsabilidad cuando el servicio público es gestionado de forma indirecta siguen sin tener una respuesta adecuada por parte del legislador. Éste ha desaprovechado la oportunidad brindada por la elaboración y entrada en vigor de las LPAC, LRJSP y LCSP. Ello hace que se convierta en un tema de una extraordinaria casuística jurisprudencial y doctrinal, generador de gran inseguridad jurídica, hasta el punto de que dentro de la propia jurisprudencia o de la doctrina de los distintos Consejos Consultivos se sostienen diferentes posturas según estemos ante concesionarios o contratistas en general, que presten asistencia sanitaria, o se trate de Mutualidades administrativas.

Ante el perjudicado se presenta un panorama de extraordinaria confusión que habría de requerir, a nuestro juicio, de una especial atención por parte del legislador. Cuando el daño era causado por el gestor indirecto del servicio sanitario (centro concertado, concesionario...), con la disposición adicional 12ª de la LRJPAC no había duda ni de la sujeción al régimen de responsabilidad jurídico-administrativo ni del monopolio del orden contencioso-administrativo, previa tramitación de la vía administrativa. La legitimación pasiva de la Administración provocaba que en prácticamente todos los casos se le hiciera directamente responsable y quedara obligada al pago de la indemnización, sin perjuicio de la posterior acción de regreso frente al concesionario o contratista cuando el daño no fuera imputable a la Administración. A pesar de que algunos tribunales siguen aplicando este mismo régimen como si la citada disposición no hubiera desaparecido, su derogación trasladará probablemente a un ámbito tan sensible como el sanitario, la problemática que se suscita con relación a los concesionarios y contratistas en general. Así se empieza a vislumbrar ya en algunos pronunciamientos jurisprudenciales.

A nuestro parecer, como ya hemos puesto de relieve, el hecho de que los concesionarios y contratistas presten un servicio público como es el sanitario, aconseja

¹³⁰⁸ Vid. Capítulo IV, apartado 3.

aplicarles el régimen jurídico-público de responsabilidad, lo que no implica que sea la Administración la que deba responder en todo caso, como se propugna desde algunos sectores. Los concesionarios y contratistas no están integrados en la organización administrativa, son sujetos privados e independientes que conservan libertad para organizar su empresa, elegir a sus trabajadores, las instalaciones, los suministradores de material..., cuya intervención puede romper el nexo causal y exonerar, de ese modo, de responsabilidad a la Administración. De lo contrario, se puede correr el riesgo de convertir a la Administración en una aseguradora universal. Del art. 196 de la LCSP se desprende, como regla general, que los concesionarios y contratistas serán responsables de los daños causados a terceros como consecuencia de la ejecución del contrato salvo que sean imputables a la Administración por: ser consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración (por ejemplo, cuando el centro concertado realiza la prestación prescrita en un diagnóstico erróneo previo de un centro de salud público); o por ser consecuencia de la omisión o deficiente ejercicio por la Administración de los poderes de inspección, vigilancia y control sobre el gestor indirecto del servicio sanitario público (*culpa in vigilando*), aunque éste se trata de un supuesto muy marginal y discutible, no previsto legalmente, y que difícilmente puede comprenderse como de exoneración completa y radical de toda imputabilidad al contratista o concesionario. El hecho de que provengan de vicios del proyecto o en virtud del ejercicio de facultades de policía delegadas no tienen cabida en el ámbito sanitario.

Que no hayan de imputarse los daños en cualquier caso a la Administración tampoco ha de significar que deba excluirse su responsabilidad en todo caso, hasta el punto de que el perjudicado vea frustrado su derecho a obtener una indemnización cuando existen razones de justicia material que justifican atribuir a la Administración el deber de reparar el daño, en cuanto garante de la indemnidad patrimonial del perjudicado y titular del servicio público sanitario. Así entendemos que, como viene haciendo la jurisprudencia, debe suceder cuando la Administración no resuelve de forma expresa el requerimiento o la reclamación (desestimación por silencio) o se limita a declarar su irresponsabilidad sin pronunciarse sobre si corresponde al concesionario o contratista. Todo ello, claro está, sin perjuicio de la posibilidad que tiene la Administración condenada de repetir posteriormente frente al centro que llevó a cabo la gestión indirecta del servicio público si hubiere mérito para ello. Estos mismos argumentos aconsejan configurar la responsabilidad subsidiaria de la Administración

ante la posible insolvencia del concesionario o contratista, aunque este riesgo se ve atenuado en el ámbito sanitario por la habitual obligación de suscribir un seguro de responsabilidad civil impuesta a los colaboradores privados encargados de la gestión del servicio.

El precepto no concreta, sin embargo, el cauce procesal idóneo para exigir la responsabilidad en estos casos, limitándose a remitir a la legislación aplicable en cada supuesto. En nuestra opinión, de la normativa actual resulta un sistema de dualidad jurisdiccional que se hace depender del sujeto responsable. Si el daño se considera imputable a la Administración, se deberá seguir el procedimiento administrativo, con audiencia al contratista (artículos 32.9 de la LRJSP y 82.5 de la LPAC), cuya resolución es impugnabile en la jurisdicción contencioso-administrativa. Si la acción se dirige exclusivamente frente al contratista o el concesionario la competencia corresponderá a la jurisdicción civil, en cuanto se trata de sujetos privados y no se combate una actuación administrativa ni se demanda a la Administración. La conclusión es distinta si se reclama a ambos, y en su caso a las compañías aseguradoras, pues entonces será competente el orden contencioso-administrativo (art. 9.4 de la LOPJ y art. 2.e) LJCA), que resolverá incluso cuando se excluya la responsabilidad de la Administración por no serle imputable el daño. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de instar el requerimiento previo con objeto de conocer a cuál de las partes corresponde la responsabilidad de los daños y en consecuencia el orden jurisdiccional ante el que se debe plantear la demanda. Nada impide, además, que se pueda ejercitar acción directa contra la aseguradora de la Administración (aunque al respecto hay discusión) o del contratista en el orden civil.

Este modelo de funcionamiento no nos parece satisfactorio. Puede inducir a error sobre la vía procesal adecuada para instar la reclamación, pues el ciudadano puede desconocer que el servicio se está prestando en régimen indirecto o conociéndolo, ignore o yerre sobre quién es el sujeto responsable. La elección de la vía equivocada puede abocarlo a un peregrinaje jurisdiccional con el consiguiente retraso en la reparación del daño y el perjuicio para el derecho a la tutela judicial efectiva, así como a errores en la fundamentación exacta de la reclamación o demanda, o el riesgo de prescripción, aunque en la actualidad dada la confusión reinante se suele entender interrumpido el plazo de prescripción. Así sucedería, por ejemplo, si la reclamación administrativa es desestimada por entenderse que el daño es imputable a un centro

concertado y se reconduce al perjudicado, que habría seguido un procedimiento inútil, a la jurisdicción civil. La posibilidad de plantear el requerimiento previo no salva tampoco de todos estos problemas dada la actitud que suele manifestar la Administración (no resuelve o se limita a declarar su irresponsabilidad), y dadas las dudas que suscita su aplicación: al no tener carácter vinculante es posible que el órgano de contratación determine que la responsabilidad es del contratista correspondiéndole a la Administración por lo que el tercero vería rechazada su pretensión en el orden civil, debiendo iniciar un nuevo proceso en la vía administrativa y contencioso-administrativa; o que en el requerimiento se reconozca la imputabilidad del daño a la Administración y en el orden civil se haya condenado a pagar una indemnización al contratista. A esto se suman las tensiones que puede generar con el régimen sustantivo aplicable que en la práctica va en gran medida conectado al orden jurisdiccional competente que conozca del asunto.

La consecuencia será una nueva quiebra de la pretendida unidad jurisdiccional y de régimen jurídico cuando los daños son causados por un centro concertado, concesionario o contratista del servicio público sanitario, que tiene un claro antecedente en las Mutualidades administrativas.

No parece razonable que el régimen jurídico y el cauce para reclamar los daños sean diferentes y se hagan depender de la forma de gestionar el servicio adoptada unilateralmente por la Administración y que viene impuesta al paciente (en función, por ejemplo, de la zona de residencia), sobre el que se hace recaer la obligación de indagar quién es el sujeto responsable para no errar en la estrategia procesal. En nuestra opinión, este régimen no es plenamente acorde con la garantía de indemnidad patrimonial prevista en el art. 106.2 de la CE, hallándonos, como estamos, ante daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario.

Por eso, la solución debe ir, en mi opinión, para todos los contratistas y concesionarios de servicios públicos, incluyendo los sanitarios, por la vía de introducir un régimen similar al previsto en el art. 123 de la LEF, art. 134 del RGCE y Ley de garantía de calidad de los servicios gallega. El perjudicado, con independencia de que los daños sean, en principio, imputables a la Administración o al concesionario o contratista, o a ambos, deberá incoar, en todo caso, el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial previsto en la LPAC en el que la Administración resolverá, previa audiencia al contratista, sobre la procedencia de la indemnización, cuantía y

quién debe abonarla por ser el responsable. La resolución, que es vinculante, dejará abierta la vía contencioso-administrativa tanto para el perjudicado como para el concesionario o contratista en caso de disconformidad. Pero ello sin perjuicio de que se pueda proceder por la Administración a la ejecución forzosa en caso de que el concesionario o contratista, declarado responsable, no abone la indemnización cuyo pago se le ordena, salvo que se hubiera suspendido la ejecución del acto, lo que es poco frecuente dada las dificultades para apreciar que concurren las causas de suspensión en estos casos. Si la Administración incumple el deber de resolver la reclamación, se ha de entender que asume la responsabilidad si concurren el resto de presupuestos, sin perjuicio de la posterior acción de repetición frente al concesionario o contratista para los casos en que la Administración lograra acreditar posteriormente (pero habiendo quedado ya indemne el ciudadano) que eran imputables a esas entidades.

En la solución que propugno se debería eliminar el requerimiento previo, que carecería de utilidad, y la posibilidad de ejercitar acciones civiles frente al contratista, que aunque permitiría eludir los tediosos trámites administrativos obteniendo una respuesta probablemente más rápida, es lo que mantiene los graves problemas derivados del posible peregrinaje jurisdiccional, y otros riesgos procesales que ya han sido comentados, con grave lesión, en algunos casos concretos, para los ciudadanos.

A pesar de que tampoco esta propuesta que formulo está exenta de inconvenientes, nos parece la más satisfactoria puesto que no convertiría a la Administración en aseguradora universal de todos los daños; concordaría con el sometimiento unificado al régimen público de responsabilidad; se simplificaría el procedimiento para el perjudicado, que vería reparado el daño dirigiendo la reclamación a la Administración sin tener que indagar quién es el sujeto responsable, articulando un sistema de reparto jurisdiccional fácilmente aprehensible y operativo en la práctica; posibilitaría apreciar la responsabilidad subsidiaria de la Administración en caso de insolvencia del contratista; permitiría resolver en una misma jurisdicción y proceso todas las cuestiones relativas a todos los sujetos implicados -con respeto a las reglas de acumulación y de codemanda que sean pertinentes-: Administración, contratistas y, en su caso, aseguradoras, y perjudicados, eliminando el riesgo de resoluciones judiciales contradictorias y aplicándose los mismos estándares de funcionamiento al servicio público. Todo ello

redundaría en beneficio del principio de seguridad jurídica y de igualdad pues se dotaría a todos los ciudadanos lesionados de las mismas garantías¹³⁰⁹.

El riesgo de desviación procesal que podría producirse por el hecho de que en la vía administrativa se reclame únicamente a la Administración y en la contencioso-administrativa se pudiera plantear la pretensión también frente al concesionario o contratista quedaría salvado porque en nuestra propuesta es la propia legislación la que requiere un pronunciamiento previo de la Administración sobre la procedencia de la responsabilidad, sujeto y cuantía. Por tanto, habiendo sido resuelto que la responsabilidad es del concesionario o contratista, ello habilita de forma directa la reclamación en el orden contencioso frente a los mismos. El posible defecto sería subsanado por la propia Administración, y entendemos que claramente así lo justifican los principios de buena fe y confianza legítima, y los principios propios del procedimiento administrativo, como ocurre señaladamente con el conocido como principio del impulso de oficio, tal y como se corrobora en la jurisprudencia actual.

DUODÉCIMA.- El régimen de las Mutualidades administrativas ha supuesto siempre una excepción al criterio uniforme que se mantenía para reclamar los daños por la asistencia sanitaria prestada por un contratista o concesionario.

Se haya optado por recibir la asistencia sanitaria a través de una entidad sanitaria pública o privada, entendemos que no cabe imputar los daños a la Mutualidad administrativa, por cuanto, al tener los conciertos la naturaleza de contrato de concesión de servicios (con anterioridad, contrato de gestión de servicios públicos), resulta aplicable el régimen ya expuesto que deriva del art. 196 de la LCSP, aunque otra sea la jurisprudencia del TS¹³¹⁰. La Mutualidad garantiza la asistencia sanitaria mediante la celebración del concierto, limitándose a la cobertura económica, pero en ningún caso presta el servicio sanitario ni imparte instrucciones en cuanto a la naturaleza, forma o alcance de la asistencia, por lo que difícilmente se le podrá imputar el daño por ser consecuencia inmediata y directa de una orden o actuación suya. La responsabilidad recaerá sobre la aseguradora privada, y en su caso, sobre los responsables de los centros y facultativos. De todo ello algunos tribunales infieren automáticamente la aplicación del régimen de responsabilidad del CC a estos casos. Sin embargo, si el particular

¹³⁰⁹ Vid. Capítulo V, apartados 3 y 4.

¹³¹⁰ Vid. Capítulo V, apartados 5.2 y 5.3.

hubiese elegido el sistema sanitario público, se aplicaría el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración.

La supresión de la disposición adicional 12ª de la LRJPAC que brindaba un importante apoyo a favor de la unidad de fuero puede venir a confirmar la tendencia a la dualidad jurisdiccional existente con anterioridad en este ámbito en el que se suele admitir, como en el resto de concesiones de servicios públicos, la demanda civil frente a la entidad aseguradora, sus centros y sus facultativos en cuanto se trata de sujetos privados. No obstante, es frecuente en la práctica que el perjudicado acumule en la jurisdicción contencioso-administrativa el recurso frente a la desestimación de la reclamación por la Mutualidad y la pretensión indemnizatoria frente a la entidad aseguradora, centro y/o los facultativos de la misma, pudiendo pronunciarse los Tribunales de lo contencioso-administrativo sobre la responsabilidad de éstos, aunque se excluya la del organismo público. Así lo permiten los artículos. 9.4 de la LOPJ y 2.e) de la LJCA que garantizan la unidad de jurisdicción cuando junto a la Administración son demandados sujetos privados, evitando la ruptura de la continencia de la causa y el peregrinaje jurisdiccional. Por el contrario, si en la demanda contencioso-administrativa no se contiene ninguna petición de condena frente a la entidad aseguradora, centro y/o facultativos, habrá de instarse con posterioridad el correspondiente proceso civil para conseguir en su seno el consiguiente pronunciamiento condenatorio.

Ahora bien, si el mutualista ha optado por recibir la asistencia sanitaria a través del sistema sanitario público, la competencia corresponderá en todo caso a la jurisdicción contencioso-administrativa previa tramitación del correspondiente procedimiento, con los matices ya expuestos en conclusiones anteriores según la forma de gestionar el servicio.

Es, por tanto, muy clara la necesidad que existe de fijar un criterio claro sobre la materia, con el que los interesados puedan conocer la naturaleza de su derecho y el cauce a través del cual formular la reclamación, ya que en la mayoría de las ocasiones deambula, primero, ante las Mutualidades públicas y, después, ante la jurisdicción contencioso-administrativa y civil, lo que genera situaciones indeseables no del todo compatibles con el derecho a la tutela judicial efectiva. Las peculiaridades propias que presenta el régimen del Mutualismo administrativo nos podrían llevar a defender que las reclamaciones, cuando se ha optado por recibir la asistencia sanitaria a través de una entidad concertada, se articulen a través de la vía civil, apartándonos de lo que hemos

defendido para el resto de casos (por ejemplo, el mutualista no ignora que el servicio le está siendo prestado por un sujeto privado ya que es él mismo quien lo elige voluntariamente o la mutualidad no realiza ninguna intervención en la actuación sanitaria, por lo que difícilmente le podrá ser imputable el daño). Sin embargo, esta posibilidad se vería ensombrecida porque conduciría probablemente a aplicar un régimen sustantivo de responsabilidad distinto del generalmente aplicable al funcionamiento de un servicio público como sería el sanitario. El régimen variaría pues si el particular opta por recibir la asistencia sanitaria directamente por la Mutualidad, por el INSS (público), o a través de la entidad concertada (privado), algo con lo que no estamos de acuerdo¹³¹¹.

DECIMOTERCERA.- Los conciertos sanitarios y los convenios singulares de vinculación que no tienen naturaleza contractual quedan excluidos del sistema previsto en el art. 196 de la LCSP. En la mayoría de ellos se admite que la Administración sanitaria satisfaga el pago de la indemnización, sin perjuicio de la acción de regreso frente al Hospital cuando a éste le sea imputable el daño (en algunos casos, se prevé el descuento en la facturación), y se impone la suscripción de un seguro de responsabilidad civil que cubra los eventuales daños que genere la actividad sanitaria. En algunos de estos convenios se contempla expresamente que la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento del servicio público sanitario objeto del convenio, se tramite conforme a lo previsto en la LPAC y la LRJSP, siendo la resolución administrativa impugnabile en el orden contencioso-administrativo. Con los mismos argumentos que hemos expuesto para los contratistas y concesionarios, no vemos inconveniente en que se configure un sistema de responsabilidad similar al de éstos, por cuanto su exclusión de la normativa de contratación pública parte de otros aspectos, como las diferencias en cuanto al procedimiento de selección o a su carácter no competitivo, en los que hay total ajenidad para el ciudadano, y que responden exclusivamente a ventajas organizativas de la propia Administración Pública¹³¹².

DECIMOCUARTA.- En relación con la responsabilidad de las Mutuas Colaboradoras que prestan la asistencia sanitaria normalmente tras haberse sufrido un accidente de trabajo o enfermedad profesional, su naturaleza privada no ha sido obstáculo para que pudiera exigirse su responsabilidad conforme al régimen jurídico de

¹³¹¹ Vid. Capítulo V, apartado 5.

¹³¹² Vid. Capítulo V, apartado 4.

responsabilidad administrativo en el orden contencioso-administrativo, previa tramitación de la vía administrativa, toda vez que prestan un servicio público por cuenta del SNS.

En nuestra opinión, ningún cambio ha supuesto la aprobación del nuevo sistema de reclamaciones previsto en el TRLGSS que extiende la competencia de la jurisdicción social al conocimiento de las reclamaciones de carácter indemnizatorio fundamentadas en las prestaciones de la Seguridad Social objeto de colaboración. Siguiendo a la Sala de Conflictos del TS, el precepto se refiere *«a las indemnizaciones que, en concepto de prestaciones de seguridad social y con tal naturaleza jurídica, deben abonar las Mutuas a los beneficiarios si les corresponde asumir su pago»*, no a la reclamación que en concepto de responsabilidad civil pudiera exigirse por la defectuosa asistencia sanitaria. Asimismo, esta atribución competencial se realiza de conformidad con lo establecido en la LJS en cuyo art. 3.g) excluye de su conocimiento las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por la asistencia sanitaria prestada en el marco del SNS.

Descartada la competencia del orden social y ante la falta de atribución legal expresa al orden contencioso-administrativo, tras la derogación de la disposición adicional 12ª, podrían plantearse conflictos de competencia con el orden civil, dada la naturaleza privada de las Mutuas que no tienen la condición de Administración. Parece en efecto difícil su integración en el ámbito subjetivo de la LRJSP y la LPAC, que no las menciona expresamente ni parece que puedan considerarse como entidades privadas vinculadas o dependientes de una Administración, aunque el art.80.4 del TRLGSS las integre en el *«sector público estatal de carácter administrativo»* por las funciones que realiza y los recursos que gestiona. La dificultad para concretar el orden jurisdiccional competente, pone de relieve, una vez más, la tensión derivada de la especial naturaleza jurídica de las Mutuas donde confluyen elementos públicos y privados.

Ante esta situación, el legislador debería llevar a cabo la oportuna reforma legal que profundice en la *«administrativización»* del régimen de responsabilidad de las Mutuas por la deficiente asistencia sanitaria prestada, en línea con lo que previó en su momento la disposición adicional 12ª de la LRJPAC, y aclare cuál es el órgano competente para tramitar y resolver las reclamaciones. Las Mutuas están penetradas por numerosos elementos públicos, que matizan su naturaleza privada y que justifican, a mi parecer, que se atribuya el conocimiento de este tipo de reclamaciones al orden contencioso-administrativo, previa tramitación del correspondiente procedimiento. Principalmente,

las Mutuas prestan el servicio sanitario público por cuenta de SNS, con el mismo alcance que los centros u hospitales públicos. Pertenecen al sector público según la naturaleza pública de sus funciones y los recursos públicos que gestionan (su patrimonio, salvo el histórico, forma parte del patrimonio de la Seguridad Social, por ejemplo), entre otros elementos. Se evitaría, así, además, otro supuesto más de un posible peregrinaje jurisdiccional y de eventuales casos de ruptura del régimen y de la unidad de fuero según los daños tengan su origen en la asistencia sanitaria recibida por contingencias comunes o por un accidente de trabajo o enfermedad profesional, cuando la empresa haya optado por esta forma de colaboración¹³¹³.

DECIMOQUINTA.- La habitual suscripción por la Administración de contratos de seguros de responsabilidad civil/patrimonial que cubran los daños ocasionados por la asistencia sanitaria pone de relieve las dificultades de conjugar la normativa propia de los contratos de seguro (aplicable al ser un contrato privado) con el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Se trata de conectar normas que no han sido concebidas para ser aplicadas de forma conjunta ni tienen en cuenta que la aseguradora sea una Administración, lo que demanda una respuesta legal clara por parte del legislador.

Del régimen vigente, cuando los daños están asegurados, se desprende un sistema de libre opción para el perjudicado, que podrá elegir entre la vía contencioso-administrativa o la civil, o incluso la penal si no hay reserva de la acción de responsabilidad civil derivada de delito. Será competente el orden contencioso-administrativo tanto cuando se accione conjuntamente frente a la aseguradora y la Administración, pudiéndose condenar a ambas en la sentencia; como cuando se reclame exclusivamente frente a la Administración, caso en que, bajo riesgo de caerse en incongruencia extra petitum, no podrá condenarse a la aseguradora, aunque se hubiera personado en el proceso, por no haberse dirigido frente a ella la acción. Si el siniestro está cubierto por la póliza, podrá intervenir la aseguradora como interesada en el procedimiento administrativo previo en cuanto le puede afectar la resolución lo que, aunque podemos deducirlo de la legislación, debería preverse expresamente. También podrá adoptar una postura activa, impugnando la resolución administrativa que recayere en el procedimiento y que le aboca a abonar la indemnización.

¹³¹³ Vid. Capítulo VI.

En la práctica, sin embargo, lo más frecuente es que el particular ejercite la acción directa del art. 76 de la LCS única y exclusivamente frente a la compañía aseguradora, dada la autonomía e independencia que la caracteriza. Esta acción se ventilará en el orden civil al ser la aseguradora un sujeto privado y tratarse de un conflicto entre particulares que no encaja en el supuesto de hecho de los artículos 9.4 de la LOPJ, 2.e) y 21.1.c) de la LJCA, referidos a la hipótesis en que se acciona conjuntamente frente a la Administración y la aseguradora. El problema de que el orden civil se pronuncie sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración viene resuelto a través de la técnica de la prejudicialidad.

Se trata ésta de una de las principales vías de huida de la competencia exclusiva y excluyente del orden contencioso-administrativo, de la que se deriva una ingente problemática práctica. A mero título de ejemplo: la posibilidad de reclamar de forma simultánea en el orden civil, administrativo y contencioso-administrativo; la posible vinculación de lo resuelto en el procedimiento administrativo y contencioso-administrativo en el posterior proceso civil, y a la inversa; la falta de una reparación íntegra del daño ante la existencia de franquicias o infraseguros, frecuentes en las pólizas de seguro de responsabilidad sanitaria, que obligue al perjudicado a iniciar un posterior procedimiento administrativo o contencioso con el consiguiente dispendio de tiempo y dinero, y el riesgo de prescripción y de resoluciones contradictorias; la diversa interpretación en torno a las causas que justifican la falta de pago de la indemnización para no ser condenada la entidad aseguradora a los intereses de demora del art. 20 de la LCS, más restrictiva en el orden civil que en el contencioso-administrativo...

A pesar de que del art. 35 de la LRJSP parece desprenderse que incluso aunque se ejercite la acción directa contra la aseguradora, la responsabilidad patrimonial de la Administración se deberá dilucidar en el correspondiente procedimiento administrativo y ante la jurisdicción contencioso-administrativa, su ubicación y las variadas interpretaciones a las que se presta esta norma (como así lo demuestran los pronunciamientos judiciales), dado los confusos términos en los que está redactada, no nos parecen apoyo legal suficiente que vayan a impedir que se siga planteando la acción directa en el orden civil negando autonomía procesal a un derecho sustantivo considerado elemento medular del contrato de seguro: sólo va referido a la responsabilidad surgida en relaciones de Derecho privado; se remite únicamente a los

aspectos sustantivos, la aseguradora no se incluye en el ámbito de aplicación de la LPAC... De la norma lo único que resulta claro es que aun cuando la acción se dirija exclusivamente frente a la aseguradora, la responsabilidad patrimonial de la Administración se juzgará bajo los parámetros propios del Derecho Administrativo, como ya venía sosteniendo la jurisprudencia.

Aunque ninguna de las diversas soluciones que se han sugerido nos parecen plenamente satisfactoria puesto que todas plantean problemas y suponen que un orden jurisdiccional se pronuncie sobre cuestiones que naturalmente no forman parte de su ámbito competencial (el orden civil sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, y el orden contencioso-administrativo sobre el contrato de seguro), entendemos, en línea con la intención del legislador, que debería establecerse una suerte de litisconsorcio pasivo necesario entre la Administración sanitaria y la aseguradora, al modo en que está previsto en la legislación italiana. De tal forma que, si se quiere ejercitar la acción frente a la aseguradora, se deba reclamar juntamente a la Administración en el orden contencioso-administrativo, previa tramitación del correspondiente procedimiento administrativo en el que la aseguradora habría de tener necesariamente una posición activa, como ya se viene garantizando en las pólizas de seguros de responsabilidad patrimonial sanitaria con las Comisiones de Seguimiento. Ahora bien, ello no impide que se pueda dirigir la acción únicamente frente a la Administración. Para que eso pueda ocurrir el legislador debería llevar a cabo una redacción más cuidada en este sentido a través de la modificación de la LRJSP y la LPAC; aprobando un régimen legal propio para los contratos de seguros de responsabilidad patrimonial o la inclusión de un nuevo apartado en el art. 76 de la LCS. Desde un punto de vista procesal, no sería necesario llevar a cabo una reforma bastando con dar una nueva interpretación al art. 21.1.c) de la LJCA en consonancia con la nueva norma. La competencia del orden contencioso-administrativo quedaría amparada por lo dispuesto en los artículos 9.4 de la LOPJ y 2.e) de la LJCA que permiten demandar conjuntamente a ambos sujetos, Administración y aseguradora, ante el citado orden jurisdiccional.

Son mayores las ventajas que los inconvenientes prácticos que plantearía nuestra propuesta: se eliminarían la mayor parte de los problemas que suscita el ejercicio de la acción directa en el orden civil; se respetaría la competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de responsabilidad patrimonial de la

Administración, que es el pronunciamiento principal y el presupuesto técnico para que pueda y deba responder la aseguradora; permitiría preservar al propio tiempo los intereses de todos los afectados pues todas las cuestiones litigiosas, tanto las relativas a la responsabilidad como al seguro, se resolverían en un mismo proceso judicial y ante un único orden jurisdiccional, eliminando el riesgo de pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios; posibilitaría la reparación íntegra del daño en el mismo proceso sin riesgo de prescripción; reforzaría las expectativas de que se produzca el pago; se lograría una ejecutabilidad más expedita, lo que podría conseguirse en relación con una entidad aseguradora, que no contra una Administración Pública, cuyos bienes no son fáciles de trabar y que para el pago de indemnizaciones se sujeta a obligaciones de consignación presupuestaria y de tramitación pesada para el libramiento de fondos; etc. Aunque este sistema puede tener entre sus principales riesgos el acabar con la autonomía procesal de la acción, no llevaría a negar totalmente este derecho puesto que el perjudicado podría solicitar directamente el pago de la indemnización a la aseguradora, incluyendo los intereses de demora del art. 20 de la LCS, aunque para hacerlo tenga que dirigirse al mismo tiempo frente a la Administración.

Puede repararse, además, que la acción directa ejercitable en vía civil tiene menos justificación en estos casos, dado que la Administración pública siempre va a ser solvente, y porque es preciso también mantener ciertas tutelas y peculiaridades que en cuanto al procedimiento deben observarse cuando hay una Administración Pública¹³¹⁴.

DECIMOSEXTA.- Si a la producción del daño han concurrido, junto a la Administración Pública sanitaria, sujetos privados (médicos privados, centros u hospitales privados...), se podrá acumular la acción frente a ambos y sus aseguradoras en la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 9.4 de la LOPJ y art. 2.e) de la LJCA), que resolverá incluso aunque a la postre no hubiera responsabilidad de la Administración. Lo contrario tendría como consecuencia, una vez más, el horror del peregrinaje jurisdiccional, la división de la continencia de la causa (no parece de recibo que el perjudicado tuviera que instar el proceso en dos jurisdicciones distintas) y el riesgo de prescripción, entre los más graves problemas. Se trata de un supuesto peculiar por cuanto los sujetos responsables se encuentran sometidos a diferentes regímenes jurídicos de responsabilidad. Sin embargo, como ha apuntado GAMERO CASADO, el hecho de que los jueces del orden contencioso-administrativo tengan también un

¹³¹⁴ Vid. Capítulo VII.

conocimiento profundo sobre Derecho civil, pues en su mayor parte proceden del orden civil, lo que no sucede a la inversa, abona esta solución que, no obstante, presenta ciertas dificultades.

Ahora bien, en el cuadro legal y jurisprudencial vigente, no se establece un litisconsorcio pasivo necesario por lo que se podría optar por demandar exclusivamente al sujeto privado y/o su aseguradora en el orden civil o únicamente frente a la Administración en el contencioso-administrativo, siendo discutible la posible renuncia de acciones¹³¹⁵.

DECIMOSÉPTIMA.- De los textos legales resulta clara la posibilidad de acumular en el orden penal la acción penal y la acción de responsabilidad civil derivada de delito, con independencia de que ésta sea una responsabilidad directa: la del personal sanitario que ocasiona el daño o la aseguradora; o subsidiaria: la de los entes privados del sector público, concesionarios y contratistas, centros que han celebrado un concierto o convenio singular de vinculación o la propia Administración, cuando el daño es causado por personal a su servicio. Es más, en este último caso, se obliga a acumular en el orden penal la pretensión de responsabilidad civil contra la Administración o ente público, si la responsabilidad del personal a su servicio se hubiera demandado ante este orden jurisdiccional.

En caso de reserva de acciones, no se podrá demandar a la Administración en el orden civil, siendo lo más conveniente acumular las acciones frente a la misma y frente al personal a su servicio en el orden contencioso-administrativo. Esta solución nos parece más respetuosa con el principio de unidad jurisdiccional; con la necesidad de evitar el peregrinaje jurisdiccional; con la no división de la contigencia de la causa, y con el establecimiento del litisconsorcio pasivo necesario que se dispone en el orden penal. Ahora bien, entendemos que con la normativa actual nada impide que el particular pueda plantear la acción frente al personal sanitario y la aseguradora en el orden civil. Empero, si se excluye la responsabilidad penal, no cabrá ya dirigir acción alguna contra el personal sanitario en la jurisdicción civil, pudiendo exigirse sólo la responsabilidad patrimonial de la Administración en la vía administrativa y contencioso-administrativa (vinculada por los hechos declarados probados en la

¹³¹⁵ Vid. Capítulo III, apartado 5.1.1 y Capítulo VII, apartado 7.

sentencia penal), salvo que se hubiera probado la inexistencia del hecho o que el personal sanitario al servicio de la Administración no fue su autor¹³¹⁶.

DECIMOCTAVA.- La exigencia de responsabilidad civil derivada de delito no empece la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento del servicio público sanitario. La legislación y jurisprudencia actual las conciben como dos figuras distintas y de ahí su compatibilidad, también desde un punto de vista procedimental, lo que supone que para el enjuiciamiento de unos mismos hechos lesivos se pueda producir la tramitación sucesiva o simultánea de la vía penal, administrativa y, en su caso, contencioso-administrativa. Ello genera múltiples problemas especialmente en torno a la litispendencia, la cosa juzgada, la suspensión del procedimiento administrativo, la prescripción, aunque los Tribunales suelen estar conformes en la eficacia interruptiva del proceso penal, o el juego claro del principio general que prohíbe el enriquecimiento injusto ante una posible duplicidad indemnizatoria. No obstante, consideramos que la responsabilidad civil subsidiaria *ex delicto* prevista en el CP y la responsabilidad patrimonial de la Administración regulada en la LRJSP son realmente la misma institución jurídica, ya que su fundamento descansa en la reparación de los daños causados por el funcionamiento del servicio público, tengan su origen o no en la actuación delictiva del personal a su servicio.

Una eventual reforma legislativa debería llevar a suprimir de la legislación penal el régimen de responsabilidad civil de los entes públicos, respondiendo la Administración directamente de los daños conforme a la normativa administrativa en todo caso. Con ello se eliminaría gran parte de la problemática que genera la dualidad de régimen sustantivo y procedimental.

Razones de economía procesal, sin embargo, que son clásicas en nuestro ordenamiento desde 1848 aconsejan no desplazar la competencia en todo caso a la jurisdicción contencioso-administrativa, pues puede ventilarse ante el orden penal con más rapidez y mejores perspectivas para los ciudadanos lesionados. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de efectuar en el procedimiento penal la correspondiente reserva de acciones por responsabilidad civil (patrimonial de la Administración en este caso), tal como permite la normativa vigente¹³¹⁷.

¹³¹⁶ Vid. Capítulo VIII.

¹³¹⁷ Vid. Capítulo VIII, apartados 5 y 6.

DECIMONOVENA.- Frente a la excesiva judicialización de los conflictos relativos a la responsabilidad médico-sanitaria, cuya alta litigiosidad se verá probablemente aumentada como consecuencia de la crisis sanitaria generada por la COVID-19, la mediación y la transacción se presentan como medios adecuados de solución de controversias que pueden ayudar a reducir la sobrecarga que sufren los Tribunales y mejorar presumiblemente los tiempos de respuesta. En este ámbito preocupa especialmente el uso abusivo de la vía penal, que condena al médico o personal sanitario a la «pena de banquillo», aunque finalmente, la denuncia o querrela en la inmensa mayoría de los casos sea archivada (el denunciante sencillamente busca los recovecos de mayor flexibilidad y rapidez que ofrecen las diligencias probatorias en instrucción, en relación con las más restrictivas piezas de prueba de los procesos civiles y contencioso-administrativos).

Aunque obviamente no son la panacea, algunas de las ventajas que presentan, aconsejan su utilización: probablemente el conflicto se verá resuelto de forma más rápida y menos costosa; se reducen los problemas derivados de la incertidumbre de la resolución judicial mediante la adopción de un acuerdo que se verá propiciado por el mediador o el instructor del expediente administrativo, cuyos conocimientos en medicina facilitarán a las partes la comprensión de los hechos y sus consecuencias; aporta herramientas de comunicación que ayudarán a prevenir conflictos futuros...

Sin embargo, en materia de responsabilidad médico-sanitaria nos encontramos con algunas circunstancias que dificultan su efectiva implantación. Entre las ya apuntadas en su lugar¹³¹⁸ destacan: la pluralidad de partes que deben intervenir; la falta de voluntad y especial reticencia de abogados y aseguradoras que sólo cuando es un error médico muy claro optarán por resolver el conflicto de forma extrajudicial, normalmente a través de una transacción, por su menor coste; o, en el ámbito de la sanidad pública, la fuerte presencia del silencio administrativo que suele abocar a los particulares a la vía judicial. A ello se suma el hecho de que la Administración debe actuar siempre sometida al principio de legalidad y buscando la satisfacción del interés general, lo que restringe las posibilidades de negociar y la sujeta a requisitos formales muy rigurosos que reducen en gran medida la operatividad de estas figuras.

¹³¹⁸ Vid. Capítulo IX, apartado 2.2.

En este sentido, considero de interés que pudieran estudiarse vías que flexibilicen estos marcos permitiendo alcanzar soluciones ágiles, eficaces y rápidas, siempre sin desdoro de los intereses públicos que estén concernidos, buscando, por tanto, un equilibrio entre las garantías y la flexibilización¹³¹⁹.

VIGÉSIMA.- No nos parece que el establecimiento de un intento obligatorio de mediación, como parece ser la intención del legislador, pueda remediar la falta de una cultura mediadora, que no es específica de los conflictos derivados de mala praxis sanitaria, puesto que se corre el riesgo de que se convierta en un mero formalismo, que a la postre redunde en una dilación más para la tutela judicial efectiva, como ya ha sucedido con otras figuras similares (recuérdese el ejemplo de aquella conciliación obligatoria que durante años figuró en el proceso civil, y que fue, con razón, blanco de tantas críticas). Será necesario, a nuestro juicio, fomentarla por otras vías (campañas de comunicación, publicidad...), transmitiendo confianza en la institución y contando con un apoyo decidido por los poderes públicos y las instituciones.

En la actualidad, las cláusulas de sometimiento a mediación o a vías extrajudiciales de resolución de conflictos insertas en algunas de las pólizas de seguros tratan de impulsar a las compañías aseguradoras a hacer uso de estos mecanismos. La interpretación restrictiva de las causas justificativas que impiden condenar a la aseguradora a los intereses del art. 20 de la LCS o la posible condena en costas a la parte que rechaza la propuesta de acuerdo y que en la vía judicial no obtiene un fallo más ventajoso pueden ser otras medidas que ayuden a alcanzar ese mismo fin.

En este sentido, la aprobación de un baremo objetivado (mas no inexorable) de daños sanitarios probablemente favorecería la solución amistosa de estos conflictos¹³²⁰.

VIGÉSIMO PRIMERA.- En nuestro ordenamiento jurídico se carece de una normativa propia que regule la mediación o transacción en el campo sanitario. La Ley de mediación tiene una aplicabilidad limitada, por cuanto excluye de su ámbito de aplicación tanto la mediación con las Administraciones Públicas como la responsabilidad penal, circunscribiéndose particularmente a la sanidad privada, a la mediación celebrada entre aseguradora y reclamante o a la acción civil derivada de delito frente al personal sanitario. Con todo, nuestra legislación no es ajena a la

¹³¹⁹ Vid. Capítulo IX, apartado 2.

¹³²⁰ Vid. Capítulo IX, apartado 2.

posibilidad de que se puedan alcanzar acuerdos tanto en la vía administrativa como contencioso-administrativa incluso en la vía penal, tras la celebración de una posible mediación. Empero, desde todas las instancias, especialmente tras la situación generada por la COVID-19, se insiste en la necesidad de operar las reformas necesarias para fomentar en todos los órdenes jurisdiccionales la mediación y la solución amistosa¹³²¹.

Orientación que, personalmente, considero plausible, y que ayudaría a descargar a nuestros Juzgados y Tribunales de una previsible avalancha de litigios, con las consecuencias deleznales que ello va a comportar.

VIGÉSIMO SEGUNDA.- Los artículos 86 y 91 de la LPAC permiten la terminación convencional del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, que podría ser tras un procedimiento de mediación y -sería conveniente-, previo consenso adoptado en la Comisión de Seguimiento. Si bien actualmente el acuerdo sólo podrá referirse a la cuantía y al modo de pago dentro de los parámetros del art. 34 de la LRJSP, pero no a la existencia de responsabilidad, al ser una cuestión indisponible para las partes. La Administración sólo podrá reconocer la indemnización si de las pruebas resulta que se dan los requisitos de la responsabilidad extracontractual. Ello se corresponde con la circunstancia ya indicada de que estamos en el ámbito de lo público en el que la Administración está sometida a un férreo principio de legalidad y tiene que servir con objetividad los intereses generales, lo que la sujeta a mayores limitaciones a la hora de llegar a acuerdos¹³²².

VIGÉSIMO TERCERA.- Entendemos que el acuerdo sustitutivo de terminación convencional que pone fin a la vía administrativa no es propiamente un contrato de transacción. Así lo demuestra el hecho de que en la mayoría de los casos no queda sujeto a los rígidos requisitos formales que se exigen cuando se celebra una transacción que afecta a derechos de la Hacienda Pública (aprobación por Real Decreto del Consejo de Ministros u órgano autonómico equivalente previo dictamen preceptivo del órgano consultivo en pleno). No recae sobre una cuestión litigiosa en sentido estricto ni hay recíprocas concesiones, elementos esenciales que lo diferencian del instituto transaccional. En el convenio a que nos estamos refiriendo aquí las partes, para evitar un pleito futuro, pactan el contenido de una determinada actuación interpretando de mutuo acuerdo la Ley (cuál es el *quantum* o el modo de pago), a diferencia de la transacción en

¹³²¹ Vid. Capítulo IX, apartado 3.

¹³²² Vid. Capítulo IX, apartado 4

la que, partiendo de un desacuerdo en la aplicación de la norma, la sustituyen por recíprocas concesiones.

Adoptado el acuerdo, debe ser cumplido por las partes siendo su régimen propio el de los actos administrativos a los que sustituye, con las modulaciones propias de su carácter pactado. Por eso, dada su naturaleza administrativa, la competencia para conocer de sus incidentes y divergencias corresponderá al orden contencioso-administrativo, ante el que se podrá exigir el cumplimiento de la Administración, a través de un recurso contencioso-administrativo contra su inactividad¹³²³.

De nuevo para este posible cauce, sería conveniente una reforma de la ejecución prevista actualmente en la LJCA, que le confiera mayor agilidad, para tutela del ciudadano.

VIGÉSIMO CUARTA.- En el orden contencioso-administrativo, la mediación -de forma implícita- y el contrato de transacción encuentran su apoyo en el art. 77 de la LJCA, especialmente cuando se trata de conflictos como los que nos conciernen que versan sobre fijación de cantidades. Sería conveniente una reforma legislativa en el sentido apuntado por la propuesta del CGPJ, que aluda explícitamente a la mediación en este ámbito y la dote de seguridad jurídica.

A pesar de la dicción literal del precepto, los acuerdos podrán celebrarse también en fase de recurso e incluso en ejecución de sentencia. El acuerdo podrá ser homologado por el juez, pudiendo en tal caso ser objeto de ejecución judicial forzosa, siempre que no sea contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros y se haya adoptado cumpliendo determinados requisitos formales. Cuando el acuerdo verse sobre responsabilidad patrimonial de la Administración bastaría la intervención del Abogado del Estado o representante legal de la Administración¹³²⁴.

VIGÉSIMO QUINTA.- Con objeto de eludir las dificultades y requisitos que se exigen a la Administración, en la práctica, es habitual que el acuerdo se alcance, tras una mediación o negociación, entre el interesado y la aseguradora, sin intervención de la Administración. Esta situación ha sido tachada por parte de la doctrina como ilegal, pues no en vano puede suponer que la aseguradora disponga de lo que es la responsabilidad patrimonial de la Administración, algo sobre lo que no tiene

¹³²³ Vid. Capítulo IX, apartado 4.

¹³²⁴ Vid. Capítulo IX, apartado 4.

competencia alguna, siendo materia jurídico-pública. Por eso, nos parece adecuado que se mantenga esta posibilidad, pero previo acuerdo de la Comisión de Seguimiento, integrada por la Administración y la aseguradora, siguiendo un modelo similar al previsto en Francia.

De haberse celebrado el acuerdo estando pendiente un procedimiento administrativo o contencioso-administrativo, el perjudicado podría ulteriormente renunciar o desistir del mismo. Ahora bien, se suscitan diversas cuestiones problemáticas, especialmente en este último caso, que ponen de manifiesto las dificultades de admitir la negociación directa con la aseguradora: por ejemplo, si la Administración podría oponer el contrato de transacción en el que no ha sido parte y en el que se ha renunciado a todas las acciones si se le pretende reclamar con posterioridad¹³²⁵.

VIGÉSIMO SEXTA.- Consideramos conveniente que en nuestro ordenamiento jurídico se articule un sistema similar al francés que facilite el arreglo amistoso de los conflictos en responsabilidad médico-sanitaria y la pronta satisfacción de la víctima (creación de Comisiones Regionales de Conciliación e Indemnización, propuesta transaccional de la aseguradora que, si es aceptada, debe ser abonada en el plazo de un mes o la garantía que ofrece la ONIAM).

Como una sugestiva vía precursora de este cauce al que se apunta, en nuestro ordenamiento jurídico pueden verse la Oficina de Mediación Sanitaria en Murcia o los procedimientos extrajudiciales de resolución de estos conflictos previstos en las pólizas de seguro, que actualmente suelen suscribirse por las distintas Administraciones Públicas¹³²⁶.

¹³²⁵ Vid. Capítulo IX, apartado 5.

¹³²⁶ Vid. Capítulo IX, apartado 7.1.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.; *Camino a la mediación sanitaria*, obra colectiva coordinada por MORA GARCÍA, J. M., Colex, Madrid, 2014.
- AA.VV.; *Código Penal con jurisprudencia sistematizada*, Tomo I obra colectiva dirigida por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., Tirant lo Blanch, Valencia, 7ª ed., 2021.
- AA.VV.; *Crisis y externalización en el sector público ¿solución o problema?* obra colectiva dirigida por ORTEGA ÁLVAREZ, L., INAP, Madrid, 2011. En www.vlex.es [Consultado el día 23 de julio de 2015].
- AA.VV.; «Doctrina de los Consejos Consultivos. Responsabilidad Patrimonial derivada de la actuación de Mutuas de Accidentes de Trabajo», *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 21 (2014). En <http://cja.gencat.cat> [Consultado el día 19 de abril de 2021].
- AA.VV.; «Información de eventos adversos a pacientes y familiares», *Revista Trauma*, Vol.24, nº 4 (2013), p. 242. En <http://www.mapfre.com/fundacion/html/revistas/trauma/v24n4/contenido-7.html> [Consultado el día 30 de enero de 2015]
- AA.VV.; *La organización de los servicios públicos sanitarios*, obra colectiva coordinada por PAREJO, L.; LOBO, F. y M. VAQUER, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- AA.VV.; *La reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 1995.
- AA.VV.; *Las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social: la nueva regulación y su acción protectora*, Lex Nova-Thomson Reuters, Navarra, 2015.
- AA.VV.; *Negligencias médicas paso a paso. Guía práctica sobre la responsabilidad civil, administrativa y penal del colectivo médico*, Colex, A Coruña (Galicia), 2019.
- AA.VV.; *Novedades en el Procedimiento Administrativo y en el Régimen del Sector Público*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016.

- AA.VV.; *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* dirigida por BONET NAVARRO, A., Thomson-Reuters (Aranzadi), Cizur Menor (Navarra), 2013.
- AA.VV.; «*Repercusión de los eventos adversos en los profesionales sanitarios. Estudio sobre las segundas víctimas*», *Revista Trauma*, Vol.24, nº 1 (2013). En <http://www.mapfre.com/fundacion/html/revistas/trauma/v24n1/contenido-8.html> [Consultado el día 30 de enero de 2015].
- AA.VV.; *Responsabilidad patrimonial en la Administración del Principado de Asturias* obra colectiva coordinada por GALLEGO RIESTRA, S. M., Instituto Asturiano de Administración Pública «Adolfo Posada», 2016. En [https://www.asturias.es/RecursosWeb/iaap/contenidos/Articulos/Publicaciones_IA AP/C_04_Responsabilidad_patrimonial-web.pdf](https://www.asturias.es/RecursosWeb/iaap/contenidos/Articulos/Publicaciones_IA/AP/C_04_Responsabilidad_patrimonial-web.pdf) [Consultado el día 16 de mayo de 2018].
- ABAJO QUINTANA, J. J.; «Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común: Tramitación Parlamentaria» en la obra colectiva *Estudios y Comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tomo II, Ministerio de Justicia y de la Presidencia, Madrid, 1993.
- ABÁRZUZA GIL, M. A.; «Solidaridad de la entidad Aseguradora de la Administración en la responsabilidad patrimonial imputable a ésta. Intereses de demora de la compañía de seguros», *Repertorio de Jurisprudencia*, nº 22 (2006). En www.aranzadidigital.es [Consultado el día 5 de marzo de 2015].
- ALARCÓN CASTELLANOS, M. M., MUESMANN, M. y ROLDAN MARTÍNEZ, A.; «*Sobre la jurisdicción competente en materia de prestaciones sanitarias*», *REDT*, nº 81 (1997).
- ALASTUEY DOBÓN, C.; «Lección 12. Consecuencias jurídicas no penales derivadas de la comisión del delito (II): la responsabilidad civil derivada de delito» en la obra colectiva *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito* coordinado por GRACIA MARTÍN, L., Tirant Lo Blanch, Valencia, 5ª ed., 2016.

- ALEGRE ÁVILA, J. M.; «La responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *REDA*, nº 126 (2005). En www.aranzadidigital.es [Consultado el día 11 de octubre de 2017].
- «El aseguramiento de la responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública: procedimiento y jurisdicción», *Derecho y Salud*, Vol. 13, nº 1 (2005). En [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/2005-numero1%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/2005-numero1%20(2).pdf) [Consultado el día 11 de octubre de 2017].
- ALONSO COLOMER, F.: «La responsabilidad patrimonial de los empleados públicos en el marco estatutario», *Revista Gallega de Administración Pública*, nº 5 (1993).
- ALONSO MAS, M. J. Y NARBÓN LÁINEZ, E. J.; *La responsabilidad por los daños causados en la ejecución de contratos administrativos*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- ALONSO OLEA, M.; «Responsabilidad del hospital por el acto del médico», *REDT*, nº 79 (1996).
- ALONSO OLEA, M. Y ALONSO GARCÍA, R. M.; *Derecho procesal del trabajo*, Thomson-Civitas, Madrid, 5ª ed., 2008. En www.aranzadidigital.es [Consultado el día 14 de septiembre de 2016].
- ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M.; «Delimitación objetiva y subjetiva de la jurisdicción contencioso-administrativa», *La Ley*, nº 5 (1998). En www.laleydigital.es [Consultado el día 18 de marzo de 2020].
- ÁLVAREZ HERRANZ, B.; «Artículo 2. Ámbito subjetivo de aplicación» en la obra colectiva *Régimen jurídico del Sector Público y Procedimiento Administrativo Común* dirigida por RECUERDA GIRELA, M. A., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- ÁLVAREZ MONTERO, A.: «Reclamación de indemnización por daños y perjuicios causados por asistencia sanitaria defectuosa en el ámbito de la Seguridad Social. La persistente controversia sobre la jurisdicción competente», *REDT*, nº 82 (1997).
- ALVENTOSA DEL RÍO, J.; «La mediación sanitaria en la legislación de las comunidades autónomas», *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 5, 1 (2016), En <http://hdl.handle.net/10550/56723> [Consultado el día 22 de octubre de 2020].

ALVENTOSA DEL RÍO, J. Y COBAS COBIELLA, M.E.; «Marco conceptual de la mediación sociosanitaria». En *VIII Conferencia Internacional Foro Mundial de Mediación*, Vol.II, Valencia, 2012.

ARIÑO ORTIZ, G., «El servicio público como alternativa», *REDA*, nº. 23 (1979).

ARMADANS, I.; ANEAS. A.; SORIA, M. A.; BOSCH, L.; «La mediación en el ámbito de la salud», *Revista de Medicina Clínica*, Vol. 133, nº 5 (2009). En <http://www.elsevier.es/es-revista-medicina-clinica-2-articulo-la-mediacion-el-ambito-salud-13139442> [Consultado el día 3 de diciembre de 2014].

ARMADANS, I; MOLA, B.; ANEAS, A.; MONGE, E.; IGUAL, B.; «La mediación en el ámbito de la salud» en la obra colectiva *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña* dirigido por CASANOVAS, P.; MAGRE, J.; LAUROBA, M.E., Departamento de Justicia, Generalitat de Cataluña, 1ª Ed., 2011. En <http://www.llibreblancmediacio.com/> [consultado el día 28 de enero de 2013].

ARNAIZ SERRANO, A.; *Las compañías aseguradoras en los procesos penal y contencioso-administrativo*, Fundación Mapfre (Instituto de Ciencias del Seguro), Madrid, 2008. En https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/11082/companias_arnaiz_2008.pdf?sequence=1&isAllowed=y [Consultado el 20 de julio de 2019].

ARQUILLO COLET, B.; «La acción de regreso de las compañías aseguradoras en la jurisprudencia: la aplicación del art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro», *InDret*, nº 1 (2003). En http://www.indret.com/pdf/121_es.pdf [Consultado el día 17 de marzo de 2015].

- «El valor venal como límite de la indemnización», *InDret*, nº 3 (2003). En http://www.indret.com/pdf/156_es.pdf [Consultado el día 17 de marzo de 2015].
- «Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria», nº 1 (2004). En http://www.indret.com/pdf/181_es.pdf [Consultado el día 8 de marzo de 2019].
- «La aplicación de los intereses de demora a las compañías aseguradoras de la responsabilidad patrimonial de la Administración Comentario a la STS, 3ª, Sección 6ª, 19.9.2006», *InDret*, nº 2 (2007). En http://www.indret.com/pdf/437_es.pdf [Consultado el día 17 de marzo de 2015].

- «Los intereses moratorios del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro: el tipo de interés aplicable Comentario a la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2007», *InDret*, nº 3 (2007). En http://www.indret.com/pdf/463_es.pdf [Consultado el día 17 de marzo de 2015].
- *Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, Atelier, Barcelona, 2008.
- «La aseguradora declarada responsable civil directa en un proceso penal no puede repetir contra los responsables civiles subsidiarios Comentario a la STS, 1ª, 30.5.2007 (RJ 4339; MP: Rafael de la Cuesta Cascajares)», *InDret*, nº 1 (2008). En http://www.indret.com/pdf/514_es.pdf [Consultado el día 17 de marzo de 2015].

ARRATIBEL ARRONDO, J. A.; «Determinación de los elementos jurídicos motivadores en la concertación de prestaciones sanitarias», *Auditoría Pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, nº 60 (2013). En <http://asocex.es/wp-content/uploads/PDF/Pag%2043-56-n60.pdf> [Consultado el día 20 de julio de 2017].

- «Análisis de la naturaleza jurídica de la acción concertada sanitaria de las CCAA», *Auditoría Pública*, nº 75 (2020). En <https://asocex.es/55903-2> [Consultado el día 12 de febrero de 2021].

ARREGUI LABORDA, F. J.; «La responsabilitat patrimonial de les administracions publiques des del punt de vista assegurador», en *Jornada sobre Assegurances de Responsabilitat Patrimonial* organizadas por la Dirección General de Patrimonio de la Generalitat de Cataluña el 28 de octubre de 1998, Generalitat de Cataluña, Barcelona, 2000.

ATIENZA NAVARRO, M. L.; «Sentencia de 17 de abril de 2015. El asegurador no puede oponer, frente a la acción directa entablada por el perjudicado, la cláusula de exclusión contenida en la póliza, basada en la conducta dolosa del asegurado, al tratarse de una excepción personal a la que es inmune dicha acción», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 99 (2015).

AVILÉS NAVARRO, M.; «La mediación en el orden jurisdiccional contencioso administrativo en España», *Revista Acta Judicial*, nº 6 (2020). En <https://dialnet.unirioja.es/> [Consultado el día 6 de octubre de 2020].

- BADILLO ARIAS, J. A.; «Artículo 20» en la obra colectiva *Ley de contrato de seguro. Jurisprudencia comentada* coordinada por BADILLO ARIAS, J. A., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 3ª ed., 2017.
- BAJO FERNÁNDEZ, M.; «Virgencita que me dejen como estoy» (Diario El Mundo, 28 de octubre de 1994).
- BAL FRANCES, E.; «Orden jurisdiccional penal» en la obra colectiva *Manual de Responsabilidad Pública* dirigida por la Dirección del Servicio Jurídico de la Abogacía General del Estado, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2ª ed., 2015.
- BALLESTEROS FERNANDEZ, A.; «La responsabilidad patrimonial de los entes instrumentales de la Administración y su transmisión a la entidad matriz», *REALA*, nº 300-301 (2006).
- BALLINA DÍAZ, D.; «Reclamaciones frente a las actuaciones de las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal: jurisdicción competente y legitimación de los concejales para su impugnación», *REALA. Nueva época*, nº 2 (2014). En <http://dx.doi.org/10.24965/reala.v0i2.10194> [Consultado el día 13 de junio de 2021].
- BARAHONA MIGUELÁÑEZ, M. Y GONZÁLEZ GARCÍA, M. C.; «Error sanitario y responsabilidad jurídica por asistencia sanitaria» en la obra colectiva *Tratado de Derecho Sanitario*, Volumen II, dirigida por PALOMAR OLMEDA, A. Y CANTERO MARTÍNEZ, J., Thomson-Reuters (Aranzadi), Cizur Menor (Navarra), 2013.
- BARCELONA LLOP, J.; «La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», *REDA*, nº 105 (2000).
- «La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», en la obra colectiva *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: escritos jurídicos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 2003.

- BARONA VILAR, S.; «Integración de la mediación en el moderno concepto de Acceso a Justice. Luces y sombras en Europa», *InDret*, n° 4 (2014). En <http://www.indret.com/pdf/1092.pdf> [Consultado el día 17 de marzo de 2015].
- BARRERO RODRÍGUEZ, C.; «Los consorcios ante un nuevo régimen jurídico», *Revista Andaluza de Administración Pública*, n° 94 (2016). En <http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/institutodeadministracionpublica/servlet/download?up=112053> [Consultado el día 12 de diciembre de 2018].
- BARRERO VALVERDE, J. I.; *La función mediadora del Defensor del Paciente de la Comunidad de Madrid*, 2010. En <http://www.madrid.org> [Consultado el día 11 de noviembre de 2020].
- BAUZÁ MARTORELL, F. J.; «Convenios con particulares: límites entre contrato, convenio y subvención», *Revista General de Derecho Administrativo*, n° 48 (2018). En <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1508618> [Consultado el día 17 de febrero de 2021].
- BEATO ESPEJO, M.; «El Sistema Sanitario Español: Su configuración en la Ley General de Sanidad», *RAP*, n° 119 (1989).
- «El Sistema Sanitario Español: Su configuración en la Ley General de Sanidad (2ª parte)», *RAP*, n° 120 (1989).
- BELADÍEZ ROJO, M.: *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, Tecnos, 1997.
- BELANDO GARÍN, B.; «La mediación en supuestos de responsabilidad administrativa», *La Ley*, n° 8666 (2015). En www.laleydigital.es [Consultado el día 18 de enero de 2016].
- BELLIDO RODRÍGUEZ, M.C.; PERIS SALAS, M.A.; TRILLES SOLVES, R.; «La importancia de la mediación sanitaria en la prevención de litigiosidad por responsabilidad médica profesional». En *VIII Conferencia Internacional Foro Mundial de Mediación*, Vol.I., Valencia, 2012.
- BELLO JANEIRO, D.: «Sentencia de 17 de febrero de 2006», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n° 73 (2007).

-Prólogo al libro *Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria* coordinado por BELLO JANEIRO, D., Ed. Reus, Madrid, 2013.

BELTRÁN AGUIRRE, J.L.; «¿Sistema Nacional de Salud o asistencia sanitaria de la Seguridad Social?», *Revista Derecho y Salud*, vol. 15, Nº Extraordinario (2007), pp. 29, 31 y 32. En http://www.carloshaya.net/biblioteca/dsex08/sespas_beltran2.pdf [consultado el día 3 de abril de 2012].

BERMEJO VERA, J.; «El principio de seguridad jurídica» en la obra colectiva *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo* dirigida por SANTAMARÍA PASTOR, J. A., La Ley, Madrid, 2010. En www.laleydigital.es [Consultado el día 26 de enero de 2016].

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.; «Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. III (1999). En www.aranzadidigital.es [Consultado el día 8 de junio de 2019].

-«Responsabilidad civil o patrimonial de las Administraciones públicas y jurisdicción competente», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 22 (2001). En www.aranzadidigital.es [Consultado el día 18 de julio de 2017].

BLANQUER CRIADO, D.; *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia (los poderes públicos y los daños por la crisis de la COVID-19)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

BLANQUER CRIADO, D. V. Y GUILLÉN GALINDO, M. A.; *Las fiestas populares y el derecho: régimen jurídico, responsabilidad patrimonial y pólizas de seguro*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

BLASCO ESTEVE, A.; «La responsabilidad de la Administración» en la obra colectiva *Comentario sistemático a la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común: (LRJPAC de 26 de noviembre)*, Carperi, Madrid, 1993.

BLASCO LAHOZ, J. F.; *La gestión de la Seguridad Social: Entidades Gestoras, Servicios Comunes, Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, Empresas colaboradoras con la Seguridad Social y Mutualidades de Funcionarios públicos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

- BOCANEGRA SIERRA, R.; «Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración pública, *REDA*, nº 18 (1978).
- «La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas de la Administración por daños causados a terceros», *Documentación Administrativa*, nº 237-238 (1994).
- BOTO ÁLVAREZ, A.; «Capítulo IV. Las partes en el proceso contencioso-administrativo», en la obra colectiva *Estudio de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* dirigida por EZQUERRA HUERVA, A. y OLIVÁN DEL CACHO, J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- «La noción de sector público institucional: aplauso, crítica y desconcierto», *DA. Nueva época*, nº 2 (2015). En <http://dx.doi.org/10.24965/da.v0i2.10265> [Consultado el día 15 de mayo de 2018].
- «Organización y funcionamiento del sector público institucional (I)», en la obra colectiva *El nuevo régimen jurídico del sector público* dirigida por GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., Wolters Kluwer, Madrid, 2016.
- BUENAGA CEBALLOS, O.; «La defectuosa prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social: ¿un supuesto de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas?», *La Ley*, nº 3 (1998). En www.laleydigital.es [Consultado el día 22 de diciembre de 2016].
- BUSTILLO BOLADO, R.; *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Navarra, 3ª ed., 2010.
- BUSTO LAGO, J. M.; *Régimen jurídico estatutario del personal facultativo al servicio de SERGAS: (análisis de su responsabilidad civil y disciplinaria)*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2001.
- «El seguro de responsabilidad civil de las administraciones públicas: la acción directa contra la compañía aseguradora», *Aranzadi civil: revista quincenal*, nº 3 (2001). En www.aranzadidigital.es [Consultado el día 9 de marzo de 2019].
- «Ejercicio de la acción directa frente a la entidad aseguradora de la administración pública», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 12 (2005). En www.aranzadidigital.es [Consultado el día 9 de marzo de 2019].

-«La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas» en la obra colectiva *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II coordinada por REGLERO CAMPOS, L. F. y BUSTO LAGO, J. M., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 5ª ed., 2014.

-«Capítulo 3. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas Sanitarias en situaciones de pandemia» en la obra colectiva *Covid 19: conflictos jurídicos actuales y desafíos* dirigida LUQUIN BERGARECHE, R., Bosch-Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

CADENAS OSUNA, D.; *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, BOE, Madrid, 2018.

CADENAS SOBREIRA, M. A.; «Las reclamaciones por negligencia médica en vía civil: el ámbito de competencia de la jurisdicción civil» en la obra colectiva *Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria* coordinada por BELLO JANEIRO, D., Ed. Reus, Madrid, 2013.

CALAZA LÓPEZ, S.; «Tema 5. Jurisdicción y competencia» en la obra colectiva *Introducción al Derecho Procesal* dirigida por ASECIO MELLADO, J. M., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

CALVO SÁNCHEZ, M. D.; «La responsabilidad de la Administración sanitaria por la actuación de los profesionales de la medicina», en la obra colectiva *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar* dirigido por LLAMAS POMBO, E., La Ley, Madrid, 2014. En www.laleydigital.es [Consultado el día 14 de octubre de 2020].

CALZADA CONDE, Mª A.: *El seguro voluntario de responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1983.

CAMÓS VICTORIA, I.; «La polémica determinación del orden jurisdiccional competente (social, contencioso-administrativo o civil) en los supuestos de indemnización de daños y perjuicios causados por o con ocasión de la prestación de asistencia sanitaria», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 5 (1999), pp. 647 a 668. En www.aranzadidigital.es [Consultado el día 4 de febrero de 2016].

CAMPO GALINDO, R.; «Los riesgos económicos de una reclamación por negligencia médica». En <http://www.diariojuridico.com/los-riesgos-economicos-de-una-reclamacion-por-negligencia-medica/> [Consultado el día 5 de marzo de 2015].

CAMPOS ALONSO, M. A.; «Responsabilidad derivada de la defectuosa dispensación de asistencia sanitaria a un beneficiario de la Seguridad Social», *La Ley*, nº 4 (1996). En www.laleydigital.es [Consultado el día 22 de diciembre de 2016].

CANTERO MARTÍNEZ, J.; «La configuración legal y jurisprudencial del derecho constitucional a la protección de la salud», *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 80 (2008).

- «La responsabilidad patrimonial por actuaciones sanitarias realizadas por contratistas o concesionarios de la Administración en los Dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 47 (2009). En <http://docm.castillalamancha.es/portaldocm/descargarArchivo.do?ruta=Revista47.pdf&tipo=rutaRevistas> [Consultado el día 16 de agosto de 2017].

CARAZA CRISTÍN, M. DEL M.; «El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: ¿un tema completamente resuelto tras la reforma de la Ley Orgánica 19/2003?», *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 54 (2004).

-*La responsabilidad patrimonial de la Administración y su relación con los estándares de calidad de los servicios públicos*, INAP, Madrid, 2016.

CARBAJO DOMINGO, M. A. Y VEGA FELGUEROSO, J.; «La responsabilidad del contratista en los Servicios Públicos (I) : Evolución legislativa y principales líneas jurisprudenciales», *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 7 (2019). En www.laleydigital.es [Consultado el día 3 de marzo de 2021].

- «La responsabilidad del contratista en los Servicios Públicos (II). Análisis casuístico y jurisprudencial», *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 10 (2019). En www.laleydigital.es [Consultado el día 3 de marzo de 2021].

CARBALLO MARTÍNEZ, G.; *La Mediación Administrativa y el Defensor del Pueblo*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

CARBALLO MARTÍNEZ, G; RAMÍREZ EUGENIO, E; ESCANILLA PALLAS, J. M. Y ALVARADO-GARCÍA GARCÍA, Y.: «Protocolo de mediación contencioso-administrativa» en la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2016. En <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/> [Consultado el día 6 de noviembre de 2020].

- CARLES, M.; «Responsabilidad por una práctica médica inadecuada: una perspectiva económica», *Gaceta Sanitaria*, vol.17, n. 6 (2003).
- CARRERO PALOMO, A.; «Capítulo IV. Análisis de la jurisprudencia en materias de competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía. VI. Salud» en la obra colectiva *Manual sobre responsabilidad patrimonial de la Administración Pública* coordinada por PÉREZ PINO, M. D. y SÁNCHEZ CARMONA, M., Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2015.
- CARRETERO MORALES, E.; «*La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos*» en la obra colectiva *Mediación y Resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos* dirigida por SOLETO MUÑOZ, H., Tecnos, Madrid, 2011.
- CARRILLO DONAIRE, J. A.; «Buena administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo?» en la obra colectiva *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo* dirigida por SANTAMARÍA PASTOR, J. A., La Ley, Madrid, 2010.
- CASARES MARCOS, A. B.; «Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños causados a terceros con motivo de la ejecución de contratos» en la obra colectiva *Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tomo II dirigida por QUINTANA LÓPEZ, T., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2013.
- CASINO RUBIO, M.; *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- «El Derecho sancionador y la responsabilidad patrimonial de la Administración», *Documentación Administrativa*, nº 254-255 (1999).
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil, común y foral*, Vol.4º, Reus, Madrid, Ed. 13ª, 1986.
- CASTILLEJO MANZANARES, R.; *El proceso contencioso administrativo. Primera instancia y ejecución del procedimiento ordinario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.
- CASTILLO BLANCO, F. A.; «Consideraciones generales en torno a la ejecución del contrato administrativo en la reciente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», en la obra colectiva *Estudios sobre la contratación en las*

Administraciones Públicas coordinada por CASTILLO BLANCO, F. A., Comares, Granada, 1996.

CAYÓN DE LAS CUEVAS, J.; «Resolución extrajudicial de conflictos sanitarios: manifestaciones jurídico-positivas y posibilidades de futuro» en la obra colectiva *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Tomo II dirigida por García Villaluenga, L.; Tomillo Urbina, J. y Vázquez, E., Madrid, Reus, 2010.

-«Implantación de mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos por mala praxis asistencial: ventajas y posibilidades de articulación jurídica», *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*, nº 8 (2010).

-«El debate sobre la acción directa frente a la aseguradora de la responsabilidad civil de la administración sanitaria: luces y sombras», *Derecho y Salud*, Vol. 21, nº 1 (2011), pp. 135 a 145.

-«El contrato de seguro de responsabilidad civil de la Administración Sanitaria: mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos y problemática procesal de las acciones judiciales del perjudicado», en la obra colectiva *Estudios sobre Derecho de la Salud* dirigida por TOMILLO URBINA, J. y CAYÓN DE LAS CUEVAS, J., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

CAYÓN DE LAS CUEVAS, J.; HERNÁNDEZ HERRERO, M.; TORRE FERNÁNDEZ, J. M.; CARRIEDO MARTÍNEZ, B.; AGUIRRE OTEIZA, T; CUEVAS SAIZ, S. y RUIZ SÁENZ, A.; «Metodología para la elaboración de un mapa de conflictos sanitarios en el entorno de un hospital comarcal y problemática de los instrumentos para su resolución extrajudicial», en la obra colectiva *Estudios sobre Derecho de la Salud* dirigida por TOMILLO URBINA, J. y CAYÓN DE LAS CUEVAS, J., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

CHAVES, J. R.; «Tiempo de siembra de reclamaciones de indemnización patrimonial» [en línea]. Blog delajusticia.com, 28 de septiembre de 2020. En delajusticia.com [Consultado el día 26 de octubre de 2020].

CHINCHILLA MARÍN, C.; «Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica «privada» y su personalidad jurídica «diferenciada» ¿realidad o ficción?», *RAP*, nº 203 (2017). En <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.203.01> [Consultado el día 14 de octubre de 2019].

- CLAVERO ARÉVALO, M. F.; «La quiebra de la pretendida unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración», *RAP*, nº 66 (1971).
- COBO OLVERA, T. Y COBO PERALTA, T. A.; *El procedimiento para la exigencia de la responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas. Ley 39/2015 y Ley 40/2015. Normativa, jurisprudencia, doctrina y formularios*, Wolters Kluwer, Madrid, 7ª ed., 2019.
- COLLADO MARTÍNEZ, R. M.; «Algunas notas sobre la responsabilidad patrimonial en las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público», *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 34 (2016).
En
<https://www.asambleamadrid.es/RevistasAsamblea/ASAMBLEA%2034%20COMPLETA.pdf> [Consultado el día 5 de junio de 2019].
- COMPANYS I ALET, A.; «Principales novedades introducidas por las Leyes 39/2015 y 40/2015 en materia de procedimiento administrativo y régimen jurídico de las administraciones públicas», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 41 (2015), p. 90. En <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4798/documento/foro04.pdf> [Consultado el día 28 de febrero de 2018].
- CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.; «Indemnización por asistencia sanitaria defectuosa: orden jurisdiccional competente», *Actualidad Laboral*, nº 44 (1994).
- CORBELLA I DUCH, J; *Manual de Derecho Sanitario*, Atelier, Barcelona, 2ª Ed., 2012.
- CORONAS I GUINART, J. M.; «L'ordre jurisdiccional contenciós administratiu: la definitiva unificació jurisdiccional en els casos de responsabilitat patrimonial de les administracions públiques», en *Jornada sobre Assegurances de Responsabilitat Patrimonial* organizadas por la Dirección General de Patrimonio de la Generalitat de Cataluña el 28 de octubre de 1998, Generalitat de Cataluña, Barcelona, 2000
- CORRAL ESCRIBANO, M.; «Capítulo IV. 2.1 Requisitos procesales» y «B. Que los autores responsables de la comisión de la infracción sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos» en la obra colectiva *Manual de Responsabilidad Pública* dirigida por la Dirección del

Servicio Jurídico de la Abogacía General del Estado, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2ª ed., 2015.

CORTÉS, P. Y SOTELO, F.; «Negocia o Atente a las Consecuencias. La Condena en Costas en los Derechos del Common Law y su Aplicación en el Proceso Civil Español», *InDret*, nº 4 (2011). En <http://www.indret.com> [Consultado el día 17 de marzo de 2015].

COSCUELLA MONTANER, L.; *Manual de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 5ª ed., 1994.

-*Manual de Derecho Administrativo*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 31ª ed., 2020.

CRUZ VILLALÓN, J.; «El reparto de conocimiento jurisdiccional en materia de Seguridad Social» en la obra colectiva *Problemas de delimitación de competencias entre el orden contencioso-administrativo y el orden social de relaciones laborales en el sector público*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

CUETO PÉREZ, M.; *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

-«Avances y retrocesos en la responsabilidad de las administraciones públicas tras la reforma de la Ley 30/92», *RAP*, nº 152 (2000), p. 286.

-«Responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario» en la obra colectiva *Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tomo II dirigida por QUINTANA LÓPEZ, T., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2013.

-«Responsabilidad patrimonial de la Administración y gestión privada de servicios sanitarios. Incidencia de las Leyes 39/2015 y 40/2015 en el modelo actual», *Derecho y Salud*, Vol. 26, Nº Extra (2016). En <http://www.ajs.es/revista-derecho-y-salud/responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion-y-gestion-privada-de-servicios-sanitarios> [Consultado el día 24 de abril de 2017].

-«La continuidad del concierto sanitario tras la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público» en la obra colectiva *Homenaje al profesor Ángel Menéndez Rexach*, Vol. 1, dirigida por JIMÉNEZ DE CISNEROS, F. J., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.

-«Limitación de la acción directa contra la aseguradora en los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración: STS de 5 de junio de 2019 (Sala de lo Civil)», *REDA*, nº 202 (2019). En <https://proview.thomsonreuters.com> [Consultado el día 16 de enero de 2020].

-«Unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad de la Administración por asistencia sanitaria: nuevas quiebras» en la obra colectiva *Derecho privado y Derecho público ante los tribunales de justicia: Liber Amicorum en homenaje al magistrado y profesor Rafael Fonseca González* coordinada por TOLIVAR ALAS, L. y ORDÓÑEZ SOLÍS, D., Reus, Madrid, 2019.

CUÑAT EDO, V.; «El seguro de la responsabilidad de la Administración. Reflexiones sobre la negociación perjudicado-aseguradora», *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 9 (2008).

DE AHUMADA RAMOS, F. J.; *La responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los Servicios Públicos*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.; *Tratado de Responsabilidad Civil*, Civitas, Madrid, 1993.

-«Acción directa del perjudicado contra la aseguradora de una Administración pública: jurisdicción competente (contraste --¿o coincidencia?-- entre «conceptos» e «intereses»)», *La Ley*, nº 5574 (2002). En www.laleydigital.es [Consultado el día 18 de enero de 2016]. Publicado también en la obra colectiva *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón* coordinada por ECHANO BASALDUA, J. I., Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pp. 643 a 663.

-«El complejo régimen de responsabilidades por asistencia sanitaria» en *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina* obra colectiva dirigida por ADROHER BIOSCA, S. y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

DE FUENTES BARDAJÍ, J.; «Cartas al Director. Administración y responsabilidad», *Diario el País*, domingo 3 de mayo de 1992. En http://elpais.com/diario/1992/05/03/opinion/704844009_850215.html [Consultado el día 5 de julio de 2016].

- DE LORENZO, R.; «La mediación, alternativa para evitar la “pena de banquillo”», *Revista de Derecho Sanitario*, nº 36 (2012). En <http://derecho.publicacionmedica.com/noticia/la-mediacion-alternativa-para-evitar-la-pena-de-banquillo> [Consultado el día 18 de marzo de 2015].
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F.; «El acceso de la compañía aseguradora al historial clínico incorporado al expediente administrativo de responsabilidad patrimonial», *Derecho y Salud*, Vol. 21, nº 1 (2011). En <http://www.ajs.es/revista-derecho-y-salud/el-acceso-de-la-compania-aseguradora-al-historial-clinico-incorporado-al-expediente-administrativo-de-responsabilidad-patrimonial> [Consultado el día 18 de marzo de 2019].
- DE PALMA DEL TESO, A.; «El lamentable peregrinaje jurisdiccional entre el orden social y el contencioso-administrativo en materia de reclamaciones de indemnización por daños derivados de la deficiente atención sanitaria de la Seguridad Social», *REDA*, nº 89 (1996).
- Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- DE VICENTE DOMINGO, R.; «La responsabilidad patrimonial de los entes públicos instrumentales en la legislación y la jurisprudencia administrativas» en la obra colectiva *Nuevas perspectivas del régimen local: estudios en homenaje al profesor José M^a Boquera Oliver* coordinada por CLIMENT BARBERÁ, J. y BAÑO LEÓN, J. M., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.
- DE LA HORRA VERGARA, N.; «La responsabilidad patrimonial de las administraciones sanitarias y su aseguramiento» en la obra colectiva *La protección jurídica del paciente como consumidor* dirigida por TOMILLO URBINA, J. y CAYÓN DE LAS CUEVAS, J., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- DE LA TORRE NIETO, J. L.; «La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas de la administración por daños causados a terceros» en la obra colectiva *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas* dirigida por BELLO JANEIRO, D., Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1999.

- DEL GUAYO CASTIELLA, I.; «Responsabilidad de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos concedidos», *Actualidad Administrativa*, nº 17 (1990).
- El servicio público del gas: producción, transporte y suministro*, Marcial Pons, Madrid, 1992.
- DEL OLMO ALONSO, J.; *Medios Alternativos de Resolución de Conflictos en Derecho Administrativo*, Tesis doctoral, Universidad de Alcalá, 2004. En <http://hdl.handle.net/10017/2227> [Consultado el día 7 de mayo de 2015].
- DEL RÍO MUÑOZ, F.; «El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, en especial en el ámbito sanitario», *Crónicas de las IV Jornadas de la Función Consultiva. Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Logroño, 2002. En https://www.ccrioja.es/fileadmin/consejo/Publicaciones/Cr_nica_IV_Jornadas.pdf [Consultado el día 23 de febrero de 2019].
- DEL SAZ CORDERO, S.; «El régimen jurídico de los contratos del sector público. Contratos administrativos y contratos privados (arts. 24, 25, 26 y 27 LCSP/2017)», en la obra colectiva *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* dirigida por GIMENO FELIU, J. M., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.
- DELGADO PIQUERAS, F.; *La Terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*, Aranzadi Editorial, Navarra, 1995.
- DESCALZO GONZÁLEZ, A.; «Capítulo 1. Ámbito de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Artículos 1 a 5» y «Capítulo 5. Objeto del Recurso Contencioso-Administrativo. Artículos 25 a 30», en la obra colectiva *Tratado de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.
- «El acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa de las decisiones objetivamente administrativas de las entidades de derecho privado» en la obra colectiva *20 años de la Ley de lo Contencioso-Administrativo* coordinada por LÓPEZ RAMÓN, F. Y VALERO TORRIJOS, J., Instituto Nacional de Administración Pública, Murcia, 2019.

- DESDENTADO DAROCA, E.; «La determinación del orden jurisdiccional competente para conocer de las reclamaciones de indemnización por daños causados en la prestación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social (Comentario al auto de 7 de julio de 1994 de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo)», *RAP*, nº 136 (1995), p. 312.
- DÍAZ ALABART, S.; «Responsabilidad civil de centros docentes públicos», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 52 (2000).
- DÍAZ ALABART, S. Y ASÚA GONZÁLEZ, C.; *Responsabilidad de la Administración en la sanidad y en la enseñanza*, Montecorvo, Madrid, 2000.
- DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C.; «Riesgos del desarrollo y sangre contaminada: tres jurisdicciones, tres respuestas distintas», *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, nº 6 (1999). En www.aranzadidigital.es [Consultado el día 11 de julio de 2017].
- DÍEZ MARTÍNEZ, A.; «Últimos criterios jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil derivada de la asistencia médico-sanitaria», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol. III (1996). En www.aranzadidigital.es [Consultado el día 9 de diciembre de 2016].
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M.; «Comentario al artículo 141» en la obra colectiva *Comentarios a la Ley 30/92* dirigida por SÁNCHEZ MORÓN, M. y MAURANDI GUILLÉN, N., Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2013.
- DÍEZ SASTRE, S.; «Capítulo IV: Datos empíricos sobre la aplicación de la Ley de 1998 y tendencias detectadas» en la obra colectiva *Balance y perspectivas de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su XX Aniversario* coordinada por CUDERO BLÁS, J. y PONCE SOLÉ, J., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- DOMÉNECH PASCUAL, G.; «¿Deberían las autoridades y los empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?», *RAP*, nº 180 (2009).
- DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.; *Formas de gestión de la sanidad pública en España*, La Ley, Madrid, 2006. En www.laleydigital.es [consultado el día 6 de noviembre de 2014].

- «Formas de gestión en el Sistema Nacional de Salud: de la Ley General de Sanidad a las fórmulas de colaboración público-privada» en la obra colectiva *Tratado de Derecho Sanitario*, Volumen I, dirigida por PALOMAR OLMEDA, A. y CANTERO MARTÍNEZ, J., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- «Formas de gestión indirecta de los servicios sanitarios y privatización de la sanidad pública (especial referencia al plan de medidas de la Comunidad de Madrid)», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 27 (2013). En www.vlex.es [consultado el día 20 de octubre de 2014].
- «Impacto de las Directivas de contratos y de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público sobre la contratación en el ámbito sanitario», en la obra colectiva *Homenaje al profesor Ángel Menéndez Rexach*, Vol. 1, dirigida por JIMÉNEZ DE CISNEROS, F. J., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.
- «Los contratos de prestación de servicios a las personas. Repensando las formas de gestión de los servicios sanitarios públicos tras las Directivas de contratos de 2014 y la Ley 9/2017 de contratos del Sector Público», *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 50 (2019). En <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1509421> [Consultado el día 25 de agosto de 2020].

DOMÍNGUEZ MARTÍN, M. Y CHINCHILLA PEINADO, J. A.; «La acción concertada en la gestión de servicios sanitarios en la Ley 9/2017 de contratos del sector público», *Derecho y Salud*, Vol. 29, nº Extra (2019).

DOMÍNGUEZ SIMÓN, A.: «El contrato de gestión de servicio público en la modalidad de concierto», *Derecho y Salud*, Vol. 21, nº Extra (2011).

ELGUERO MERINO, J.; «Artículo 76» en la obra colectiva *Ley de contrato de seguro. Jurisprudencia comentada* coordinada por BADILLO ARIAS, J. A., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 3ª ed., 2017.

EMBID IRUJO, A.; «Los servicios públicos del agua: problemática jurídica con atención especial al abastecimiento y la depuración de las aguas residuales», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 9 (1997).

ENTRENA CUESTA, R.; «El texto refundido de la ley de régimen jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957», *RAP*, nº 24 (1957).

-Curso de Derecho Administrativo. Vol. I, Tecnos, Madrid, 11ª ed., 1995.

ESPÍN TEMPLADO, E.; «Artículo 21» en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* coordinada por ESPÍN TEMPLADO, E., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

ESPINOSA FERNÁNDEZ, F.; «II.1 Régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración por asistencia sanitaria» y «II: 2. Objeto, fundamento y naturaleza jurídica de la responsabilidad patrimonial de la Administración por asistencia sanitaria» en la obra colectiva *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria* coordinada por ZABALA GUADALUPE, J. J., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

EZQUERRA HUERVA, A.; «El cumplimiento transaccional de las sentencias contencioso-administrativas», *RAP*, nº 210 (2019). En <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.210.08> [Consultado el día 20 de julio de 2021].

FERNÁNDEZ COSTALES, J.; *La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería)*, La Ley, Madrid, 1995.

FERNÁNDEZ FARRERES, G.; «El procedimiento administrativo común en la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre: novedades y algunas cuestiones problemáticas», *Cuadernos de Derecho Local*, nº 41 (2016).

FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M.; *El servicio público de la sanidad: el marco constitucional*, Madrid, Civitas, 1984.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R.; «Artículo 106.2: La responsabilidad patrimonial de la Administración» en la obra colectiva *Comentarios a la Constitución Española. Tomo VIII, Artículos 97 a 112* dirigida por ALZAGA VILAAMIL, O., Edersa, Madrid, 1998. En www.vlex.es [Consultado el día 16 de diciembre de 2015].

FLORENSA MIGUEL, J.; «Responsabilidad Patrimonial derivada de la actuación de Mutuas de Accidentes de Trabajo. Doctrina del Consejo Consultivo de las Islas Baleares», *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 21 (2014). En <http://cja.gencat.cat> [Consultado el día 19 de abril de 2021].

- FONTÁN TIRADO, R.; «Competencia objetiva en materia de responsabilidad sanitaria: aproximación urgente a la luz de las leyes 29/1998 y 4/1999», *La Ley*, nº 3 (1999). En www.laleydigital.es [Consultado el día 12 de enero de 2016].
- FONTANILLA PARRA, J. A.; «Algunas cuestiones relativas a las reclamaciones derivadas de mala praxis médica. Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1997», *La Ley*, nº 6 (1997). En www.laleydigital.es [Consultado el día 22 de diciembre de 2012].
- FONT I LLOVET, T.; «La incidencia de la reforma local en el ámbito sanitario: competencias y organización. En especial, los consorcios», *Derecho y Salud*, Vol. 24, nº Extra (2014).
- «Organización y gestión de los servicios de salud. El impacto del Derecho europeo», *RAP*, nº 199 (2016).
- FORTES GONZÁLEZ, A. I.; *La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las administraciones públicas*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2014. En www.vlex.es [Consultado el día 17 de enero de 2016].
- FUERTES, M.; «Acotaciones al estudio de Carmen Chinchilla sobre las sociedades públicas y la responsabilidad por sus deudas», *RAP*, nº 206 (2018). En: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.206.03> [Consultado el día 9 de marzo de 2021]
- GALÁN CORTÉS, J. C.; *Responsabilidad civil médica*, Civitas (Thomson Reuters), Cizur Menor (Navarra), 6ª ed., 2018.
- GALLARDO CASTILLO, M. J.; *Los procedimientos administrativos en la Ley 39/2015: análisis y valoración de la reforma*, Tecnos, Madrid, 2016.
- Administración Sanitaria y responsabilidad patrimonial*, Colex, 1ª ed., 2021.
- GALLEGO CORCÓLES, I.; «Daños derivados de la ejecución de contratos administrativos. La culpa in vigilando como título de imputación», *RAP*, nº 177 (2008).

- GALLEGO SOLER, J. I.; «Artículos 109 a 126» en la obra colectiva *Comentarios al Código penal: reforma LO 1/2015 y LO 2/2015* dirigida por CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa: conflictos de jurisdicción*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- «Constitucionalidad de la unificación jurisdiccional en materia de responsabilidad administrativa (Comentario del ATC de 22 de julio 97)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 332 (1998).
 - «Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas», *REDA*, nº 103 (1999).
 - «El nuevo escenario de la responsabilidad administrativa extracontractual», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 426 (2000). En www.aranzadidigital.es [Consultado el día 29 de julio de 2020].
 - «Los seguros de responsabilidad patrimonial de la Administración: recientes pactos y reformas», *La Ley*, nº 6044 (2004). En www.laleydigital.es [Consultado el día 1 de agosto de 2019].
 - Desafíos del derecho administrativo ante un mundo en disrupción*, Comares (Granada), 2015.
 - «Capítulo I. La estructura de la legislación sobre procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público y sus criterios de aplicación», en la obra colectiva *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tomo I, dirigida por GAMERO CASADO, E., Tirant Lo Blanch, 2017. En www.tirant.com [Consultado el día 20 de febrero de 2018].
 - «Responsabilidad extracontractual de la Administración y del contratista por daños a terceros» en la obra colectiva *Tratado de contratos del sector público*, Tomo III, coordinada por GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I., Tirant Lo Blanch, 2018.
 - «¿El «retorno» al derecho administrativo?: manifestaciones en las leyes de procedimiento, régimen jurídico y contratos del sector público», *REDA*, nº 189 (2018). En www.aranzadidigital.es [Consultado el día 26 de junio de 2019].
 - «Iniciativas de mediación intrajudicial en el contencioso-administrativo», *REDA*, nº 198 (2019). En www.aranzadidigital.es [Consultado el día 28 de mayo de 2021].

- «Capítulo I. Delimitación conceptual de la potestad administrativa» en la obra colectiva *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo* dirigida por GAMERO CASADO, E., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.
- «Capítulo VI. Ejercicio de potestades administrativas por entidades del sector público con personalidad de Derecho privado» en la obra colectiva *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo* dirigida por GAMERO CASADO, E., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.
- GAMERO CASADO, E. Y FERNÁNDEZ RAMOS, S.; *Manual básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 17ª ed., 2020.
- GARAY, A.; *Gestión jurídica del riesgo médico (Medical Risk Legal Management)*, Grupo CTO Editorial, Madrid, 2013.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J.; «Acciones de responsabilidad patrimonial contra la Administración y contra sujetos privados que hubieran concurrido a la producción del daño (problemática del artículo 9.4 párrafo segundo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial)», *Derecho y Salud*, Vol. 8, nº 2 (2002). En file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-AccionesDeResponsabilidadPatrimonialContraLaAdmini-3177670.pdf [Consultado el día 24 de junio de 2019]. También en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 485 (2001).
- «Una mala nueva para las compañías aseguradoras que cubran la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: la última reforma del artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (por LO 19/2003, de 23 de diciembre)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 623 (2004). En www.aranzadidigital.es [Consultado el día 16 de enero de 2016].
- GARCÍA ÁLVAREZ, G.; «La responsabilidad en la ejecución de los contratos públicos: penalidades, responsabilidad frente a la Administración contratante y frente a terceros» en la obra colectiva *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* dirigida por GIMENO FELIU, J. M.; Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956.
- Curso de Derecho Administrativo. Tomo II*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 4ª ed., 1993.
- Curso de Derecho Administrativo. Tomo I*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 16ª ed., 2013.
- Curso de Derecho Administrativo. Tomo II*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 13ª ed., 2013.
- GARCÍA GARCÍA, M. J.; «La responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos en la Ley 4/1999 de 13 de enero», *La Ley*, nº 9 (2000). En www.laleydigital.es [Consultado el día 12 de enero de 2017].
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F.; «El nuevo sistema de responsabilidad patrimonial de la administración», *La Ley*, nº 4 (1993). En www.laleydigital.es [Consultado el día 30 de julio de 2020].
- «Contratos administrativos y privados tras la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», *REDA*, nº 95 (1997).
- «La modificación del régimen de la responsabilidad de la Administración por la Ley 4/1999», *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº 4 (1999). En <http://www.madrid.org> [Consultado el día 11 de noviembre de 2015].
- «La responsabilidad patrimonial de la Administración tras la Ley 4/1999», *Actualidad administrativa*, nº 32 (1999). En www.laleydigital.es [Consultado el día 12 de enero de 2016].
- «Contratos administrativos y privados ante la reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº 5 (1999). En <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=801937> [Consultado el día 11 de diciembre de 2019].
- Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998* obra colectiva coordinada por RIVERO GONZALEZ, M., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2ª ed., 2002.
- Responsabilidad patrimonial de la Administración. Cuándo y cómo indemniza la Administración. Régimen general y especialidades en el ámbito sanitario, urbanístico y otros*, Comares, Granada, 2ª ed., 2020.

- GARCÍA LARAÑA, R.; «La responsabilidad civil “ex delito” en el Anteproyecto de Código Penal de 1992», *La Ley*, Tomo 3 (1992). En www.laleydigital.es [Consultado el día 22 de julio de 2016].
- GARCÍA LUENGO, J.; «Instituciones sustantivas en la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público: los principios de la potestad sancionadora, la responsabilidad administrativa y el nuevo régimen de los convenios administrativos», *Estudios y Comentarios. La Administración al día* (2016). En <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1506842> [Consultado el día 5 de junio de 2019].
- GARCÍA RUBIO, F. y FUENTES I GASÓ, J. R.; *La responsabilidad de las Administraciones Públicas tras la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público. Cuatro estudios*, Atelier, Barcelona, 2017.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.; «¿Interrumpe el ejercicio de acciones penales el plazo de prescripción para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración? Sobre el alcance del artículo 146.2 de la LRJPAC», *RAP*, nº 141 (1996), pp. 265 a 270. En file:///C:/Users/Asus/Downloads/1996_141_265.PDF [Consultado el día 26 de julio de 2016].
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A.; «Hacia un nuevo sistema de justicia administrativa en España», *RAP*, nº 34 (1961).
- GARCÍA VICARIO, M^a. C Y CARBALLO MARTÍNEZ, G.; «Protocolo de mediación contencioso-administrativa» En *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2013. En: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Que-es-la-mediacion/Protocolos> [Consultado el día 3 de febrero de 2015].
- GARCÍA VILLALUENGA, L.; *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el derecho de familia*, Reus, Madrid, 2006.
- GARNICA MARTÍN, J. F.; «La acción directa frente al asegurador en supuestos de responsabilidad de agentes públicos. Jurisdicción competente», *Actualidad Civil*, nº 5 (2000).
- «Problemas derivados de la pluralidad de responsables en el proceso civil», *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y*

Seguro, n° 25 (2008). En <http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/JuanGarnicaMartin.pdf> [Consultado el día 16 de septiembre de 2019].

GARRIDO CUENCA, N. M.; «La igualdad y cohesión del Sistema Nacional de Salud. La protección de la salud en el modelo autonómico» en la obra colectiva *Tratado de Derecho Sanitario*, Volumen I, dirigida por PALOMAR OLMEDA, A. Y CANTERO MARTÍNEZ, J., Thomson-Reuters (Aranzadi), Cizur Menor (Navarra), 2013.

GARRIDO FALLA, F.; *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 3ª ed., 2001.

GIL-ROBLES, A.; «La mediación administrativa como alternativa», *Revista del Poder Judicial*, n° 94 (2012). En <http://www.poderjudicial.es> [Consultado el día 11 de febrero de 2015].

GIMÉNEZ CERVANTES, J.; «De la ejecución y modificación de los contratos», en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ministerio de Justicia-BOE-Ministerio de Fomento, Madrid, 1997.

GIMENO FELIU, J. M.; «Servicios de salud y reservas de participación ¿una nueva oportunidad para la mejora del SNS? Análisis de los artículos 74 a 77 de la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública», *Derecho y Salud*, Vol. 25 Extraordinario (2015). En <https://dialnet.unirioja.es/> [Consultado el día 6 de febrero de 2021].

-«La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Revista Aragonesa de Administración Pública, n° 52 (2018). En <https://dialnet.unirioja.es/> [Consultado el día 2 de enero de 2021].

-*La Ley de Contratos de Sector Público 9/2017, sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019. En ProView.thomsonreuters.com [Consultado el día 28 de junio de 2021].

GIMENO SENDRA, V.; GARBERÍ LLOBREGAT, J. Y MORENO CATENA, V.; *Derecho procesal administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993.

- GISBERT POMATA, M.; «Los conflictos sanitarios y los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos», en la obra colectiva *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina* dirigida por ADROHER BIOSCA, S. y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.
- GÓMEZ COLOMER, J. L.; «Lección 10ª. Extensión y límites de la jurisdicción y la competencia» en la obra colectiva *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 27ª ed., 2019.
- GÓMEZ DE HITTA, J. L.; *Formas jurídicas de la organización sanitaria : derecho público y derecho privado en la provisión pública de servicios sanitarios*, Escuela Andaluza de Salud Pública, Granada, 2000.
- GÓMEZ JARA, M.; *La responsabilidad profesional sanitaria*, Atelier, Barcelona, 2007.
- GÓMEZ JIMÉNEZ, M. L.; «Organización y funcionamiento del sector público institucional (II)», en la obra colectiva *El nuevo régimen jurídico del sector público* dirigida por GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 293 y 294.
- GÓMEZ LIGÜERRE, C.; «Jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual», *InDret*, nº 2 (2001). En <http://www.indret.com> [Consultado el día 17 de marzo de 2015].
- «Sobre la posibilidad de que la víctima ejercite la acción directa contra la compañía aseguradora de la Administración pública», *InDret*, nº 3 (2001). En <http://www.indret.com> [Consultado el día 12 de junio de 2019].
- «Cambio de vía. Auto de la Sala especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2001», *InDret*, nº 4 (2002). En <http://www.indret.com> [Consultado el día 12 de junio de 2019].
- «Dos veces en la misma piedra», *InDret*, nº 1 (2003). En <http://www.indret.com> [Consultado el día 12 de junio de 2019].
- «Paso a nivel», *InDret*, nº 3 (2003). En <http://www.indret.com> [Consultado el día 8 de marzo de 2019].
- «Problemas de jurisdicción competente y de derecho aplicable en pleitos de responsabilidad civil extracontractual», *InDret*, nº 2 (2009). En <http://www.indret.com> [Consultado el día 12 de junio de 2019].

- *Derecho aplicable y jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual*, Marcial Pons, Madrid, 2019.

- *Solidaridad impropia y seguro de responsabilidad civil*, Fundación Mapfre (Instituto de Ciencias del Seguro), Madrid, 2010.

GÓMEZ LIGÜERRE, C., RAMOS GONZÁLEZ, S. y LUNA YERGA, A.; «Todos a una. Jurisdicción competente para condenar a la Administración pública y a su compañía aseguradora», *InDret*, nº 1 (2004). En <http://www.indret.com> [Consultado el día 12 de junio de 2019].

GÓMEZ POMAR, F.; «Responsabilidad civil ex delito». En http://www.upf.edu/dretcivil/_pdf/mat_fernando/T11.pdf [consultado el día 29 de abril de 2013].

GONZÁLEZ DE OLANO, G. y NAVARRO MANICH, J. A.; « Comentarios a la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación contratos de concesión», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 37 (2014). En <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4259/documento/a03.pdf?id=5451> [Consultado el día 19 de julio de 2017].

GONZÁLEZ CARRASCO, M. C.; «Los mutualistas de MUFACE tienen un año para accionar contra las aseguradoras de asistencia sanitaria por los daños causados por los profesionales de sus cuadros. A propósito de la STS (Sala 1ª) de 13 de octubre de 2015 (RJ 2015/4225)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 16 (2015).

GONZÁLEZ ORTEGA, S.; «Delimitación de competencias entre los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social en materia de Seguridad Social: responsabilidad en la gestión de la Seguridad Social, Seguridad Social de los funcionarios públicos y materias afines a la Seguridad Social» en la obra colectiva *Problemas de delimitación de competencias entre el orden contencioso-administrativo y el orden social de relaciones laborales en el sector público*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

GONZÁLEZ ORVIZ, M. E.; *Responsabilidad civil derivada del delito*, Bosch, Barcelona, 2008.

GONZÁLEZ PÉREZ, J.; «Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y unidad de Jurisdicción», *REDA*, nº 4 (1975).

- «Orden jurisdiccional competente para conocer de las cuestiones de responsabilidad patrimonial en los supuestos de concurrencia de culpas de la Administración Pública y del administrado», *REDA*, nº 89 (1996).
- *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa: (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Tomo I, Civitas, Madrid, 3ª ed., 1998.
- «La transacción en el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *RAP*, nº 145 (1998).
- *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa: (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Civitas, Madrid, 8ª Ed., 2016.
- *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 8ª ed., 2016.
- *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común: (LRJPAC de 26 de noviembre)*, Civitas, Madrid, 1993.
- *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común: (LRJPAC de 26 de noviembre)*, Civitas, 2ª ed., Madrid, 1994.
- *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común. (Ley 30-1992, de 26 de noviembre)*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 5ª ed., 2012.

GONZÁLEZ NAVARRO, F.; «Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público», *Revista de Derecho Financiero*, nº 44-45 (1976),

GOSÁLVEZ PEQUEÑO, H.; «La terminación convencional de los procedimientos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública», en la obra colectiva *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el marco de la estructura territorial del Estado. III Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía* coordinada por HINOJOSA MARTÍNEZ, E., Comares, Granada, 2000.

GRANADO HIJELMO, I; «Crónica a la ponencia formulada por DEL RÍO MUÑOZ, F.; «El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, en especial en el ámbito sanitario»» en las *IV Jornadas de la Función Consultiva. Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Logroño,

2002.

En

https://www.ccrioja.es/fileadmin/consejo/Publicaciones/Cr_nica_IV_Jornadas.pdf

[Consultado el día 23 de febrero de 2019].

GRAU GRAU, I.; *La responsabilidad patrimonial sanitaria: aspectos procesales*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017.

- «La responsabilidad de las Administraciones por la pandemia provocada por el COVID-19» en la obra colectiva *Cómo hacer frente a los efectos legales y litigios derivados del COVID-19*, Bosch-Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

GRIJALBA LÓPEZ, J. C.; «La compañía aseguradora en el procedimiento de responsabilidad patrimonial», *Derecho y Salud*, Vol. 21, nº Extra 1 (2011). En <https://www.ajs.es> [Consultado el día 20 de septiembre de 2019].

GUAITA, A.: «El proceso de responsabilidad civil de los funcionarios administrativos», *Anuario de Derecho Civil*, nº 1 (1953).

GUDÍN R-MAGARIÑOS, A. E.; «La responsabilidad patrimonial de los centros sanitarios concertados. Incidencia de los aspectos procesales en la reapertura de una polémica», *AFDUDC*, nº 14 (2010). En <http://hdl.handle.net/2183/8295> [Consultado el día 3 de septiembre de 2017].

GUERRERO ZAPLANA, J.; «La Jurisdicción competente para conocer de las reclamaciones de responsabilidad por defectuosa asistencia sanitaria en el marco de la Seguridad Social», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 267 (1996).

- *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*, Lex Nova, Valladolid, 5ª ed., 2006.

- *Guía práctica de las reclamaciones sanitarias*, Lex Nova/Thomson Reuters, Valladolid, 2013.

GUICHOT REINA, E.; «La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos» en la obra colectiva *Lecciones de Derecho Administrativo. Parte General* coordinada por BARRERO RODRÍGUEZ, C., Vol. II, Tecnos, Madrid, 6ª ed., 2020.

GUIJARRO BERNAL, R. E ITURMENDI MORALES, G.; «La reclamación patrimonial como instrumento de calidad y sostenibilidad del Sistema Sanitario. La mediación», *Derecho y Salud*, Vol. 22, nº Extraordinario (2011).

- GULLÓN BALLESTEROS, A.; *La transacción*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1964.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, F.; «3. Los criterios o títulos de imputación» en la obra colectiva *Manual de Responsabilidad Pública* dirigida por la Dirección del Servicio Jurídico de la Abogacía General del Estado, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2ª ed., 2015.
- GUTIÉRREZ PÉREZ, M. Y ARIAS DOMINGUEZ, A.; «Gestión y Régimen económico-financiero de la Seguridad Social» en la obra colectiva *Lecciones de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 10ª ed., 2020.
- HERNÁNDEZ GIL, A.; *Responsabilidad por mala praxis médica. Análisis del problema a través de encuestas a Colegios Oficiales de Médicos y de Abogados*. Tesis doctoral, Universidad de Córdoba, 2002, p. 28. En <http://hdl.handle.net/10396/281> [Consultado el día 15 de marzo de 2014].
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L.; «La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 60 (2016). En <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1506183#nota29> [Consultado el día 17 de junio de 2017].
- «La delimitación de los contratos públicos de servicios y de concesión de servicios» en la obra colectiva *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* dirigida por GIMENO FELIU, J. M.; Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.
- HERNÁNDEZ MORENO, J; HERNÁNDEZ GIL, M.L. Y HERNÁNDEZ GIL, A; «Responsabilidad por malpraxis médica: la vía extrajudicial», *Cuadernos de Medicina Forense*, nº 28 (2002). En <http://dx.doi.org/10.4321/S1135-76062002000200002> [Consultado el día 12 de enero de 2013].
- HERNÁNDEZ DEL CASTILLO, A.; «Capítulo II. Exigencia Judicial de la Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. I. Jurisdicción civil y contencioso-administrativa. Concurrencia de jurisdicciones. 2. Situación actual; principio de unificación de fuero y 4. Problemas en el caso de concurrencia de la Administración con los particulares en la producción del daño; jurisprudencia sobre la materia» y «Capítulo II. Exigencia Judicial de la Responsabilidad Patrimonial de

las Administraciones Públicas. III. Orden jurisdiccional social. 2. Estado actual de la jurisprudencia», en la obra colectiva *Manual de Responsabilidad Pública* dirigida por la Dirección del Servicio Jurídico de la Abogacía General del Estado, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2ª ed., 2015.

HERRERO DE EGAÑA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J. M.; «La responsabilidad del funcionario y la acción del ciudadano» en la obra colectiva *Manual de Responsabilidad Pública* dirigida por la Dirección del Servicio Jurídico de la Abogacía General del Estado, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2ª ed., 2015.

HORGUÉ BAENA, C.; «La responsabilidad del contratista por daños causados a terceros en la ejecución de los contratos administrativos», *RAP*, nº 147 (1998).

HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, J.; «Comentario al art. 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa» en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* dirigida por QUINTANA CARRETERO, J. P., Lex Nova, Valladolid, 2013. En www.aranzadigital.es [Consultado el día 7 de junio de 2019].

HUERGO LORA, A.; *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000.

- *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

- «El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas», *InDret*, nº 3 (2003). En <http://www.indret.com> [Consultado el día 8 de marzo de 2019].

- «La transacción y el arbitraje» en la obra colectiva *Comentarios a la Ley 33/2003, del patrimonio de las Administraciones Públicas* coordinada por CHINCHILLA MARTÍN, C., Thomson Civitas, Madrid, 2004.

- «El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *DA. Nueva época*, nº 4 (2017), pp. 31 a 51. En <https://doi.org/10.24965/da.v0i4.10494> [Consultado el día 7 de febrero de 2021].

HUERTA GARICANO, I.; «La indemnización por defectos en el consentimiento informado», *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 16 (2011), p. 151. En <http://www.madrid.org/ccmadrid/images/adjuntos/ponenciasjornadasrp2012.pdf> [Consultado el día 27 de marzo de 2015].

- HUESCA BOADILLA, R.: «Artículo 145. Exigencia de responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas», en la obra colectiva *Comentarios a la Reforma de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Estudio de la Ley 4/1999, de 13 de enero*, coordinada por HUESCA BOADILLA, R., Aranzadi, Navarra, 1999.
- HURTADO MARTÍNEZ, J. A.; «La acción de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento del servicio público contra las mutuas de trabajo». En *elderecho.com* [Consultado el día 19 de marzo de 2015].
- IGLESIAS, A.; «Situación actual de la responsabilidad médica: visión de un cirujano y abogado en ejercicio», *Actualidad del Derecho Sanitario*, nº 200 (2013).
- IRURZUN MONTORO, F.; «*La jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad patrimonial de la Administración. En especial, el caso de los servicios públicos sanitarios*», *REDA*, nº 87 (1995).
- ITURMENDI MORALES, G.; «Problemas para implantación en España y posibles soluciones de la mediación de conflictos sanitarios en el sistema», Ponencia presentada en el XVI Congreso AEGRIS, Valladolid, 2015. En https://fundacioninade.org/sites/inade.org/files/ponencia_y_presentacion.pdf [Consultado el día 20 de octubre de 2020].
- JIMÉNEZ BONILLA, S.; «Capítulo II. Exigencia Judicial de la Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. I. Jurisdicción civil y contencioso-administrativa. Concurrencia de jurisdicciones. 1. Orden jurisdiccional competente. Evolución legislativa y jurisprudencial y 3. Responsabilidad por Derecho Privado; Evolución histórica y regulación actual», en la obra colectiva *Manual de Responsabilidad Pública* dirigida por la Dirección del Servicio Jurídico de la Abogacía General del Estado, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2ª ed., 2015.
- JIMÉNEZ LÓPEZ, M. N.; «Orden jurisdiccional competente para conocer de las reclamaciones por responsabilidad patrimonial en caso de seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas», *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, nº 23 (2009).

- JUAN SÁNCHEZ, R.; «Lección 8ª. Introducción. Los tribunales ordinarios y la oficina judicial» en la obra colectiva *Introducción al Derecho Procesal* dirigida y coordinada por ORTELLS RAMOS, M., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 9ª ed., 2019.
- JURISTO SÁNCHEZ, R., *La ejecución del contrato de obra pública*, Madrid, 2ª ed., 1991.
- LARIOS RISCO, D. Y LOMAS HERNÁNDEZ, V.; «Modelos de colaboración público-privada para la construcción y gestión de infraestructuras sanitarias», *Derecho y Salud*, nº 15 (2007).
- LASAOSA IRIGOYEN, E.; «La extensión de la jurisdicción social en materia de seguridad social en el presente», *REDT*, nº 159 (2013). En www.aranzadidigital.es [Consultado el día 2 de marzo de 2016].
- LAZO VITORIA, X.; «El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesión» en la obra colectiva *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* dirigida por GIMENO FELIU, J. M.; Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.
- LEDESMA CASTELLTORT, A.; «Entidades de base asociativa: un modelo de provisión asistencial participado por los profesionales sanitarios. Valoración actual y retos futuros», *Revista de Administración Sanitaria siglo XXI*, Vol. 3, nº 1 (2005).
- LEDESMA CASTELLTORT, A.; IRUELA LÓPEZ, A.; «Las entidades de base asociativa (EBA): una alternativa a la gestión pública en la provisión de servicios de salud». En http://directivos.publicacionmedica.com/contenido/images/sedisa_uno%281%29.pdf [Consultado el día 11 de febrero de 2021].
- LEGUINA VILLA, J.; *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, Tecnos, Madrid, 2ª ed., 1983.
- «La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio» en la obra colectiva *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* dirigida por LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M., Tecnos, Madrid, 1993.

- «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. Artículo 2.e)», *REDA*, nº 100 (1998).
 - Prólogo al libro CASINO RUBIO, M.; *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
 - «Responsabilidad patrimonial de la Administración y unidad jurisdiccional», *Justicia Administrativa: Revista de derecho administrativo*, nº Extra 1 (dedicado a la LJCA) (1999).
 - «Artículo 106.2. La responsabilidad de la Administración Pública» en la obra colectiva *Comentarios a la Constitución Española* dirigida por CASAS BAAMONDE, M. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008.
- LIZARRAGA BONELLI, E. y PIGA RIVERO, A.; «Aspectos de la Covid 19 que pueden influir en la responsabilidad de sanitarios y Administraciones sanitarias», *Actualidad del Derecho Sanitario*, nº 284 (2020).
- LLAMAS POMBO, E.; «Doctrina general de la culpa médica» en la obra colectiva *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar* dirigida por LLAMAS POMBO, E., La Ley, Madrid, 2014.
- LLISET BORREL, F.; «Los actos de los vicarios y de los entes instrumentales jurídico-privados de la administración pública como objeto del proceso contencioso-administrativo» en la obra colectiva *La justicia administrativa: libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta* coordinada por MONTORO I CHINER, M. J., Atelier, Barcelona, 2003.
- LLISET BORRELL, F., ROMERO HERNÁNDEZ, F. Y LÓPEZ PELLICER, J. A.; *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común. Comentarios a la LRJPAC, modificada por la Ley 4/1999, y su conexión con el Régimen Local*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2ª ed., 2000.
- LOPERENA ROTA, D.; *La transacción en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2000.

- LÓPEZ ÁLVAREZ, E.; «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas» en la obra colectiva *Comentarios a la reforma del Procedimiento Administrativo (Análisis de la Ley 4/1999)* coordinada por SALA SÁNCHEZ, P., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
- LÓPEZ BARBA, E. M.; *El contrato de transacción: su resolución por incumplimiento*, Laborum, Murcia, 2001.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.; *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.
- LÓPEZ CANDELA, J.E.; «El ámbito objetivo de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento normal con especial mención al servicio sanitario», *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 15 (2008).
- LÓPEZ DE LA OSA ESCRIBANO, A.; «El seguro médico obligatorio en responsabilidad sanitaria. Referencia especial al caso francés y su sistema alternativo en la resolución de conflictos creados por accidentes médicos», *REDA*, nº 121 (2004).
- LÓPEZ GANDÍA, J. Y TOSCANI GIMÉNEZ, D.; *La reforma de las Mutuas*, Bomarzo, Albacete, 2015.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I.; «El Derecho Administrativo y la actividad relacional de las entidades de derecho privado de la administración», *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, Vol. 19, nº 1 (2016).
- LÓPEZ-MÉDEL BÁSCONES, J.; «Responsabilidad de las Administraciones Públicas (exégesis de la elaboración de la LRJPAC)» en la obra colectiva *Estudios y Comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tomo II, Ministerio de Justicia y de la Presidencia, Madrid, 1993.
- LÓPEZ MENUDO, F.; «Artículo 139. Principios de la responsabilidad»; «Artículo 144. Responsabilidad de Derecho Privado» y Artículo 140. Responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas» en la obra colectiva *Comentarios a la Ley 30/92* dirigida por SÁNCHEZ MORÓN, M. y MAURANDI GUILLÉN, N., Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2013.

- LÓPEZ MENUDO, F.; GUICHOT REINA, E. y CARRILLO DONAIRE, J. A.; *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Lex Nova, Valladolid, 2005.
- «Crónicas de Jurisprudencia. IX Responsabilidad Administrativa», *Justicia Administrativa: Revista de derecho administrativo*, nº 54 (2011).
- LÓPEZ SAMANES, G.; «La responsabilidad patrimonial de la Administración en las Leyes 39/2015 y 40/2015, de 1 de octubre». En <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/responsabilidad-patrimonial-administracion/> [Consultado el día 17 de mayo de 2018].
- MACHO GÓMEZ, C.; «La mediación comercial como instrumento para la resolución de conflictos en la práctica de Inglaterra y Gales» en *Mediación, Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Tomo I, coordinado por FERNÁNDEZ CANALES, C., Reus, Madrid, 2010.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L.; «La responsabilidad civil subsidiaria de los entes públicos en el artículo 121 del Código Penal», *La Ley*, Tomo 1 (1996). En www.laleydigital.es [Consultado el día 3 de agosto de 2016].
- MARCOS MUÑOZ, F. J.; «Los codemandados en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Su intervención en el proceso y en el procedimiento administrativo. Referencia obligada a la responsabilidad patrimonial de la Administración.» En <http://noticias.juridicas.com> [Consultado el día 20 de mayo de 2018].
- MARÍN FERRER, M.; DE ROSA TORNER, A. y BLASCO CASTANY, R.; *Las nuevas formas de gestión sanitaria «Modelo Alzira»*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2007.
- MARTÍN DELGADO, I.; «Artículo 2» en la obra colectiva *Comentarios a la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público* dirigida por CAMPOS ACUÑA, C., Wolters Kluwer, Madrid, 2017. En el mismo sentido, MARTÍN DELGADO, I.; «Artículo 2» en la obra colectiva *Comentarios a la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* dirigida por CAMPOS ACUÑA, C., Wolters Kluwer, Madrid, 2017.

MARTÍN DIZ, F.; «Alternativas extrajudiciales para la resolución de conflictos civiles y mercantiles: perspectivas comunitarias», *La Ley*, nº 3 (2006). En www.laleydigital.es [Consultado el día 10 de mayo de 2011].

- *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010.
- *Mediación en el ámbito contencioso-administrativo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.

MARTÍN LORENZO, B.; «Los consorcios: régimen básico y singularidades tras la Ley 40/2015», *Actualidad Administrativa*, nº 9 (2018). En www.laleydigital.es [Consultado el día 24 de enero de 2019].

MARTÍN-PALACÍN GUTIÉRREZ, J. L.; «Capítulo I. Teoría General de la Responsabilidad Patrimonial o extracontractual. I Elementos subjetivos. 1.1. La Administración Pública Responsable. 1.1 Teoría General» en la obra colectiva *Manual de Responsabilidad Pública* dirigida por la Dirección del Servicio Jurídico de la Abogacía General del Estado, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2ª ed., 2015.

MARTÍN REBOLLO, L.; «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica», *Documentación Administrativa*, nº 237-238 (1994).

- «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 4 (2000). En <https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/ayeryhoydelaresponsabilidadpatrimonialde laadministracion.pdf> [Consultado el día 2 de diciembre de 2014]. También está publicado en *RAP*, nº 150 (2000).
- «La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (Algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos)», *Derecho y Salud*, Vol. 9, nº 1 (2001). En <http://dialnet.unirioja.es> [Consultado el día 18 de junio de 2021].
- Prólogo del libro de BUSTILLO BOLADO, R.; *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 3ª ed., 2010.

- «Nuevas perspectivas de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario», *La Revista de Responsabilidad Médica*, Enero (2015).

- «La nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común», *REDA*, nº 174 (2015).

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.; «Responsabilidad patrimonial de la Administración y jurisdicción», *RAP*, nº 42 (1963).

- «Unidad de jurisdicción para la Administración pública», *RAP*, nº 49 (1966).

- «Las empresas públicas: reflexiones del momento presente» en la obra colectiva *Administración instrumental: libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, vol. 2 coordinada por PÉREZ MORENO, A., Civitas, Madrid, 1994.

- «Reflexiones sobre la «huida» del derecho administrativo», *RAP*, nº 140 (1996).

MARTÍNEZ PLATEL, R.; «La medicina defensiva no evita que el médico se sienta en el banquillo», *Revista Médica*, nº 191 (2014). En www.rmedica.es [Consultado el día 1 de febrero de 2015].

MARTÍNEZ-LAGE SOBREDO, S.; «Organización sanitaria en España» en la obra colectiva *Manual sobre responsabilidad sanitaria* coordinado por ZABALA GUADALUPE, J.J., Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.

MARTÍNEZ-ZAPORTA ARÉCHAGA, E.; «Claves para alcanzar acuerdos a través de la mediación sanitaria en las reclamaciones indemnizatorias», *Derecho y Salud*, Vol. 22, nº Extraordinario (2012). En <https://www.ajs.es/index-revista-derecho-y-salud> [Consultado el 23 de octubre de 2020].

MAS CASANOVAS, F.; «Reclamaciones de responsabilidad patrimonial por actos de los concesionarios o contratistas de la Administración», *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 26 (2016). En <http://cja.gencat.cat> [Consultado el día 19 de abril de 2021].

MAURANDI GUILLÉN, N.; «Disposición adicional duodécima. Responsabilidad en materia de asistencia sanitaria» en la obra colectiva *Comentarios a la Ley 30/92* dirigida por SÁNCHEZ MORÓN, M. y MAURANDI GUILLÉN, N., Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2013.

MAYOR GÓMEZ, R.; «La problemática jurídica de la imputación de los daños causados en centros sanitarios privados concertados», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 3 (2013). En www.aranzadidigital.es [consultado el día 4 de junio de 2014].

- MENÉNDEZ GARCÍA, P.; «Las Fundaciones del sector público», en la obra colectiva *Fundaciones. Problemas actuales y reforma legal*, Aranzadi Thomson-Reuters, Madrid, 2011.
- MENÉNDEZ REXACH, A.; «Las fórmulas de gestión sanitaria indirecta de Servicios Sanitarios: Especial referencia al Concierto Sanitario», *Actas del III Congreso Derecho y Salud*, Pamplona, 1994.
- «La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública. Reflexiones en torno al debate sobre la privatización de la sanidad», *Revista de Administración Sanitaria siglo XXI*, Vol. 6, nº 2 (2008).
- MERCADER UGUINA, J. R.; *Delimitación de competencias entre el orden social y el contencioso administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.
- MIR PUIGPELAT, O.; «La reforma del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificaciones de la LRJPAC», *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 4 (1999). En <http://hdl.handle.net/10230/42931> [Consultado el día 13 de abril de 2020].
- *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid, 2000.
 - «La jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: una polémica que no cesa. Comentario a los Autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 y 21 de octubre de 2002 y propuesta de reforma legislativa», *InDret*, nº 3 (2002). En <http://www.indret.com> [Consultado el día 17 de marzo de 2015]. Publicado también en la obra colectiva *La justicia administrativa: libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta* coordinado por MONTORO CHINER, M. J., Atelier, Barcelona, 2003.
 - «Sin opción. Comentario a la STS 17.2.2006, por la que se niega el derecho de opción de las víctimas de exigir responsabilidad civil a los funcionarios públicos ante los órganos de la jurisdicción ordinaria», *InDret*, nº 3 (2006). En <http://www.indret.com> [Consultado el día 6 de octubre de 2016].
 - «Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)», *REDA*, nº 140 (2008).
 - «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas» en la obra colectiva *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas: crisis y*

propuestas para el siglo XXI coordinada por ORTIZ BLASCO, J. y MAHÍLLO GARCÍA, P., Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2009.

- *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Edisofer, Madrid, 2ª ed., 2012.
- «La garantía constitucional de la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración», *RAP*, nº 213 (2020).

MIRANDA SUÁREZ, F.; «La mediación prejudicial obligatoria de daños en salud. La experiencia en Chile» en *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina* obra colectiva dirigida por ADROHER BIOSCA, S. y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

MONTERO AROCA, J.; «Lección Tercera. La noción de jurisdicción y los órganos que la poseen» en la obra colectiva *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 27ª ed., 2019.

- «Lección Decimocuarta. La demanda», en la obra colectiva *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 27ª ed., 2019.

MONTORO CHINER, M. J. y HILL PRADOS, M. C.; *Responsabilidad patrimonial de la administración y contrato de seguro*, Atelier, Barcelona, 2002.

MONTORO, I.; «La mediación, una solución eficaz que beneficia a todos» [en línea], Blog Lex Sanitaria, 11 de enero de 2013, España. En <http://www.lexsanitaria.com/mediacion-y-acuerdos-extrajudiciales/#> [Consultado el día 21 de abril de 2015].

MONTOYA MARTÍN, E.; *Las empresas públicas sometidas al Derecho Privado*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

- «El sistema de responsabilidad de las empresas públicas sometidas al Derecho privado», en la obra colectiva *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el marco de la estructura territorial del Estado. III Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía* coordinada por HINOJOSA MARTÍNEZ, E., Comares, Granada, 2000.
- «Las sociedades estatales en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de 2015, de régimen jurídico del sector público» en la obra colectiva *Innovaciones en el procedimiento*

administrativo común y el régimen jurídico del sector público dirigida por LÓPEZ MENUDO, F., Instituto García Oviedo, Sevilla, 2016.

- «Capítulo XLVI. El sector público institucional», en la obra colectiva *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tomo II, dirigida por GAMERO CASADO, E., Tirant Lo Blanch, 2017. En www.tirant.com [Consultado el día 20 de febrero de 2018].

MORCILLO MORENO, J.; *Teoría y Práctica de las Cuestiones Prejudiciales en el Ámbito del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2007. En www.laleydigital.es [Consultado el día 1 de junio de 2016].

MORENO MOLINA, J. A. y MAGÁN PERALES, J. M.; *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas y, en especial, de las Corporaciones Locales*, Tomo 2, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2005. En www.laleydigital.es [Consultado el día 12 de enero de 2017].

MORENO MOLINA, J. A. y PLEITE GUADAMILLAS, F.; *La nueva Ley de Contratos del Sector Público: estudio sistemático*, La Ley, Madrid, 3ª ed., 2011.

MORENO MOLINA, J. A.; «El Derecho europeo de los contratos públicos como marco de referencia de la legislación estatal» en la obra colectiva *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* dirigida por GIMENO FELIU, J. M.; Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.

MOREU CARBONELL, E.; «Capítulo 1. El ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa» en la obra colectiva *Estudio de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* dirigida por EZQUERRA HUERVA, A. y OLIVÁN DEL CACHO, J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

MOURE GONZÁLEZ, E.; «El artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro en el País de las Maravillas. Desmontando su inaplicación en la responsabilidad patrimonial sanitaria», *La Ley*, nº 8467 (2015). En www.laleydigital.es [consultado el día 29 de enero de 2015].

- *Hacia un baremo de daño sanitario. Y cómo valorarlo mientras tanto*, La Ley Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2018.

MUGA MUÑOZ, J. L.; «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por el contagio de SIDA», *RAP*, nº 136 (1995).

MUÑOZ CONDE, F. Y GARCÍA ARÁN, M.; *Derecho Penal. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 10ª ed., 2019.

MUÑOZ MACHADO, S.; *La responsabilidad civil concurrente de las administraciones públicas (y otros estudios sobre responsabilidad)*, Civitas, Madrid, 1992.

- «Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración Sanitaria (Con algunas reflexiones sobre las funciones actuales de la responsabilidad civil)», *Documentación Administrativa*, nº 237-238 (1994).
- *La responsabilidad civil concurrente de las administraciones públicas (y otros estudios sobre responsabilidad)*, Civitas, Madrid, 2ª ed., 1998.
- *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general*, Tomos XI, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015. En www.boe.es [Consultado el día 23 de enero de 2021].
- *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general*, Tomo X, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2ª ed., 2017. En www.boe.es [Consultado el día 23 de enero de 2021].
- *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general*, Tomos XIII, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2ª ed., 2018. En www.boe.es [Consultado el día 23 de enero de 2021].

NARBÓN LAINEZ, E.; «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Las especialidades de procedimiento.» En http://gfw.diputacionalicante.es/repo/rec/857/RESPONBILIDAD%20PATRIMONIAL%20NUEVA%20LEY%202015_ALICANTE.pdf [Consultado el día 6 de junio de 2019].

NATASHA C MERUELO, J.C.; «Mediation and Medical Malpractice. The Need to Understand Why Patients Sue and a Proposal for a Specific Model of Mediation», *The Journal of Legal Medicine*, vol. 29, nº 3 (2008).

NAVARRO MUNUERA, A.; «La regulación de la responsabilidad de las Administraciones Públicas» en la obra colectiva *Administración Pública y Procedimiento Común: Comentarios a la LRJPAC, de 26 de noviembre* coordinada por TORNOS MAS, J., Bosch, Barcelona, 1994.

- NAVARRO PALACIOS, M.; «Empresa pública, personalidad, responsabilidad» en la obra colectiva *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el marco de la estructura territorial del Estado. III Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía* coordinada por HINOJOSA MARTÍNEZ, E., Comares, Granada, 2000.
- NOGUERA DE LA MUELA, B.; «La unidad jurisdiccional y la reclamación de indemnización por prestación defectuosa de asistencia sanitaria de la Seguridad Social», *REDA*, nº 88 (1995).
- El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de contratos de las administraciones públicas: (Real Decreto Legislativo 2-2000, de 16 de junio, por el que se aprueba su texto refundido)*, Atelier, Barcelona, 2001.
- NOVEL MARTÍ, G.; *Los programas educativos en la resolución de conflictos en el ámbito sanitario. Propuestas de un modelo*. Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2008. En: <http://eprints.ucm.es/9159/1/T30719.pdf> [Consultado el día 2 de febrero de 2015].
- OLMEDA FREIRE, G. B.; «La competencia en materia de reclamaciones sobre responsabilidad derivada de la incorrecta prestación de los servicios sanitarios por las entidades gestoras de la Seguridad Social: El artículo 2 e) de la Ley 29 / 1998 y la disposición adicional 12ª de la Ley 4 / 1999: ¿El final del conflicto?», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 5 (2000). En www.laleydigital.es [Consultado el día 17 de enero de 2017].
- ORTIZ VAAMONDE, S.; *El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros*, La Ley, Madrid, 2004.
- ORTUÑO MUÑOZ, J. P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J.; «Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal», *Fundación alternativas*, nº 110 (2007). En <http://dialnet.unirioja.es> [consultado el día 1 de junio de 2011]
- OTAOLA, J.; «La privatización de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública» *Actualidad Administrativa*, nº 29 (2000).

- PALOMAR OLMEDA, A.; «La responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario: el marco de la acción directa contra la aseguradora en el ámbito civil. STS (Sala Primera) de 5 de junio de 2019», *La Ley*, nº 9459 (2019). En www.laleydigital.es [Consultado el día 23 de febrero de 2020].
- PALMA FERNÁNDEZ, J. F.; «El contrato de transacción y las Administraciones Públicas. La doctrina del Consejo de Estado», *RAP*, nº 169 (2006).
- PANIZA FULLANA, A.; «La responsabilidad objetiva en el ámbito sanitario: relectura de los artículos 28 LGDCU (art.148 del TRLGDCU) y art.139 LRJ-PAC a la luz de las resoluciones de los tribunales» en la obra colectiva *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina* dirigida por ADROTHER BIOSCA, S. y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.
- PANES CORBELLE, L. A.; «Responsabilidad patrimonial de los Servicios de Salud» en la obra colectiva *Tratado de Derecho Sanitario*, Volumen II, dirigida por PALOMAR OLMEDA, A. Y CANTERO MARTÍNEZ, J., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- PANTALEÓN PRIETO, A. F.; *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Tecnos, Madrid, 1985.
- «Perseverare diabolicum, ¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal?», *Jueces para la Democracia*, nº 19 (1993),
 - «Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», *Documentación Administrativa*, nº 237-238 (1994).
 - *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración (hacia una revisión del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas)*, Civitas, Madrid, 1995.
 - «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: sobre la jurisdicción competente», *REDA*, nº 91 (1996).
- PARADA VÁZQUEZ, R.; «La nueva Ley de contratos del Estado», *RAP*, nº 47 (1965).
- *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común: (estudio, comentarios y texto de la LRJPAC, de 26 de noviembre)*, Marcial Pons, Madrid, 1993.

- «Justicia administrativa e irresponsabilidad de los servidores públicos», *RAP*, nº 153 (2000).

- *Derecho Administrativo II. Régimen jurídico de la actividad administrativa*, UNED: Ediciones Académicas, Madrid, 24ª ed. (2ª en esta editorial), 2018.

PAREJO ALFONSO, L.; «El artículo 88 de la LRJPAC, de 26 de noviembre: el pacto, acuerdo, convenio o contrato en el procedimiento administrativo» en la obra colectiva *Convención y arbitraje en el Derecho Tributario* coordinada por ELORRIAGA PISARK, G., Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons, Madrid, 1996.

- *Lecciones de Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 10ª ed., 2020.

PARRA LUCÁN, M. A.; «Capítulo 27. La responsabilidad civil extracontractual» en la obra colectiva *Curso de Derecho Civil II, Vol. II: Contratos y responsabilidad civil* coordinada por MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., Edisofer, Madrid, 2020.

PARRA SEPÚLVEDA, D.; OLIVARES VANETI, A.; RIESCO MENDOZA, C.; «La mediación en el ámbito de la salud y su rol en la relación sanitaria», *Revista de Derecho*, nº 243 (2018).

PASTOR ÁLVAREZ, M. C.; «Algunas notas sobre las recíprocas concesiones en el contrato de transacción» en la obra colectiva *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Tomo II coordinada por GONZÁLEZ PORRAS, J. M. y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Madrid, 2004.

PASTOR LÓPEZ, M.; «VIII. La responsabilidad de los contratistas de la Administración por los daños causados a terceros» en la obra colectiva *Manual de Responsabilidad Pública* dirigida por la Dirección del Servicio Jurídico de la Abogacía General del Estado, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2ª ed., 2015.

PASTOR MERCHANTE, F.; «V. Análisis de la litigiosidad administrativa y contencioso administrativa en materia de responsabilidad patrimonial» en la obra colectiva *Informe sobre la Justicia Administrativa 2019* dirigida por DÍEZ SASTRE, S., CIJA-UAM, Madrid, 2019. En <https://cija-uam.org/wp->

content/uploads/2019/07/Informe_CIIA_2019_FINAL_Web.pdf [Consultado el día 6 de marzo de 2020].

PAX.; «Guía para la implementación de la mediación de conflictos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Sanitarias». En <https://www.sham.es> [Consultado el día 6 de octubre de 2020].

PAVELEK ZAMORA, E.; «El aseguramiento de la responsabilidad de la Administración», *RDSP*, nº 3-4 (1997).

PAVEL, EDUARD-VALENTIN; *El procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. Tesis doctoral, Universidad de Lleida, 2020. En <http://hdl.handle.net/10803/669650> [Consultado el día 1 de octubre de 2021].

PEMÁN GAVÍN, J.; *Derecho a la salud y administración sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989.

- «La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público», *Documentación Administrativa*, nº 237-238 (1994).
- «Responsabilidad patrimonial de la Administración y jurisdicción competente: sobre el alcance de la unificación operada por la LRJPAC, de 26 de noviembre (ATS Sala Conflictos de 7 de julio de 1994)», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 5 (1994).
- «Hacia nuevas formas de gestión de los servicios sanitarios (Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio)», en la obra colectiva *Reforma y Liberalización económica: los decretos-leyes de junio 1996*, Civitas, Madrid, 1996.
- *Asistencia Sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, Comares, Granada, 2005.
- «Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud», *Derecho y Salud*, Vol. 16, nº Extra 2 (2008).

PEÑA, P.; «Sinopsis del art.43 CE». En <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=43&tipo=2> [Consultado el día 22 de mayo de 2015].

PERÁLVAREZ AGUILERA, F.; DELGADO MUÑOZ, J.M. y LÓPEZ-ANDRADE JURADO, M.A.; «La mediación en odontología a través de los Colegios Profesionales. A propósito de la nueva Ley 5/2012», *Derecho y Salud*, Vol. 22, nº

Extraordinario (2012). En <http://www.ajs.es> [Consultado el día 20 de octubre de 2020].

PÉREZ DEL BLANCO, G.; «Últimas reformas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *La Ley*, nº 6118 (2004). En www.laleydigital.es [Consultado el día 20 de julio de 2019].

PÉREZ MANZANO, M.; «Interrupción del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial en caso de ejercicio previo de acciones penales», *La Ley*, nº 8070 (2013). En www.laleydigital.es [Consultado el día 1 de febrero de 2016].

PÉREZ MARTÍNEZ, D.; «Capítulo IV. I Regulación actual. Antecedentes normativos» y «Capítulo IV. II. Requisitos y principios básicos. Estudio de los artículos 120 y 121 del Código Penal» en la obra colectiva *Manual de Responsabilidad Pública* dirigida por la Dirección del Servicio Jurídico de la Abogacía General del Estado, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2ª ed., 2015.

PÉREZ MORENO, A.; «Procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje como alternativa a la vía administrativa de recurso» en la obra colectiva *Nuevas perspectivas del Régimen Local. Estudios en homenaje al Profesor José M^a Boquera Oliver* coordinada por CLIMENT BARBERÁ, J. y BAÑO LEÓN, J.M., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

PÉREZ PINO, M. D.; «Artículo 35. Responsabilidad de Derecho Privado» en la obra colectiva *Régimen jurídico del Sector Público y Procedimiento Administrativo Común* dirigida por RECUERDA GIRELA, M. A., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

PÉREZ PIÑAS, M.; «El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. La acción directa», *Derecho y Salud*, Vol. 13, nº 1 (2005). En <https://dialnet.unirioja.es/> [Consultado el día 27 de mayo de 2019].

PIZARRO NEVADO, R.; «Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público», en la obra colectiva *El nuevo régimen jurídico del sector público* dirigida por GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., Wolters Kluwer, Madrid, 2016.

- «El concierto social para la prestación de la Atención Infantil Temprana en Andalucía», *REALA. Nueva época*, nº 14 (2020). En <https://doi.org/10.24965/reala.i14.10861> [Consultado el día 4 de febrero de 2021].

QUESADA LUMBRERAS, J. E.; «Los consorcios y la problemática del personal a su servicio», *REALA. Nueva época*, nº 10 (2018), pp. 40 a 55. En <https://doi.org/10.24965/reala.v0i10.10551> [Consultado el día 30 de enero de 2021].

QUINTANA LÓPEZ, T. Y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.; «Límites jurisdiccionales entre los órdenes contencioso-administrativo y social», *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 26 (2012). En <https://dialnet.unirioja.es/> [Consultado el día 20 de enero de 2016].

QUINTERO OLIVARES, G.; «La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea, en Responsabilidad civil «ex delicto»», *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 16 (2004).

- «Comentario al art. 121 del CP» en la obra colectiva *Comentarios al Código Penal. Tomo I. Parte General* dirigida por QUINTERO OLIVARES, G., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 5ª ed., 2008.

RABASA DOLADO, J.; *La responsabilidad civil derivada de delito: víctimas, perjudicados y terceros afectados*, Tesis doctoral, Universidad de Alicante, 2015. En https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/55270/1/tesis_jorge_rabasa_dolado.pdf [Consultado el día 19 de julio de 2021].

RAMOS VALLÉS, R.; «La responsabilidad concurrente de las administraciones públicas» en *Manual de Responsabilidad Pública* dirigida por la Dirección del Servicio Jurídico de la Abogacía General del Estado, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2ª ed., 2015.

REAL PÉREZ, A.; «28 de abril de 1992. Responsabilidad civil extracontractual. Jurisdicción competente cuando se demanda conjuntamente a una Administración Pública y a un particular. Concurrencia de responsables. Solidaridad. Culpa. Su configuración actual en la responsabilidad civil. Daño indemnizable. la reparación del mismo está presidida por el principio de indemnidad», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 29 (1992).

REBOLLO PUIG, M.; «Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por hecho de otro», *Poder Judicial*, nº 20 (1990).

- «Vía administrativa y jurisdicción competente para declarar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», *Revista Jurídica de Andalucía*, nº 26 (1998).

- «La responsabilidad patrimonial en la gestión indirecta de los servicios públicos sanitarios: concesiones y conciertos», *Derecho y Salud*, Vol. 8, nº 1 (2000). En <http://www.ajs.es/revista-derecho-y-salud/volumen-8-num-1-2000> [Consultado el día 3 de diciembre de 2014].

- «El Procedimiento Administrativo en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Especial referencia a la Comunidad Andaluza» en la obra colectiva *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el marco de la estructura territorial del Estado. III Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía* coordinada por HINOJOSA MARTÍNEZ, E., Comares, Granada, 2000.

- «Sobre la reforma del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración» en la obra colectiva *Estudios para la reforma de la Administración Pública* dirigida por SÁINZ MORENO, F., INAP, Madrid, 2004, pp. 231 y 232. En www.vlex.com [Consultado el día 6 de agosto de 2016].

-«La reclamación de la indemnización» en la obra colectiva *Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tomo I dirigida por QUINTANA LÓPEZ, T., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2013.

REDORTA LORENTE, J.; *Cómo analizar los conflictos*, Editorial Paidós, Barcelona, 2004.

REGLERO CAMPOS, F.; «La responsabilidad civil y el aseguramiento de los contratistas y los concesionarios de las Administraciones Públicas» en la obra colectiva *Estudios acerca de la responsabilidad civil y su seguro* coordinada por BUSTO LAGO, J. M., Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2005.

REIG REIG, J. V.; «La responsabilidad civil dimanante del delito en el Proyecto de LO. Del Código Penal de 1.992» en la obra colectiva *La responsabilidad civil*

derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal dirigida por RUIZ VADILLO, E., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.

RIVAS LÓPEZ, A.L.; *Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria (aspectos de su práctica administrativa y procesal)*, Fundación Asesores Locales, Málaga, 2012.

RIVERA FERNÁNDEZ, M.; «El conflicto jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública derivada de la asistencia sanitaria», *Anuario de Derecho Civil*, nº 4 (2002). En www.boe.es [Consultado el día 11 de julio de 2016].

RIVERA FRADE, M. D.; «La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en las Leyes 39/2015 y 40/2015. Aspectos sustantivos», *Revista de la Asesoría Jurídica de la Xunta de Galicia*, nº 7 (2017).

- «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas cuando actúan a través de sujetos privados. Especial referencia a los contratistas y a los concesionarios», *REGAP*, nº 58 (2019).

RIVERA RIVERA, L.R.; *El contrato de transacción. Sus efectos en situaciones de solidaridad*, Jurídica Editores, Puerto Rico, 1998.

RIVERO ORTEGA, R.; «VI. Novedades en la regulación de las entidades instrumentales de naturaleza pública» en la obra colectiva *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público* dirigida por LÓPEZ MENUDO, F., Instituto García Oviedo, Sevilla, 2016.

RIVERO YSERN, E.; *El Derecho Administrativo y las relaciones entre particulares* [en línea], Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016. En unebook.es [Consultado el día 14 de abril de 2021].

RIVERO YSERN, J. L.; «La responsabilidad de la Administración Pública en materia sanitaria», en la obra colectiva *La responsabilidad de los profesionales y de las administraciones sanitarias: Actas del II Congreso "Derecho y Salud" Granada, noviembre 1993*, Consejería de Salud-Junta de Andalucía, Sevilla, 1994.

ROCA MARTÍNEZ, J. M.; «La Administración pública ante la jurisdicción civil. Del peregrinaje jurisdiccional a la acción directa» en la obra colectiva *Derecho privado*

y *Derecho público ante los tribunales de justicia: Liber Amicorum en homenaje al magistrado y profesor Rafael Fonseca González* coordinada por TOLIVAR ALAS, L. y ORDÓÑEZ SOLÍS, D., Reus, Madrid, 2019.

ROCA TRÍAS, E. Y NAVARRO MICHEL, M.; *Derecho de Daños. Textos y materiales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

RODA GARCÍA, L. Y GALÁN CORTES, J. C.; «Cauce procesal adecuado en reclamaciones simultáneas contra la Administración y el personal sanitario», *La Ley*, Tomo 2 (1996). En www.laleydigital.es [Consultado el día 1 de septiembre de 2016].

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, M.; «Principios generales de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», *Actualidad Administrativa*, N° 27 (1999). En www.laleydigital.es [Consultado el día 12 de enero de 2017].

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I.; «La responsabilidad objetiva de la administración pública y la equidistribución del coste del bien común», *REDA*, n° 195 (2018).

RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.; *Nuevas formas de gestión hospitalaria y responsabilidad patrimonial de la Administración*, Dykinson, Madrid, 2004.

RODRÍGUEZ PEÑA, P.; «La experiencia francesa en la búsqueda de una solución amigable de los conflictos médicos», *Revista de Derecho*, N° 19 (2008), p. 46. En: http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/72491da0-c932-4a79-b9fb-a1810b1fb20c/07+La+experiencia+francesa+en+la+busqueda+de+una+solucion+amigable+de+los+conflictos+medicos_19.pdf?MOD=AJPERES [Consultado el día 1 de febrero de 2015].

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.; «Nuevas perspectivas de la responsabilidad administrativa (y III)», *Relaciones Laborales*, n° 1 (1999). En www.laleydigital.es [Consultado el día 5 de febrero de 2020].

ROIG TORRES, M.; *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

- ROMERO DUPLÁ, C.; «6. Seguro de responsabilidad civil y pólizas de seguro», en la obra colectiva *Manual de Responsabilidad Pública* dirigida por la Dirección del Servicio Jurídico de la Abogacía General del Estado, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2ª ed., 2015.
- ROMERO HERNÁNDEZ, F.; «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas» en la obra colectiva *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2ª ed., 2000.
- ROMERO REY, C.; «Modificaciones en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa introducidas por la LO 19/2003, de 23 de diciembre», *Actualidad Administrativa*, nº 6 (2004). En www.laleydigital.es [Consultado el día 10 de diciembre de 2017].
- RUIZ OJEDA, A. L.; «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)», *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 2 (2012).
- RUIZ OJEDA, A. L. Y GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, J.; *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a su Reglamento de desarrollo parcial (doctrina, jurisprudencia y concordancias)*, Civitas, Madrid, 1996.
- RUIZ VADILLO, E.; «La responsabilidad civil subsidiaria del Estado», *Coloquios sobre la responsabilidad civil del automóvil*, *Documentación Jurídica*, Madrid, 1995.
- SALA SÁNCHEZ, P.; «Reflexiones puntuales sobre algunos aspectos de las nuevas Leyes de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de Régimen Jurídico del Sector Público», *Revista Española de Control Externo*, nº 54 (2016). En <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ReflexionesPuntualesSobreAlgunosAspectosDeLasNueva-5744233.pdf> [Consultado el día 5 de junio de 2019].
- «La mediación y su integración en el ámbito contencioso-administrativo», *La Ley*, nº 9632 (2020). En www.laleydigital.es [Consultado el día 20 de julio de 2021].

- SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J.A. Y FERNÁNDEZ MONTALVO, R.; *Jurisdicción y competencia en el proceso contencioso-administrativo: problemas de delimitación competencial en la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Bosch, 2002.
- SALAS DARROCHA, J. T.: «Responsabilidad patrimonial de la Administración y nuevo peregrinaje de jurisdicciones», *Actualidad Administrativa*, nº 8 (2004).
- SÁNCHEZ, F. J. M.; «El triste final de los Consorcios Sanitarios» [en línea]. Blog, 8 de enero de 2015. En www.ajs.es [consultado el día 2 de julio de 2015].
- SÁNCHEZ CALERO, F.; «Artículo 20», «Artículo 74» y «Artículo 76» en la obra colectiva *Ley de contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones* dirigida por SÁNCHEZ CALERO, F., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 4ª ed., 2010.
- SÁNCHEZ CARMONA, M.; «Capítulo III. Procedimiento administrativo y contencioso-administrativo: reglas y especialidades», en la obra colectiva *Manual sobre responsabilidad patrimonial de la Administración Pública* coordinada por PÉREZ PINO, M. D. y SÁNCHEZ CARMONA, M., Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2015.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, A.; «La información al paciente y el consentimiento informado en el derecho español. Referencia legal y jurisprudencial. La praxis médica», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 8 (2014). En www.aranzadidigital.es [Consultado el día 7 de abril de 2015].
- SÁNCHEZ MORÓN, M.; «La terminación convencional de los procedimientos administrativos» en la obra colectiva *Convención y arbitraje en el Derecho Tributario* coordinada por ELORRIAGA PISARK, G., Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons, Madrid, 1996.
- «Artículo 2. Ámbito de aplicación» en la obra colectiva *Comentarios a la Ley 30/92* dirigida por SÁNCHEZ MORÓN, M. y MAURANDI GUILLÉN, N., Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2013.
 - «La regulación del sector público institucional en el proyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público», *DA. Nueva época*, nº 2 (2015). En <http://dx.doi.org/10.24965/da.v0i2.10261> [Consultado el día 15 de mayo de 2018].

- «Una reforma precipitada, o la desarticulación gratuita del régimen jurídico de las Administraciones Públicas», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 56 (2015).
 - «El retorno del Derecho Administrativo», *RAP*, nº 206 (2018). En <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.206.02> [Consultado el día 12 de octubre de 2019].
 - «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y el contrato de seguro: algunas cuestiones procesales y de procedimiento», *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 9 (2008). En <http://portales.gva.es/cjccv/pdfs/pub/refcn9.pdf> [Consultado el día 22 de febrero de 2020].
 - *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, 16ª ed., 2020.
- SÁNCHEZ VALLE, M. R.; «La mediación a la luz de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho*, nº 10 Extra (2012).
- SANTA CECILIA GARCÍA, F.; «La responsabilidad civil «ex delicto» en el Proyecto de Código Penal de 1992» en la obra colectiva *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993.
- SANTAELLA SÁEZ, O.; «Aspectos jurídico-procesales de la acción directa en el seguro de responsabilidad civil», *La Ley*, nº 9178 (2018). En www.laleydigital.es [Consultado el día 20 de febrero de 2020].
- SANTOS BRIZ, J.; *La responsabilidad civil. Temas actuales*, Montecorvo, Madrid, 2007. En www.vlex.es [Consultado el día 28 de noviembre de 2019].
- SANZ MULAS, N.; «La responsabilidad penal del personal» en *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar* dirigido por LLAMAS POMBO, E., La Ley, Madrid, 2014.
- SARAGOSSÀ SARAGOSSÀ, J. V.; «La gestión del sistema de Seguridad Social» en la obra colectiva *Derecho de la Seguridad Social* dirigida por ROQUETA BUJ, R. y GARCÍA ORTEGA, J., Tirant lo Blanch, Valencia, 8ª ed., 2019.
- SEIJAS QUINTANA, J. A.; «Responsabilidad civil médico sanitaria: ejercicio y condicionamientos», *Actualidad Civil*, Tomo 2 (1995). En www.laleydigital.es [Consultado el día 9 de diciembre de 2016].

- «Acción directa contra la aseguradora de la Administración», *Jueces para la Democracia*, nº 40 (2001), pp. 48 a 52.

SEMPERE NAVARRO, A.; «Estudio introductorio» en la obra colectiva *Las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social. La nueva regulación y su acción protectora*, Lex Nova Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015.

SEOANE SPIEGELBERG, J. L.; «Apuntes sobre la responsabilidad civil médica: su tratamiento ante los tribunales» en la obra colectiva *Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria* coordinada por BELLO JANEIRO, D., Ed. Reus, Madrid, 2013.

SERRANO ALONSO, E.; «Sobre la jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad civil por daños personales causados a los beneficiarios de la Seguridad Social», *Actualidad y Derecho*, nº 34 (1992).

SERRA DOMÍNGUEZ, M.; «Jurisdicción competente para el conocimiento de reclamaciones frente a la administración sanitaria por lesiones producidas en el transcurso de una asistencia hospitalaria», *Derecho y Salud*, Vol. 2 (1994). En <http://www.ajs.es/revista-derecho-y-salud/volumen-2-1994> [Consultado el día 24 de noviembre de 2016].

SERRERA CONTRERAS, P. L.; «Art. 140. Responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas»; Art. 144. Responsabilidad de Derecho Privado» y «Art. 145. Exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas», en la obra colectiva *Estudios y Comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tomo II, Ministerio de Justicia y de la Presidencia, Madrid, 1993.

- «La responsabilidad del contratista en la novísima legislación de contratos del Estado», *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 23 (1995).

SEUBA TORREBLANCA, J. C.; «Breve presentación de la Ley francesa 2002-303, de 4 de marzo, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema sanitario », *InDret*, nº 2 (2002). En <http://www.indret.com> [Consultado el día 17 de marzo de 2015].

- SILES MARC, V.; «Los consorcios integrantes del sector público institucional local», *Actualidad Administrativa*, nº 3 (2016). En www.laleydigital.es [Consultado el día 24 de enero de 2019].
- SISO MARTÍN, J.; «El enjuiciamiento de la responsabilidad patrimonial. Nueva regulación. Especial mención de la responsabilidad sanitaria», *Revista del Poder Judicial*, nº 54 (1999), p. 475.
- SOCIÁS CAMACHO, J. M.; *Fundaciones del sector público: en especial, el ámbito sanitario*, Iustel, Madrid, 2006.
- SOSA WAGNER, F.; «El contrato de gestión de servicios públicos» en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Cedecs, Barcelona, 2ª ed., 1996.
- SOTO NIETO, F.; «La responsabilidad civil subsidiaria en el proceso penal contra los profesionales sanitarios», *Derecho y Salud*, Vol. 4, nº 1 (1996). En <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3178698> [Consultado el día 28 de julio de 2016].
- «La responsabilidad civil subsidiaria del Estado y Entes públicos en general (art. 121 del Código Penal)», *La Ley*, Tomo 1 (1996). En www.laleydigital.es [Consultado el día 3 de agosto de 2016].
- «Responsabilidad civil subsidiaria del Estado como persona jurídico pública», *La Ley*, Tomo 6 (2001). En www.laleydigital.es [Consultado el día 3 de agosto de 2016].
- «Responsabilidad civil subsidiaria del Estado y de la Comunidad Autónoma. Fundamentos legales que la viabilizan», *La Ley*, nº 6014 (2004).
- «La unidad de fuero en la demanda contra el seguro de Responsabilidad Civil y Administración: análisis de un caso que ha quedado fuera», *Diario Médico*, Sección Normativa, 29 de octubre de 2003.
- SURROCA COSTA, A.; *La responsabilidad civil por hecho ajeno derivada de delito o falta. En particular, la responsabilidad civil de padres, guardadores, centros docentes, empresarios, titulares de vehículos y Administración Pública*, Tesis doctoral, Universidad de Girona, 2012. En <http://hdl.handle.net/10803/94199> [Consultado el día 19 de agosto de 2016].
- «La responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones Públicas», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 69, nº 1 (2016).

- SUAY RINCÓN, J.; «La ejecución del contrato administrativo. La cesión del contrato y la subcontratación» en la obra colectiva *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* dirigida por GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Thomson-Civitas, 2ª ed., Madrid, 2004.
- TAMAYO HAYA, S.; *El contrato de transacción*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.
- «El contrato de transacción, principales líneas de su evolución histórica», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 57, nº 3 (2004).
- TOLIVAR ALAS, L.; «Derechos de los usuarios y pacientes ante la gestión privada de servicios sanitarios», *Derecho y Salud*, Vol.15, nº Extraordinario (2007).
- TORNOS MAS, J.; «El contrato de concesión de servicios» en la obra colectiva *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* dirigida por GIMENO FELIU, J. M.; Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.
- «La mediación en el Derecho Administrativo», Jornada “Mediación administrativa en Cataluña” Universitat Oberta de Catalunya, 22 de enero de 2019.
<http://edcp.blogs.uoc.edu/wp-content/uploads/sites/24/2019/01/Joaquin-Tornos-Mas.pdf> [Consultado el día 6 de octubre de 2020].
- TORRE DE SILVA, J.; «La criticable aplicación de la Ley 39/2015 a las sociedades mercantiles del sector público» [en línea]. Post publicado en <https://cms.law/es/ESP/Publication/La-criticable-aplicacion-de-la-Ley-39-2015-a-las-sociedades-mercantiles-del-sector-publico> [Consultado el día 12 de octubre de 2019].
- TORRENT I RIBERT, P. J.; *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: especial consideración de la derivada del uso de las vías públicas, el seguro de la responsabilidad civil de los entes públicos*, Mafre, Madrid, 1995.
- TORRES ESCÁMEZ, S.; «La función notarial, función preventiva de litigios: el consejo y la mediación notariales como instrumentos» (1ª parte), *Anuario de justicia alternativa*, 3 (2002). En www.vlex.com [consultado el día 27 de julio de 2011].
- «Actualidad de la mediación», *El Notario del siglo XXI*, nº 25 (2009). En www.elnotario.com [consultado el día 20 de junio de 2011].

- TORRES OSORIO, E.; *La mediación a la luz de la tutela judicial efectiva*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2014.
- URIARTE RICOTE, M.; «El conflicto de competencia planteado por la Administración al juez civil o social como mecanismo unificador (hacia la jurisdicción contencioso-administrativa) en materia de responsabilidad administrativa», *RAP*, nº 143 (1997). En file:///C:/Users/Usuario/Downloads/1997_143_265.PDF [Consultado el día 30 de septiembre de 2020].
- VAQUER CABALLERÍA, M.; *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública: la reforma de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- «Capítulo II. Los principios constitucionales de funcionamiento de las Administraciones Públicas», en la obra colectiva *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tomo I dirigida por GAMERO CASADO, E., Tirant Lo Blanch, 2017. En www.tirant.com [Consultado el día 20 de febrero de 2018].
- VÁZQUEZ GARCÍA, J. A.; «El conflicto de jurisdicciones en las reclamaciones por actuaciones sanitarias», en la obra colectiva *La responsabilidad de los profesionales y de las administraciones sanitarias: Actas del II Congreso "Derecho y Salud" Granada, noviembre 1993*, Consejería de Salud-Junta de Andalucía, Sevilla, 1994.
- VELASCO CABALLERO, F.; «Responsabilidad patrimonial de las sociedades municipales en la nueva LRJSP» [en línea]. Blog Instituto de Derecho Local-UAM, 7 de julio de 2016. En <http://www.idluam.org/blog/?p=394> [Consultado el día 15 de mayo de 2018].
- «Reformas de la justicia administrativa: la propuesta de Ley de Eficiencia de la jurisdicción contencioso-administrativa cinco años después» en la obra colectiva *Balance y perspectivas de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su XX Aniversario* coordinada por CUDERO BLÁS, J. y PONCE SOLÉ, J., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- VICENTE IGLESIAS, J. L.; *Comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público*, La Ley, Madrid, 2008.

VILALTA NICUESA, A. E.; FABRA ABAT, P.; CASAS VALLÉS, R.; CAROD REQUESENS, A.; «El marco jurídico: derecho comparado» en la obra colectiva *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña* dirigido por CASANOVAS, P.; MAGRE, J.; LAUROBA, M.E., Departamento de Justicia, Generalitat de Cataluña, 1ª Ed., 2011. En <http://www.llibreblancmediacio.com/> [consultado el día 28 de enero de 2013].

VÍLCHEZ PORRAS, M.; «Gestión y Régimen económico-financiero de la Seguridad Social» en la obra colectiva *Lecciones de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 6ª ed., 2016.

VILLALBA PÉREZ, F.; «Responsabilidad extracontractual del contratista por los daños causados a terceros en la ejecución del contrato», *REALA*, nº 296/297 (2004/2005). En <http://dx.doi.org/10.24965/reala.vi296-297.9253> [Consultado el día 3 de agosto de 2017].

- «Externalización de servicios sanitarios: nuevas perspectivas y orientaciones», *REDA*, nº 182 (2017). En <https://proview.thomsonreuters.com> [Consultado el día 7 de febrero de 2021].

VILLAR EZCURRA, J. L.; *La responsabilidad en materias de servicios públicos*, Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1981.

VILLAR ROJAS, F.J.; «La huida al derecho privado en la gestión de los Servicios de Salud», *Derecho y Salud*, Vol. 2, nº 1 (1994).

- *La responsabilidad de las Administraciones Sanitarias: fundamento y límites*, Praxis, Barcelona, 1996.

- «La Ley de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud: ¿Hacia la desregulación de la sanidad pública?», *Derecho y Salud*, Vol. 6, nº 2 (1998). En <http://www.ajs.es/revista-derecho-y-salud/volumen-6-1998> [Consultado el día 15 de mayo de 2015].

- «Responsabilidad en la gestión directa. Especial referencia a las nuevas fórmulas de gestión: fundaciones», *Derecho y Salud*, Vol. 8, nº 1 (2000). En [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Vol0801-1%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Vol0801-1%20(1).pdf) [Consultado el día 20 de marzo de 2018].

- «La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales», *RAP*, nº 172 (2007).

- «La privatización de los servicios sanitarios públicos: las experiencias de Madrid y Valencia», *Derecho y Salud*, Vol. 17, nº Extra (2009). En <https://dialnet.unirioja.es/> [Consultado el día 6 de febrero de 2021].

- «El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en la gestión de los servicios públicos locales», *Anuario de Derecho Municipal*, nº 11 (2017).

VIOLA DEMESTRE, I.; *El contrato de transacción en el Código Civil*, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2003.

XIOL RÍOS, J. A.; «El ejercicio de la acción directa frente al asegurador de la responsabilidad civil de los entes públicos y asimilados», *Libro de ponencias del III Congreso de la Asociación de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 2003 En <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaJuanAntonioXiolRios.html> [consultado el día 14 de enero de 2015].

YÁÑEZ DÍAZ, C.; *Responsabilidad patrimonial de la administración y privatización de servicios públicos*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.

YZQUIERDO TOLSADA, M.; «Capítulo VII: La responsabilidad civil en el proceso penal» en la obra colectiva *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, coordinada por REGLERO CAMPOS, L. F. y BUSTO LAGO, J. M., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 5ª ed., 2014.

- *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, Dykinson, Madrid, 1997.

ZAMBONINO PULITO, M.; «Reformas en la gestión directa de los servicios sanitarios ¿huida o vuelta al derecho administrativo?», *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 41 (2016). En <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1505888> [Consultado el día 22 de marzo de 2016].

ZARAGOZA TEULER, V. A.; «El orden jurisdiccional social y sus conflictos de competencia con los órdenes civil y contencioso en reclamaciones derivadas de asistencia sanitaria». En https://porticolegal.expansion.com/pa_articulo.php?ref=151 [Consultado el día 1 de noviembre de 2016].

ANEXO I: ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS, RESOLUCIONES Y DICTÁMENES

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

STJUE de 11 de diciembre de 2014, Croce Rossa Italiana, C-113/13 (TJCE 2015\51)

STJUE de 2 de junio de 2016, Falk Pharma, C-410/14 (TJCE 2016\179)

STJUE 8 de enero de 2016, Casta y otros, C-50/14 (TJCE 2016\1)

STJUE de 1 de marzo de 2018, Caso Maria Tirkkonen, C-9/17 (TJCE 2018\38)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 1/1982, de 28 de enero (RTC 1982\1)

STC 19/1982, de 5 de mayo (RTC 1982\19)

STC 63/1982, de 20 de octubre (RTC 1982\63)

STC 32/1983, de 28 de abril (RTC 1983\32)

STC 77/1983, de 3 de octubre (RTC 1983\77)

STC 62/1984, de 21 mayo (RTC 1984\62)

STC 119/1984, de 7 de diciembre (RTC 1984\119)

STC 6/1985, de 23 de enero (RTC 1985\6)

STC 48/1985, de 28 marzo (RTC 1985\48)

STC 158/1985, de 26 de noviembre (RTC 1985\158)

STC 14/1986 de 31 de enero (RTC 1986\14)

STC 44/1986, de 17 de abril (RTC 1986\44)

STC 133/1986, de 29 de octubre (RTC 1986\133)

STC 69/1988, de 19 de abril (RTC 1988\69)

STC 46/1990, de 15 de marzo (RTC 1990\46)

STC 71/1990, de 5 abril (RTC 1990\71)

STC 150/1990, de 4 de octubre (RTC 1990\150)

STC 36/1991, de 14 de febrero (RTC 1991\36)

STC 142/1993, de 22 de abril (RTC 1993\142)

STC (Pleno), nº 224/1993, de 1 de julio (RTC 1993/224)

STC 37/1994, de 10 de febrero (RTC 1994\37)

STC 102/1995, de 26 de junio (RTC 1995\102)

STC 30/1996, de 27 de febrero (RTC 1996\30)

STC 59/1996, de 15 de abril (RTC 1996\59)

STC 197/1996, de 28 de noviembre (RTC 1996\197)

STC 212/1996, de 19 de diciembre (RTC 1996\212)

STC 61/1997, de 20 de marzo (RTC 1997\61)
Auto del TC nº 292/1997, de 22 julio (RTC 1997/292)

STC 173/1998, de 23 de julio (RTC 1998\173)

STC 190/1999, de 25 de octubre (RTC 1999\190)

STC 95/2000 de 10 de abril (RTC 2000\95)

STC 203/2000, de 24 de julio (RTC 2000\203)

STC 223/2000, de 21 de septiembre (RTC 2000\ 223)

STC 188/2001, de 20 de septiembre (RTC 2001\188)

STC 24/2002, de 31 de enero (RTC 2002\24)

STC 37/2002, de 14 de febrero (RTC 2002\37)

STC 96/2002, de 25 de abril (RTC 2002\96)

STC 126/2002, de 23 de mayo (RTC 2002\126)

STC 1/2003, de 16 de enero (RTC 2003\1)

STC 152/2003, de 17 de julio (RTC 2003\152)

STC 98/2004, de 25 de mayo (RTC 2004\98)

STC 179/2004, de 21 de octubre (RTC 2004\179)

STC 154/2006, de 22 de mayo (RTC 2006\154)

STC 247/2007, de 12 de diciembre (RTC 2007\247)

STC 60/2008, de 26 de mayo (RTC 2008\60)

STC 109/2008, de 22 de septiembre (RTC 2008\109)

STC 79/2009, de 23 de marzo (RTC 2009\79)

STC 139/2009, de 15 de junio (RTC 2009/139)

STC 192/2009, de 28 de septiembre (RTC 2009/192)

STC 37/2011, de 28 marzo (RTC 2011\37)

STC (Pleno), nº 121/2011, de 7 julio (RTC 2011\121)

STC 146/2011, de 26 septiembre (RTC 2011\146)

STC 147/2011, de 26 septiembre (RTC 2011\147)

STC 22/2012, de 16 febrero (RTC 2012\22)

STC (Pleno), nº 37/2012, de 19 marzo (RTC 2012\37)

STC 136/2012, de 19 junio (RTC 2012\136)

STC (Pleno), nº 238/2012, de 13 diciembre (RTC 2012\238)

STC nº 211/2014, de 18 de diciembre (RTC 2014\211)

STC 84/2015, de 30 abril (RTC 2015\84)

STC 236/2015, de 19 de noviembre (RTC 2015\236)

STC 41/2016, de 3 de marzo (RTC 2016\41)

STC 112/2018, de 17 de octubre (RTC 2018/112)

STC 79/2019 de 5 junio (RTC 2019\79)

TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN

STS 21 de diciembre de 1993 (RJ 1993\9933)

STS 21 de marzo de 1994 (RJ 1994\2517), (RJ 1994\2520) y (RJ 1994\2518)
STS de 20 de junio de 1994 (RJ 1994\5025)

STS 10 de octubre 2003 (RJ 2004/5210)

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE CONFLICTOS DE COMPETENCIA

Auto TS 27 de junio de 1992 (RJ 1993\2412)

Auto TS Auto TS21 de marzo de 1993 (RJ 1994\2517)

Auto TS 23 de diciembre de 1993 (RJ 1993\10126)

Auto TS 7 de julio de 1994 (RJ 1994\7998)

Auto TS 27 de octubre de 1994 (RJ 1994\10587)

Auto TS 11 de diciembre de 1995 (RJ 1995\9783)

Auto TS 25 de octubre de 1996 (RJ 1996\9128)

Auto TS 10 diciembre 1996 (RJ 1996\9130)

Auto TS 19 de diciembre de 1996 (RJ 1996\9187)

Auto TS 17 de julio de 1997 (RJ 1998\1322)

Auto TS 25 de marzo de 1998 (RJ 1998\7336)

Auto TS 10 de noviembre de 1998 (RJ 1999\1577)

Auto TS 17 de marzo de 1999 (RJ 2001\1797)

Auto TS 22 de marzo de 1999 (RJ 1999\5870)

Auto TS 20 de diciembre de 1999 (RJ 2001\1804)

Auto TS 18 de junio de 1999 (RJ 1999\6963)

Auto TS 27 de diciembre de 2001 (RJ 2005\7822)

Auto TS 21 de octubre de 2002 (JUR 2009\12656)

Auto TS 25 de octubre de 2002 (RJ 2002\10286)

Auto TS 16 de diciembre de 2002 (JUR 2003\21553)

Auto TS 20 de diciembre de 2002 (JUR 2009\12652)

Auto TS 15 de octubre de 2004 (JUR 2005\231284)

Auto TS 27 de octubre de 2004 (RJ 1994\10587)

Auto TS 30 de marzo de 2004 (JUR 2004\137161)

Auto TS 28 de junio de 2004 (JUR 2005\135730)

Auto TS 18 de octubre de 2004 (JUR 2005\231280)

Auto TS 24 de octubre de 2005 (JUR 2005\266763)

Auto TS 22 de diciembre de 2005 (JUR 2009\12648)

Auto TS 13 de octubre de 2006 (JUR 2006\299399)

Autos TS 29 de junio de 2007 (RJ 2007\5523) y (RJ 2007\5529)	Auto TS 11 de abril de 2013 (JUR 2013\173447)
Auto TS 19 de noviembre de 2007 (JUR 2008\19547)	Autos del TS 30 de septiembre de 2014 (JUR 2014\257653)
Auto TS 20 de noviembre de 2007 (JUR2008\19551)	Auto TS 17 de febrero de 2015 (JUR 2015\75841)
Auto TS 1 de julio de 2008 (JUR 2008\297979)	Auto TS 24 de abril de 2015 (JUR 2015\123037)
Autos del TS (Sala de Conflictos de Competencia), 18 de diciembre de 2009 (JUR 2010\50039)	Auto TS 17 de marzo de 2016 (JUR 2016\74735)
Autos TS 22 de marzo de 2010 (números 3, 4 y 5) (JUR 2010\112006 JUR 2010\112007 JUR 2010\112009)	Auto TS 19 de diciembre de 2016 (JUR 2017\19242)
Auto TS 24 de junio de 2010 (JUR 2010\265829)	Auto TS 7 de marzo de 2017 (JUR 2017\55669)
Auto TS 18 de octubre de 2010 (JUR 2010\402880)	Auto TS 9 de mayo de 2017 (JUR 2017\124278)
Auto TS 3 de octubre de 2011 (JUR 2011\373973)	Auto TS 26 de septiembre de 2017 (JUR 2017\245316)
Auto TS 17 de octubre de 2011 (JUR 2011\373975)	Autos del TS 7 de marzo de 2018 (JUR 2018\87094)
Autos TS 5 de diciembre de 2011 (JUR 2012\14501) y (JUR 2011\435943)	Auto TS 8 de junio de 2018 (RJ 2018\2903)
Auto TS 20 de julio de 2012 (JUR 2012\305675)	Auto TS 26 de septiembre de 2018 (JUR 2018\268785)
Auto TS 24 de septiembre de 2012 (JUR 2012\356562)	Auto TS 26 de noviembre de 2018 (JUR 2018\325630)
Auto TS 12 de marzo de 2013 (JUR 2013\119710)	Auto TS 19 de febrero de 2019 (JUR 2019\72196)
	Auto TS 26 de febrero de 2019 (JUR 2019\87604)

SALA DE LO CIVIL

STS 10 de abril de 1964 (RJ 1964\1859)	STS 21 de octubre de 1977 (RJ 1977\3904)
STS 6 de noviembre de 1965 (RJ 1965\5331)	STS 20 de febrero de 1981 (RJ 1981\564)
STS 4 de noviembre de 1969 (RJ 1969\5110)	STS 5 de julio de 1983 (RJ 1983\4068)
STS 17 de marzo de 1980 (RJ 1980\1118)	STS 28 de mayo de 1984 (RJ 1984\2800)

STS 31 de octubre de 1984 (RJ 1984\5159)
STS 22 de noviembre de 1985 (RJ 1985\5632)
STS 1 de julio de 1986 (RJ 1986\4559)
STS 2 de febrero de 1987 (RJ 1987\673)
STS 22 de junio de 1988 (RJ 1988\5124)
STS 21 de septiembre de 1988 (RJ 1988\6847)
STS 7 de abril de 1989 (RJ 1989\2997)
STS 9 de mayo de 1989 (RJ 1989\4487),
STS 25 de octubre de 1989 (RJ 1989\6964)
STS 28 de marzo de 1990 (RJ 1990\1734)
STS 23 de noviembre de 1990 (RJ 1990\9042)
STS 16 de mayo de 1991 (RJ 1991\3705)
STS 13 de junio de 1991 (RJ 1991\4452)
STS 28 abril 1992 (RJ 1992\4466)
STS 15 de marzo de 1993 (RJ 1993\2276)
STS 7 de mayo de 1993(RJ 1993\3464))
STS 20 de octubre de 1993 (RJ 1993\4380)
STS 6 de octubre de 1994 (RJ 1994\7465)
STS 27 de febrero de 1995 (RJ 1995\4077)
STS 28 de diciembre de 1995 (RJ 1995\9812)
STS 8 de abril de 1996 (RJ 1996\2988)

STS 18 de febrero de 1997 (RJ 1997\1240)
STS 26 de mayo de 1997 (RJ 1997\4115)
STS 6 de junio de 1997 (RJ 1997\4610)
STS 19 de junio de 1997 (RJ 1997\5419)
STS 24 de junio de 1997 (RJ 1997\5208)
STS 1 de julio de 1997 (RJ 1997\5523)
STS 21 de julio de 1997 (RJ 1997\5523)
STS 21 de octubre de 1997 (RJ 1977\3904)
STS 30 de abril de 1998 (RJ 1998\3457)
STS 16 de diciembre de 1998 (RJ 1998\9559)
STS 20 de marzo de 1999 (RJ 1999\1660)
STS 29 de junio de 1999 (RJ 1999\4895)
STS 3 de diciembre de 1999 (RJ 1999\8532))
STS 22 de diciembre de 1999 (RJ 1999\9487)
STS 30 de diciembre de 1999 (RJ 1999\9496)
STS 7 de marzo de 2000 (RJ 2000\1508)
STS 9 de marzo de 2000 (RJ 2000\1517)
STS 10 de febrero de 2000 (RJ 2000\845)
STS 19 de abril de 2000 (RJ 2000\2977)
STS 7 de marzo de 2000 (RJ 2000\1508)
STS 16 de marzo de 2000 (RJ 2000\1840)
STS 28 de noviembre de 2000 (RJ 2000\9303)
STS 18 de diciembre de 2000 (RJ 2000\10124)
STS 20 de diciembre de 2000 (RJ 2001\352)
STS 5 de febrero de 2001 (RJ 2001\542)

STS 7 de marzo de 2001 (RJ 2001/3974)

STS 24 de marzo de 2001 (RJ 2001\3986)

STS 26 de marzo de 2001 (RJ 2001\4764)

STS 7 abril de 2002 (RJ 2003\2800)

STS 18 de septiembre de 2002 (RJ 2002\7814)

STS 2 de diciembre de 2002 (RJ 2002\10419)

STS 31 de enero de 2003 (RJ 2003\854)

STS 15 de julio de 2003 (RJ 2003, 4463)

STS 30 de enero de 2004 (RJ 2004\439)

STS 23 de diciembre de 2004 (RJ 2005\1608)

STS 25 de enero de 2005 (RJ 2005\1160)

STS 17 de febrero de 2006 (RJ 2006\889)

STS 20 de junio de 2006 (RJ 2006\4608)

STS 14 de diciembre de 2006 (RJ 2006\9733)

STS 1 de febrero de 2007 (RJ 2007\788)

STS 13 de abril de 2007 (RJ 2007\2323)

STS 8 de mayo de 2007 (RJ 2007\3560)

STS 16 de mayo de 2007 (RJ 2007\3112)

STS 30 de mayo de 2007 (RJ 2007\4973)

STS 4 de julio de 2007 (RJ 2007\5580)

STS 10 de julio de 2007 (RJ 2007\5130)

STS 28 de diciembre de 2007 (RJ 2008\337)

STS 30 de enero de 2008 (RJ 2008\230)

STS 8 de mayo de 2008 (RJ 2008\2830)

STS 1 de octubre de 2008 (RJ 2009\134)

STS 15 de mayo de 2008 (RJ 2008\3078)

STS 21 de mayo 2008 (RJ 2008\4149)

STS 20 de junio de 2008 (RJ 2008\4260)

STS 3 de julio de 2008 (RJ 2008\3322)

STS 17 de septiembre de 2008 (RJ 2008\5517)

STS 18 de septiembre de 2008 (RJ 2008\5520)

STS 16 de febrero de 2010 (RJ 2010\1780)

STS 23 de junio de 2010 (RJ 2010\4906)

STS 3 de septiembre de 2012 (RJ 2012\10132)

STS 22 de octubre de 2012 (RJ 2012\10412)

STS 11 de abril de 2013 (RJ 2013\3384)

STS 19 de septiembre de 2013 (RJ 2013\7604)

STS 15 de octubre de 2013 (RJ 2013\6956)

STS 14 de enero de 2014 (RJ 2014\1842)

STS 25 de febrero de 2014 (RJ 2014\1155)

STS 9 de enero de 2015 (RJ 2015\745)

STS 2 de febrero de 2015 (RJ 2015\488)

STS 4 de marzo de 2015 (RJ 2015\714)

STS 17 de abril de 2015 (RJ 2015\1199)

STS 8 de septiembre de 2015 (RJ 2015\3712)

STS 13 de octubre de 2015 (RJ 2015\4225)

STS 12 de noviembre de 2015 (RJ2015\5310)

STS 5 de abril de 2016 (RJ 2016\1313)

STS 5 de mayo de 2016 (RJ 2016\2213)

Auto del TS 16 de noviembre de 2016 (RJ 2016\5831)

STS 24 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5649)

STS 25 de noviembre de 2016 (RJ 2016\5643)

STS 8 de febrero de 2017 (RJ 2017\475)	STS 18 de julio de 2019 (RJ 2019\2990)
STS 27 de junio de 2017 (RJ 2017\3109)	STS 5 de noviembre de 2019 (RJ 2019\4233)
STS 3 noviembre de 2017 (RJ 2017\6150)	STS 6 de febrero de 2020 (RJ 2020\445)
STS 12 de diciembre de 2017 (RJ 2017\5650)	STS 23 de junio de 2020 (RJ 2020\2200)
STS 11 de septiembre de 2018 (RJ 2018\3829)	STS (Sala de lo Civil, Pleno), 17 de septiembre de 2020 (RJ 2020\3259)
STS 19 de febrero de 2019 (RJ 2019\502)	STS 5 de octubre de 2020 (RJ 2020\3771)
STS 14 de marzo de 2019 (RJ 2019\940)	STS 22 de febrero de 2021 (RJ 2021\486)
STS 5 de junio de 2019 (RJ 2019\2213), dictada en Pleno	STS 29 de abril de 2021 (RJ 2021\2007)
	STS 25 de mayo de 2021 (RJ 2021\2256)

SALA DE LO PENAL

STS 22 de diciembre de 1948 (RJ 1948\1585)	STS 11 de enero de 1997 (RJ 1997\1128)
STS 15 de enero de 1949 (RJ 1949\40)	STS 24 de enero de 1997 (RJ 1997\329)
STS 26 de mayo de 1958 (RJ 1958\1986)	STS 27 de enero de 1997 (RJ 1997\320)
STS 14 de mayo de 1964 (RJ 1964\2513)	STS 26 de septiembre de 1997 (RJ 1997\6366)
SSTS 17 de marzo y 25 de noviembre de 1965 (RJ 1965\969 y RJ 1965\5238)	STS 24 de octubre de 1997 (RJ 1997\7290)
STS 9 de mayo de 1966 (RJ 1966\2340)	STS 16 de diciembre de 1998 (RJ 1998\10314)
STS 27 de noviembre de 1967 (RJ 1967\4291)	SSTS 28 y 30 de junio de 2000 (RJ 2000\5649) y (RJ 2000\6603)
STS 5 de febrero de 1968 (RJ 1968\781)	STS 2 de octubre de 2000 (RJ 2000\8480)
STS 28 de diciembre de 1990 (RJ 1990\10102)	STS 31 de enero de 2001 (RJ 2001\491)
STS 30 de enero de 1995 (RJ 1996\189)	STS 29 de mayo de 2001 (RJ 2001\4575)
	STS 5 de junio de 2001 (RJ 2001\5649)
	STS 10 de julio de 2001 (RJ 2001\7153)
	STS 22 de abril de 2002 (RJ 2002\5454)
	STS 29 de mayo de 2003 (RJ 2003\4412)

STS 13 de junio de 2003 (RJ 2003, 8553)

STS 9 de octubre de 2003 (RJ 2003\7233)

STS 20 de enero de 2005 (RJ 2005\1067)

STS 11 de mayo de 2005 (RJ 2005\7578)

STS 13 de diciembre de 2005 (RJ 2005\10172)

STS 6 de febrero de 2007 (RJ 2007\1190)

STS 3 de junio de 2008 (RJ 2008\3629)

STS 17 de mayo de 2010 (RJ 2010\5811)

STS 30 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 417)

STS 25 de febrero de 2011 (RJ 2011\2382)

STS 15 de marzo de 2011 (RJ 2011\2779)

STS 7 de julio de 2011 (RJ 2011\5355)

STS 16 de enero de 2013 (RJ 2013/966)

STS 2 de diciembre de 2013 (RJ 2013/7655)

STS 1 de abril de 2013 (RJ 2013\7272)

STS 16 de mayo de 2014 (RJ 2014\2937)

STS 10 de junio de 2014 (RJ 2014\3936)

STS 1 de octubre de 2014 (RJ 2014\5093)

STS 10 de marzo de 2015 (RJ 2015\981)

STS 11 de marzo de 2015 (RJ 2015\2588)

STS 3 de mayo de 2016 (RJ 2016\1872)

STS 11 de diciembre de 2017 (RJ 2017\6237)

STS 5 de noviembre de 2018 (RJ 2018\5001)

STS 12 de febrero de 2019 (RJ 2019\565)

STS 22 de junio de 2020 (RJ 2020\3485)

STS 9 de julio de 2020 (RJ 2020\2323)

STS 10 de junio de 2021 (JUR 2021\206657)

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

STS 27 de marzo de 1980 (RJ 1980\2249)

STS 28 de mayo de 1980 (RJ 1980\2844)

STS 14 de abril de 1981 (RJ 1981\1843)

STS 10 de noviembre de 1983 (RJ 1983\6070)

STS 12 de marzo de 1984 (RJ 1984\2508)

STS 24 de octubre de 1984 (RJ 1984\6194)

STS 1 de abril de 1985 (RJ 1985\1784)

STS 10 de julio de 1985 (RJ 1985\3895)

STS 11 de noviembre de 1986 (RJ 1986\8051)

STS 6 de febrero de 1987 (RJ 1987\2749)

STS 19 mayo 1987 (RJ 1987\3615)

STS 20 de octubre de 1987 (RJ 1987\8676)

STS 31 de julio de 1989 (RJ 1989\6193)

STS 16 de enero de 1991 (RJ 1991\397)
STS 20 de mayo de 1991 (RJ 1991\3762)
STS 14 de junio de 1991 (RJ 1991\5115)
STS 22 de noviembre de 1991 (RJ 1991\8844)

STS 25 de enero de 1992 (RJ 1992\1343)
STS 4 de junio de 1992 (RJ 1992\4928)
STS 31 de julio de 1992 (RJ 1992\6596)

STS 23 de febrero de 1995 (RJ 1995\1280)
STS 9 de mayo de 1995 (RJ 1995\4210)
STS 27 de mayo de 1995 (RJ 1995\5257)

STS 25 de octubre de 1996 (RJ 1996\7124)

STS 11 de febrero de 1997 (RJ 1997\898)
STS 20 de octubre de 1997 (RJ 1997\7254)
STS 20 de diciembre de 1997 (RJ 1998\1238)

STS 25 de febrero de 1998 (RJ 1998\1810)
STS 21 de abril de 1998 (RJ 1998\4045)
STS 25 de mayo de 1998 (RJ 1998\4487)
STS 28 de octubre de 1998 (RJ 1998\8928)
STS 17 de noviembre de 1998 (RJ 1998\9149)
STS 23 de diciembre de 1998 (RJ 1998\10381)
STS 31 de marzo de 1998 (RJ 1998\2904)
STS 20 de octubre de 1998 (RJ 1998\8842)

STS 9 de febrero de 1999 (RJ 1999\1781)
SSTS 18 y 27 de noviembre de 1999 (RJ 2000\1365 y RJ 2000\1377)

STS 12 de febrero de 2000 (RJ 2000/2172)
STS 28 de marzo de 2000 (RJ 2000\3097)
STS 8 de julio de 2000 (RJ 2000/7156)

STS 23 de enero de 2001 (RJ 2001\2408)
STS 26 de marzo de 2001 (RJ 2002\4815)
STS 7 de abril de 2001 (RJ 2001\6794)
STS 30 de abril de 2001 (RJ 2001/6852)
STS 8 de mayo de 2001 (RJ 2001\7207)

STS 19 de septiembre de 2002 (RJ 2002\8401)
STS 23 de septiembre de 2002 (RJ 2002\9234)

STS 13 de febrero de 2003 (RJ 2003\2379)
STS 3 de julio de 2003 (RJ 2003\5431)

STS 20 diciembre 2005 (RJ 2006\4212)

STS 18 de enero de 2006 (RJ 2006\488)
STS 2 de marzo de 2006 (RJ 2006\2115)
STS 20 de junio de 2006 (RJ 2006, 3388)
STS 27 de junio de 2006 (RJ 2006\4752)
STS 19 de septiembre de 2006 (RJ 2006\6356)

STS 29 de enero de 2007 (RJ 2007\1365)
STS 20 de febrero de 2007 (RJ 2007\843)
STS 22 de mayo de 2007 (RJ 2007\4954)
STS 24 de mayo de 2007 (RJ 2007\5088)
STS 26 de septiembre de 2007 (RJ 2007\7088)
STS 21 de noviembre de 2007 (RJ 2007\8464)

STS 10 de abril de 2008 (RJ 2008\1771)
STS 23 de abril de 2008 (RJ 2008/2731)

STS 23 de marzo de 2009 (RJ 2009\2502)
 STS 30 de marzo de 2009 (RJ 2009\2528)
 STS 10 de julio de 2009 (JUR 2009\360370)
 STS 21 de julio de 2009 (RJ 2009\7150))
 STS 2 de octubre de 2009 (RJ 2010\956)
 STS 10 de diciembre de 2009 (RJ 2010\2183)
 STS 23 de diciembre de 2009 (RJ 2010\1339)

 STS 2 de marzo de 2010 (RJ 2010\2439)
 STS 11 de mayo de 2010 (RJ 2010\4945)
 STS 25 de mayo de 2010 (RJ 2010\5221)
 STS 22 de julio de 2010 (RJ 2010\6536)

 STS 30 de noviembre de 2010 (RJ 2010\8765)
 STS 2 de diciembre de 2010 (RJ 2010\8805)

 STS 16 de febrero de 2011 (RJ 2011\1490)
 STS 25 de febrero de 2011 (RJ 2011\1672)
 STS 8 de marzo de 2011 (RJ 2011\2014)
 STS 23 de marzo de 2011 (RJ 2011\2512)
 STS 19 de mayo de 2011 (RJ 2011\4465)
 STS 25 de mayo de 2011 (RJ 2011\4709)
 STS 30 de septiembre de 2011 (RJ 2012\1020),
 STS 10 de octubre de 2011 (RJ 2011\7648)
 STS 18 de octubre de 2011 (RJ 2012\1207)
 STS 26 de octubre de 2011 (RJ 2012\288)

 STS 7 de noviembre de 2011 (RJ 2012\1943)
 STS 19 de diciembre de 2011 (RJ 2012\2869)
 STS 27 de diciembre de 2011 (RJ 2012\3102)

 STS 13 de enero de 2012 (RJ 2012/272)
 STS 2 de marzo de 2012 (RJ 2012\4760)
 STS 26 de marzo de 2012 (RJ 2012\5524)
 STS 10 de abril de 2012 (RJ 2012\4463)),
 STS 22 de mayo 2012 (RJ 2012, 6930)
 STS 4 de julio de 2012 (RJ 2012/7706)
 STS 17 de julio de 2012 (RJ 2012/7910)
 STS 6 noviembre 2012 (RJ 2012\10612)
 STS 14 de noviembre de 2012 (RJ 2013\154)
 STS 20 de noviembre de 2012 (RJ 2013\304)
 STS 4 de diciembre de 2012 (RJ 2013\1508)

 STS 11 de febrero de 2013 (RJ 2013\2084)
 STS 30 de abril de 2013 (RJ 2013\4058)
 STS 14 de octubre de 2013 (RJ 2013\6945)

 STS 3 de julio de 2014 (RJ 2014\3668)
 STS 3 de noviembre de 2014 (RJ 2014\5658)
 STS 26 de septiembre de 2014 (RJ 2014\5048)
 STS 22 de diciembre de 2014 (RJ 2014\6637)

 STS 6 de mayo de 2015 (RJ 2015\3078)
 STS 19 de mayo de 2015 (RJ 2015\2448)
 SSTs 19 y 20 de septiembre de 2015 (RJ 2005\6795 y RJ 2005\6794)
 STS 7 de diciembre de 2015 (RJ 2015\5427)
 STS 9 de diciembre de 2015 (RJ 2016\149)

STS 4 de abril de 2016 (RJ 2016\3055)
STS 8 de abril de 2016 (RJ 2016,1328)
STS 25 de mayo de 2016 (RJ 2016\2275)
STS 25 de octubre de 2016 (RJ 2016\5566)

STS 11 de julio de 2017 (JUR 2017\195183)
STS 18 de diciembre de 2017 (RJ 2017\5728)

STS 6 de febrero de 2018 (RJ 2018\385)
STS 15 de marzo de 2018 (RJ 2018\1507)
STS 20 de marzo de 2018 (RJ 2018\1376)

STS 24 de abril de 2018 (RJ 2018\2547)
STS 5 de octubre de 2018 (RJ 2018\4253)
STS 20 de noviembre de 2018 (RJ 2018\5270)

STS 10 de febrero de 2020 (RJ 2020\351)
STS 14 de mayo de 2020 (RJ 2020\1110)
STS 30 de septiembre de 2020 (JUR 2020\290460)
STS 21 de diciembre de 2020 (RJ 2020\5615)

STS 21 de enero de 2021 (RJ 2021\151)
STS 4 de febrero de 2021 (RJ 2021\721)

SALA DE LO SOCIAL

STS 24 de abril de 1990 (RJ 1990/3486)
STS 5 de junio de 1991 (RJ 1991\5131)
STS 20 de enero de 1992 (RJ 1992\48)
STS 20 de abril de 1992 (RJ 1992\2662)

STS 6 de abril de 1993(RJ 1993\2913)
STS 20 de julio de 1993(RJ 1993\6293)

STS 11 de febrero de 1994 (RJ 1994\874)

STS 10 de julio de 1995 (RJ 1995/5488),
STS 16 de octubre de 1995 (RJ 1995\7759)
STS 9 de febrero de 1996 (RJ 1996\1008)

STS 18 de mayo de 1996 (RJ 1996\4477)
STS 10 de junio de 1996 (RJ 1996\5007)
STS 19 de diciembre de 1996 (RJ 1996\9807)

STS 18 de septiembre de 1997 (RJ 1997\9471)

STS 19 de abril de 1999 (RJ 1999\4528)
STS 29 de octubre de 2001 (RJ 2001\10023)

STS 29 abril 2002 (RJ 2002\5681)
STS 30 abril 2002 (RJ 2002\6159)

STS 15 de marzo de 2017 (RJ 2017\1290)

SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA NACIONAL (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO)

SAN 25 de enero de 2001 (JUR 2001/73933)

SAN 26 de septiembre de 2002 (JUR 2003/59903)

SAN 5 de febrero de 2004 (JUR 2004/132688)

SAN 21 de junio de 2005 (RJCA 2005\569)

SAN 28 de septiembre de 2005 (JUR 2005/274658)

SAN 18 de abril de 2007 (JUR 2007\112272)

SAN 30 de mayo de 2007 (JUR 2007\142102)

SAN 6 de junio de 2007 (JUR 2007\192314)

SAN 21 de noviembre de 2007 (JUR 2007\362457)

SAN 2 de julio de 2008 (RJ 2008/6730)

SAN 16 de febrero de 2011 (JUR 2011\68293)

SAN 9 de marzo de 2011 (JUR 2011\94844)

SAN 7 de marzo de 2012 (RJCA 2012\207)

SAN 17 de mayo de 2013 (JUR 2013\183762)

SAN 18 de diciembre de 2013 (JUR 2014/21073)

SAN 17 de noviembre de 2014 (JUR 2014\278606)

SAN 10 de diciembre de 2014 (JUR 2015\11029)

SAN 11 de mayo de 2015 (JUR 2015\135485)

SAN 9 de mayo de 2016 (JUR 2016\120945)

SAN 5 de diciembre de 2016 (JUR 2017\134212)

SAN 10 de marzo de 2017 (JUR 2017\93653)

SAN 30 de mayo de 2018 (JUR 2018\177650)

SAN 6 de marzo de 2019 (JUR 2019\113931)

SAN 13 de junio de 2019 (JUR 2019\204735)

SAN 22 de enero de 2020 (JUR 2020\92705)

SAN 24 de junio de 2020 (JUR 2020\227113)

SAN 16 de septiembre de 2020 (JUR 2020\296277)

SAN 2 de junio de 2021 (JUR 2021\193107)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

(SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO)

STSJ Castilla y León (Valladolid), 23 de enero de 1996 (AS 1996\57)

STSJ Aragón, 17 de junio de 1998 (AS 1998\2520)

STSJ Asturias, 24 de noviembre de 2000 (AS 2000\3671)

STSJ C Valenciana, 20 de diciembre de 2000 (JUR 2001\160009)

STSJ Cantabria, 1 de febrero de 2001 (JUR 2001\129521)

STSJ Madrid, 30 de enero de 2003 (AS 2003\2619)

STSJ de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 29 de octubre de 2004 (JUR 2004\317085)

STSJ Galicia, 9 de noviembre de 2004 (AS 2006\679)

STSJ Castilla y León, Valladolid 31 de octubre de 2005 (AS 2005\3056)
STSJ Castilla-La Mancha, 24 de noviembre de 2005 (AS 2005\3565)

STSJ Castilla y León (Valladolid), 12 de junio de 2006 (AS 2006\2776)
STSJ Cataluña, 1 de junio de 2007 (AS 2007\2749)

STSJ C Valenciana, 1 de abril de 2008 (JUR 2008\226592)

STSJ Madrid, 26 de febrero de 2009 (JUR 2010\271687)

STSJ Cataluña 30 de marzo de 2009 (JUR 2009\395306)

STSJ Andalucía (Sevilla), 12 de junio de 2009 (JUR 2010\65536)

STSJ Madrid, 16 de febrero de 2010 (JUR 2010\168064)

STSJ C Valenciana, 29 de octubre de 2010 (JUR 2011\109503)

STSJ Asturias, 17 de noviembre de 2010 (JUR 2011\151248)

STSJ Madrid, 20 de marzo de 2013 (JUR 2013\179724)

STSJ Extremadura, 10 de mayo de 2013 (JUR 2013\221678)

STSJ Andalucía (Málaga), 28 de junio de 2013 (JUR 2013\378259)

STSJ Andalucía (Sevilla), 26 de septiembre de 2013 (JUR 2014\60317)

STSJ C Valenciana, 3 de diciembre de 2013 (JUR 2014\173187)

STSJ Asturias, 17 de febrero de 2014 (JUR 2014\67228)

STSJ Madrid 24 de julio de 2014 (JUR 2014\249320)

STSJ Islas Canarias, 30 de enero de 2015 (JUR 2015\211742)

STSJ Aragón, 6 de febrero de 2015 (RJCA 2015\404)

STSJ Cataluña, 10 de febrero de 2015 (JUR 2015\117809)

STSJ C Valenciana, 23 de abril de 2015 (JUR 2015\132837)

STSJ C Valenciana, 3 de julio de 2015 (JUR 2015\229124)

STSJ Comunidad Valenciana, 30 de septiembre de 2015 (JUR 2016\12576)

STSJ Madrid, 7 de octubre de 2015 (JUR 2015, 270721)

STSJ Galicia, 14 de octubre de 2015 (AS 2015\2032)

STSJ Castilla-La Mancha, 2 de noviembre de 2015 (JUR 2015\301077)

STSJ País Vasco, 11 de noviembre de 2015 (JUR 2016\59880)

SSTSJ C Valenciana, 15 y 27 de enero de 2016 (JUR 2016\141761) y (JUR 2016\141765)

STSJ Galicia, 10 de febrero de 2016 (JUR 2016\44197)

STSJ Madrid, 24 de febrero de 2016 (JUR 2016\94759)

STSJ Cataluña, 10 de marzo de 2016 (JUR 2016\93472)

STSJ Murcia, 15 de abril de 2016 (JUR 2016\107951)

STSJ Madrid, 11 de mayo de 2016 (JUR 2016\137320)

STSJ Madrid, 15 junio de 2016 (JUR 2016\204780)

STSJ Asturias, 21 de julio de 2016 (JUR 2016\191943)

STSJ Asturias, 26 de septiembre de 2016 (RJCA 2016\903)

STSJ Madrid, 29 de septiembre de 2016 (JUR 2016\251384)

STSJ Castilla y León, 2 de diciembre de 2016 (JUR 2017\12572)

STSJ Asturias, 29 de diciembre de 2016 (JUR 2017\12543)

STSJ Madrid, 14 de febrero de 2017 (JUR 2017\89414)

STSJ Asturias, 20 de febrero de 2017 (JUR 2017\39900)

STSJ Asturias, 27 de febrero de 2017 (JUR 2017\79537)

STSJ Madrid, 14 de marzo de 2017 (JUR 2017\117915)

STSJ Asturias, 24 de abril de 2017 (JUR 2017\131238)
STSJ Madrid, 19 de mayo de 2017 (JUR 2017\182156)
STSJ Andalucía (Granada), 30 de mayo de 2017 (JUR 2017\176727)
STSJ Cataluña, 7 de junio de 2017 (JUR 2017\265661)
STSJ Madrid, 20 de junio de 2017 (JUR 2017\208101)
STSJ Murcia, 30 de junio de 2017 (JUR 2017\202518)

STSJ C Valenciana, 19 de enero de 2018 (JUR 2018\111610)
STSJ Castilla-La Mancha, 26 de febrero de 2018 (JUR 2018\133986)
STSJ Andalucía (Málaga), 19 de marzo de 2018 (JUR 2018\252640)
STSJ Madrid, 23 de marzo de 2018 (JUR 2018\169052)
STSJ Asturias, 26 de marzo de 2018 (JUR 2018\135395)
STSJ Andalucía (Málaga), 10 de mayo de 2018 (JUR 2018\303051)
STSJ Castilla y León, 25 de mayo de 2018 (JUR 2018\231710)
STSJ Castilla y León, 4 octubre de 2018 (JUR 2018\305847)
STSJ La Rioja, 23 de noviembre de 2018 (JUR 2019\20290)
STSJ Galicia, 19 de diciembre de 2018 (JUR 2019\18046)
STSJ Madrid, 19 de diciembre de 2018 (RJCA 2018\1871)

STSJ C Valenciana, 30 de enero de 2019 (JUR 2019\109611)
STSJ Galicia, 6 de febrero de 2019 (JUR 2019\109041)

STSJ Galicia, 8 de febrero de 2019 (JUR 2019\56226)
STSJ Aragón, 24 de abril de 2019 (JUR 2019\205825)
STSJ Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife), 22 de mayo de 2019 (JUR 2019\230932)
STSJ de Murcia, 30 de mayo de 2019 (JUR 2019\203588)
STSJ Andalucía (Málaga), 17 de junio de 2019 (JUR 2019\327376)
STSJ Galicia, 3 de octubre de 2019 (JUR 2019\295612)
STSJ Madrid, 7 de octubre de 2019 (JUR 2019\310307) y 21 de octubre de 2019 (JUR 2019\333281)
STSJ C Valenciana, 29 de octubre de 2019 (JUR 2020\285139)
STSJ Asturias, 27 de diciembre de 2019 (JUR 2020\37448)
STSJ Castilla-La Mancha, 2 de diciembre de 2019 (JUR 2020\73711)
STSJ Castilla y León, 10 de diciembre de 2019 (JUR 2020\73745)

STSJ Navarra, 17 de junio de 2020 (JUR 2020\364120))
STSJ Asturias, 18 de septiembre de 2020 (JUR 2020\310645)
STSJ C Valenciana, 14 de octubre de 2020 (JUR 2020\327611)
STSJ C Valenciana, 4 de diciembre de 2020 (JUR 2021\131619)

STSJ Galicia, 10 de febrero de 2021 (JUR 2021\11297)
STSJ Cataluña, 18 de junio de 2021 (JUR 2021\318365)
STSJ Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 22 de junio de 2021 (JUR 2021\317054)

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA (SALA DE LO SOCIAL)

STSJ (Sala de lo Social) Galicia, 18 de octubre de 2017 (AS 2017\1950)

AUDIENCIA PROVINCIAL

Auto AP de Asturias (Sección 1ª), 12 de junio de 2000 (JUR 2000/181465)

Auto AP de Madrid (Sección 18ª), 14 de abril de 2005 (JUR 2005/158034)

Auto AP de Tarragona (Sección 1ª), 17 de mayo de 2006 (AC 2006/2036)

SAP de las Islas Baleares (Sección 1ª), 6 de noviembre de 2006 (ARP 2006/670)

SAP de Navarra (Sección 2ª), 28 de abril de 2009 (AC 2010/410)

SAP de Segovia (Sección 1ª), 30 de junio de 2009 (ARP 2009/1088)

Auto AP de Madrid, 6 de octubre de 2009 (AC 2010/666)

Auto AP de Zamora (Sección 1ª), 7 de octubre de 2009 (AC 2009/2261)

SAP de Barcelona (Sección 1ª), 1 de diciembre de 2009 (AC 2010/779)

SAP de Barcelona (Sección 11ª), 26 de noviembre de 2010 (JUR 2011/79200)

Auto AP de Barcelona (Sección 16ª), 17 de mayo de 2011 (JUR 2011/258591)

SAP de Cáceres (Sección 1ª), 2 de junio de 2011 (AC 2011/1350)

Auto AP de Barcelona (Sección 19ª), 27 de diciembre de 2011 (JUR 2012/139560)

SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 6ª), 26 de octubre de 2012 (JUR 2013/223948)

SAP de Barcelona (Sección 19ª), 10 de julio de 2014 (JUR 2014/268659)

SAP de Cádiz (Sección 2ª), 31 de julio de 2014 (JUR 2014/258884)

SAP de Barcelona (Sección 17ª), 21 de enero de 2015 (AC 2015/493)

SAP de Álava (Sección 2ª), 22 de junio de 2015 (ARP 2015/89)

SAP de Barcelona (Sección 16ª), 10 de febrero de 2017 (AC 2017/609)

SAP de Barcelona (Sección 14ª), 16 de febrero de 2017 (JUR 2017/99694)

SAP de Barcelona (Sección 4ª), 31 de marzo de 2017 (JUR 2017/201338)

SAP de Madrid (Sección 21ª), 11 de abril de 2017 (JUR 2017/164604)

SAP de Ciudad Real (Sección 2ª), 24 de abril de 2017 (JUR 2017/142330)

SAP de Madrid (Sección 9ª), 12 de junio de 2017 (JUR 2017/218185)

SAP de Madrid (Sección 11ª), 26 de junio de 2017 (JUR 2017/219421)

SAP de Madrid (Sección 14ª), 30 de junio de 2017 (JUR 2018/9215)

SAP de Madrid (Sección 13ª), 21 de julio de 2017 (JUR 2017/230122)

SAP de Barcelona (Sección 14ª), 27 de julio de 2017 (AC 2017/1311)

SAP de Madrid (Sección 14ª), 19 de octubre de 2017 (JUR 2018/2052)

SAP de Las Palmas (Sección 4ª), 18 de enero de 2018 (JUR 2018/262826)

SAP de Madrid (Sección 8ª), 13 de marzo de 2018 (AC 2018/1376)

SAP de Madrid (Sección 11ª), 10 de abril de 2018 (AC 2018/821)

Auto AP de Barcelona (Sección 11ª), 10 de mayo de 2018 (JUR 2018/154320)

SAP de Madrid (Sección 13ª), 8 de junio de 2018 (JUR 2018/267881)

Auto AP de Madrid (Sección 14ª), 26 de junio de 2018 (JUR 2018/241235)

SAP de Barcelona (Sección 4ª), 10 de julio de 2018 (JUR 2018/212391)

Auto AP de Barcelona (Sección 13ª), 28 de septiembre de 2018 (JUR 2018/275563)

SAP de Madrid (Sección 11ª), 24 de octubre de 2018 (JUR 2019/1591)

SAP de Navarra (Sección 3ª), 7 de noviembre de 2018 (JUR 2019/76872)

SAP de Madrid (Sección 13ª), 23 de noviembre de 2018 (JUR 2019/14650)

SAP de Guipúzcoa (Sección 2ª), 3 de enero de 2019 (JUR 2019\97188)
SAP de Madrid (Sección 13ª), 25 de enero de 2019 (AC 2019\544)
SAP de Sevilla (Sección 8ª), 20 de marzo de 2019 (JUR 2019\157318)
SAP de Barcelona (Sección 14ª), 29 de marzo de 2019 (AC 2019\710)
SAP de Madrid (Sección 9ª), 2 de abril de 2019 (JUR 2019\172965)
Auto AP de Madrid (Sección 14ª), 4 de abril de 2019 (JUR 2019\173041)
SAP de Madrid (Sección 13ª), 25 de enero de 2019 (AC 2019\544)
SAP de Sevilla (Sección 8ª), 17 de junio de 2019 (AC 2019\1292)
Auto AP de Barcelona (Sección 11ª), 19 de junio de 2019 (JUR 2019\217647)
SAP de Barcelona (Sección 14ª), 27 de junio de 2019 (JUR 2019\223908)
SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª), 27 de junio de 2019 (AC 2019\1373)

SAP de Madrid (Sección 19ª), 22 de enero de 2020 (AC 2020\717)
Auto AP de Madrid (Sección 8ª), 24 de febrero de 2020 (JUR 2020\157645)
SAP de A Coruña (Sección 6ª), 31 de marzo de 2020 (JUR 2020\172262)
SAP de Madrid (Sección 10ª), 22 de mayo de 2020 (JUR 2020\212481)
Auto AP de Madrid (Sección 13ª), 28 de mayo de 2020 (JUR 2020\238479)
Auto AP de Valladolid (Sección 3ª), 18 de junio de 2020 (JUR 2020\253173)
SAP de Madrid (Sección 21ª), 5 de octubre de 2020 (AC 2020\1629)
Auto AP de Cádiz (Sección 8ª), 19 de octubre de 2020 (JUR 2021\31988))
SAP de Madrid (Sección 10ª), 19 de noviembre de 2020 (JUR 2021\96218)

CONSEJO DE ESTADO

Dictamen nº 764/1992, de 9 de julio

Dictamen nº 3/1993, de 11 de febrero, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial

Dictamen nº 478/1994, de 25 de mayo

Dictamen nº 503/1995, de 15 de junio sobre el Anteproyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso- administrativa

Dictamen nº 1125/1997, de 29 de mayo sobre el Anteproyecto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Dictamen nº 1556/1997, de 22 de enero de 1998, sobre el Anteproyecto de Ley 4/1999

Dictamen nº 85/2002, de 31 de enero
Dictamen nº 3433/2001, de 21 de febrero de 2002

Dictamen nº 1115/2003, de 5 de junio
Dictamen nº 3345/2003, de 20 de noviembre

Dictamen nº 996/2007, de 30 de mayo

Dictamen nº 323/2009, de 30 de abril
Dictamen nº 472/2009, de 14 de mayo
Dictamen nº 765/2009, de 25 de junio
Dictamen nº 837/2009, de 10 de septiembre

Dictamen nº 86/2010, de 25 de febrero
Dictamen nº 76/2010, de 15 de abril
Dictamen nº 2255, 2256 y 2257/2010, de 25 de noviembre
Dictamen nº 2222/2010, 17 de febrero de 2011

Dictamen nº 306/2011, de 3 de marzo
Dictamen nº 984/2011, de 21 de julio

Dictamen nº 964/2013, de 7 de noviembre

dictamen nº 999/2014, de 4 de diciembre

Dictamen nº 274/2015, de 29 de abril, sobre el Anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público

Dictamen nº 544/2015, de 23 de julio

Dictamen nº 793/2015, de 22 de octubre

Dictamen nº 966/2015, de 3 de diciembre

Dictamen nº 1116/2015, de 10 de marzo de 2016 sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público

Dictamen nº 290/2017, de 22 de junio
Dictamen nº 949/2017, de 8 de noviembre

Dictamen nº 30/2018, de 8 de febrero
Dictamen nº 582/2018, de 8 de febrero
Dictamen nº 444/2018, 14 de junio
Dictamen nº 829/2018, de 31 de octubre
Dictamen nº 922/2018, de 13 de diciembre
Dictamen nº 827/2018, de 22 de noviembre

Dictamen nº 38/2019, de 7 de febrero
Dictamen nº 237/2019, de 11 de abril

Dictamen nº 198/2020, de 25 de mayo
Dictamen nº 205/2020, de 18 de junio

Dictamen nº 156/2020, de 2 de julio
Dictamen nº 424/2020, de 8 de octubre

CONSEJOS CONSULTIVOS AUTONÓMICOS

Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía nº 110/96, de 17 de octubre

Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía nº 123/1998, de 17 de diciembre

Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía nº 2/2001, de 24 de enero

Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía nº 231/2008, de 15 de abril

Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha nº 154/2008, de 30 de julio

Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia nº 55/2012, de 5 de marzo

Dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias nº 57/2013, de 21 de marzo

Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia nº 322/2016, de 16 de noviembre

Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha nº 10/2017, de 11 de enero

Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia nº 101/2017, de 28 de abril

Dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias nº 266/2017, de 26 de octubre

Dictamen del Consejo Consultivo de Galicia nº 364/2018, de 7 de noviembre

Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña nº 7/2019, 10 de enero

Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León nº 409/2019, de 17 de septiembre

Dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias nº 83/2020, de 16 de abril nº 3/2020, de 9 de enero
Dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja nº 19/2020, de 18 de enero
Dictamen del Consejo Consultivo de Galicia nº 26/2020, de 19 de febrero,
Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León nº 118/2020, de 7 de abril
Dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias nº 83/2020, de 16 de abril
Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía nº 252/2020, de 30 de abril
Dictamen del Consejo Consultivo de Asturias nº 136/2020, de 4 de junio
Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha nº 229/2020, de 4 de junio
Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana nº 356/2020, de 22 de julio
Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia nº 189/2020, de 2 de septiembre
Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid nº 437/2020, de 6 de octubre
Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid nº 444/2020, de 6 de octubre
Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana nº 484/2020, de 14 de octubre
Dictámenes del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana nº 515 y 516/2020, de 4 de noviembre
Dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, nº 249/2020, 5 de noviembre
Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana nº 581/2020, de 18 de noviembre
Dictamen del Consejo Consultivo de Asturias nº 263/2020, de 19 de noviembre
Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia nº 276/2020, de 15 de diciembre

Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid nº 564/2020, de 15 de diciembre
Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid nº 565/2020, de 22 de diciembre
Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia nº 293/2020, de 23 de diciembre
Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana nº 33/2021, de 20 de enero
Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha nº 21/2021, de 21 de enero
Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid nº 39/2021, de 2 de febrero
Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha nº 47/2021, de 11 de febrero
Dictámenes del Consejo Consultivo de Andalucía nº 90 y 92/2021, de 11 de febrero
Dictamen del Consejo Consultivo de Asturias nº 24/2021, de 18 de febrero
Dictamen del Consejo jurídico de la Región de Murcia en los Dictamen nº 38/2021, de 23 de febrero
Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid nº 104/2021, de 23 de febrero
Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias nº 95/2021, de 4 de marzo
Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias nº 99/2021, de 9 de marzo
Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias nº 131/2021, de 18 de marzo
Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias nº 139/2021, de 25 de marzo
Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid nº 153/2021, de 6 de abril
Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, nº 220/2021, 14 de abril

ANEXO II: INTRODUZIONE E CONCLUSIONI.

INTRODUZIONE

1. **Competenza giurisdizionale: criteri generali di attribuzione alle diverse giurisdizioni.**

Il principio dell'unità giurisdizionale sancito dall'art. 177 paragrafo 5 della Costituzione Spagnola non è incompatibile con l'istituzione nel nostro ordinamento di quattro giurisdizioni per motivi di specializzazione (civile, penale, amministrativa e sociale [oltre alla giurisdizione militare]) ognuno dei quali sarà competente per trattare determinate materie. Le Corti e i Tribunali eserciteranno la loro giurisdizione solo nei casi «*determinati dalla legge secondo le regole di competenza e procedura ivi stabilite*» (art. 117, paragrafi 3 e 4 della CE e art. 9, paragrafo 1 della LOPJ). Pertanto, ci sono leggi procedurali separate per ciascuna di queste branche del diritto. Gli articoli 1, 2, 3, 3, 4 e 9 della LOPJ sono fondamentalmente in linea con quanto stabilito nella Costituzione.

La giurisdizione, intesa in questo caso, come «competenza generica o giurisdizione» è «improrogabile» (art. 9.6 della LOPJ): le questioni attribuite all'ordine civile, possono essere giudicate solo dalle Corti e dai Tribunali di tale giurisdizione; lo stesso dicasi per la giurisdizione del lavoro, amministrativa o penale, salvo per le questioni pregiudiziali (art.10 della LOPJ). Si tratta di un presupposto procedurale dell'ordinamento pubblico per la valida costituzione del rapporto giuridico-procedurale, di norme imperative, che non possono essere modificate dai cittadini. Di conseguenza, gli organi giudiziari rilevano d'ufficio la loro incompetenza (art.9.6 della LOPJ; articoli 37 e 38 della LEC [ordinamento civile] art. 5 della LJCA [giurisdizione amministrativa], art. 5 della LJS [ordinamento sociale]), se le parti non lo hanno chiarito con la corrispondente declinatoria (art. 39, da 63 a 66 della LEC). E, che gli atti giudiziari pronunciati in mancanza di giurisdizione o di competenza oggettiva o funzionale saranno nulli a tutti gli effetti (art. 238.1° della LOPJ).

Può accadere, tuttavia, che organi giudiziari di diverse giurisdizioni siano in disaccordo sulla competenza a trattare un caso. In questo caso, se il giudice o il tribunale ritiene di essere incompetente, deciderà se rifiutare di trattare la causa, o

altrimenti, se ritiene di essere competente, «*chiederà al tribunale che sta trattando la causa di cessare di farlo*» (art. 45 della LOPJ). In caso di disaccordo, cioè se entrambi si dichiarano competenti (conflitto positivo) o rifiutano la loro competenza per mancanza di competenza (conflitto negativo), un conflitto di competenza può essere sollevato d'ufficio, dalle parti o dal pubblico ministero, che sarà risolto dalla Camera speciale per i conflitti di competenza del Tribunal Supremo (equivalente alla Corte di Cassazione), pronunciandosi sulla giurisdizione competente in quell'occasione (articoli 42 a 50 della LOPJ). Tuttavia, l'efficacia inter partes delle decisioni della Camera Speciale della Corte di Cassazione, che proietta la sua decisione solo sul caso specifico, senza vincolare le ordinanze giurisdizionali che colpisce, fa sì che manchi l'effetto unificante per correggere le discrepanze giurisprudenziali in materia. Così, il sistema giuridico spagnolo manca di un mezzo giurisdizionale adeguato a unificare la giurisprudenza contraddittoria delle diverse sezioni della Corte di cassazione in materia di sovrapposizione di decisioni.

Solo i problemi di giurisdizione o i conflitti di competenza con la giurisdizione penale non potranno essere sollevati, dato il loro carattere preferenziale (art. 44 della LOPJ). Pertanto, l'art. 114 della LECr stabilisce il carattere preclusivo dell'azione penale rispetto ai procedimenti che vertono sugli stessi fatti in altre giurisdizioni.

La concretezza delle competenze che corrispondono a ciascuna giurisdizione è materia riservata alla LOPJ (art. 117, paragrafi 3 e 4, e art. 122 della CE; art. 9, paragrafo 1 della LOPJ), fatta salva la collaborazione della legge ordinaria.

L'art. 9, paragrafi da 2 a 5, della LOPJ definisce in modo generico ed astratto l'ambito di cui si occupa ciascuna giurisdizione. La ripartizione delle competenze tra le diverse giurisdizioni avviene in base a diversi criteri: qualificazione giuridica del danno o natura della richiesta (per delimitare la competenza della giurisdizione penale rispetto al resto), soggetti, diritto sostanziale applicabile...

I tribunali della giurisdizione penale sapranno riconoscere quando l'azione o l'omissione che ha causato il danno è classificata come reato «*ad eccezione di quelli che rientrano nella giurisdizione militare*» (art. 9.3 della LOPJ). Da parte sua, al tribunale civile è riconosciuta un'ampia competenza data la sua natura attrattiva, dato che tratterà tutte le questioni che gli sono proprie (Diritto privato) e quelle che non sono espressamente attribuite ad un'altra giurisdizione (art. 9.2 della LOPJ); mentre quelli

dell'ordine amministrativo, secondo l'articolo 9.4 della LOPJ, «*ascolteranno i ricorsi presentati in relazione agli atti delle Pubbliche Amministrazioni soggette al diritto amministrativo, alle disposizioni generali di rango inferiore alla legge e ai decreti legislativi reali nei termini previsti dall'articolo 82.6 della Costituzione, secondo quanto stabilito dalla legge di quella giurisdizione. Ascolteranno anche i ricorsi contro l'inattività della Pubblica Amministrazione e contro le sue azioni materiali che costituiscono una violazione di fatto alla legge [...]*

Sono anche competenti per i reclami relativi alla responsabilità delle autorità pubbliche e del personale al loro servizio, qualunque sia la natura dell'attività o il tipo di rapporto che ne deriva. Se il danno è stato causato da parti private, l'attore deve anche portare la sua domanda contro di loro davanti a questo tribunale. Allo stesso modo, sentono le rivendicazioni di responsabilità quando l'interessato presenta un'azione diretta contro l'assicuratore della Pubblica Amministrazione, insieme alla rispettiva Amministrazione.

Questo tribunale è anche competente se le richieste di responsabilità pecuniaria sono dirette anche contro le persone o le entità pubbliche o private indirettamente responsabili.»

Come ha sottolineato GAMERO CASADO, la delimitazione del reparto giurisdizionale nell'ordine amministrativo, in generale, e in materia di responsabilità patrimoniale, in particolare, può essere basata su tre criteri: a) criteri soggettivi: ascolterà solo le richieste di risarcimento che sono presentate contro persone che hanno lo status di Amministrazione; b) criteri materiali: sentirà la responsabilità extracontrattuale derivante da un tipo di attività, indipendentemente dalla natura pubblica o privata del soggetto; c) criteri misti: si tiene conto sia dello status del soggetto che della natura pubblica o privata della funzione svolta o dell'oggetto (per esempio, l'assistenza sanitaria). La giurisdizione amministrativa (esp. Contencioso-amministrativa) si basa su un criterio eminentemente soggettivo o, se vogliamo, misto, che non le impedisce di estendere la sua giurisdizione ai casi in cui la funzione amministrativa non è svolta da un'Amministrazione, adottando un criterio materiale.

Da parte sua, la giurisdizione sociale ascolterà «*i reclami presentati nell'ambito del ramo sociale del diritto, sia nei conflitti individuali che collettivi, così come i reclami in materia di sicurezza sociale o contro lo Stato quando gli viene attribuita la*

responsabilità dalla legislazione del lavoro» (art. 9.5 della LOPJ), seguendo un criterio materiale.

In generale, ad eccezione della giurisdizione penale, l'attribuzione non si basa su un criterio unico che permetta di delimitare con assoluta precisione e in modo definitivo l'ambito delle diverse giurisdizioni, il che rende talvolta difficile la delimitazione tra una giurisdizione e un'altra, quando si mescolano elementi che corrispondono a due o più di essi. Secondo la dottrina del TC (SSTC (Plenaria), n° 224/1993, del 1° luglio (RTC 1993, 224) e n° 121/2011, del 7 luglio (RTC 2011\121); SSTC (Prima Sezione), n. 146/2011, del 26 settembre (RTC 2011\146) e n. 147/2011, del 26 settembre (RTC 2011\147)), l'utilizzo di criteri concorrenti ma non esclusivi crea quelli che la Corte Costituzionale chiama "spazi di intersezione" o "zone grigie", cioè ci sono materie che possono ragionevolmente e legittimamente essere sussunte in più di una sezione dell'art. 9 e, pertanto, la competenza di più di una giurisdizione può essere difesa, a seconda di dove si pone l'accento.

In questo senso, il ruolo del legislatore ordinario è importante nella misura in cui aiuta a chiarire la giurisdizione competente e a distinguere l'una dall'altra, evitando che sorgano conflitti di giurisdizione. L'articolo 9 della LOPJ delinea il quadro generale per l'attribuzione della competenza a ciascuna delle giurisdizioni, senza che il legislatore ordinario possa precisare le materie specifiche che saranno trattate da queste giurisdizioni o attribuire a una giurisdizione specifica la trattazione di determinate materie. Questo a condizione che non contraddica direttamente il disegno stabilito nella Legge Organica sul potere giudiziario poiché, in tal caso, sarebbe incostituzionale per andare contro le disposizioni dell'art. 122.1 della CE (CSTC (Plenaria) n. 224/1993, del 1° luglio (RTC 1993, 224); n. 121/2011, del 7 luglio (RTC 2011\121); CSTC (Prima Sezione) n. 146/2011, del 26 settembre (RTC 2011\146) e n. 147/2011, del 26 settembre (RTC 2011\147)).

2. Oggetto di studio.

È nell'interesse di questo lavoro contribuire a determinare la giurisdizione competente che dovrebbe conoscere le richieste di assistenza sanitaria ricevute e realizzare un'analisi descrittiva delle possibilità di mediazione e transazione come mezzo per risolvere questi conflitti.

L'ambito dello studio sarà limitato alla responsabilità medica o alla responsabilità per l'assistenza sanitaria. Pertanto, lasciamo da parte altri aspetti quali i reclami come utenti del servizio sanitario per questioni relative alle liste d'attesa, il risarcimento delle spese, anche i conflitti che sorgono tra i professionisti nei rapporti di lavoro o i problemi con i fornitori, come le aziende farmaceutiche.

Nel nostro sistema giuridico, la difficoltà di specificare la giurisdizione competente per trattare queste questioni e l'eventuale conclusione di un contratto di transazione o di mediazione è dovuta alla complessità del sistema sanitario spagnolo e del sistema di risarcimento dei danni. Così, a parte la possibile responsabilità disciplinare o aziendale, la responsabilità può essere civile, amministrativa o penale, essendo diversa la giurisdizione competente e il diritto sostanziale e procedurale applicabile in ogni caso.

Da un lato, bisogna distinguere il Sistema Sanitario Nazionale come sistema pubblico de-centralizzato, composto dai Servizi Sanitari delle diverse Comunità Autonome, che adottano varie forme di personalizzazione, e l'INGESA, per Ceuta e Melilla (articoli 44 e 45 della Legge Sanitaria Generale). La gestione può essere diretta, con la creazione di persone giuridiche pubbliche o private legate o dipendenti dalla Pubblica Amministrazione, o indiretta, attraverso la conclusione di contratti di servizio, concessioni di servizi, concerti o accordi speciali di collegamento (azione concordata). A questo si aggiunge il regime speciale applicabile ai dipendenti pubblici soggetti al sistema di mutua assicurazione amministrativa e alla gestione tramite Enti Collaboratori nel campo degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali.

Inoltre, c'è il frequente intervento della compagnia assicurativa con la quale la Pubblica Amministrazione ha stipulato una polizza assicurativa per coprire la sua eventuale responsabilità, con la possibilità di intentare un'azione diretta contro di essa (art. 76 della LCS).

D'altra parte, l'assistenza sanitaria privata esiste anche in Spagna, essendo riconosciuto il diritto al libero esercizio delle professioni sanitarie e la libertà d'impresa nel settore sanitario (articoli 35, 36 e 38 della CE e articoli 88 e 89 della LGS). Pertanto, il servizio sanitario pubblico è soggetto alla libera concorrenza dell'iniziativa privata.

La nostra ricerca si concentrerà sull'analisi della competenza giurisdizionale in relazione alle richieste di risarcimento per la responsabilità sanitaria pubblica poiché, da un lato, sono molto abbondanti e continuano a crescere negli ultimi anni e, dall'altro,

sono tra quelli che generano e hanno generato più problemi. Anche se segue in gran parte le stesse regole che si applicano nei casi di responsabilità amministrativa extracontrattuale, presenta alcune singolarità che analizzeremo ora. Tra le cause principali che hanno portato all'emergere di così tanti conflitti in termini di distribuzione giurisdizionale troviamo: la commistione tra pubblico e privato; il fatto che la Pubblica Amministrazione può utilizzare per la prestazione del servizio vari tipi di persone soggette a particolari regimi giuridici, compresi quelli che adottano la forma di persona giuridica privata con riferimento alle norme di Diritto privato; la prestazione indiretta di servizi sanitari; la singolarità del regime applicabile agli Enti di gestione della Previdenza Sociale nella misura in cui gli atti dettati nel loro ordinario funzionamento sono controllati dai Giudici e dai Tribunali dell'ordine sociale; la sottoscrizione di assicurazioni per coprire l'eventuale responsabilità in cui possono incorrere; l'intasamento della giurisdizione amministrativa o la gravità stessa dei danni causati in conseguenza della difettosa prestazione sanitaria che colpisce la salute e la vita delle persone e che richiedono risposte rapide e incompatibili con i ritardi procedurali.

D'altra parte, la competenza del giudice civile è chiara quando viene sollevata una domanda di risarcimento del danno causato nell'ambito della sanità privata, poiché, indipendentemente dal fatto che la responsabilità derivi da una relazione contrattuale o extracontrattuale, si tratta di risolvere una questione privata tra privati, la cui conoscenza è attribuita, secondo l'art. 9.2 della LOPJ, alla giurisdizione civile. Tuttavia, poiché il servizio sanitario pubblico è in libera concorrenza con l'iniziativa privata, è possibile che sia l'Amministrazione Sanitaria Pubblica che i privati (medici privati, centri privati o ospedali...) siano stati coinvolti nella produzione del danno, aprendo varie opzioni possibili, inclusa la possibilità di portare la questione davanti alla giurisdizione amministrativa, in questo senso analizzeremo questo caso.

D'altra parte, la dottrina è da tempo ricorrente che esiste un'eccessiva giudiziizzazione dei conflitti in generale, che assume un aspetto straordinariamente rilevante quando si tratta di conflitti in materia di responsabilità medico-sanitaria, che forse sarà aggravata dalla situazione di crisi generata dal COVID-19. C'è la percezione che qualsiasi malattia sia curabile, e nel caso in cui questa cura non avvenga, perché la malattia peggiora o addirittura perché si verifica la morte, si intende che c'è una responsabilità e i pazienti e/o i loro parenti tendono a ricorrere al processo giudiziario come se fosse l'unico modo per risolvere il conflitto (v. *Supra*, Capitolo IX, 1.).

Il procedimento giudiziario non è l'unico modo, né in tutti i casi il più appropriato, per risolvere questi conflitti. Nel contesto di una «tendenza globale alla de-giudiziarizzazione dei conflitti» e di un cambiamento nella concezione dell'accesso alla giustizia, a partire dall'ultimo quarto del XX secolo, sia a livello internazionale (in particolare europeo) che nazionale (e regionale), si è consolidata una corrente di legislazione e di pensiero attorno alla promozione e allo sviluppo degli *Alternative Dispute Resolution*, che integra un'ampia varietà di figure, tra cui il classico contratto di transazione e la mediazione. Presumibilmente, contribuiranno a ridurre il sovraccarico di lavoro dei Tribunali e, in particolare, nelle questioni ricorrenti e abbondanti, come quelle rappresentate dai diversi reclami presentati contro le Amministrazioni sanitarie, ospedali, medici, infermieri, chirurghi e anestesisti.

Si tratta di due meccanismi extragiudiziali che permetteranno alle parti di risolvere il conflitto da sole attraverso l'adozione di un accordo concordato, evitando che cominci o continui un processo giudiziale attraverso concessioni reciproche nel caso della transazione (art.1809 CC), e, con l'aiuto di un terzo imparziale e neutrale (mediatore) nel caso della mediazione.

Il contratto di transazione e la mediazione si presentano così, a priori, come meccanismi adeguati alla risoluzione dei conflitti che sorgono nel settore sanitario senza la necessità di ricorrere alle vie legali, seppur non privo di difficoltà.

3. La necessità di un chiaro sistema di riparto delle competenze per dotare di sicurezza giuridica il sistema e garantire la tutela giuridica effettiva.

La sicurezza giuridica come principio generale del Diritto costituzionalizzato nell'art. 9.3 "*deve ispirare la legislazione positiva e l'interpretazione delle norme*". Il principio della sicurezza giuridica possiede un aspetto oggettivo (certezza e chiarezza delle norme) e un aspetto soggettivo (prevedibilità dei loro effetti), sia nella loro elaborazione che nell'applicazione delle stesse. Le norme devono essere chiare, veritiere, non dubbie o confuse in modo tale che sia gli operatori legali (soprattutto i giudici) sia i cittadini sappiano o possano sapere in anticipo a cosa attenersi, possano sapere con certezza che cos'è il Diritto e possano prevedere le conseguenze che ne derivano dalla sua applicazione. Questa dimensione del principio di sicurezza giuridica è uno strumento importante del diritto per una tutela giudiziaria effettiva.

Questo principio potrebbe essere compromesso se le norme per il riparto delle competenze tra le diverse giurisdizioni risultassero oscure o presentassero carenze che renderebbero difficile sapere quale sia l'ordinamento giurisdizionale competente per venire a conoscenza di una determinata domanda. Le questioni giurisdizionali necessitano sempre di sicurezza giuridica, come hanno affermato più volte i Tribunali (per tutti, STC (Plenaria), n° 121/2011, del 7 luglio [RTC 2011 \ 121]; SSTS (Sala de lo Social), 29 aprile 2002 [RJ 2002 \ 5681] e 30 aprile 2002 [RJ 2002 \ 6159] o (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 23 settembre 2002 [RJ 2002 \ 9234].

La mancanza di chiarezza legislativa che consenta una nitida delimitazione delle competenze dei diverse giurisdizioni e le interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali contraddittorie hanno causato e, in alcuni casi continuano a causare che le tre giurisdizioni (civile, sociale e amministrativo [anche il penale che però viene escluso da tale problematica data la sua natura preferenziale]) si dichiarano competenti rispetto alla conoscenza delle richieste di risarcimento per danni arrecati da o nel contesto della sanità pubblica. Sebbene tale situazione sia tipica di tutte le richieste risarcitorie per danni patrimoniali delle Pubbliche Amministrazioni, la situazione si rende particolarmente grave nell'ambito della responsabilità dell'assistenza sanitaria pubblica.

In tal senso, non solo si sono prospettati contenziosi di competenza tra le giurisdizioni civili, sociali e contenzioso-amministrative, ma ciascuno di essi, interpretando in senso ampio la propria giurisdizione, si sono dichiarati competenti, risolvendo indistintamente richieste identiche, potendo trattarsi talora, piuttosto, di concorrenza delle giurisdizioni e dell'esistenza di uno statuto elettivo o «à la carte». La limitata efficacia delle ordinanze emesse dalla Sala de Conflictos di Competenza del Tribunal Superior non aiuta a risolvere questa situazione.

Il fatto che degli stessi avvenimenti possano essere riconosciuti da giurisdizioni diverse, che perseguiranno secondo leggi procedurali diverse, comporta rischi significativi in quanto può significare che vari il regime giuridico applicabile; la diversa interpretazione della dottrina del danno sproporzionato, della perdita di opportunità o del mancato consenso informato; quanto attiene al termine della prescrizione (1 anno nel civile (art. 1968.2 del CC) e amministrativo (art. 67.1 della LPAC); 5 anni nel sociale (art. 53 del TRLGSS) o la diversa valutazione del quantum compensativo del *praetium doloris*...

La risoluzione di questioni sostanzialmente uguali da parte di Giudici e Tribunali di tre giurisdizioni che applicano criteri interpretativi differenti comporta un enorme rischio di contraddittorietà giurisprudenziale e di esiti pratici differenti, introducendo così una grande incertezza giuridica in quanto la soluzione può variare a seconda dell'ordinamento giurisdizionale competente, con l'eventuale compromissione del principio di uguaglianza e la diminuzione dell'effettiva tutela risarcitoria del soggetto leso.

Continua a generarsi una situazione di straordinaria incertezza poiché il cittadino denunciante corre il rischio che venga dichiarata l'incompetenza di giurisdizione, subendo un deplorabile pellegrinaggio giurisdizionale con l'inevitabile conseguenza del ritardo processuale e la compromissione del principio di economia processuale. Tutta questa situazione, come evidenziato dalla dottrina, era ed è incompatibile con il principio costituzionale di sicurezza giuridica e con il diritto fondamentale ad una tutela giudiziaria effettiva sancito dall'art. 24 CE.

Come indica la dottrina, la responsabilità patrimoniale per i danni generati dall'esercizio di un servizio pubblico è una garanzia per il cittadino, un plus di tutela. Per questo, arriva a dire GAMERO CASADO¹³²⁷, si esige che il sistema di riparto giurisdizionale sia chiaro, armonico e coerente *«perché nella misura in cui il contendente è disorientato, impedendogli di predeterminare dove debba recarsi per esigere una riparazione che il diritto gli garantisce, quella che doveva essere una garanzia finirebbe per diventare un ostacolo e un danno per il soggetto. In definitiva, un'oscura e intricata distribuzione giurisdizionale comporterebbe una perversione della funzione di garanzia svolta dal regime di responsabilità amministrativa sostanziale, il cui scopo è sempre quello di migliorare, e mai ostacolare, la tutela giuridica delle persone fisiche»*. Proprio nell'interpretazione della normativa vigente e nella formulazione delle proposte, l'obiettivo principale deve essere quello di tutelare la persona che ha subito il danno e di facilitarle il più rapido ottenimento del risarcimento.

4. Unità giurisdizionale: tendenza all'unificazione nell'ordinamento amministrativo.

Di fronte alla situazione di grave confusione, con l'intento di porre fine al pellegrinaggio giurisdizionale, i ritardi nell'ottenimento della tutela giudiziaria e la

¹³²⁷ GAMERO CASADO, E.; *Responsabilidad administrativa...*, op. cit., pp. 21 e 215

disparità di criteri giurisprudenziali dalla dottrina, si è iniziato a difendere il ricongiungimento delle richieste risarcitorie per danni patrimoniali della Pubblica Amministrazione, in generale, e in campo sanitario, in particolare, dinanzi allo stesso ordinamento giurisdizionale, seppur fossero dissenzienti su quale dovesse essere: mentre alcuni difendevano l'unità giurisdizionale nell'ordinamento civile; per altri doveva essere la giurisdizione sociale e altri ancora, la maggioranza, ritenevano che dovesse essere la giurisdizione contenzioso-amministrativa.

Questa è stata esattamente la tendenza legislativa costante. Il legislatore, il cui ruolo è fondamentale per delineare chiaramente le giurisdizioni e fornire chiarezza, armonia e coerenza al sistema di riparto delle giurisdizioni, ha attuato numerose riforme legislative alla ricerca del principio di unità giurisdizionale, detto anche teoria della giurisdizione unica, con l'intento di concentrare la conoscenza di tutte le controversie sorte in materia di responsabilità patrimoniale della P. A., anche in materia sanitaria, in un unico ordinamento giurisdizionale, quello amministrativo (a prescindere dall'ordinamento penale). Anche delimitando alla casistica le ipotesi incluse; legittimando passivamente soggetti che in linea di principio non dovrebbero essere querelati dinanzi a tale giurisdizione, come accade con i soggetti che assistono alla produzione del danno o alle compagnie assicuratrici quando sono querelate insieme alla P.A.; ed escludendo espressamente la competenza di ordine civile e sociale (art. 9.4 LOPJ e art. 2.e) LJCA).

5. I vantaggi dello studio.

Allo stato attuale, la determinazione dell'ordinamento giurisdizionale competente per rivendicare la responsabilità dei danni causati da o nel contesto dell'assistenza sanitaria pubblica diventa talvolta un percorso tortuoso, considerando che le norme di competenza in alcune questioni sono ancora contorte e poco chiarificatrici. Nonostante i tentativi del legislatore di tutelare la competenza dell'ordinamento amministrativo per il procedimento giudiziario delle richieste risarcitorie per danni patrimoniali della P. A., si può affermare che la piena unità giurisdizionale non sia stata raggiunta. Da un lato, sono state riscontrate lacune normative per eludere la competenza della giurisdizione amministrativa, come quando si esercita un'azione diretta contro l'assicurazione nell'ordinamento civile (art. 76 LCS) o si esige la responsabilità penale o civile derivata da reato di ordine penale o civile, se si fosse preteso l'esercizio dell'azione legale.

D'altra parte, perché negli ultimi anni sono state apportate modifiche normative che interessano il nostro oggetto di studio e che generano nuovi dubbi su questioni relativamente pacifiche che un tempo causarono gravi disfunzioni rispetto al riparto delle giurisdizioni e a quelle che si temono, si ritorni, ragion per cui richiedono un chiarimento e un pronunciamento. Ci riferiamo principalmente alla LRJSP e alla LPAC che hanno abrogato la disposizione aggiuntiva 12^a della LRJPAC e la disposizione aggiuntiva 1^a del RPRP, che stabilivano chiaramente la competenza dell'ordinamento amministrativo previo inoltro del procedimento amministrativo, per conoscere i danni causati da o nel contesto dell'assistenza sanitaria pubblica indipendentemente dalla forma di gestione, inclusi tutti gli enti, i servizi e le agenzie del Sistema Sanitario Nazionale, compresi coloro che prestavano servizio indirettamente, come i centri sanitari convenzionati. Il fatto che non sia stato introdotto un provvedimento dello stesso tenore sta facendo rinascere nuovi problemi nella delimitazione dell'ordinamento giurisdizionale competente (con il rischio di pellegrinaggio giurisdizionale, conflitti di giurisdizione...).

Tuttavia, la LRJPAC continuerà a governare per tutte quelle procedure avviate prima dell'entrata in vigore della LPAC, il 1° ottobre 2016. Per questo motivo, la giurisprudenza ad oggi è scarsa, sebbene inizino a manifestarsi conflitti di giurisdizione.

Pertanto, l'inclusione nell'ambito soggettivo della LPAC e della LRJSP degli enti di diritto privato vincolati o dipendenti da Pubbliche Amministrazioni (società e fondazioni), che saranno soggetti a queste norme in quanto fanno riferimento specificatamente ad esse e, in ogni caso, quando esercitano poteri amministrativi (art. 2.2.b) della LPAC e 2.2.b) della LRJSP), unitamente alla nuova seppur confusa disposizione dell'art. 35 della LRJSP, sollevano dubbi sull'assoggettamento di tali enti al regime sostanziale e procedurale della responsabilità patrimoniale e, di conseguenza, alla giurisdizione dell'ordinamento amministrativo. Cosa si intende per poteri amministrativi?; Si deve seguire la procedura amministrativa preliminare?; Dinanzi alla P. A. originale o si può ricorrere direttamente nei confronti dell'ente privato?; Quale interpretazione si dovrebbe dare all'art. 35 della LRJSP, che in linea di principio è applicabile solo quando la P. A. agisce in rapporti di diritto privato?; si può intentare l'azione legale direttamente contro l'ente di diritto privato nell'ordinamento amministrativo nonostante il fatto che questo tipo di enti non sia incluso nell'ambito di applicazione della LJCA?

D'altra parte, né la LPAC né la LRJSP hanno colto l'occasione per risolvere una delle questioni che ha sollevato più controverse, ovvero quella della responsabilità quando intervengono gli appaltatori. Si sono limitati a richiedere che nel caso in cui il danno sia imputabile alla P.A., si segua la procedura prevista nella LPAC e il diritto all'udienza per l'appaltatore (32.9 LRJSP e art. 82.5 LPAC). Da parte sua, l'art. 196 della LCSP, neppure ha chiarito la questione, mantenendo praticamente la stessa formulazione e lo stesso panorama di confusione dei suoi predecessori. Si tratta di una delle questioni più spinose dal punto di vista legislativo, dottrinale e giurisprudenziale. Dopo l'abrogazione della disposizione aggiuntiva 12^a della LRJPAC, c'è il rischio che tutti questi dubbi vengano trasferiti all'ambito della responsabilità sanitaria. A chi sarebbe imputabile il danno? È ammesso il reclamo immediato in sede civile nei confronti dell'appaltatore o concessionario del servizio sanitario pubblico, come avviene con i centri convenzionati con la mutua riservata ai funzionari pubblici? Si dovrebbe applicare il regime di responsabilità civile o patrimoniale?

Parimenti, l'abrogazione della citata disposizione aggiuntiva 12^a unitamente al nuovo regime dei reclami aventi ad oggetto prestazioni previdenziali, anche di natura risarcitoria (art. 99 del TRLGSS), hanno determinato che sia stata giustificata la competenza dell'ordinamento sociale per venire a conoscenza delle richieste di risarcimento per l'assistenza sanitaria fornita da una Mutua collaboratrice con la Previdenza Sociale in caso di infortunio sul lavoro o malattia professionale, insorgendo nuovi conflitti di competenza con la giurisdizione contenzioso-amministrativa. E anche per l'ordinamento civile, in quanto si tratta di soggetti privati che non rientrano nell'ambito di applicazione della LPAC e della LRJSP.

Neppure è stata chiarita un'altra delle questioni che ha generato un gran dibattito tra dottrina e giurisprudenza, l'ammissibilità di esercitare l'azione diretta dell'art. 76 della LCS nei confronti della compagnia assicuratrice nell'ordinamento civile. Si tratta di una delle principali vie di fuga dalla giurisdizione esclusiva ed esclusivista dell'ordinamento amministrativo da cui deriva un enorme problema che evidenzia le difficoltà di adeguare la normativa propria delle assicurazioni alle norme della responsabilità patrimoniale quando l'assicurato è un'amministrazione. Nonostante la sua intenzione, l'art. 35 della LRJSP non ha chiarito definitivamente la questione, considerando che pare riferirsi solo al regime sostanziale che esso disciplina. Si discute se stabilisce un litisconsorzio passivo necessario, dovendo esporre un reclamo contro la compagnia

assicuratrice insieme alla P.A. davanti ai tribunali amministrativi (art. 9.4 della LOPJ e 2.e) della LJCA) o, al contrario, continua ad essere ammessa la possibilità di esercitare autonomamente l'azione diretta contro la compagnia assicuratrice nell'ordinamento civile o, sarebbe una novità, davanti all'ordine amministrativo.

Infine, la richiesta risarcitoria di responsabilità penale e civile derivante da reato potrà essere avanzata sia in sede penale che civile, nel caso in cui la parte lesa ne pretenda l'azione legale (art. 37 della LRJSP). Tuttavia, la risposta non è chiara rispetto al fatto che la responsabilità civile sussidiaria venga richiesta nei confronti della P.A. o dell'ente pubblico.

D'altra parte, la mediazione e il contratto di transazione non sono due nuove figure, ciononostante negli ultimi tempi hanno acquisito grande rilevanza e interesse. Il gran numero di cause relative a reclami medico-sanitari, a cui si aggiunge la possibile marea di richieste di risarcimento a fronte della situazione generata dal COVID-19, è qualcosa che preoccupa sia le Amministrazioni sanitarie, che gli avvocati, i professionisti della salute, le cliniche, le assicurazioni, nonché i potenziali pazienti e/o parenti, data la rilevanza che ha dal punto di vista economico e psicologico.

Si tratta di una questione di una complessità enorme derivata proprio dal complesso regime di responsabilità per le cure mediche, dalla complessità dello stesso sistema sanitario spagnolo e dalla complessa rete soggettiva di relazioni che si possono creare.

La maggior parte degli studi realizzati sinora ha un ambito materiale ristretto poiché si sono concentrati nel campo della responsabilità civile nella sanità privata o con la compagnia assicurativa della P.A. Riteniamo, però, che sia necessario analizzare i casi - che sono la maggioranza - in cui una P.A. o la sanità pubblica interviene, o è presente.

La diversità delle forme adottate per la gestione del servizio sanitario pubblico influenza le possibilità di azione della mediazione e del contratto di transazione in materia. Per citare alcuni esempi, i limiti alla disponibilità sono più evidenti e più ampi nel campo della normativa amministrativa. Siamo in un ambito, quello del pubblico, in cui la P.A. deve servire obiettivamente l'interesse generale ed è soggetta al principio di legalità, perciò si precisi in quali casi procede, fino a che punto e se debbano essere rispettati rigidi requisiti che sono in teoria ignoti o non applicabili all'ambito puro del Diritto privato; in cui sarà più difficile precisare l'organo competente per concludere l'accordo e in cui resterà dubbioso che cosa si possa definire un contratto di transazione

in senso stretto, almeno nel procedimento amministrativo in cui si fa riferimento alla risoluzione convenzionale. L'ammissione di un'azione diretta contro la compagnia di assicurazione della P.A. consentirà, in linea di principio, l'adozione di un contratto di transazione o lo svolgimento di una mediazione senza dover soddisfare tali requisiti. A volte, sono le stesse commissioni miste o di monitoraggio che autorizzano gli assicuratori a negoziare con l'individuo.

6. Sistemática.

Dato che ci focalizzeremo sul sistema sanitario pubblico spagnolo e sul fatto che le difficoltà della sua realizzazione provengano, tra le altre cose, dal modo in cui è organizzato, analizzeremo in prima istanza, il Sistema Sanitario Nazionale come sistema pubblico così come l'organizzazione dei Servizi sanitari e le varie forme di gestione dell'assistenza sanitaria (capitolo II).

Successivamente, partendo dall'evoluzione normativa, giurisprudenziale e dottrinale con l'obiettivo di comprendere le regole generali di ripartizione giurisdizionale attuali (capitolo III), tratteremo nei seguenti capitoli la giurisdizione competente secondo le modalità di organizzazione e di gestione del servizio pubblico sanitario spagnolo, tenendo in considerazione la confusione regnante in materia.

Nello specifico, quando la gestione si realizza per mezzo di enti del diritto pubblico o privato vincolati o dipendenti dalla P.A. o, da un consorzio (capitolo IV); in modo indiretto (capitolo V); o da mutue assicuratrici con la previdenza sociale (capitolo VI).

In seguito, studieremo due delle principali eccezioni al principio di unità giurisdizionale: l'intervento abituale dell'assicuratore con il quale è stata stipulata un'assicurazione che copre la sua responsabilità (capitolo VII) e l'obbligo di responsabilità penale e civile derivante da reato (capitolo VIII).

Prima delle conclusioni con cui si porrà fine al lavoro, esporremo in modo descrittivo i vantaggi e le difficoltà della transazione e della mediazione come mezzo per risolvere questi conflitti (capitolo IX).

CONCLUSIONI

PRIMA.- La complessità del sistema sanitario pubblico spagnolo rende molto difficile determinare l'ordine giurisdizionale competente per riconoscere le richieste di danni causati da o in relazione all'assistenza sanitaria pubblica e determinare il regime giuridico applicabile a tali danni. L'attuazione delle varie forme di gestione del servizio pubblico, diretto o indiretto, la singolarità del regime applicabile ad enti mutualistici amministrativi o alle mutue assicuratrici, insieme alla consueta sottoscrizione di un'assicurazione di responsabilità civile/patrimoniale e alla possibile partecipazione di centri sanitari privati nel procurare danni a terzi, necessitano di una chiara risposta da parte del legislatore, che eviti di sottoporre gli interessati a un pellegrinaggio giudiziario e a complicate attività di ricerca della normativa applicabile, anzitutto in questa tipologia di conflitti che vedono coinvolti un numero molto elevato di denunce data la gravità dei danni e dei beni giuridici coinvolti quali la salute, l'integrità fisica e la morale delle persone.

SECONDA.- La P.A. sanitaria spagnola assume diverse vesti giuridiche e ricorre con maggiore o minore intensità sia a formule di gestione diretta che indiretta, a seconda dell'organizzazione delle diverse Comunità Autonome, o anche in base alle zone o alle tempistiche di ognuna di essa. Di norma il servizio è gestito direttamente da organismi privi di personalità giuridica. Ciò nonostante, sono state create entità con personalità giuridico-pubblica, generalmente soggette al Diritto pubblico o privato o a un regime speciale, ed entità con personalità giuridico-privata, ma legate o dipendenti dalla P.A., che sono generalmente soggette alle regole del Diritto privato per quanto riguarda il comportamento giuridico nel corso degli scambi. È anche frequente il ricorso a formule indirette di gestione, specialmente ai accordi in materia sanitaria e ai singoli accordi vincolanti previsti dalla LGS, che dispone di proprie normative, e che in alcune Comunità Autonome vengono escluse dal campo di applicazione della LCSP, in quanto regolamentate come strumenti non contrattuali (azione concordata). Queste ultime formule stipulano, a seconda che si assuma o no il rischio operativo, contratti per il servizio al cittadino e per la prestazione di servizi, risalenti all'ormai scomparso LCSP la cui normativa continua a regolamentare i contratti precedentemente assegnati all'entrata in vigore della suddetta legge che rappresentano ancora la maggioranza e

che, di conseguenza, creano problemi per la determinazione della corretta normativa da applicare.

Inoltre, per poter contemplare un quadro eterogeneo, abbiamo a disposizione il particolare regime degli enti mutualistici assicurativi che normalmente forniscono l'assistenza sanitaria attraverso accordi di collaborazione con la caratteristica di prestazione di servizi, con enti pubblici o privati di tali società in cui si mischiano elementi pubblici e privati, in modo altrettanto delicato¹³²⁸.

TERZA.-Tutto questo mare magnum organizzativo, che si riflette sul modo di gestione e ricezione da parte dei privati di questo servizio pubblico, e che non è esclusivo dell'ambito sanitario, anche se in esso si manifestano sicuramente aspetti estremi di natura emblematica di confusione e novità, rientra nel fenomeno generale noto come "fuga dal diritto amministrativo". Per ragioni che si invocano di ricerca di una maggiore efficacia nella realizzazione del servizio, vi è la conseguenza di moltiplicare i regimi giuridici da adottare, essendo molto difficile sapere esattamente quale sia il migliore da applicare in ciascuna circostanza. Tutto ciò implica un grande rischio per la sicurezza giuridica e rende considerevolmente difficile l'esercizio dei privati dei loro diritti e, di conseguenza, della tutela degli stessi. Il rinvio a quanto previsto dalle sue norme di creazione, la molteplicità degli enti a regime speciale o proprio, l'assoggettamento al diritto privato, ad eccezione delle norme del Diritto amministrativo che risultano loro applicabili senza chiarire quali siano, rendono, tra le altre cose, complicato questo lavoro.

Allo stesso modo, si corre il rischio di eludere le garanzie classiche previste nel Diritto pubblico, ad esempio, in materia di responsabilità, o di sfuggire alla normativa pubblica riguardo gli appalti o di allentare i controlli di bilancio, contabili e di regime economico. Tutto questo ha portato in più occasioni ad uno sperpero dei fondi pubblici o a casi di corruzione (nepotismo, traffico di influenze illecite, prevaricazione da parte di persone o gruppi di imprese private, data la loro vicinanza a determinati settori di competenza dei poteri pubblici).

Ciò nonostante, negli ultimi tempi si osserva un certo «ritorno al Diritto Amministrativo» da parte del legislatore, a volte imposto anche a livello europeo, estendendo alle entità del settore pubblico che hanno, da un punto di vista strettamente

¹³²⁸ Vd. Capitolo II.

formale, una natura privata le norme del Diritto amministrativo e contemplando in alcuni casi la possibilità di impugnare in via amministrativa le decisioni prese da tali soggetti, permettendo in seguito la conoscenza giurisdizionale per l'ordine amministrativo. Difatti, si tratta in gran parte di manifestazioni di quest'ultimo che si commenta la regolamentazione nella normativa pubblica di aggiudicazione degli atti separabili dai contratti privati del settore pubblico stipulati da personalità formalmente private e il loro regime di impugnazione, l'asservimento alla legislazione sulla trasparenza e l'accesso all'informazione pubblica o alle disposizioni della LRJSP e della LPAC nell'esercizio dei poteri amministrativi, in particolare ai principi dell'art. 3 della LRJSP, che caratterizzano il funzionamento della P.A.

QUARTA.- Indipendentemente dal fatto che il servizio sanitario sia fornito direttamente o indirettamente, si applica il regime giuridico-pubblico di responsabilità derivante dall'articolo 106.2 della Costituzione Spagnola (C.E.) che parte da una nozione oggettiva di servizio pubblico, evidenziando che i danni sono una conseguenza del funzionamento di quest'ultimo a prescindere dalla tipologia degli enti incaricati, in ogni caso concreto, della gestione. In caso contrario, la P.A. avvalendosi del proprio potere di autorganizzazione, potrebbe essere in grado di eludere questa garanzia costituzionale, producendo conseguenze discriminatorie inammissibili, tenendo in considerazione inoltre che, nella maggior parte dei casi, il modo in cui viene erogato il servizio viene imposto al paziente, il quale a volte ne è persino inconsapevole. È necessario tenere sempre in considerazione questo aspetto sebbene, nel settore sanitario, la scelta del regime di responsabilità del Diritto pubblico o privato non abbia, in linea di principio, conseguenze drammatiche, vista la sostanziale prossimità che in ultima istanza si verifica tra i due regimi. La P.A. di solito risponde quando il danno è una conseguenza del funzionamento anomalo del servizio ed è molto chiara la tendenza all'oggettivazione dei criteri dell'imputazione di qualsiasi modalità di responsabilità, sia applicando nozioni di rischi ordinari, sia inasprendo la nozione di colpa esigibile o riducendo a sufficienza la nozione di prova esonerante¹³²⁹.

QUINTA.- L'analisi di una evoluzione legislativa di questo notevolmente complesso settore normativo rivela l'intenzione del legislatore di focalizzare la conoscenza di tali controversie sulla responsabilità patrimoniale della P.A., anche sanitaria, nel sistema amministrativo, escludendo nel limite del possibile il tribunale

¹³²⁹ Vd. Capitolo IV e V.

civile e il tribunale degli affari sociali (a parte la competenza del Diritto penale, che ha un proprio percorso da seguire nel sentenziare reati molto gravi, fattispecie estranee a questo studio) (art. 9.4 del LOPJ e art. 2.e) della LJCA).

Tuttavia, nonostante questi tentativi normativi, il principio della piena unità giurisdizionale ancora non è stato raggiunto: restano moltissime situazioni conflittuali (responsabilità di organismi privati, concessionari e contraenti, mutue, assicurazioni, responsabilità civile derivata da reato...) che fanno emergere molti dubbi rispetto all'ordinamento giurisdizionale in cui deve essere formulata la domanda del risarcimento dei danni, a seguito di quali passi o azioni attuare e a quale normativa fare riferimento.

A tutto questo contribuisce, nell'ambito della responsabilità sanitaria pubblica l'abrogazione della dodicesima disposizione addizionale della LRJPAC, che ha voluto mettere la parola fine alla confusione che regnava fino a quel momento in materia, senza che sia stata introdotta una disposizione dello stesso tenore nella LRJSP e nella LPAC. È chiaro il rischio che si crei in breve termine un clima di enorme incertezza giuridica, già noto in altri tempi, con gravissimi danni potenziali ai diritti dei cittadini¹³³⁰.

SESTA.- Si ritiene necessario che si realizzi una riforma normativa dalla quale si evinca chiaramente che i reclami per i danni causati dal funzionamento di un servizio pubblico, come sempre accade per l'assistenza sanitaria nel contesto del Sistema Sanitario Nazionale, anche nel caso in cui si tratti di un ambito di gestione indiretta o il pagamento del risarcimento sia coperto da una polizza assicurativa, debbano seguire il procedimento amministrativo, facendo in modo che la loro revisione giurisdizionale rientri nell'ordine amministrativo, fatta salva la responsabilità penale e civile derivata da reato. Tutto ciò deve essere accompagnato da un'unificazione della normativa in merito che deve essere applicata in tutti questi casi.

In tale modo si raggiungerebbe una unificazione su tre livelli: sostantivo, procedurale e giurisdizionale che permetta ai cittadini di essere dotati delle stesse garanzie. Si organizzerebbe un sistema di ripartizione giurisdizionale chiaro, nel quale non si disorienta l'indagato circa l'ordine giurisdizionale competente al quale presentare la richiesta di indennizzo né circa il soggetto a cui reclamare il danno né circa l'ambito

¹³³⁰ Vd. Capitolo I y III.

giuridico applicabile, dotando il sistema di sicurezza giuridica e preservando il diritto a una efficace tutela giuridica, valori che devono prevalere sulla distribuzione formale della competenza tra i diversi ordinamenti giurisdizionali¹³³¹.

SETTIMA.- Tra i motivi che esortano ad attribuire la competenza alla giurisdizione amministrativa (Es: contencioso-amministrativa) si distingue il fatto che sia esperta in materia di responsabilità amministrativa. L'ambito di responsabilità patrimoniale sanitaria richiede dei criteri comuni relativamente, per esempio, al criterio della *lex artis*, la dottrina del danno sproporzionato, il consenso informato, quanto riguarda il periodo di prescrizione, la valutazione del *quatum* di indennizzo, l'applicazione degli interessi di mora... che si raggiungerà più facilmente se si sottopongono tutte le questioni all'attenzione dello stesso ordinamento giurisdizionale. In tal modo, la responsabilità patrimoniale in questo ambito cruciale della vita adempirebbe il suo ruolo di garantire la indennità patrimoniale della persona lesa ma svolgerebbe seriamente anche la funzione di servire come vero parametro di controllo dell'attività amministrativa, contribuendo a fissare degli standard ragionevoli e uniformi che bisogna pretendere dal funzionamento del servizio sanitario pubblico.

Inoltre, permetterebbe di risolvere tutte le questioni che si sollevano in connessione con determinati fatti nello stesso processo, senza necessità di dividere la continenza di cause né di dover moltiplicare distinti reclami dinanzi differenti giurisdizioni, il che rientra nel beneficio della tutela della parte lesa poiché evita il pellegrinaggio giurisdizionale e il rischio di sentenze contraddittorie che ostacolano ancora di più il quadro globale delle soluzioni del sistema di responsabilità patrimoniale della P. A.

A nostro giudizio, i benefici che offre questa soluzione non trovano sufficiente opposizione nei possibili inconvenienti che si possono formulare, come il fatto che nella giurisdizione amministrativa, anche se piena, il suo carattere prevalentemente revisore limita le pretese che si possono dedurre in con processo giudiziario a quelle impugnate precedentemente con procedimento amministrativo, con il rischio di diniego per sviamento processuale. Si deve sottolineare che nel presente ambito la richiesta principale per cui si sollecita il procedimento amministrativo si trova a coincidere sostanzialmente con quella che in seguito si presenta nel processo giudiziario: richiesta di risarcimento dei danni come conseguenza dell'assistenza sanitaria ricevuta,

¹³³¹ Vd. Capitolo I.

sostenendo la giurisprudenza più recente che è possibile modificare il valore di indennizzo con procedimento giudiziario, purché risponda agli stessi fatti e motivo della azione. Inoltre, si possono fare valere motivazioni distinte a quelle asserite precedentemente dinanzi la P.A., sempre nei limiti del sviamento processuale, che inizia a ricevere interpretazioni più spiritualiste anche nell'ordine amministrativo.

Dall'altro lato, anche se si è soliti affermare che i magistrati dell'ambito amministrativo abbiano, in generale, una profonda preferenza a difendere la P. A., deve potersi dividere del presupposto che tutti i giudici, anche quelli dell'ambito amministrativo, dispensino giustizia con imparzialità, per cui tale argomento, che rimane un pregiudizio, non sembra avere sufficiente forza giuridica per evitare una unificazione giurisdizionale, che è prevalentemente ciò che si desidera per il giudicato, e che si conosce di potersi raggiungere nella migliore modalità in tale ordinamento giurisdizionale. Soprattutto in una materia come la responsabilità medico-sanitaria in cui la decisione giurisdizionale sarà in larga misura condizionata dalle perizie e dalla storia clinica data la mancanza del giudice di conoscenza tecnica. Forse quello che ulteriormente si può applicare è l'introduzione di alcune riforme processuali concrete che accelerino il tempo medio dei processi amministrativi, oggi con durata media superiore alla media di risoluzione dei processi civili, e un consolidamento nella mentalità dei magistrati del contenzioso del loro ruolo fondamentale per reprimere qualsiasi comportamento o omissione antiggiuridica della P. A. e garantire i diritti dei cittadini.

OTTAVA.- La casistica straordinaria che si può descrivere nell'area generica della prestazione del servizio sanitario pubblico, già evidenziata, obbliga in questo momento a giustificare in ogni caso la competenza dell'ordine amministrativo, tenendo in conto che, per delimitare la competenza di tale ordine giurisdizionale, si inizia da un carattere generale di un criterio soggettivo, che lo fa dipendere dal fatto che il soggetto possiede la condizione di P. A. con indipendenza dall'aver agito in relazione con Diritto privato o pubblico.

Nella nostra proposta, si inizia da un criterio oggettivo-materiale in cui il determinante sia la funzione pubblica che si ha ricoperto in ciascun caso concreto: prestazione del servizio sanitario pubblico, con indipendenza dalla natura formalmente pubblica o privata del soggetto che la sviluppa nel presente caso, il quale in molte occasioni rimane casuale, attribuibile a mere convenienze auto organizzative interne alla

P. A. e completamente ignorato dal cittadino che ha sofferto danni durante la assistenza sanitaria. Si intende che tale attribuzione giurisdizionale che si propugna è coerente con l'assoggettamento al regime giuridico-pubblico della responsabilità che impone la Costituzione. D'altro canto, si legittimano passivamente i soggetti che, in principio, data la natura privata, dovrebbero essere demandati nell'ordinamento civile, così come accade attualmente con le assicurazioni o i centri o il personale sanitario privato che abbiano partecipato alla produzione del danno sanitario, il quale è uno degli esempi paradigmatici in cui problemi pratici maggiori si creano per gli individui interessati.

NONA.- I reclami relativi alla responsabilità patrimoniale quando si è prestato servizio sanitario da parte di organismi ed entità con personalità giuridico-pubblica (organismi autonomi, enti o entità di diritto pubblico, agenzie imprenditoriali pubbliche, consorzi o fondazioni sanitarie pubbliche), si mostreranno nell'ordine amministrativo previo espletamento del conseguente procedimento amministrativo, indipendentemente dal fatto che siano soggetti con carattere generale al Diritto pubblico, al Diritto privato o che siano dotati di un regime speciale. Ciò si determina in quanto tale dalla P. A. giacché si tratta di entità di diritto pubblico vincolate o dipendenti dalla P. A. sanitaria che le crea, delimita i loro obiettivi, nomina i loro direttori...(art.2.2. a) della LPAC e la LRJSP e art. 1.2.d) della LJCA).

Ciò riguarda anche i consorzi, perché affiliazione obbligatoria alla P. A. sanitaria responsabile della gestione del servizio rinforza il loro carattere meramente strumentale. Riteniamo che, nonostante in altri ambiti ci esistano situazioni molto controverse (è il caso, per esempio, dei gesti e dei comportamenti di RENFE), nella sanità sia confermato dalle norme di creazione e dagli statuti di tali enti, che si rifanno tutti al regime di responsabilità patrimoniale derivato dalla LRJSP e dalla LPAC. A ciò si aggiunge che in alcuni casi la competenza per risolvere il procedimento ricade sulla Amministrazione principale, normalmente il Ministero della salute della Comunità Autonoma, davanti al quale si presenterà ricorso nell'ordine amministrativo (art. 9.4 della LOPJ e art. 1.1 della LJCA) e, insieme ad esso, normalmente anche davanti all'ente strumentale (articoli 21.1.a) e b) della LJCA), in un sistema di codomanda congiunta¹³³².

¹³³² Vd. Capitolo IV, paragrafo 2.

DECIMA.- Le società di capitale esclusivamente e maggiormente pubblico e le fondazioni del settore sanitario pubblico dipendenti dalla P. A. sono anch'esse sottomesse al regime di responsabilità previsto nella LRJSP e nella LPAV, corrispondendo chiaramente la competenza per le situazioni dannose che provochino durante la loro attività nell'ambito sanitario all'ordine amministrativo. L'abrogazione della disposizione addizionale 12° della LRJPAC non dà luogo ad alcun dubbio in ciò, senza che si renda necessario ricorrere a criteri giurisprudenziali tali come la dottrina del superamento della personalità giuridica, la relazione di strumentalità o la titolarità pubblica del servizio per giungere a tale conclusione.

Dalla legislazione positiva risulta oggi la sua inclusione nell'ambito di applicazione della LRJSP e della LPAC in quanto si tratta di entità di diritto privato vincolate o dipendenti dalla P. A.: sono create dalla P. A. sanitaria che fornisce loro il patrimonio; la P. A. detiene la direzione e il controllo effettivo dell'attività della entità, dato che nomina i membri dei suoi organi di direzione; è usuale la condizione di mezzo proprio della P.A.... Anche in quelle in cui la partecipazione della P. A. non è esclusiva, essa detiene il controllo sulla entità, quasi sempre attraverso la partecipazione maggioritaria nel suo capitale o patrimonio costitutivo, il che rivela la loro dipendenza relativamente a tale P. A. che finanzia. Nonostante non abbiano la condizione di P. A., la loro appartenenza al denominato «sector público» determina la loro soggezione alle norme della LRJSP e della LPAC in ciò che si riferisce specificatamente ad esse e, ad ogni modo, quando adempiono potestà amministrative (art. 2.2.b) della LRJSP e della LPAC).

Fornendo una ampia interpretazione del concetto di potestà amministrative come funzioni pubbliche potrebbe rientrare tale modalità di prestazione del servizio sanitario pubblico, da cui deriverebbe come conseguenza logica la soggezione al regime di responsabilità patrimoniale delle Amministrazioni pubbliche e al procedimento amministrativo. Tuttavia, si segnalano le difficoltà di tale interpretazione in quanto difficilmente si può affermare in senso stretto che la prestazione del servizio sanitario pubblico comporti necessariamente l'esercizio di potestà amministrative (imposizione unilaterale, posizione di supremazia...), a cui si aggiunge che alcune norme proibiscono alle fondazioni private del settore pubblico l'esercizio di potestà pubbliche. D'altro canto si osserva un altro possibile inconveniente, che il legislatore dovrebbe correggere: dovendo corrispondere agli organi della giurisdizione amministrativa la competenza per

controllare gli atti delle entità di diritto privato nell'esercizio sostanziale di vere potestà amministrative, ancora non si è realizzata la modifica opportuna della LJCA per permettere una espressa inclusione e sarebbe difficile la loro corrispondenza nel presupposto di responsabilità patrimoniale della P. A., poiché questi enti non possiedono tale condizione secondo gli effetti della norma procedurale.

Nonostante ciò, si può giungere alla conclusione che sostengo dopo l'introduzione dell'art. 35 della LRJSP, che, nel tentativo di ritorno al Diritto Amministrativo e conformemente ai principi costituzionali, estende il regime di responsabilità patrimoniale derivato dagli articoli 32 e seguenti della LRJSP agli enti privati del settore pubblico attraverso cui agisce la P. A., tra i quali abbiamo già visto che si trovano le società commerciali e fondazioni sanitarie, nella misura in cui si valuti un grado di dipendenza sufficiente nei confronti della P. A. che li controlla. Sebbene sembri che la norma si riferisca ai casi in cui agiscano in materia di Diritto privato, si dovrà applicare soprattutto quando tali enti agiscano in termini sostanziali in quello che è la prestazione di un servizio pubblico come il sanitario. Ciò è l'unica questione che risulta chiara di questa disposizione estremamente confusa con cui il legislatore ha voluto dire troppe cose, equiparando casi che non hanno niente in comune. Si dovrebbe elaborare nuovamente con maggiore precisione lessicale e mantenendo il lodevole principio di contenere alcuni eccessi a cui si giunge con le tecniche della ben conosciuta "fuga del Diritto Amministrativo".

Per il resto, la questione sembra ammettere che la responsabilità in questi casi si possa richiedere alla Amministrazione principale o di tutela, in una specie di superamento della personalità giuridica, dato che la giurisprudenza lo stava accogliendo, e che permette al tempo stesso che sia l'ordine amministrativo quello che sappia del reclamo, dopo aver esaurito il procedimento amministrativo previo.

In modo alternativo, la norma riconosce la possibilità di richiedere direttamente la responsabilità all'ente di diritto privato, ma, riguardo questa possibilità teorica, senza precisare se si dovrebbe seguire una via amministrativa previa, né identificare l'ordinamento giurisdizionale competente per fare ciò. Siamo consapevoli che la soggezione agli enti strumentali di diritto privato alle regole e ai principi della responsabilità patrimoniale delle Pubbliche Amministrazioni deve avere come effetto che sia richiedibile in virtù dello stesso procedimento di quelle della LPAC, tenendo in conto inoltre che si trovano dentro l'ambito di applicazione di tale norma. Non sembra

essere volontà del legislatore attribuire la competenza per risolvere e gestire i reclami agli stessi enti privati, in quanto l'art. 92 della LPAC non contiene una simile disposizione che invece è presente per gli enti di diritto pubblico. Nonostante alcuni autori non trovino alcun impedimento a che questo fosse per quanto sarebbe un caso di esercizio di potestà amministrative, tale soluzione sarebbe ricoperta di interrogativi multipli che mancano di una risposta normativa: non si definisce quale sarebbe la natura giuridica della risoluzione, né il senso del silenzio, né se si avrebbe soggezione al regime generale dei ricorsi amministrativi, né se, posteriormente il soggetto giustiziabile dovrebbe andare alla giurisdizione ordinaria o, al contrario, formulare un ricorso nell'ordine amministrativo, il che richiederebbe una disposizione espressa nella LJCA, come avviene con i concessionari di servizi pubblici. In principio, essendo formalmente soggetti di Diritto privato, la competenza dovrebbe corrispondere all'ordinamento civile (art. 1 della LJCA). A ciò si aggiunge la proibizione che si trova in alcune norme che queste fondazioni possono esercitare potestà pubbliche.

Stimo che, davanti alla mancanza di una chiara norma che permetta di sostenere questo parere, la soluzione più adeguata sarebbe presentare un reclamo amministrativo previo all'Amministrazione principale o di tutela (normalmente il Ministero della Salute regionale o il servizio autonomo di salute), che risolverà il procedimento conforme alle norme amministrative, in seno al quale si potrà anche richiedere la responsabilità solidale dell'ente di diritto privato. In questo modo la conoscenza viene trasferita all'ordine amministrativo, eliminando il possibile ostacolo dell'ambito soggettivo della competenza di tale giurisdizione (art. 9.4 della LOPJ, articoli 1.1 e 2.e) della LJCA).

In tutta questa questione sottende l'idea che la personificazione privata non può essere alzato come cortina di ferro per, in fuga dal Diritto Amministrativo, eludere il regime pubblico di responsabilità e la competenza dell'ordine amministrativo quando il danno è conseguenza del funzionamento di un servizio pubblico che in realtà è prestato dalla P. A., sebbene per quello ci si avvalga della creazione formale di una società o fondazione. Per questo motivo anche se in senso stretto non siano Amministrazioni Pubbliche, in senso lato sono concepite come tali a questo effetto assoggettando queste alle regole materiali e processuali proprie della responsabilità patrimoniale, a prescindere dalla loro natura privata, che nella grande maggioranza dei casi è solo uno strumento meramente formale. Viene limitata in questo modo la fuga del Diritto

Amministrativo e si assicura ai pazienti un trattamento comune dinanzi al problema dei danni sofferti in occasione di ricevere attenzioni sanitarie pubbliche¹³³³.

UNDICESIMA.- L'individuazione del soggetto responsabile, il regime applicabile e l'iter processuale per esigere la responsabilità se il servizio pubblico è gestito in modo indiretto non hanno ancora ottenuto una risposta adeguata da parte dal legislatore. Quest'ultimo ha perso l'occasione data dall'elaborazione ed entrata in vigore della LPAC, della LRJSP e della LCSP. Ciò lo rende un tema di straordinaria casistica giurisprudenziale e dottrinale, fonte di grande insicurezza giuridica, al punto che, all'interno della propria giurisprudenza o della dottrina dei vari consigli consultivi, si sostengono posizioni diverse a seconda che ci si trovi davanti a concessionari o appaltatori in generale che prestino assistenza sanitaria, o che si tratti di mutue per assistenza sanitaria ai funzionari pubblici.

Davanti al danneggiato si presenta un quadro incredibilmente confuso che, a nostro avviso, richiederebbe una particolare attenzione da parte del legislatore. In tutti questi casi, con la dodicesima disposizione aggiuntiva della LRJPAC, non vi era alcun dubbio né sull'assoggettamento al regime di responsabilità giuridico-amministrativa, né sul monopolio dell'ordine amministrativo, previa attivazione del procedimento amministrativo. La legittimazione passiva della P.A. la riteneva direttamente responsabile quasi in tutti i casi e la vincolava al pagamento del risarcimento, senza pregiudizio per la successiva azione di regresso nei confronti del concessionario o appaltatore quando il danno non fosse imputabile alla P.A. Sebbene alcuni tribunali continuino ad applicare questo stesso regime come se la detta disposizione non fosse decaduta, probabilmente la sua abrogazione trasferirà i dubbi emersi riguardo ai concessionari e gli appaltatori in generale ad un ambito sensibile come quello sanitario. Questo è ciò che si comincia a intravedere in alcune pronunce giurisprudenziali.

A nostro avviso, come già sottolineato, il fatto che i concessionari e gli appaltatori forniscono un servizio pubblico come quello sanitario fa sì che gli si possa applicare il regime giuridico-pubblico di responsabilità, che non implica che sia la P.A. a dover rispondere in ogni caso, come si afferma in alcuni settori. I concessionari e gli appaltatori non sono integrati nell'organizzazione amministrativa, ma sono soggetti privati e indipendenti che mantengono la libertà di organizzare la propria impresa, di

¹³³³ Vd. Capitolo IV, paragrafo 3.

scegliere i lavoratori, le strutture, i fornitori..., il cui intervento può rompere il nesso causale e, in questo modo, esonerare la P.A. dalla responsabilità. In caso contrario, si correrebbe il rischio di trasformare la P.A. in un'assicurazione universale. Dall'art. 196 della LCSP si evince, come regola generale, che i concessionari e gli appaltatori saranno responsabili dei danni causati a terzi come conseguenza dell'esecuzione del contratto, salvo che non siano imputabili alla P.A. per: essere conseguenza di un ordine immediato e diretto della P.A. (ad esempio, quando il centro convenzionato effettua la prestazione prescritta in una precedente diagnosi errata di un centro medico pubblico); o per essere conseguenza dell'omissione o scarso esercizio dei poteri di ispezione, vigilanza e controllo da parte della P.A. sul gestore indiretto del servizio sanitario pubblico (*culpa in vigilando*), benché quest'ultimo rappresenti un presupposto marginale e discutibile, non previsto legalmente e che difficilmente può intendersi di esonero completo e radicale da ogni imputabilità all'appaltatore o concessionario. Quelli derivanti da difetti del progetto o in virtù dell'esercizio di poteri di polizia delegati non rientrano nell'ambito sanitario.

Che non si devono imputare in ogni caso i danni alla P.A., non significa che si debba escludere la sua responsabilità sempre, al punto che il danneggiato veda frustrato il diritto di ottenere un risarcimento quando esistono ragioni di giustizia materiale che motivano il fatto di attribuire alla P.A. il dovere di riparare il danno, in quanto garante dell'indennità patrimoniale del danneggiato e titolare del servizio sanitario. Dunque ci rendiamo conto che, come sta facendo la giurisprudenza, ciò si verifica quando la P.A. non risolve espressamente la richiesta o il ricorso (silenzio rigetto) o si limita a dichiarare la propria irresponsabilità senza pronunciarsi sul fatto che corrisponda al concessionario o all'appaltatore. Tutto ciò, ovviamente, senza pregiudizio per la possibilità della P.A. condannata di ripetere poi nei confronti del centro che si era occupato della gestione indiretta del servizio pubblico, qualora gli fosse riconosciuta. Tali argomentazioni suggeriscono di configurare la responsabilità sussidiaria della P.A. di fronte all'insolvenza del concessionario o dell'appaltatore, come vige nel diritto francese e in alcune norme regionali. Tuttavia, il rischio viene attenuato dal consueto obbligo di sottoscrivere un'assicurazione di responsabilità civile imposto agli enti che gestiscono il servizio sanitario in modo indiretto.

La disposizione, però, non specifica l'iter processuale idoneo per esigere la responsabilità in questi casi, limitandosi a far riferimento alla legislazione applicabile in

ogni ipotesi. A nostro avviso, dalla normativa vigente risulta un sistema di dualismo giurisdizionale che dipende dal soggetto responsabile. Se il danno è considerato imputabile alla P.A., si dovrà seguire il procedimento amministrativo con udienza nei confronti dell'appaltatore (articoli 32.9 della LRJSP e 82.5 della LPAC), la cui decisione è impugnabile nella giurisdizione amministrativa. Se l'azione è diretta esclusivamente all'appaltatore o al concessionario, la competenza corrisponderà alla giurisdizione civile, in quanto si tratta di soggetti privati e non si attiva un'azione amministrativa né viene citata la P.A. La conclusione è diversa se vengono citati entrambi ed eventualmente le compagnie di assicurazione; in tal caso, sarà competente l'autorità amministrativa (art. 9.4 LOPJ e art. 2.e) della LJCA) che si pronuncerà anche quando non vi sia responsabilità della P.A. Ciò fermo restando che, con carattere potestativo, si possa avviare la richiesta preliminare al fine di sapere a quale parte spetta la responsabilità dei danni e, di conseguenza, l'ordine giurisdizionale di fronte al quale presentare istanza. Inoltre, nulla impedisce di esercitare un'azione diretta contro l'assicurazione della P.A. (sebbene vi siano discussioni a riguardo) o dell'appaltatore nell'ordine civile.

Riteniamo che questo modello di funzionamento non sia soddisfacente, infatti, può indurre a errore in merito all'iter processuale adeguato ad avviare il reclamo, dato che il cittadino può non sapere che il servizio si sta prestando in regime indiretto o, se ne è al corrente, ignora il soggetto responsabile. La scelta di un iter errato può condurlo a un pellegrinaggio giurisdizionale, con conseguente ritardo nella riparazione del danno e turbamento del diritto alla tutela giudiziaria effettiva, così come ad errori di motivazione esatta del reclamo o istanza o al rischio di prescrizione, sebbene attualmente, vista la confusione imperante, la prescrizione si ritiene interrotta. Ciò si verifica, ad esempio, quando il ricorso amministrativo viene respinto perché il danno è imputabile a un centro convenzionato, e il danneggiato, che in questo caso avrebbe seguito un procedimento inutile, è ricondotto alla giurisdizione civile. Nemmeno la possibilità di presentare la richiesta preliminare risolve questi problemi, visti i dubbi sollevati dalla sua applicazione: non essendo vincolante, è possibile che l'amministrazione aggiudicatrice stabilisca che la responsabilità è dell'appaltatore essendo della P.A., pertanto il terzo vedrebbe respinta la sua richiesta civile, dovendo avviare un nuovo processo in via amministrativa e contenzioso-amministrativa; o che nella richiesta venga riconosciuta l'imputabilità del danno alla P.A. e nell'ordine civile si condanni a pagare un

risarcimento al concessionario o appaltatore; e, visto l'atteggiamento della P.A. (non si pronuncia o si limita a dichiarare la propria irresponsabilità), i problemi si ingigantiscono. A ciò si aggiungono le tensioni che potrebbero sorgere con il regime sostanziale applicabile, che di fatto è ampiamente collegato all'ordine giurisdizionale competente al corrente della questione.

La conseguenza sarà un altro fallimento della presunta unità giurisdizionale e del regime giuridico laddove i danni siano causati da un centro convenzionato, dal concessionario o dall'appaltatore del servizio sanitario, che ha un chiaro precedente nell'ambito del mutualismo amministrativo.

Non è ragionevole che il regime giuridico e l'iter per la richiesta di risarcimento dei danni siano diversi e che dipendano dalla modalità di gestire il servizio unilateralmente da parte della P.A., modalità che viene imposta al paziente (ad esempio in base alla zona di residenza), sul quale ricade l'obbligo di indagare chi è il soggetto responsabile per non sbagliare la strategia processuale. A nostro parere, tale regime non è pienamente conforme con la garanzia di indennità patrimoniale prevista dall'art. 106.2 della Costituzione spagnola, trovandosi di fronte a danni causati a seguito del funzionamento del servizio pubblico sanitario.

Pertanto, a mio avviso, per tutti gli appaltatori e i concessionari di servizi pubblici, anche i sanitari, la soluzione è di introdurre un regime simile a quello previsto dall'articolo 123 LEF, dall'art. 134 del RGCE e dalla *Ley de garantía de calidad de los servicios gallega*, mantenendo la competenza dell'ordine amministrativo in tutti i casi. Il danneggiato, indipendentemente dal fatto che i danni siano imputabili alla P.A. o al concessionario o all'appaltatore o ad entrambi, dovrà comunque avviare il procedimento amministrativo di responsabilità patrimoniale previsto dalla LPAC, in cui la P.A. deciderà, previa udienza all'appaltatore, sulla procedibilità del risarcimento, sull'entità e chi deve pagarlo per essere il responsabile. La decisione, che è vincolante, lascerà aperto il procedimento amministrativo sia per il danneggiato che per il concessionario o l'appaltatore in caso di disaccordo. Ma senza pregiudizio dal fatto che l'Amministrazione può procedere all'esecuzione forzata nel caso in cui il concessionario o l'appaltatore, dichiarato responsabile, non paga l'indennizzo di cui è disposto il pagamento, salvo che l'esecuzione dell'atto sia stata sospesa, cosa rara vista le difficoltà per stimare le cause della sospensione in questi casi. Qualora la P.A. violasse l'obbligo di pronunciarsi sul ricorso, è da intendersi che si assumerà la responsabilità quando

concorrano gli altri presupposti, senza pregiudizio per la successiva azione di ripetizione nei confronti del concessionario o dell'appaltatore nei casi in cui la P.A. riuscisse a dimostrare ulteriormente (ma rimasto già indenne il cittadino) l'imputabilità a tali enti.

La soluzione che propongo prevede l'eliminazione della richiesta preliminare, che risulterebbe inutile, e la possibilità di esercitare azioni civili nei confronti dell'appaltatore; ciò, pur consentendo di eludere la noiosa burocrazia ottenendo una risposta probabilmente più rapida, mantiene i gravi problemi derivanti dal possibile pellegrinaggio giurisdizionale e altri rischi processuali che abbiamo già commentato, con una grave lesione, in certi casi concreti, per i cittadini.

Sebbene nemmeno la mia proposta sia esente da inconvenienti, ci sembra la più soddisfacente poiché non rende la P.A. assicurazione universale di tutti i danni; concorderebbe con l'assoggettamento unito al regime pubblico di responsabilità; si semplificherebbe il procedimento per il danneggiato, che vedrebbe riparato il danno avviando il reclamo nei confronti della P.A. senza dover individuare il soggetto responsabile, articolando un sistema di riparto giurisdizionale facilmente comprensibile e operativo nella pratica; consentirebbe di valutare la responsabilità sussidiaria della P.A. in caso di insolvenza; permetterebbe di risolvere in una stessa giurisdizione e procedimento ogni questione relativa ai soggetti coinvolti -rispetto alle regole di cumulo e di chiamata in causa di più soggetti che siano pertinenti-: P.A., appaltatori ed, eventualmente, assicurazioni, e danneggiati, eliminando il rischio di decisioni giudiziarie contraddittorie e applicando i medesimi standard di funzionamento del servizio pubblico, che gioca a favore del principio di uguaglianza e sicurezza giuridica; e, infine, ogni cittadino danneggiato avrebbe le stesse garanzie in tutti questi casi¹³³⁴.

Il rischio di deviazione processuale, che insorgerebbe se nel procedimento amministrativo si reclamasse unicamente la P.A. e in quello processo amministrativo si presentasse la richiesta anche nei confronti del concessionario o dell'appaltatore verrebbe evitato, perché nella nostra proposta è la stessa legislazione a richiedere un pronunciamento preliminare della P.A. in merito alla procedibilità della responsabilità, del soggetto e dell'entità. Pertanto, avendo deciso che la responsabilità è del concessionario o dell'appaltatore, ciò attiva direttamente il reclamo nell'ordine contenzioso nei confronti dei medesimi. L'eventuale difetto verrebbe colmato dalla

¹³³⁴ Vd. Capitolo V, paragrafi 3 y 4.

stessa P.A., e riteniamo che ciò sia giustificato chiaramente dai principi di buona fede e legittimo affidamento e dai principi della procedura amministrativa, come avviene segnatamente con il cosiddetto principio dell'impulso d'ufficio, come ribadito nella giurisprudenza attuale.

DODICESIMA.- Il regime del mutualismo amministrativo ha sempre rappresentato un'eccezione rispetto al criterio uniforme osservato per richiedere il risarcimento dei danni per l'assistenza sanitaria fornita da un appaltatore o un concessionario.

Se si è scelto di ricevere assistenza sanitaria mediante un ente sanitario pubblico o privato, riteniamo che non si debbano imputare i danni alle mutue per assistenza sanitaria ai funzionari pubblici in quanto, essendo la natura contrattuale prevista dai contraenti quella di concessione di servizi (in precedenza contratto di gestione dei servizi pubblici), è applicabile il regime già esposto che deriva dall'art. 196 della LCSP, sebbene la giurisprudenza del TS¹³³⁵ sia un'altra. La mutua per assistenza sanitaria ai funzionari pubblici garantisce assistenza sanitaria mediante l'adempimento del contratto, limitandosi alla copertura economica, ma in nessun caso presta servizio sanitario né impartisce istruzioni sulla natura, forma o portata dell'assistenza. Pertanto, difficilmente gli verrà imputato il danno come conseguenza immediata e diretta di un suo ordine o prestazione. La responsabilità ricadrà sull'assicurazione privata e, eventualmente, sui responsabili dei centri e i medici. Da tutto ciò alcuni tribunali deducono automaticamente l'applicazione del regime di responsabilità del CC a questi casi. Ciò nonostante, se il privato avesse optato per il sistema sanitario pubblico, sarebbe stato applicato il regime di responsabilità patrimoniale della P.A.

L'abolizione della dodicesima disposizione aggiuntiva della LRJPAC, che forniva un importante appoggio a favore dell'unità del foro, può arrivare a confermare la tendenza al dualismo giurisdizionale esistente in precedenza in questo ambito, in cui di solito si ammette, come nel resto delle concessioni di servizi pubblici, l'istanza civile nei confronti dell'ente assicuratore, dei centri e dei medici, poiché si tratta di soggetti privati. Ciò nonostante, nella pratica è frequente che il danneggiato cumuli nella giurisdizione amministrativa il ricorso rispetto al rigetto del reclamo da parte della mutua per assistenza sanitaria ai funzionari pubblici e la richiesta di indennizzo nei

¹³³⁵ Vd. Capitolo V, paragrafi 5.2 y 5.3.

confronti dell'ente assicuratore, del centro e/o dei medici, potendo pronunciarsi i tribunali dell'amministrativo riguardo alla responsabilità di questi ultimi, sebbene sia esclusa quella dell'ente pubblico. Ciò è consentito dagli articoli 9.4 della LOPJ e 2.e) della LJCA che garantiscono l'unità di giurisdizione quando, insieme alla P.A., vengono citati soggetti privati, evitando la rottura della continenza della causa e il pellegrinaggio giurisdizionale. Al contrario, se la domanda amministrativa non prevede alcuna richiesta di condanna nei confronti dell'ente assicuratore, del centro e/o dei medici, si dovrà richiedere il relativo processo civile per ottenere la successiva sentenza di condanna e avere accesso al procedimento di esecuzione civile corrispondente.

Tuttavia, se il beneficiario ha scelto di ricevere assistenza sanitaria mediante il sistema sanitario pubblico, la competenza spetterà in ogni caso alla giurisdizione amministrativa previa attivazione del relativo procedimento, con i dettagli già descritti nelle conclusioni di cui sopra in base al modo di gestire il servizio.

Pertanto, è necessario stabilire un criterio chiaro sulla questione, attraverso il quale gli interessati possano conoscere la natura del proprio diritto e l'iter con cui formulare la richiesta di risarcimento, dato che, nella maggior parte dei casi, prima concerne gli enti mutualistici pubblici, poi la giurisdizione amministrativa e civile, fatto che crea situazioni indesiderate non del tutto compatibili con il diritto alla tutela giudiziaria effettiva. Il regime del mutualismo amministrativo presenta delle peculiarità proprie che potrebbero condurre alla possibilità di avviare un iter procedimentale diverso da quello che abbiamo sostenuto nel resto dei casi, indirizzando i reclami per via civile (ad esempio, il beneficiario sa che il servizio gli viene prestato da un soggetto privato visto che lo sceglie volontariamente lui stesso, o che comunque la mutua per assistenza sanitaria ai funzionari pubblici non realizza nessun intervento nella prestazione sanitaria e, pertanto, difficilmente gli sarà imputato il danno). Tuttavia, tale possibilità verrebbe meno perché potrebbe indurre ad applicare un regime sostantivo di responsabilità diverso da quello applicato generalmente al funzionamento di un servizio pubblico come quello sanitario. Il regime, dunque, varierebbe se il privato scegliesse di ricevere assistenza sanitaria direttamente dalle mutue per assistenza sanitaria ai funzionari pubblici, dall'INSS (pubblico), o dall'ente convenzionato (privato), punto su cui ci troviamo in disaccordo¹³³⁶.

¹³³⁶ Vd. Capitolo V, paragrafo 5.

TREDICESIMA.- Gli accordi in materia sanitaria e le convenzioni specifiche esistenti tra impresa privata e pubblica non aventi natura contrattuale sono da considerarsi esclusi dal sistema previsto dall'art. 196 della LCSP. La maggior parte di questi ammette che il pagamento dell'indennizzo avvenga a carico dell'Amministrazione sanitaria, fatta salva la possibilità di rivalersi sull'Ospedale laddove a esso sia imputabile il danno (in alcuni casi è previsto uno sconto sulla cifra) e sancisce l'appoggio di un'assicurazione della responsabilità civile, che copra i danni eventualmente generati dall'attività sanitaria. In alcune di queste convenzioni viene espressamente ammesso che la responsabilità patrimoniale per lo svolgimento del servizio sanitario pubblico oggetto della convenzione venga considerata in conformità a quanto previsto dalla LPAC e dalla LRJSP, fermo restando che la risoluzione amministrativa è impugnabile nell'ambito della giurisdizione amministrativa¹³³⁷. Appare chiaro che, con gli stessi presupposti contemplati per i contraenti e i concessionari, è possibile configurare un sistema di responsabilità simile a quello di questi ultimi, sebbene la loro esclusione dalla normativa in merito agli appalti pubblici si basi su altri aspetti, quali le differenze in materia di processo di selezione o del carattere non concorrenziale, in cui vige la totale estraneità per il cittadino e che non rispondono esclusivamente a dei vantaggi organizzativi per la stessa P.A.

QUATTORDICESIMA.- Per quanto riguarda la responsabilità delle mutue assicuratrici che prestano regolare assistenza sanitaria in seguito a un incidente sul lavoro o per malattia professionale, la loro natura privata non esclude che ad esse si possa attribuire responsabilità in conformità al regime giuridico della responsabilità amministrativa, nell'ambito della giurisdizione amministrativa, previo espletamento delle pratiche previste dal processo amministrativo, ogniqualvolta prestino un servizio pubblico per conto del SSN.

Si ritiene che nessun cambiamento abbia comportato l'approvazione del nuovo sistema di richieste di risarcimento previsto dal TRLGSS, il quale estende la competenza della giurisdizione sociale, facendovi rientrare le richieste di indennizzo basate sulle prestazioni della previdenza sociale che sono oggetto di collaborazione. Facendo seguito a quanto espresso dalla *Sala de Conflictos del TS* (omologo della Corte di Cassazione italiana), tale disposizione si riferisce agli indennizzi che a titolo di prestazione di previdenza sociale e dotati di tale natura giuridica, che le mutue

¹³³⁷ Vd. Capitolo V, paragrafo 4.

assicuratrici devono versare ai beneficiari, laddove il pagamento sia a loro carico e non alle richieste di indennizzo sulla base della responsabilità civile che potrebbe essere fatta valere per la mancata assistenza sanitaria. Inoltre, tale attribuzione di competenze avviene in conformità a quanto previsto nella LJS, il cui art. 3.g) esclude dalla propria competenza le richieste di risarcimento per assistenza sanitaria prestata nell'ambito del SSN.

Rigettata la competenza degli organi della giurisdizione sociale e in mancanza di un'attribuzione legale espressa a quelli della giurisdizione amministrativa, in seguito alla deroga della disposizione integrativa 12^a, potrebbero sorgere dei conflitti di competenza con la giurisdizione civile, data la natura privata delle mutue assicuratrici che non detengono la condizione di P.A. Difatti, la loro integrazione nell'ambito soggettivo della LRJSP e della LPAC appare difficoltosa, in quanto non vengono espressamente citate né risulta che possano essere considerate come degli enti privati vincolati o dipendenti dalla P.A., sebbene l'art. 80.4 del TRLGSS le includa nel settore pubblico statale di carattere amministrativo per le funzioni espletate e le risorse gestite. La difficoltà che può sorgere nella concezione dell'ordine giurisdizionale competente evidenzia ancora una volta la tensione e le difficoltà che derivano dalla speciale natura giuridica delle Mutue assicuratrici, nelle quali confluiscono elementi pubblici e privati.

Di fronte a tale situazione, il legislatore dovrebbe attuare un'opportuna riforma legale, che permetta di approfondire la «amministrativizzazione» del regime della responsabilità delle Mutue assicuratrici per assistenza sanitaria negligente, in linea con quanto previsto a suo tempo dalla disposizione integrativa 12^a della LRJPAC e, in questo modo, riuscire a chiarire quale sia l'organo competente per il processo e la risoluzione delle richieste di risarcimento. Le Mutue assicuratrici sono permeate di numerosi elementi pubblici, che mitigano la loro natura privata e che si ritiene possano giustificare l'attribuzione della competenza in questo tipo di reclami alla giurisdizione amministrativa, previo esaurimento del relativo processo. Generalmente, le Mutue assicuratrici prestano un servizio sanitario pubblico presso il SSN, come i centri o degli ospedali pubblici. Esse appartengono al settore pubblico, in base alla funzione pubblica che esercitano e le risorse che gestiscono (fondi pubblici che appartengono al patrimonio della Previdenza sociale, per esempio), tra gli altri elementi. Inoltre, in questo modo si eviterebbe un ulteriore caso di pellegrinaggio giurisdizionale e un eventuale caso di rottura del regime dell'unità della giurisdizione, a seconda che il

danno sia originato dall'assistenza ricevuta per circostanze comuni o per un incidente sul lavoro o per malattia professionale, quando l'azienda abbia scelto questa forma di collaborazione¹³³⁸.

QUINDICESIMA.- La normale sottoscrizione da parte della P.A. dell'assicurazione della responsabilità civile/patrimoniale che copre i danni causati dall'assistenza sanitaria evidenzia le difficoltà che vi sono nell'unire la normativa propria dei contratti di assicurazione (applicabile per la natura privata del contratto) al regime della responsabilità patrimoniale della P.A. Si tratta di mettere in relazione delle norme che non sono state concepite per essere applicate insieme e che non tengono conto del fatto che l'ente assicuratore è la P.A., per cui è richiesta una risposta chiara da parte del legislatore.

Quando i danni sono coperti dall'assicurazione, dal regime vigente si evince un sistema di libera scelta per la parte lesa, che potrà scegliere se dare inizio a un processo amministrativo, o a un processo civile o addirittura penale, se non vi è volontà da parte del querelante di riservare la azione della responsabilità civile derivante da reato. Saranno competenti gli organi della giurisdizione amministrativa sia nel caso in cui venga esercitata un'azione congiunta verso l'ente assicuratore e la P.A., stante la possibilità di condannare entrambi in sentenza; sia nel caso in cui sia coinvolta la sola P.A. In quest'ultimo caso, l'ente assicuratore potrà comparire nel processo per propria richiesta o in seguito a notifica o mandato di comparizione (salvo che non superi l'importo della franchigia), ma non potrà essere condannato se l'azione non è stata esercitata verso di esso, a rischio di generare un'incongruenza *extra petitum*. Se l'incidente è coperto dalla polizza, potrà intervenire in qualità di interessato nel processo amministrativo preliminare, nella misura in cui la risoluzione lo possa coinvolgere. Ciò, benché è deducibile dalla legislazione, dovrebbe essere espressamente previsto. Potrà altresì assumere una posizione attiva e impugnare la risoluzione amministrativa sortita dal processo e per la quale è intimato a versare l'indennizzo.

A livello pratico, tuttavia, viene più frequentemente esercitata l'azione diretta ex art. 76 della LCS unicamente verso l'ente assicuratore, dal momento che tale mezzo di ricorso conta tra le sue caratteristiche l'autonomia e l'indipendenza. Tale azione si realizzerà in ambito civile, dato che l'ente assicuratore è un soggetto privato e dato che

¹³³⁸ Vd. Capitolo VI.

si tratta di un conflitto tra privati, che non rientra nella fattispecie di cui agli artt. 9.4 della LOPJ, 2.e) e 21.1.c) della LJCA, che contemplan l'ipotesi di azione esercitata congiuntamente verso la P.A. e l'ente assicuratore. Il problema posto dal fatto che gli organi civili si pronuncino sulla responsabilità patrimoniale della P.A. si risolve grazie alla tecnica della pregiudizialità.

Essa rappresenta una delle principali modalità impiegate per aggirare la competenza esclusiva della giurisdizione amministrativa, da cui scaturisce un'ingente problematica a livello pratico. A mero titolo di esempio: la possibilità di presentare una richiesta di risarcimento simultaneamente attraverso i processi civile, amministrativo e giudiziario (Esp: contencioso-amministrativo); l'eventuale collegamento fra quanto deciso nel processo amministrativo e giudiziario e il successivo processo civile e viceversa; la mancanza di un risarcimento integrale del danno in presenza di franchigie o sottoassicurazioni, che spesso troviamo nelle polizze delle assicurazioni per la responsabilità sanitaria, che obbliga la parte lesa a dare inizio a un successivo processo amministrativo o giudiziario, con il conseguente dispendio di tempo e di denaro e il rischio di prescrizione e di risoluzioni contraddittorie; la diversa interpretazione delle cause che giustificano il mancato pagamento dell'indennizzo per non condannare l'ente assicuratore al pagamento degli interessi di mora di cui all'art. 20 della LCS, più limitativa in ambito civile che in quello giudiziario...

Nonostante dall'art. 35 della LRJSP risulta che, sebbene venga esercitata un'azione diretta contro l'ente assicuratore, la responsabilità patrimoniale della P.A. dovrà essere chiarita nel relativo processo amministrativo e presso la giurisdizione amministrativa, la sua collocazione e le svariate interpretazioni a cui tale norma si presta (come dimostrato dalle sentenze giudiziarie), dati i termini confusionari con cui è redatta, non risultano essere un appiglio legale sufficiente per impedire che si continui ad esercitare un'azione diretta verso la giurisdizione civile, negando l'autonomia processuale a un diritto sostanziale, considerato un elemento cardine del contratto di assicurazione: è da intendere solo come riferito alla responsabilità sorta nell'ambito di relazioni di diritto privato; è legato unicamente agli aspetti sostanziali, gli enti assicuratori non rientrano nell'ambito di applicazione della LPAC... l'unico elemento chiaro che si evince dalla norma è che, anche quando l'azione viene esercitata solamente nei confronti dell'ente assicuratore, la responsabilità patrimoniale della P.A. verrà giudicata in base ai parametri del diritto amministrativo, come già sostenuto dalla giurisprudenza.

Sebbene nessuna delle soluzioni proposte risulti pienamente soddisfattoria, dato che tutte presentano delle criticità e fanno presupporre che ciascun organo giurisdizionale si pronunci su questioni che naturalmente rientrano fra le sue competenze (la giurisdizione civile circa la responsabilità patrimoniale della P.A. e la giurisdizione amministrativa circa il contratto di assicurazione), è evidente che, coerentemente con l'intenzione del legislatore, dovrebbe essere istituito una sorta di litisconsorzio passivo necessario tra l'amministrazione sanitaria e l'ente assicuratore, allo stesso modo in cui esso è previsto dalla legislazione italiana. Di modo che, se si vuole esercitare l'azione diretta nei confronti dell'assicuratore, occorre ricorrere congiuntamente presso la P.A. nell'ambito della giurisdizione amministrativa, previo esaurimento del relativo processo in cui l'assicuratore dovrà adottare necessariamente una posizione attiva, come già garantito dalle polizze delle assicurazioni per la responsabilità patrimoniale sanitaria con Comitati di Sorveglianza. Ebbene, ciò non impedisce che si possa esercitare l'azione unicamente nei confronti della P.A. Affinché questo possa avvenire, il legislatore dovrebbe adoperare uno stile di redazione più curato in questo senso, attraverso la modifica della LRJSP e della LPAC; adottando un regime legale proprio per i contratti di assicurazione della responsabilità patrimoniale o aggiungendo un nuovo comma all'art. 76 della LCS. Da un punto di vista processuale, non sarebbe necessario attuare una riforma, in quanto è sufficiente dare una nuova interpretazione all'art. 21.1.c) della LJCA, come avviene per la nuova norma. La competenza della giurisdizione amministrativa rimarrebbe inviolata in base all'art. 9.4 della LOPJ e 2.e) della LJCA, che permettono di citare in giudizio congiuntamente entrambi i soggetti, P.A. ed ente assicuratore, presso il suddetto ordine giurisdizionale.

I vantaggi risultano maggiori rispetto agli svantaggi pratici che tale proposta implicherebbe: la maggior parte dei problemi derivanti dall'esercizio dell'azione diretta in ambito civile verrebbero eliminati, oltre a quanto precedentemente citato: la competenza esclusiva della giurisdizione amministrativa in materia di responsabilità patrimoniale della P.A. verrebbe rispettata, che costituisce la pronuncia principale e il requisito tecnico affinché possa e debba rispondere l'ente assicuratore; permetterebbe di preservare allo stesso tempo gli interessi di tutti gli i soggetti coinvolti e dunque tutte le controversie, sia quelle relative alla responsabilità sia quelle relative all'assicurazione, verrebbero risolte in un unico processo giudiziario e presso un'unica giurisdizione, all'interno della quale tutti i soggetti entrerebbero in gioco, eliminando così il rischio di

sentenze contraddittorie; renderebbe possibile il risarcimento integrale del danno nello stesso processo; incrementerebbe le possibilità che il pagamento avvenga; si raggiungerebbe un'esecutività più efficiente, che potrebbe essere ottenuta agendo contro un ente assicuratore e non contro la P.A., i cui beni non sono facili da pignorare e che per il pagamento degli indennizzi deve sottostare a degli obblighi di iscrizione in bilancio e di espletamento delle pratiche per il rilascio dei fondi, ecc. Sebbene questo sistema possa comportare tra i rischi principali quello dell'autonomia processuale dell'azione, non porterebbe a negare completamente tale diritto, dato che l'interessato potrebbe richiedere direttamente il pagamento dell'indennizzo all'ente assicuratore, inclusi gli interessi di cui all'art. 20 della LCS, anche se per farlo dovrebbe al tempo stesso ricorrere alla P.A.

Si può dedurre, inoltre, che l'azione diretta esercitabile nel processo civile trova meno giustificazione in questi casi, dato che la P.A. è sempre solvibile e anche perché è doveroso mantenere determinate tutele e peculiarità che devono essere osservate nell'ambito di un processo in cui è coinvolta la P.A.¹³³⁹.

SEDICESIMA.- Se alla causazione del danno hanno concorso, unitamente alla P. A. sanitaria, soggetti privati (medici privati, centri od ospedali privati...), si potrà esercitare l'azione nei confronti di entrambe le parti e delle loro compagnie assicurative nella giurisdizione amministrativa (art. 9.4 de la LOPJ y art. 2.e) de la LJCA), che statuirà anche se in ultima istanza non ci fosse responsabilità della P.A. In caso contrario, ancora una volta, si indurrà nell'orrore del pellegrinaggio giurisdizionale, nella divisione della continenza di causa (non risulta confacente che la parte lesa debba avviare il processo con due giurisdizioni diverse) e nel rischio di prescrizione, tra i più gravi problemi. Si tratta di un caso particolare nella misura in cui i soggetti responsabili si trovano sottoposti a diversi regimi giuridici di responsabilità. Tuttavia, come ha sottolineato GAMERO CASADO, il fatto che i giudici dell'amministrativo abbiano anche una conoscenza profonda del Diritto civile, poiché provengono perlopiù dall'ordine civile, cosa che non accade in caso inverso, induce a ribadire questa soluzione che, ciò nonostante, presenta certe difficoltà.

Detto questo, nel quadro legale e giurisprudenziale attuale, non si stabilisce un litisconsorzio passivo necessario per il quale si potrebbe optare per citare in giudizio

¹³³⁹ Vd. Capitolo VII.

esclusivamente il soggetto privato e/o la sua assicurazione nell'ambito civile o unicamente davanti alla P.A. nell'amministrativo, essendo la possibile rinuncia alle azioni discutibile¹³⁴⁰.

DICIASSETTESIMA.- Dai testi legali risulta chiara la possibilità di esercitare nell'ordine penale l'azione penale e l'azione di responsabilità civile derivata da reato indipendentemente dal fatto che questa sia una responsabilità diretta: quella del personale sanitario che causa il danno o la compagnia d'assicurazione; o sussidiaria: quella degli enti privati del settore pubblico, concessionari e appaltatori, centri che hanno stipulato un programma o un accordo singolare di vincolazione o la P.A. stessa, quando il danno è causato dal personale al suo servizio. Anzi, in quest'ultimo caso, si obbliga a esercitare l'azione di responsabilità civile contro la P.A. o ente pubblico nell'ordine penale, se fosse stata citata in giudizio davanti a questo ordine giurisdizionale la responsabilità del personale a suo servizio.

In caso di riserva degli azioni legali, non si potrà citare in giudizio la P.A. nell'ordine civile, essendo più conveniente esercitare le azioni davanti alla stessa e davanti al personale al suo servizio nell'ordine amministrativo. Questa soluzione ci pare più compatibile con il principio di unità giurisdizionale; con la necessità di evitare il peregrinaggio giurisdizionale; con la non divisione della continenza di causa e con la creazione del litisconsorzio passivo necessario che prevede l'ordine penale. Tuttavia, siamo consapevoli che con la normativa attuale niente impedisce che si possa formulare l'azione nei confronti del personale sanitario e dell'assicurazione nell'ordine civile. Ciononostante, se si esclude la responsabilità penale, già non sarà necessario dirigere azione alcuna contro il personale sanitario nella giurisdizione civile, potendo solo rivendicare la responsabilità patrimoniale della P.A. nella via amministrativa e contenzioso-amministrativa (vincolata ai fatti dichiarati verificati nella sentenza penale), a meno che non fosse stata provata l'assenza del fatto o che il personale sanitario al servizio della P.A. non fosse l'autore¹³⁴¹.

DICIOTTESIMA.- L'esigenza di responsabilità civile derivata da reato non impedisce la richiesta di responsabilità patrimoniale della P.A. per il funzionamento del servizio pubblico sanitario. La legislazione e la giurisprudenza attuali le concepiscono come due figure distinte e quindi la loro compatibilità, anche da un punto di vista

¹³⁴⁰ Vd. Capitolo III, paragrafo 5.1.1 e Capitolo VII, paragrafo 7.

¹³⁴¹ Vd. Capitolo VIII.

procedurale, il che presuppone che per il perseguimento di medesimi fatti dannosi si possa ottenere una gestione successiva o simultanea del procedimento penale, amministrativo ed eventualmente, contenzioso-amministrativo. Questo genera molteplici problemi specialmente per quanto riguarda alla litispendencia, cosa giudicata, la sospensione del procedimento amministrativo, la prescrizione, anche se le Tribunale tendono a riconoscere l'efficacia interruttiva del processo penale, o la chiara applicazione del principio generale che vieta l'arricchimento illegittimo di fronte a una possibile duplicità di risarcimento. Malgrado ciò, prendiamo in considerazione che la responsabilità civile sussidiaria ex delitto prevista nel C.P. e la responsabilità patrimoniale della P.A. regolata nella LRJSP sono invero la stessa istituzione pubblica, dato che il suo presupposto giuridico è il risarcimento dei danni causati dal funzionamento del servizio pubblico, indipendentemente se trovano origine o no nel reato penale del personale al suo servizio.

Un'eventuale riforma legislativa dovrebbe indurre a eliminare dalla legislazione penale il regime di responsabilità civile degli enti pubblici, dal momento che, in ogni caso, la P.A. risponde direttamente dei danni ai sensi della normativa amministrativa. Con questo si eliminerà gran parte della problematica che genera la dualità di regime sostanziale e processuale.

Tuttavia, ragioni di economia procedurale, che fanno parte del nostro ordinamento dal 1848, suggeriscono di non rinviare la competenza alla giurisdizione amministrativa, dato che è possibile risolvere davanti all'ordine penale con più rapidità e migliori prospettive per i cittadini danneggiati, tutto questo a prescindere dalla possibilità che riconosce la normativa vigente di poter effettuare nel procedimento penale la corrispondente riserva di azioni per responsabilità civile (patrimoniale della P.A. in questo caso)¹³⁴².

DICIANNOVESIMA.- Rispetto all'eccessiva giudiziizzazione dei conflitti relativi alla responsabilità medico-sanitaria, che probabilmente subirà un aumento come conseguenza della crisi sanitaria generata dal COVID-19, la mediazione e la transazione sono presentati come mezzi appropriati di risoluzione delle controversie che possono aiutare a ridurre il sovraccarico delle Corti e i Tribunali e presumibilmente migliorare i tempi di risposta. In questo ambito preoccupa in particolare l'uso abusivo del processo

¹³⁴² Vd. Capitolo VIII, paragrafi 5 e 6.

penale, che manda il medico o il personale sanitario al banco degli imputati, sebbene alla fine, la denuncia o la querela nell'immensa maggioranza delle ipotesi sia archiviata (il denunciante cerca semplicemente le scappatoie con maggiore flessibilità e rapidità offerte dai procedimenti probatori nelle indagini preliminari, rispetto alle prove più restrittive dei procedimenti civili e contenziosi-amministrativi).

Sebbene ovviamente non siano la panacea, alcuni dei vantaggi che presentano, suggeriscono l'utilizzo: probabilmente il conflitto si risolverebbe in maniera più rapida e meno costosa; si ridurrebbero i problemi derivati dall'incertezza della soluzione giudiziale attraverso l'adozione di un accordo che verrà favorito dal mediatore o dall'istruttore della documentazione amministrativa, le cui nozioni in medicina agevoleranno alle parti la comprensione dei fatti e le loro conseguenze; si apporterebbero strumenti di comunicazione in grado di prevenire conflitti futuri...

Tuttavia, in materia di responsabilità medico-sanitaria ci imbattiamo in alcune circostanze che ostacolano la sua effettiva attuazione. Tra quelle precedentemente¹³⁴³ accennate si distinguono: la pluralità delle parti che devono intervenire; la mancata volontà e la particolare reticenza degli avvocati e dell'assicurazione che solo in caso di un palese errore medico opteranno per risolvere il conflitto in maniera extragiudiziale, normalmente verso una transazione, per il suo minore costo; o, nell'ambito della sanità pubblica, la forte presenza del silenzio amministrativo che spesso dirige gli individui alla via giudiziale. A questo si aggiunge il fatto che la P.A. deve agire sempre secondo il principio di legalità e cercando il compimento dell'interesse generale, limitando pertanto le possibilità di negoziazione e sottomettendola a requisiti formali molto rigorosi che riducono ampiamente l'operatività di queste figure.

A tal proposito, riteniamo che le future riforme normative debbano cercare un equilibrio tra le garanzie e la flessibilità dei requisiti che permettano di raggiungere una soluzione agevole, efficace e rapida, anche se ci trovassimo in ambito di servizi pubblici e in relazione a principi pubblici che ispirano la materia¹³⁴⁴.

VENTESIMA.- Non riteniamo che l'istituzione di un tentativo obbligatorio di mediazione, come appare l'intenzione del legislatore, possa porre rimedio alla mancanza di una cultura della mediazione, che non è specifica dei conflitti derivanti dalla

¹³⁴³ Vd. Capitolo IX, paragrafo 2.2.

¹³⁴⁴ Vd. Capitolo IX, paragrafo 2.

negligenza sanitaria, poiché si corre il rischio che diventi una mera formalità, che in ultima istanza si tradurrà in un ritardo per l'effettiva tutela giudiziaria, come è già accaduto per altre figure simili (basti ricordare l'esempio di quella conciliazione obbligatoria che per anni è apparsa nella procedura civile, e che è stata, giustamente, bersaglio di tante critiche). A nostro avviso, sarà necessario promuoverla in altri modi (campagne di comunicazione, pubblicità...) trasmettendo fiducia nell'istituzione e contando su un appoggio decisivo dai poteri pubblici e le istituzioni.

Al giorno d'oggi, le clausole di asservimento alla mediazione o a vie extragiudiziali di soluzione di controversie inserite in alcune delle polizze d'assicurazione cercano di incentivare le compagnie d'assicurazione a fare uso di questi meccanismi. L'interpretazione restrittiva delle ragioni legittime che impediscono di condannare l'assicurazione nell'interesse dell'art. 20 della LCS o la possibile condanna alle spese della parte che rifiuta la proposta di accordo e che nel processo giudiziale non ottiene una sentenza più vantaggiosa possono essere altri provvedimenti che aiutano a raggiungere lo stesso scopo.

Pertanto, l'approvazione di una valutazione oggettiva (anche se non inesorabile) di danni sanitari probabilmente favorirebbe la soluzione amichevole di questi conflitti¹³⁴⁵.

VENTUNESIMA.- Nel nostro ordinamento giuridico non abbiamo una normativa propria che regoli la mediazione e la transazione nell'ambito sanitario. La Legge di mediazione ha un'applicabilità limitata, poiché esclude dal suo ambito d'applicazione tanto la mediazione con le P.A. quanto la responsabilità penale, limitandosi in particolare alla sanità privata, alla mediazione svoltasi tra l'assicurazione e il richiedente o l'azione civile derivata da reato nei confronti del personale sanitario. Nel complesso, la nostra legislazione non è estranea alla possibilità di poter raggiungere accordi sia tramite un procedimento amministrativo che un processo amministrativo persino nell'ambito penale, a seguito di una possibile mediazione. Ciononostante, da parte di tutti gli organismi, specialmente in seguito alla situazione generata dal COVID-19, si insiste sulla necessità di creare riforme necessarie per promuovere nelle giurisdizioni la mediazione e la soluzione amichevole¹³⁴⁶.

¹³⁴⁵ Vd. Capitolo IX, paragrafo 2.

¹³⁴⁶ Vd. Capitolo IX, paragrafo 3.

Un'orientazione che, personalmente, considero plausibile, e che aiuterebbe ad alleggerire l'ordine giurisdizionale da una prevedibile ondata di controversie, con tutte le conseguenze deleterie che questo comporterebbe.

VENTIDUESIMA.- Gli articoli 86 e 91 della LPAC permettono la cessazione convenzionale del procedimento amministrativo di responsabilità patrimoniale, che potrebbe avere luogo in seguito a un processo di mediazione e -sarebbe opportuno-, prima di un accordo adottato dal Comitato di sorveglianza. Sebbene attualmente l'accordo potrà riferirsi solo all'entità e al metodo di pagamento nei parametri dell'art. 34 della LRJSP, ma non all'esistenza di responsabilità, essendo una questione non disponibile per le parti. La P.A. potrà solamente riconoscere l'indennizzo se dalle prove risulterà che si danno i requisiti della responsabilità extracontrattuale. Questo corrisponde alla circostanza già indicata che siamo nell'ambito pubblico nel quale la P.A. è sottomessa a un ferreo principio di legalità e deve contribuire con oggettività gli interessi generali, il che la costringe a maggiori limitazioni al momento di arrivare a un accordo¹³⁴⁷.

VENTITREESIMA.- Riteniamo che l'accordo sostitutivo della cessazione convenzionale che mette fine al procedimento amministrativo non si tratta propriamente di un contratto di transazione. Ciò lo dimostra il fatto che nella maggioranza dei casi non è soggetto ai rigidi requisiti formali che si esigono quando si conclude una transazione che riguarda i diritti dell'Erario (approvazione per Regio Decreto del Consiglio dei Ministri o organo autonómico equivalente previ parere obbligatorio dell'organo consultivo). Non ricade su una questione litigiosa in senso stretto né ci sono concessioni reciproche, elementi essenziali che lo distinguono dall'istituto transazionale. Nell'accordo al quale ci riferiamo qui, le parti, per evitare una futura lite, si accordano sul contenuto di una certa attuazione, interpretando la legge di comune accordo (qual è il *quantum* o il metodo di pagamento), a differenza della transazione nella quale, partendo da un disaccordo nell'applicazione della norma, la sostituiscono con concessioni reciproche.

Una volta approvato, l'accordo deve essere adempiuto dalle parti essendo il suo regime proprio degli atti amministrativi ai quali sostituisce, con le modulazioni inerenti alla sua natura concordata. Per questo, dato il suo carattere amministrativo, per

¹³⁴⁷ Vd. Capitolo IX, paragrafo 4.

conoscere dei suoi incidenti e divergenze corrisponderà all'ordine amministrativo, davanti al quale si potrà esigere l'adempimento della P.A., attraverso un ricorso amministrativo contro la sua inattività¹³⁴⁸.

Nuovamente per questo possibile corso, sarebbe conveniente una riforma dell'esecuzione attualmente prevista nella LJCA, per renderlo più agile, al fine di tutelare il cittadino.

VENTIQUATTRESIMA.- Nell'ordine amministrativo, la mediazione -di forma implicita- e il contratto di transazione trovano un appoggio nell'art. 77 della LJCA, soprattutto quando si tratta di controversie come quelle di cui ci occupiamo, che riguardano la definizione di quantità. Sarebbe conveniente una riforma legislativa nel senso indicato nella proposta del CGPJ, che alluda in modo esplicito alla mediazione in questo ambito e la dote della sicurezza giuridica.

Nonostante la formulazione letterale del precetto, gli accordi si potranno concludere anche in fase di ricorso e persino durante l'esecuzione della sentenza. L'accordo può essere omologato dal giudice, potendo essere, in tal caso, oggetto di esecuzione giudiziaria forzata, a condizione che non sia contrario all'ordinamento giuridico o lesivo nell'interesse pubblico o di terzi e che si sia intrapreso nel rispetto di determinati requisiti formali. Quando l'accordo verte sulla responsabilità della P.A., l'intervento dell'Avvocatura di Stato o del rappresentante legale della P.A. sarebbe sufficiente¹³⁴⁹.

VENTICINQUESIMA.- Per evitare le difficoltà e i requisiti richiesti dalla P.A., in pratica, è consueto che l'accordo sia raggiunto, in seguito a una mediazione o una negoziazione, tra la parte interessata e l'assicurazione, senza l'intervento della P.A. Questa situazione è stata bollata da parte della dottrina come illegale, poiché potrebbe significare che l'assicurazione disponga della responsabilità patrimoniale della P.A., sulla quale non ha alcuna competenza, trattandosi di un ambito giuridico-pubblico. Per questo motivo, ci sembra opportuno che questa possibilità sia mantenuta, ma con l'accordo preventivo del Comitato di Sorveglianza, composto dalla P.A. e dall'assicurazione, secondo un modello simile a quello previsto in Francia.

Se l'accordo si conclude mentre è in corso un procedimento amministrativo o contenzioso-amministrativo, la parte lesa potrebbe successivamente rinunciare o

¹³⁴⁸ Vd. Capitolo IX, paragrafo 4.

¹³⁴⁹ Vd. Capitolo IX, paragrafo 4.

desistere dall' procedimento. Tuttavia, sorgono diverse questioni problematiche, soprattutto in quest'ultimo caso, che mostrano le difficoltà di ammettere la negoziazione diretta con l'assicurazione: per esempio, se la P.A. potrebbe utilizzare il contratto di transazione di cui non ha fatto parte e in cui si è rinunciato a tutte le azioni si se intende presentare reclamo in un momento successivo¹³⁵⁰.

VENTISEIESIMA.- Riteniamo opportuno che nel nostro ordinamento giuridico si sviluppasse un sistema simile a quello francese che faciliti la soluzione amichevole delle controversie in materia di responsabilità medico-sanitaria e la pronta soddisfazione della vittima (creazione di Commissioni Regionali di Conciliazione e Risarcimento, proposta transattiva dell'assicurazione che, se accettata, deve essere pagata entro un mese o la garanzia offerta dall'ONIAM).

Come esempi pionieri in questo campo nel nostro ordinamento giuridico, possono essere ritenuti la *Oficina de Mediación Sanitaria* di Murcia o i procedimenti extragiudiziali di soluzione di queste controversie previsti nella polizza dell'assicurazione, che sono attualmente sottoscritte a diverse Amministrazioni Pubbliche in questo settore¹³⁵¹.

¹³⁵⁰ Vd. Capitolo IX, paragrafo 5.

¹³⁵¹ Vd. Capitolo IX, paragrafo 7.1.