

# DESARROLLO AUTONOMICO DEL ESTATUTO MARCO

*Lourdes Ruiz-Cabello Jiménez.*

Letrada Coordinadora de Asuntos Consultivos.

(Subdirección de Asesoría Jurídica del Servicio Andaluz de Salud)

El tema a debatir en esta mesa de trabajo exige con carácter previo analizar quién responde en los supuestos de asistencia sanitaria concertada: si la Administración o la entidad privada con la que aquélla ha suscrito el concierto correspondiente como modalidad del contrato administrativo de gestión de servicios públicos a que se refiere el artículo 156 c) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, LCAP).

Del mismo modo, también habrá que analizar si, en los supuestos de pacientes remitidos por la Administración Sanitaria a un centro privado, la hipotética responsabilidad derivada de la asistencia sanitaria prestada en este último es exigible de la Administración remitente o del centro privado prestador de la asistencia.

Este análisis previo resulta fundamental para abordar la cuestión relativa al aseguramiento de las posibles responsabilidades que puedan exigirse en tales supuestos, así como para valorar, desde la óptica administrativa, si es conveniente u oportuno dicho aseguramiento.

## **ASISTENCIA SANITARIA PRESTADA EN CENTROS CONCERTADOS:**

Dicha asistencia se presta en virtud de un contrato administrativo de gestión de servicios públicos cuya regulación se establece en los artículos 154 y siguientes de la LCAP.

En este sentido, deben tenerse en cuenta varios preceptos legales que inciden sobre esta materia concreta y cuya conjugación y ponderación en cada caso concreto ha dado lugar a soluciones distintas por los órganos consultivos y judiciales respecto a quién ha de responder :

Por un lado, **el artículo 97 de la LCAP** que, incardinado en libro I de la LCAP “De los contratos de las Administraciones Públicas en general”, 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 cuando los citados daños se hayan producido como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, en cuyo caso será ésta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. Asimismo, **el artículo 161e) de la LCAP** establece específicamente, para el adjudicatario de un contrato de gestión de servicios públicos, la obligación 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.

Por otro, **la disposición adicional duodécima de la Ley 30/1992**, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAP-PAC) conforme a la cual la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de **los centros sanitarios concertados con ellas**, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso.

Con base en la regulación expuesta, procede analizar si la responsabilidad por los daños y perjuicios causados como consecuencia de la asistencia sanitaria en centro concertado es imputable a la Administración que contrata la prestación de la asistencia o al centro sanitario privado.

Anticipamos que no se impone una solución unívoca, común y general en todos los casos, apreciándose mayor grado de diversidad en las soluciones adoptadas por los órganos judiciales, que en las de los órganos consultivos, particularmente, el Consejo Consultivo de Andalucía.

El citado órgano consultivo autonómico parte de un dato clave para imputar la responsabilidad a la Administración o al centro concertado, a saber: que exista o no

orden o indicaciones de tratamiento por la Administración.

Así pues, **el dictamen 159/2002** de 13 de junio viene a sostener que el Servicio Andaluz de Salud remitió a la paciente al centro concertado donde se prestó la asistencia, sin que conste que dicho Organismo efectuase un diagnóstico o diese las oportunas indicaciones quirúrgicas al centro privado, por lo que, ante el silencio de la Administración sobre este punto, cabe entender que así fue, debiendo declararse **la imputabilidad de la Administración respecto de los hechos constitutivos de la reclamación, así como su responsabilidad directa.**

Por el contrario, **el dictamen 359/2003**, de 9 de octubre, considera que no existe en el supuesto analizado orden de tratamiento ni documento de derivación por parte de la Administración. El Servicio Andaluz de Salud no remitió a la paciente al hospital concertado. **Su ingreso en dicho hospital se produjo desde el servicio de urgencias del propio centro concertado.** Por lo tanto, cabe declarar la imputabilidad a la clínica concertada de los hechos constitutivos de la reclamación y su responsabilidad directa

Si la cuestión está meridianamente clara para el Consejo Consultivo de Andalucía, no ocurre lo mismo en sede judicial, donde los pronunciamientos son de lo más variados. Así pues, existen sentencias (v.g STS Sala de lo Civil núm. 339/2003 –RJ 2003\2800) que sostienen **la responsabilidad solidaria de Administración y contratista** en base a que aquélla ha incumplido sus obligaciones de dirección y vigilancia de la actuación de éste.

Sin embargo, otros pronunciamientos judiciales (los más numerosos) no se cuestionan que la responsabilidad sea exigible exclusivamente a la Administración. Así pues, la STSJA, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Granada, núm 58/2003 (JUR 2003\122263) considera que, aún manteniéndose el principio general de que el contratista tiene el deber de indemnizar a terceros por daños en la ejecución del contrato, el Tribunal Supremo siempre ha tendido a hacer responsable directo a la Administración frente a terceros, sin perjuicio de que, en su caso, pueda repetir, si procede, contra el contratista.

En el mismo sentido, la STSJ del País Vasco núm 108/1999 (RJCA 1999\838) entiende que la realización del acto médico quirúrgico en un establecimiento concertado dependiente del Servicio Vasco de Salud constituye una vinculación suficiente con la gestión pública de los servicios públicos para que pueda entenderse cumplido el

requisito previo de la relación entre el daño y la actuación administrativa por acción u omisión..

Finalmente, otras sentencias consideran que únicamente ha de responder el contratista, pues la responsabilidad de la Administración no puede ser tan amplia que alcance a los daños derivados de actos puramente personales de otros sujetos de derecho que no guardan relación alguna con el servicio (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 24 de abril de 2003 –RJ 2003\5409).

Del mismo modo, varias sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (JUR 2003\59910, JUR 2003\59903, JUR 2002\52317) estiman que el daño cuyo resarcimiento se pretende no es imputable al funcionamiento de los servicios públicos, habida cuenta que la actuación administrativa consiste en celebrar el concierto. La Administración (en los supuestos analizados por las Sentencias, el ISFAS) no ha prestado ningún tipo de asistencia sanitaria. Ha sido la entidad concertada elegida por el mutualista la que lo ha hecho a través de sus médicos y servicios y en el ámbito de una relación libremente establecida con los recurrentes. Por tal razón, cuando la prestación de la asistencia sanitaria, como servicio público al que tiene derecho el demandante, se efectúa, por su exclusiva y libérrima voluntad, mediante la adscripción a una institución privada concertada con la Administración, los daños imputables a la prestación del servicio efectuado deben ser indemnizados por aquélla, al no acreditarse causa imputable a la Administración en la selección de la indicada institución privada. (Parece inferirse, a sensu contrario, que si el paciente hubiese sido remitido al centro privado por indicación de tratamiento realizada por la Administración, ésta sí respondería).

Una vez analizada la situación sobre la responsabilidad en los supuestos de asistencia sanitaria concertada, llego a la conclusión de que la Administración no tiene el deber de responder en todo caso cuando el daño inferido al paciente se ha producido en un centro sanitario concertado. Por aplicación de lo dispuesto en los artículos 97 y 161c) de la LCAP, su responsabilidad se circunscribe a los supuestos en que medie una orden de tratamiento o de derivación con indicaciones concretas dirigida al centro privado. Es cierto que los Tribunales de Justicia no comparten mayoritariamente esta posición. Ahora bien, si el expediente de responsabilidad patrimonial se tramita correctamente, motivando y justificando esta posición en la resolución administrativa, quizás se pudiera conseguir un cambio de criterio, pues, en muchos casos, los órganos

judiciales han llegado a otra solución, a la vista del silencio absoluto de la Administración frente a las reclamaciones de los particulares.

Asimismo, resulta fundamental que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que deben regir el contrato administrativo de gestión de servicios públicos en su modalidad de concierto se prevea de modo expreso que el centro concertado será responsable del contenido y calidad de las prestaciones y servicios que ha de realizar, así como de las consecuencias que se deduzcan para la Administración o para terceros de las omisiones, errores, métodos inadecuados o actuaciones incorrectas en la ejecución del objeto del contrato.

Una cláusula de tal tenor se contiene en los pliegos elaborados por la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía para la concertación de la asistencia sanitaria con hospitales privados, resultando invocada la misma en los dictámenes del Consejo Consultivo de Andalucía que eximen de responsabilidad a la Administración autonómica.

En consecuencia, la cuestión relativa al aseguramiento por la Administración de la responsabilidad por la asistencia sanitaria prestada en centros concertados debe resolverse, a mi juicio, en sentido negativo. La inclusión de este riesgo en el contrato de seguro, aparte de aumentar lógicamente el importe de la prima, supone admitir de antemano que la Administración responde, en todo caso, cuando no es así.

Si ya plantea polémica el aseguramiento de la responsabilidad patrimonial en centros públicos, a la vista de los montantes económicos de los contratos de seguro en comparación con los importes de las indemnizaciones acordadas administrativa o judicialmente, mucho más cuestionable y criticable es incluir un riesgo no imputable, en todo caso, a la actuación administrativa. Ello resulta, a mi juicio, no sólo antieconómico, sino, en muchos casos, falta de apoyo normativo.

Insisto, lo que hay que hacer es establecer cláusulas precisas en los pliegos sobre la responsabilidad del contratista y tramitar correctamente los expedientes de responsabilidad patrimonial que se inicien en virtud de las reclamaciones de particulares, dictando resoluciones administrativas expresas que analicen con detenimiento el supuesto objeto de reclamación.

Asimismo, otra posibilidad sería establecer en los pliegos, como obligación del contratista, la de suscribir póliza de responsabilidad que cubra las posibles indemnizaciones por daños causados a terceros como consecuen-

cia de la actuación sanitaria del centro o del personal a su servicio en el ámbito del concierto.

### **ASEGURAMIENTO DE LA ASISTENCIA PRESTADA A PACIENTES REMITIDOS A CENTROS PRIVADOS.**

Entiendo que la cuestión se refiere a la remisión por la Administración de pacientes a centros privados no concertados.

Dicha posibilidad ha de entenderse como excepcional, puntual y esporádica, cuando se acredite la imposibilidad de realizar la asistencia en un centro sanitario público o concertado. Además, debe tratarse lógicamente de una prestación sanitaria incluida en el marco de prestaciones facilitadas por el sistema sanitario público.

Partiendo de tales premisas, debo, asimismo, entender que la remisión al centro privado se hace con indicaciones concretas sobre prueba diagnóstica o tratamiento a realizar.

Pues bien, existe escasa jurisprudencia sobre la responsabilidad por asistencia sanitaria prestada en tales supuestos. Concretamente, la Sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2 de junio de 2004 (JUR 2004\227003) analiza el supuesto de un paciente diagnosticado en un centro público dependiente del entonces Instituto Nacional de la Salud, en el que el tratamiento adecuado para su dolencia no pudo realizarse en España por falta de un servicio sanitario especializado al efecto en nuestro País. El INSALUD autorizó el tratamiento en una clínica italiana donde se le produjeron daños como consecuencia de la asistencia prestada.

La Sentencia referida considera en el caso expuesto que el INSALUD fue la entidad que aconsejó ese tratamiento como un componente más de la asistencia sanitaria que venía prestando al enfermo, por lo que no puede eximirse de toda responsabilidad. En la hipótesis de que el deber de informar pesara en exclusiva sobre el centro sanitario extranjero, la imputación al INSALUD podría exigirse a título de culpa in eligendo. Lo esencial es que la remisión a Italia del enfermo fue un modo indirecto de prestación de la asistencia sanitaria que desarrollaba el INSALUD, por lo que en última instancia son reprochables a este Instituto, desde la óptica de la responsabilidad patrimonial, la inadecuada dispensación de la asistencia o tratamiento, dejando a salvo su derecho de repetición contra los concretos autores del daño.

Entiendo que la remisión a un centro privado para la realización de un tratamiento incluido en el marco de las prestaciones sanitarias públicas implica necesariamente a la Administración remitente en el supuesto de que se origine un perjuicio al paciente como consecuencia de la asistencia recibida. Y ello es así, porque la Administración tiene el deber de satisfacer la prestación y si no puede hacerlo con sus propios medios, tiene que elegir el centro que más garantías ofrezca en orden a la asistencia demandada. Se trata de una asistencia pública prestada con medios ajenos al sistema, donde el centro privado actúa siguiendo las indicaciones dadas por la Administración, la cual, en última instancia, sería responsable frente al paciente, sin perjuicio de las vías de repetición que le asistan.

Este caso parece más claro que el anterior en orden a entender que existe responsabilidad administrativa, porque

el paciente no elige libremente la asistencia sanitaria recibida. Es la Administración la que decide que se preste la misma y acuerda con la entidad privada qué tipo de asistencia ha de darse al paciente.

Pese a ello, considero que el aseguramiento por la Administración de este riesgo –asistencia sanitaria en centro no concertado por indicación administrativa– resulta innecesario y antieconómico, por el carácter excepcional, extraordinario y esporádico de las remisiones de pacientes a centros privados, siendo así que la inclusión de un riesgo tan improbable en el contrato de seguro supondría un incremento de la prima que tan sólo beneficiaría a las Compañías aseguradoras.