

DERECHOS DE LOS PACIENTES Y USUARIOS ANTE LA GESTIÓN PRIVADA DE SERVICIOS SANITARIOS.

Leopoldo Tolivar Alas
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo

ABSTRACT.- The aim of this communication is to analyse the benefits of private sanitary services taking into account all possible roles of private contributions, from indirect management of public organizations to economical concurrence with them. Everything in order to measure the actual guarantees offered to patients and users in general. The reference for this research is made up of public sanitary standards and of the relevant fundamental rights –both social and of proceedings, and both with a constitutional and a legal configuration.

The quite justified suspicion of the rightful private search of economic profit interfering with extension and quality of sanitary service (especially in those territorial Administrations who have opted for a private management through agreements or licences of public works) encourages to make a study about how this sanitary services are finally affected –in comparison with the general catalogue in sanitary law- and whether their activity is controlled (if so, by what means) by public Administrations. Among the different subjects to approach some have to be on the foreground due to their social implications: free choice of practitioner and medical establishment –considering here the trip as a possible additional problem- and loss of protection (both in material and in formality terms) in specific fields as geriatrics and mental health. In the latest case, it is significant how the rights of information and consent seem to lose importance and how personal and sanitary particulars tend to be misdirected. In this area

great development and good progresses have been made in our country and therefore a solid doctrine has come along, nevertheless, there are still some single alarming situations.

As we know, in the field of patrimonial responsibility of Administration, spectacular advances have been made in the objective equalization of damages coverage. However, there are still zones of shade and, as above signed, allowances entirely deprived by compensatory methods which are not easy to bring into line with the public ones. And to this it must be joined the reaction, both normative and academic, to the presumed excesses of the process of objectivity that might put in risk the future viability of the public system itself; reaction that, if continues, would drag also to the compound management of the sector.

In fact, the redefinition of concerts and agreements as instruments to link, in an effective and efficacious way, private initiatives to the public net would be a suitable mechanism in order to secure patients' rights and to specify control skills by the public power. As well as to introduce systems of competitive concurrence in the selection of centres and private establishments that could grant the administrative option for the best one, something that would lead at once to better satisfy the users who are, in the end, the actual receivers of the public services.

The present communication will also treat the impact of some social rights, included in the new Statutes of Autonomy (recently approved or under production), since they could somehow contribute to the homologation of quality standards whoever offered the service.

To end with, a new interpretation of article 149.1.18^a of the Spanish Constitution will be for-

mulated, in a sense most favourable to patients and users. This article contents the mandate to guarantee "a common treatment" before the diverse Public Administrations and might be read in the sense that it spreads, at least in the substantial essence, to the diverse ways of administering or, if preferred, to the different modalities of management.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.- II. REFERENCIA A LA PLURALIDAD NORMATIVA SOBRE PROTECCIÓN Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE PACIENTES Y USUARIOS.- III. LOS DERECHOS ESPECÍFICOS DE LA LEGISLACIÓN SANITARIA.- IV. NUEVAS PREVISIONES DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA.- V. PROTECCIÓN DE DATOS DE LOS USUARIOS Y PACIENTES.- VI. EL RECURSO AL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS: 1. EL MARCO, DESBORDADO, DE LAS NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN HOSPITALARIA.- 2. LA CASUÍSTICA MÁS RECIENTE.- 3. FÓRMULA INIDÓNEA O FÓRMULA ALARMANTE.- 4. ORGANIZACIÓN DUAL Y DISFUNCIONES DE PERSONAL.- VII. REFLEXIONES ACERCA DE LA EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.- VIII. APUNTE FINAL.

I. INTRODUCCIÓN.

El texto de la ponencia que se ofrece en las líneas que siguen, parte de la existencia de un progresivo fenómeno privatizador, fácilmente constatable al examinar la normativa de los últimos años sobre modelos de gestión de servicios sanitarios. La presencia secundaria y accesorio de concesionarios de servicios, incluso la figura de los conciertos, como modelo de prestación indirecta, se han quedado en fórmulas tibias, al lado de figuras como la que, sin duda forzosamente, se viene utilizando en los últimos años para explotar los Hospitales públicos bajo la fórmula de concesiones de obra pública. La iniciativa económica privada, ya no sólo compite desde sus centros sanitarios con la organización pública, sino que llega a adentrarse en ésta y gestionar sus servicios no estrictamente sanitarios o, como los denominamos en este trabajo, pre o parasanitarios.

Este cambio puede incidir en la ciudadanía, por lo que es preciso calibrar los derechos y garantías que se ofrecen efectivamente a los pacientes y usuarios. Tal examen, que ha de efectuarse con una cierta perspectiva temporal, habrá de tener como

referencia los estándares de calidad del sistema público y los derechos fundamentales, sociales y procedimentales que aparecen en liza, desde su configuración constitucional o legal.

El temor, posiblemente fundado, de que el legítimo ánimo de lucro se yuxtaponga a la extensión y calidad de las prestaciones sanitarias, particularmente en aquellas Administraciones territoriales que han optado por una gestión indirecta por vía, sobre todo, de concesiones de obra pública, aconseja un estudio acerca de las modulaciones que pueden sufrir dichas prestaciones partiendo del catálogo general que quedan en manos de las Administraciones. Entre los supuestos susceptibles de abordar, por su impacto social, se encontrarían el derecho efectivo a la elección de médico y centro, con el problema añadido de los desplazamientos, la merma de las garantías materiales y formales en campos como la geriatría o la salud mental, siendo significativa la hipotética depreciación del derecho a la información o al consentimiento informado o, en fin, el cumplimiento de la normativa de protección y tratamiento adecuado de los datos clínicos del paciente. Este último es un campo donde, pese a los avances registrados y la sólida doctrina elaborada en nuestro

país siguen existiendo situaciones aisladas preocupantes.

Pero también es interesante adentrarse en el impacto que para el propio personal sanitario público puede ocasionar la gestión ultra privada de los Hospitales. Sin descartar, en esa deriva privatista, una nueva concepción gestora de la propia atención primaria de la salud, lo que sí incidiría notablemente, de crearse infraestructuras estancas, sobre derechos tan sensibles a los ciudadanos como la elección de médico y centro.

En fin, sabido es que en el campo de la responsabilidad patrimonial se han dado, en los últimos años, avances espectaculares en la igualación objetiva de la cobertura de daños. No obstante siguen existiendo zonas de sombra y, como ya se ha apuntado, prestaciones íntegramente privadas con regímenes resarcitorios muy poco homologables con los públicos. A ello ha de unirse la reacción tanto normativa como académica a los supuestos excesos de la objetivación que podrían poner en riesgo la viabilidad futura del propio sistema público; reacción que, de progresar, arrastraría también a la gestión concertada del sector. Máxime cuando la dualidad de fuero va a reaparecer en el mundo hospitalario ante los múltiples servicios a prestar por un contratista privado, sometido a la responsabilidad civil que se deriva de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

También se analizará en esta ponencia el impacto de algunos derechos sociales incluidos en los nuevos Estatutos de Autonomía aprobados o en fase de elaboración, por cuanto puedan guardar relación con la homologación de los estándares de calidad con independencia de quién preste el servicio.

Finalmente, intentaremos reinterpretar, en el sentido más favorable a pacientes y usuarios, el mandato del artículo 149.1.18ª de la Constitución española, referido a la garantía de “un tratamiento común” ante las diversas Administraciones Públicas. Visión objetiva de la *Administración*, de la que podría colegirse que ese derecho se extiende, en lo

sustancial, a las diversas formas de administrar o, si se prefiere, a las distintas modalidades de gestión.

II. REFERENCIA A LA PLURALIDAD NORMATIVA SOBRE PROTECCIÓN Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE PACIENTES Y USUARIOS.

Antes de referirnos a la incidencia que las fórmulas privatizadoras pueden tener sobre el estatuto jurídico de pacientes y usuarios¹, conviene recordar la disparidad de fuentes que reconocen y tutelan los derechos de los ciudadanos en el ámbito de la salud y de las Administraciones Públicas con competencia en este ámbito. Pluralidad que se traduce en diversidad de rango, de enfoque –general o sectorial- y de filosofía, dada la sucesión de Gobiernos que viene produciéndose tras la aprobación constitucional.

Precisamente, la Constitución española (CE), que reconoce, en primer término la igualdad de los españoles ante la ley (art.14), recoge muy diversos derechos en este campo. Incluido el derecho fundamental a la intimidad personal (art. 18.1), tan vinculado al principio de confidencialidad y a la protección de datos regulada en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (LOPD); o el de acceso –y promoción- en condiciones de igualdad, a cargos y funciones públicas que también afecta, evidentemente, al empleo público sanitario (art. 23.2). Tampoco debe olvidarse que, de la garantía de la libertad de credo y de las relaciones de cooperación con las confesiones, en atención a las creencias de la sociedad (art. 16), surge el derecho de asistencia religiosa en los hospitales, previsto en el artículo 2.3 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Liber-

¹ De acuerdo con las definiciones del art. 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica, se entiende por *paciente* la persona que requiere asistencia sanitaria y está sometida a cuidados profesionales para el mantenimiento o recuperación de su salud. Diversamente, el *usuario* es la persona que utiliza los servicios sanitarios de educación y promoción de la salud, de prevención de enfermedades y de información sanitaria.

tad Religiosa². Entre los principios rectores del orden socioeconómico, necesitados de un desarrollo legal para metamorfosearse en derechos plenos, se encuentra la asistencia a todos los ciudadanos en “un régimen público de Seguridad Social” (art. 41), las prestaciones preventivas y asistenciales para la protección de la salud (art. 43.1 y 2) o la garantía de la defensa de consumidores y usuarios (art. 51.1). También, aunque lejos del catálogo de derechos, es esencial el reconocimiento del derecho a ser indemnizado, mediante un sistema de responsabilidad objetiva aplicable a todas las Administraciones, de los daños sufridos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (art. 106.2 en relación con el 149.1.18ª CE).

Los derechos procedimentales de los artículos 35 y concordantes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJyPAC)³, también son invocables en el ámbito sanitario, en unos casos de forma directa y en otros como norma supletoria; caso de lo señalado por la Disposición Adicional Única del Real Decreto 208/1996, de 9 de febrero, que regula los servicios de información administrativa y atención al ciudadano y que, en virtud de la citada Disposición, es aplicable a la Administración sanitaria sin perjuicio de sus especialidades normativas (hoy contenidas sustancialmente en la Ley 41/2002, de 14 de

noviembre, a la que, a continuación nos referiremos).

Una tabla de derechos con vocación de exhaustividad la encontramos en el artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, modificado por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica (LRAPyDOMIDC).

Son, igualmente, del mayor interés, los artículos 3 (Titulares de derechos), 4 (Derecho a la segunda opinión facultativa, de asistencia en la propia Comunidad Autónoma en un plazo máximo y de asistencia en desplazamiento, conforme al catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud) y 7 a 21 (prestaciones y cartera de servicios), de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, del Sistema Nacional de Salud.

En ejecución de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Única de la última Ley citada, recientemente se ha expedido 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. Además de las prestaciones comunes, que las Comunidades Autónomas deberán dispensar a los desplazados en las mismas condiciones y con las mismas garantías que a los residentes, de acuerdo a principios de territorialidad e igualdad (art. 4.c de la Ley 16/2003), aquéllas disponen de facultades para incrementar, con una cartera complementaria (art. 11 del RD 1030/2006), lo que, en definitiva, son derechos de pacientes y usuarios.

Por último no debe desdeñarse, a modo de red protectora, lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de junio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios, máxime cuando se camina en la dirección de separar, en un mismo recinto hospitalario, prestaciones sanitarias –acogidas a las garantías de las normas ya citadas- y prestaciones no estrictamente sanitarias.

² El Acuerdo con la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, no prevé la asistencia religiosa en los hospitales españoles –ni en otras dependencias públicas-, pero tampoco deroga expresamente el punto XXXIII del Concordato de 27 de agosto de 1953, donde se señalaba que “El Estado, de acuerdo con la competente Autoridad eclesiástica, proveerá lo necesario para que en los hospitales, sanatorios, establecimientos penitenciarios, orfanatos y centros similares, se asegure la conveniente asistencia religiosa a los acogidos, y para que se cuide la formación religiosa del personal adscrito a dichas instituciones...” Inciso, este último, contrario al principio de libertad religiosa consagrado en la Constitución. Pero se añadía: “Igualmente procurará el Estado que se observen estas normas en los establecimientos análogos de carácter privado”. Hoy en día, la cobertura de este derecho de asistencia religiosa viene dada por el citado art. 2.3 de la Ley orgánica de Libertad Religiosa.

³ Véase L. TOLIVAR ALAS, “Sobre el carácter novedoso de algunos derechos procedimentales”, *Revista Española de Derecho administrativo*, Civitas, nº 80, 1993, págs. 623-634.

III. LOS DERECHOS ESPECÍFICOS DE LA LEGISLACIÓN SANITARIA

De acuerdo con el artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), afectado por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre (LRAPyDOMIDP), todos –obsérvese que no se dice los españoles- tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas Administraciones públicas sanitarias:

“1. Al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por razones de raza, de tipo social, de sexo, moral, económico, ideológico, político o sindical.

2. A la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso.

3. A la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público.

4. A ser advertido de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, que, en ningún caso, podrá comportar peligro adicional para su salud. En todo caso será imprescindible la previa autorización, y por escrito, del paciente y la aceptación por parte del médico y de la dirección del correspondiente centro sanitario.

7. A que se le asigne un médico, cuyo nombre se le dará a conocer, que será su interlocutor principal con el equipo asistencial. En caso de ausencia, otro facultativo del equipo asumirá tal responsabilidad.

10. A participar, a través de las Instituciones comunitarias, en las actividades sanitarias, en los términos establecidos en esta Ley y en las disposiciones que la desarrollen.

12. A utilizar las vías de reclamación y de propuesta de sugerencias en los plazos previstos. En uno u otro caso deberá recibir respuesta por escrito en los plazos que reglamentariamente se establezcan.

13. A elegir el médico y los demás sanitarios titulados de acuerdo con las condiciones contempladas en esta Ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las que regule el trabajo sanitario en los centros de Salud⁴.

14. A obtener los medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios para promover, conservar o restablecer su salud, en los términos que reglamentariamente se establezcan por la Administración del Estado.

4

Aún cuando todas las Comunidades Autónomas han desarrollado y detallado este derecho, tan apreciado por los usuarios, podemos citar algún caso concreto de regulación prolija. Así, en el Sistema Sanitario Público de Andalucía se reconoce el derecho a la libre elección de médico general y pediatra. Los usuarios pueden elegir entre los médicos existentes en su municipio, y también entre el resto de los médicos del Distrito Sanitario al que corresponda el domicilio.

A través de sus representantes legales, los menores de siete años pueden elegir pediatra y los niños entre siete y catorce años pueden optar por médico general o pediatra. Los usuarios que deseen elegir médico pueden solicitarlo en la unidad de atención al usuario del propio centro o bien en el Distrito Sanitario. En el centro les facilitarán información sobre los médicos ofertados, los horarios de consultas o los programas que se realizan, pudiendo solicitar una entrevista con el facultativo previa a la elección.

La solicitud de asignación de médico puede denegarse cuando “en aras de una mayor calidad asistencial no sea conveniente la asignación de más usuarios a un determinado médico” o bien existan otras dificultades que lo justifiquen, como la dispersión geográfica. Véanse, al respecto, el Decreto 60/99, de 9 de marzo, sobre libre elección de médico y pediatra (BOJA 13/4/99) y la Orden de 6 de junio de 1999, de la Consejería de Salud, por la que se regula el procedimiento para la libre elección y se establecen las normas de asignación de médico general y pediatra en la comunidad autónoma de Andalucía (BOJA 17/6/99).

Por su parte, el reciente Decreto 37/2006, de 24 de marzo, del Consell de la Generalitat, regula la libre elección de facultativo y centro, en el ámbito de la Sanidad Pública de la Comunidad Valenciana, aunque ya la Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de Derechos e Información al Paciente recoge, en su artículo 3. 11, el derecho de todos los pacientes de dicho territorio a elegir médico/pediatra y centro, así como facultativo especialista dentro de las posibilidades organizativas del Sistema Sanitario Público Valenciano.

15. Respetando el peculiar régimen económico de cada servicio sanitario, los derechos contemplados en los apartados 1, 3, 4 y 7 de este artículo serán ejercidos también con respecto a los servicios sanitarios privados”.

Como viene destacando la doctrina, ni el principio de igualdad, ni el derecho de participación, ni la posibilidad legal de reclamar o presentar sugerencias son privativos de este ámbito, aunque en el mismo puedan presentar, como en los demás servicios públicos, o en diversas relaciones de especial sujeción, determinadas peculiaridades. Máxime, dado el valor esencial de todo cuanto concierne a la salud de los ciudadanos, en la que principios como la igualdad, la universalidad de acceso o la continuidad prestacional no pueden admitir excepciones, so riesgo de poner en entredicho la vida de las personas.

IV. NUEVAS PREVISIONES EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Dado el mimetismo con el que suelen abordarse las reformas de los Estatutos de Autonomía, parece probable que más de una Comunidad Autónoma siga la estela marcada por Cataluña en su nuevo texto de autogobierno (aprobado por Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio), en el que se detallan y garantizan derechos en el ámbito de la salud, complementando y ratificando la efectividad del principio rector contenido en el artículo 43 CE. El Estatuto de Cataluña, en su art. 23, establece que

1. “Todas las personas tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad y gratuidad a los servicios sanitarios de responsabilidad pública, en los términos que se establecen por ley.
2. Los usuarios de la sanidad pública tienen derecho al respeto de sus preferencias en lo que concierne a la elección de médico o

médica⁵ y de centro sanitario, en los términos y las condiciones que establecen las leyes.

3. Todas las personas, con relación a los servicios sanitarios públicos y privados, tienen derecho a ser informadas sobre los servicios a que puedan acceder y los requisitos necesarios para su uso; sobre los tratamientos médicos y sus riesgos, antes de que les sean aplicados; a dar el consentimiento para cualquier intervención; a acceder a la historia clínica propia, y a la confidencialidad de los datos relativos a la salud propia, en los términos que se establecen por ley⁶”.

El mismo texto estatutario encomienda a los poderes públicos la garantía de la protección de la salud y la defensa de derechos e intereses legítimos de consumidores y usuarios (art. 49.1) y declara el derecho de todas las personas a acceder en condiciones de igualdad, tanto a los servicios públicos como a los servicios económicos de interés general, debiendo las Administraciones fijar las condiciones de acceso y los estándares de calidad exigibles, con independencia del régimen prestacional de los mismos (art. 30).

Por su parte, el nuevo artículo 9.2 del Estatuto de la Comunidad Valenciana (reformado por Ley orgánica 1/2006, de 10 de abril), garantiza a los ciudadanos la prestación de servicios públicos de calidad.

V. PROTECCIÓN DE DATOS DE LOS USUARIOS Y PACIENTES

En principio, la confianza de usuarios y pacientes hacia el tratamiento de sus datos, no debiera resentirse o devaluarse en función del tipo de ges-

⁵ Paradójicamente, esta concesión a la igualdad de género podría llevar a invocar un falso derecho de elección de sexo del profesional, por ejemplo en atención a prejuicios religiosos o atavismos de otra etiología.

⁶ Véanse los arts. 4, 8 y 18 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

tión del centro sanitario (público en sus distintas modalidades, concertado, concedido o íntegramente privado). Otra cosa es la garantía que a los ciudadanos puedan ofrecer los principios constitucionales de legalidad y objetividad⁷ que presiden la actuación de las Administraciones Públicas. Pese a sus muchos defectos y rémoras, cualquier particular conoce o intuye las limitaciones de actuación de los entes públicos y su vinculación positiva a la Ley, así como que toda actuación administrativa es susceptible de fiscalización por los Tribunales. La Administración carece, en principio, de ánimo de lucro y garantiza, incluso con técnicas coercitivas, la prestación de los servicios de recepción universal. Una empresa hospitalaria de capital privado puede quebrar o cerrar por criterios de beneficio, o por razones biológicas asociadas a sus socios capitalistas. O minimizar la inversión en seguridad. El Estado no quiebra, ni se vende, ni se muere, ni puede desatender sus competencias. Por tanto, aparentemente, la documentación en manos públicas está a mejor recaudo en la conciencia social. La paradoja es que, curiosamente, los poderes públicos pueden *externalizar* parte de estos aspectos que la ciudadanía prefiere que estén bajo custodia estatal.

Al margen de esta constatación, a caballo entre lo sociológico y la intuición jurídica, es lo cierto que existe una regulación común para centros públicos y privados, de los derechos y obligaciones de usuarios, pacientes y profesionales⁸, así como en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica⁹

En la misma línea, desde la regulación de protección de datos personales, debemos partir de la figura del *responsable de fichero*, que en términos del artículo 3.d) de la LOPD, es la “persona física o

jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido o uso del tratamiento”, en la materia que nos ocupa, el hospital ya sea público o privado, en sus diversas modulaciones.

El artículo 7 de la LOPD, relativo a los datos especialmente protegidos, incluye en esta categoría a los relativos a la salud. Conforme al apartado 3 de dicho artículo, los datos de carácter personal que hagan referencia a la salud, sólo podrán ser recabados, cedidos y tratados, cuando por razones de interés general así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente. En este caso, a diferencia de los datos relativos a ideología, afiliación sindical, religión y creencia que exigen un consentimiento *escrito*, sólo se requiere consentimiento *expreso*, no obstante si no se dispone de una firma, es obvio que pueden plantearse problemas probatorios con respecto a la veracidad de tal consentimiento.

Sin embargo se exceptúa de este requisito del consentimiento expreso, el caso que ahora nos ocupa, es decir, el tratamiento de datos de salud para llevar a cabo la actividad asistencial; éste es el supuesto contemplado por el artículo 8 de la LOPD, en virtud del cual

“Las instituciones y los centros sanitarios públicos y privados y los profesionales correspondientes podrán proceder al tratamiento de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que a ellos acudan o hayan de ser tratados en los mismos de acuerdo con lo dispuesto en la legislación estatal o autonómica sobre sanidad”.

En el caso de Comunidades sin normativa sanitaria propia y específica (caso de Asturias), esta legislación sería la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, en la que, como se ha dicho, se regulan los derechos de los pacientes y la documentación clínica. El artículo 17.1 de esta Ley, relativo a la conservación de la documentación clínica, manifiesta que

“Los centros sanitarios tienen la obligación de conservar la documentación clínica en condiciones que garanticen su correcto man-

⁷ Art. 103.1 CE.

⁸ No debe confundirse la igualdad de los profesionales ante los pacientes, o con respecto a la “lex artis”, de lo que es la profunda divergencia de *status* entre profesionales de la sanidad pública y de la privada. Incluso, como veremos al final de este trabajo, la personificación escogida para la forma de gestión de la sanidad pública puede generar profundas desigualdades de trato entre los profesionales.

⁹ Art. 1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

tenimiento y seguridad, aunque no necesariamente en el soporte original, para la debida asistencia al paciente durante el tiempo adecuado a cada caso y, como mínimo, cinco años contados desde la fecha del alta de cada proceso asistencial”.

Este período, mínimo, de cinco años varía según las diferentes Comunidades Autónomas que cuentan con legislación específica, llegando en un caso –Cataluña- hasta los veinte. Este artículo señala, en su número 5, que en el caso de profesionales que desarrollen su actividad de manera individual, ellos serán los responsables de la gestión y custodia de la documentación asistencial que generen y el apartado 6, añade que son de aplicación a la documentación clínica las medidas técnicas de seguridad establecidas por la normativa reguladora de protección de datos de carácter personal.

Volviendo al responsable del fichero, el artículo 9 de la LOPD establece que es a él a quien compete articular las medidas técnicas y organizativas necesarias para garantizar la seguridad de los datos de carácter personal.

Tales medidas son fijadas por el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal. Conforme a su artículo 4 se establecen tres niveles de seguridad: básico, medio y alto. Los ficheros que contienen datos de salud tienen nivel alto, debiendo cumplir con todas las medidas que establece el Reglamento, ya que cada nivel va incorporando las medidas del anterior más las propias.

En este sentido, y puesto que las historias clínicas en papel son ficheros de carácter manual, creo que puede ser interesante señalar que la Agencia Estatal de Protección de Datos (AEPD), ha manifestado que, puesto que la LOPD, a diferencia de su predecesora de 1992, incluye en su ámbito de aplicación los ficheros manuales, el Real Decreto 994/1999 se entiende aplicable también a éstos, aunque lógicamente a la hora de aplicar las medidas de seguridad se plantean problemas porque están

pensadas para ficheros informatizados. La APD de la Comunidad de Madrid emitió una circular sobre la conservación de historias clínicas en papel¹⁰.

En cuanto a las infracciones, se regulan en el artículo 44 de la LOPD y las sanciones en el artículo 45, oscilando entre los 6.000 y los 600.000 euros. Es aquí donde reside la única diferencia entre centros públicos y privados, pues en el caso de centros privados la sanción es pecuniaria y en el de públicos el régimen es el de artículo 46 de la LOPD. Es decir, no habría sanción sino una resolución del Director de la AEPD en la que se estableciesen las medidas pertinentes para la cesación y corrección de la conducta infractora y en su caso, la correspondiente sanción disciplinaria.

Por otra parte, si la infracción de la LOPD deriva en una exigencia de responsabilidad patrimonial, nos encontraríamos en la misma situación que la que se deriva de la vulneración del deber de secreto médico en centros públicos y concertados¹¹.

Por último, en el caso de centros públicos, si existe un organismo autonómico equivalente a la AEPD (en Madrid se creó por Ley 13/1995, de 21 de abril y se regula por Ley 8/2001, de 13 de julio; en Cataluña se creó por Ley 5/2002, de 19 de abril y su Estatuto fue aprobado por Decreto 48/2003, de 20 de febrero o en el País Vasco, donde la creación se debe a la Ley 2/2004, de 25 de febrero y su Estatuto se aprobó por Decreto 309/2005, de 18 de octubre), serán dichos organismos los competentes para actuar, pues las agencias autonómicas disponen de atribuciones en sus respectivos ámbitos territoriales para intervenir sobre ficheros de titularidad pública.

¹⁰ Recomendación 2/2004, de 30 de julio, en la que se abordan cuestiones tan dispares como la cesión de datos a la Justicia, a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad o la petición por el usuario de que su historia clínica sea trasladada cuando ejerce el derecho al cambio de médico o de centro.

¹¹ Véase Noelia de MIGUEL SÁNCHEZ, *Secreto médico, confidencialidad e información sanitaria*, Marcial Pons, Madrid, 2002, págs. 229 a 260. De la misma autora, *Tratamiento de datos personales en el ámbito sanitario: intimidad “versus” interés público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

VI. EL RECURSO AL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

1. EL MARCO, DESBORDADO, DE LAS NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN HOSPITALARIA

La Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre Habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, en su artículo único, estableció que “garantizando y preservando en todo caso su condición de *servicio público*”¹², la gestión y administración de centros, servicios y establecimientos sanitarios, “de protección de la salud o de asistencia sanitaria o socio sanitaria”, dentro del Sistema Nacional de Salud, podría llevarse a cabo “directamente o indirectamente a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho. En sus respectivos ámbitos competenciales, el Gobierno estatal y los de las Comunidades Autónomas deberían determinar esas formas jurídicas (así como el régimen orgánico directivo y de control, las garantías prestacionales, la financiación o las peculiaridades del personal), pudiendo prestar y gestionar esos servicios, “además de con medios propios, mediante acuerdos, convenios o *contratos* con personas o entidades públicas o privadas”, en el marco de lo previsto por la Ley General de Sanidad.

¹² No deja de llamar la atención, aunque tal hecho no sea insólito, que el mismo legislador de 1997, tan preocupado de mantener la condición de servicio público, sea el mismo que, en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre del mismo año, preconiza, a propósito del sector eléctrico, que “se abandona la noción de servicio público” tras constatar “su progresiva pérdida de trascendencia en la práctica”. La pregunta ante tal contradicción teórica es doble: ¿qué papel juega el legislador a la hora de ser coherente con sus propios productos normativos, o la descoordinación viene ya de quien remite los proyectos de ley, muchas veces elaborados mediante asistencias externas? También podría decirse que las prestaciones sanitarias siguen siendo servicio público en tanto que la producción y suministro de electricidad han perdido tal carácter. La Unión Europea, sin embargo, sí defiende la presencia de obligaciones de servicio público en este sector (Comunicación de la Comisión europea sobre los Servicios de Interés General en Europa, de 11 de septiembre de 1996).

Con similar filosofía, el artículo 3 del Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud, al desarrollar la mencionada Ley 15/1997, así como el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre¹³, insiste en que las nuevas personificaciones bajo modalidad de consorcios, sociedades estatales, fundaciones públicas sanitarias o “cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en derecho”, deberán garantizar y preservar en todo caso la condición de servicio público¹⁴.

La cuestión es hasta dónde, pese a la expresión “entidades de naturaleza o titularidad pública”, puede llegar la posibilidad de gestionar los servicios sanitarios con medios ajenos, a través de acuerdos o convenios con otras entidades públicas o privadas¹⁵ y, particularmente, a qué contratos se refiere el texto de la Ley 15/1997. ¿Se está pensando en formas de gestión de servicios públicos o cabe, igualmente, la concesión de obra pública?

¹³ De Medidas fiscales, administrativas y del orden social. El precepto es relativo al régimen de las fundaciones públicas sanitarias, como “organismos públicos, adscritos al Instituto Nacional de la Salud” (art. 111.2). Recuérdese que el INSALUD pasó a denominarse Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), por el art. 15 del Real Decreto 840/2002, de 2 de agosto, por el que se modificaba la estructura orgánica del Ministerio de Sanidad y Consumo.

¹⁴ Art. 3.

¹⁵ Desde la redacción dada por el Real Decreto ley 5/2005, de 11 de marzo, a la letra c) del art. 3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en principio quedan excluidos del ámbito de esta Ley “los convenios de colaboración que celebre la administración General del Estado, con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí, siempre que la materia sobre la que verse no sea objeto de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia o de servicios, o que siendo objeto de tales contratos su importe sea inferior, respectivamente, a las cuantías que se especifican en los artículos 135.1, 177.2 y 203.2”. Obsérvese que no se hace referencia al contrato de concesión de obra pública. También están excluidos de la aplicación del TRLCAP (art. 3.d) “los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales...”

Como es bien conocido, el contrato de concesión de obras públicas¹⁶ es aquel en cuya virtud la Administración pública o entidad de derecho público concedente otorga a un concesionario durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras de las previstas en el artículo 120 TRLCAP o de aquellas que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, en dicho derecho acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad retributiva que se prevea en la legislación contractual¹⁷.

2. LA CASUÍSTICA MÁS RECIENTE

Entre los diversos casos conocidos hasta la fecha nos detendremos brevemente en los ejemplos del Hospital Puerta de Hierro Majadahonda y el Hospital de Arganda del Rey, ambos en la Comunidad de Madrid, en el reciente anuncio del nuevo Hospital de Burgos, en la Comunidad de Castilla y León y en la explotación parcial, por esta vía, de servicios en el andaluz Hospital de la Costa del Sol, en Marbella.

A). En el caso del Hospital de Majadahonda, cuya construcción para atender las demandas sanitarias del Area 6 ya se previó en la década pasada, llegando a comprometerse en 1998 un crédito para su edificación y que se incluyó posteriormente en el Plan de Infraestructuras Sanitarias 2004-2007, se produjo un amplio debate social y una importante

contestación cívica, política y sindical al modelo elegido para la gestión de la infraestructura, destacando los numerosos alegantes que concurrieron al procedimiento aprovechando el trámite de información pública. El *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* (BOCM), de 20 de septiembre de 2004, inserta la Resolución del día 15 anterior, de la Viceconsejería de Asistencia e Infraestructuras Sanitarias, por la que se da respuesta a las alegaciones presentadas al Anteproyecto de Construcción y Explotación de la Obra Pública “Hospital Puerta de Hierro Majadahonda”. Dicha Resolución, entre otros aspectos, justifica la idoneidad de esta fórmula contractual a partir del propio TRLCAP que “establece que podrán ser objeto del contrato de concesión de obra pública las obras relacionadas en el artículo 120, que se refiere a la construcción de bienes que tengan la naturaleza de inmueble de la forma más amplia, incluyendo cualquier tipo de instalaciones. Ello por sí mismo basta para desechar cualquier objeción de principio que pretendiera sostener la idoneidad de un hospital para ser objeto de este contrato”. Sin embargo, a las pocas semanas de publicada esta Resolución, concretamente el 19 de octubre de 2004, la Secretaría Federal del Sector de Salud y Servicios Sociosanitarios de la FSP-UGT, cuestionaba en un documento tal interpretación del artículo 120 TRLCAP, “ya que un hospital ni resulta equiparable a las obras de ingeniería civil enumeradas en el artículo 120 (artículo que hay que interpretar en su conjunto), ni tiene una naturaleza económica [como indica el art. 220] por mucho que el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid pretenda subyugar la rentabilidad social de la sanidad a la económica”. En verdad, el invocado artículo 120 no contiene un *numerus clausus*, ya que en dos ocasiones admite explícitamente la interpretación analógica (obras de ingeniería civil y trabajos que modifiquen el suelo o el subsuelo), amén de referirse a un concepto genérico como “instalaciones varias”. Que la construcción de un nuevo hospital del Sistema Nacional de Salud –como la demolición o reforma de uno antiguo– es una obra pública, no deja de ser una obviedad. La cuestión es cómo se adecua una concesión de obra, con su sub-

¹⁶ Del que recientemente se han ocupado las monografías de Alberto L. RUIZ OJEDA, *La concesión de obra pública*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, 814 págs. y de Patricia VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, *Ejecución y financiación de obras públicas. Estudio de la obra pública como institución jurídico-administrativa*, Fundación Caixagalicia / Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, prólogo de J.L. Piñar Mañas, págs. 361 a 420.

¹⁷ Art. 220.1 del TRLCAP, aprobado por Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, modificado por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas.

siguiente explotación, a la gestión de un servicio público. Especialmente cuando la propia Administración concedente, tras aludir a la disyuntiva legal “servicios públicos de naturaleza económica o (...) actividades o servicios económicos de interés general”¹⁸, señala que, en la contratación hospitalaria prevista, “no puede identificarse la concesión con estos últimos servicios de interés general, cuya titularidad puede corresponder a los particulares, sino que es una forma de construcción y explotación de verdaderos servicios públicos, es decir de actividades de titularidad administrativa que tienen un régimen especial dirigido a lograr la accesibilidad por todos por responder a necesidades esenciales para cuya satisfacción, la libre concurrencia de iniciativas empresariales no se considera suficiente”. Accesibilidad por todos los usuarios, conforme a los principios de igualdad, universalidad y no discriminación, que sí está preceptuada para el contrato de concesión de obras públicas por el artículo 243 c) TRLCAP. Pero, a la vez, y aquí radica otra de las grandes dudas sobre la viabilidad de esta figura para el fin que se persigue, accesibilidad “gratuita a todos los beneficiarios del Sistema Nacional de Salud” en la asistencia sanitaria, que choca con las reglas económicas propias de un contrato en el que, como señala MARTÍN REBOLLO, una de sus cuatro notas esenciales es que sólo será factible “cuando quepa la explotación económica de la obra (peajes) o de actividades comerciales para las que aquélla es soporte necesario”. Es más, como sintetiza este autor, otro requisito característico, alusivo al equilibrio financiero del contrato, “es la vinculación del concesionario a una horquilla de rendimientos máximos y mínimos, de manera que si no se alcanza el segundo o se sobrepasa el primero, se procede a la revisión del contrato” buscando “que el usuario no vea aumentados los peajes de forma despropor-

cionada”¹⁹. Nada de esto ocurre en el caso que comentamos, en el que la Comunidad de Madrid afirma que la promoción universal de la salud o se “ofrece, bien a un precio inferior al de mercado, bien de forma totalmente gratuita, como es el caso de las prestaciones sanitarias que dispensará el Hospital Puerta de Hierro Majadahonda”. Y, a decir verdad, que el resarcimiento del contratista por levantar y gestionar un conjunto hospitalario sea sólo “la propia puesta a disposición [de la Administración] de la infraestructura”, así como la explotación de “determinados servicios complementarios no sanitarios que le permitan recuperar el montante de la inversión”, o es una inexactitud por defecto o es una ingenuidad manifiesta. Mucho aparcamiento y mucha hostelería y hotelería ha de haber para que la ecuación satisfaga al contratista inversor. Sobre todo, si creemos que sólo explotará, de cara a los usuarios, servicios “no sanitarios”, lo que parece excluir la oferta de prestaciones médicas o quirúrgicas no integradas en la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud²⁰. En la referida Resolución de 15 de septiembre de 2004 se insiste en que, conforme a la Ley, la retribución al concesionario “puede consistir bien en el abono de unidades de obra conforme se van construyendo, bien en el pago de la cantidad global una vez entregada la obra, de una vez o en plazos y por un período de hasta diez años o bien, como es el caso, mediante la cesión de la explotación de la obra pública a través de su puesta a disposición a favor de la Administración y por la prestación de servicios complementarios no asistenciales, susceptibles de externalización y de hecho externalizados, durante un determinado período, de modo que con esta explotación de la obra pública como infraestructura, pero nunca prestación sanitaria, se consiga retribuir la inversión realiza-

¹⁸ El nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña (aprobado por Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio), hace referencia a esta dualidad en su art. 30: “Todas las personas tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a los servicios públicos y a los servicios económicos de interés general. Las Administraciones públicas deben fijar las condiciones de acceso y los estándares de calidad de estos servicios con independencia del régimen de prestación”.

¹⁹ L. MARTÍN REBOLLO, Comentario al Título V del TRLCAP, en sus *Leyes Administrativas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pág. 641.

²⁰ Artículos 7 a 21 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. Asimismo, 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.

da”. Además, se añade, curándose en salud, que la Administración dispone de prerrogativas de dirección y control sobre la actuación del concesionario para “modificar, imponer penalidades, secuestrar o resolver el contrato si ello fuera necesario para salvaguardar el interés público”. La inconcreción de esos “servicios complementarios no sanitarios” y las dudas sobre su entidad económica llevan a la pregunta no tanto del porqué del sistema elegido –la apuesta ideológica por la privatización y el no tener que hacer frente, inicialmente, con capital público, a una gran inversión- sino de cuál es el interés del concesionario ante tan inciertos beneficios –el contrato es a riesgo y ventura²¹ - y con tantas exigencias de servicio público y tan documentadas amenazas de penalidades y revocaciones. Concesionario que está además obligado a proteger y cuidar no sólo lo construido sino el dominio público afecto a la obra, artificial o natural, así como a hacerse cargo de los daños que se causen a terceros²² por la ejecución o explotación de la infraestructura .

Como hemos señalado, la FSP-UGT mantuvo su oposición y entendió nulo de pleno derecho este procedimiento, aduciendo, además, que el régimen de explotación rompe el principio legal, contenido en el artículo 2 d) de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de “atención integral a la salud” (...) “si la Comunidad Autónoma de Madrid externaliza y concede a la iniciativa privada la explotación de ciertas actividades que, aún no revistiendo el carácter de sanitarias, resultan esenciales en el devenir habitual de cualquier hospital, de tal manera que se encuentran intrínsecamente vinculadas a la prestación sanitaria, tales como el servicio de apoyo administrativo, recepción y centralita, transporte, gestión de archivo de documentación clínica, etc”. A ellas habría que añadir otras aún más habitualmente externas (aparcamientos, cocina, cafeterías, máquinas expendedoras, televisión en habitaciones, limpieza, lavandería, seguridad, mantenimiento, anti-incendios, jardinería, etc) e incluso aspectos de muy

variable calado en atención a las peculiaridades de un hospital (caso de la gestión de suministros de bienes no sanitarios). Siendo tal vez un tanto forzada la invocación de la ruptura del principio de atención integral a la salud, sí es cierta la contradicción apuntada por el referido sindicato en cuanto que, si se aboga en el Estatuto Marco del Personal Estatutario por una progresiva integración y simplificación del personal (laboral y funcional en estatutario), a fin de “mejorar la eficacia en la gestión”, con la irrupción de un personal contratado y dirigido por la empresa concesionaria, cuya posición no es precisamente vicarial dentro de la infraestructura, los conflictos atributivos y la descoordinación son algo más que meras suposiciones, con clara merma del principio de eficacia.

En fin, aunque aludimos a ello en otro lugar de este trabajo, merece la pena recordar que ha costado mucho unificar material y procesalmente la responsabilidad patrimonial con ocasión de la asistencia sanitaria extendiendo la cobertura y la objetividad incluso a los centros concertados para que, ahora, dentro de un hospital de la red pública haya dos tipos de responsabilidades: la de la Administración responsable de los servicios sanitarios (administrativa) y la del concesionario de la infraestructura y los servicios no estrictamente sanitarios (civil, de acuerdo con el artículo 97 TRLCAP, si se demanda sólo al contratista). Y aunque pueda replicarse que esto ya ocurre con servicios secundarios externalizados, es evidente que estamos en presencia de un cambio cualitativo y cuantitativo en lo tocante a los servicios a conceder, al volumen de éstos y al control general de su funcionamiento por parte de la empresa explotadora.

B) Más recientemente, en el BOCM de 6 de abril de 2005, se ha insertado la Resolución 66/2005, de la Viceconsejería de Asistencia e Infraestructuras Sanitarias, por la que se da contestación a las alegaciones presentadas al Estudio de Viabilidad de la obra pública Hospital de Arganda del Rey, en la que también se pretende rebatir , en este caso frente al Ayuntamiento de Rivas-Vaciamadrid, la aducida inidoneidad del instru-

²¹ Arts. 220.2 y 243 b) TRLCAP.

²² Art. 243, letras d), e) y f) TRLCAP.

mento jurídico-contractual de la concesión de obras públicas. La convocatoria de concurso por procedimiento abierto, se había realizado mediante Resolución de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Sanidad y Consumo, de 14 de marzo de 2005²³.

En respuesta a una objeción ya conocida –la supuesta ruptura del principio de atención integral al paciente– la Resolución 66/ 2005²⁴, sostiene que no se produce tal quiebra por cuanto los servicios *estrictamente* sanitarios²⁵ “serán prestados directamente en su totalidad por la Consejería de Sanidad y Consumo de la Comunidad de Madrid”, previéndose en el contrato “una serie de mecanismos de control y evaluación de la prestación de los diferentes servicios, basado esencialmente en la definición de unos indicadores que permiten de forma objetiva establecer mediante tres parámetros (tipo de fallo de servicio²⁶ o de calidad, tiempo de respuesta y tiempo de corrección), el adecuado funcionamiento del mismo, realizándose, en su caso, deducciones en el precio del servicio”

C) Por su parte, el *Boletín Oficial del Estado*, de 24 de agosto de 2005, insertaba la Resolución del día 5 anterior, de la Gerencia Regional de Salud de la Junta de Castilla y León, por la que se anunció el concurso para la concesión de obra pública para la construcción y explotación del nuevo Hospital de Burgos²⁷, a construir sobre una superficie de

175.594 metros cuadrados, con previsión para 678 camas. La contestación a esta fórmula concesional no sólo movilizó a sindicatos, partidos políticos y asociaciones vecinales, sino que se tradujo, el 23 de junio de 2005, en una manifestación masiva, en la que, preventivamente, también se protestaba por la extensión de esta fórmula al nuevo Hospital de Benavente, en Zamora. El adjudicatario, ya que se exigía experiencia en obras y servicios hospitalarios –algo nuevo hasta el momento– resultó ser la agrupación empresarial formada por Caja de Burgos, Caja Círculo de Burgos, la Sociedad Invergestión (de Caja España), Caja de Ahorros de Ávila, Caja Duero, Santander Infraestructuras, Gerens Management Group S.A., Urbanizaciones Burgalesas S.L., Obrascón-Huarte-Laín S.A., Corsán-Corviam S.A. y Grupo Norte Agrupación Empresarial de Servicios, S.L. Entidades financieras y mercantiles que, como escribió Julio César RICO para la H.O.A.C., son conocedoras del mundo bancario, de la construcción y del urbanismo, “pero de sanidad y salud, ¿qué conocen?”. Es evidente que lo insólito del contrato para fines hospitalarios acarrea dificultades en cuanto a la experiencia y versatilidad del contratista. Una de las críticas más reiteradas desde el ámbito sindical (UGT, CCOO y, sobre todo, CGT), es que la externalización de los servicios no sanitarios acarreará pérdida de empleos y empeorará la calidad asistencial a medio y largo plazo. En principio, la explotación y mantenimiento de la obra con la que debiera resarcirse el concesionario, incluye la gestión de los siguientes servicios:

- Conservación de viales y jardines
- Servicio de desinfección, desinfección y desratización.
- Servicio integral de esterilización.
- Servicios de gestión de almacenes y distribución.
- Servicio de gestión de archivo de documentación clínica y administrativa.
- Servicio integral de lavandería.

euros en los últimos cinco años y servicios prestados en hospitales, con un mínimo de 10 millones de euros en el mismo plazo quinquenal. Es evidente, ante lo novedoso de la fórmula, que el concesionario habría de surgir de una unión de empresas de obras y servicios.

²³ Publicada en el *BOE* de 16 de marzo de 2005. El presupuesto base de la inversión se fijaba en 49.328,301 €, siendo el plazo del contrato de 30 años. Ante lo novedoso y plural del contenido, no se exigía clasificación al contratista aunque, en la solvencia técnica, sí se valoraba la experiencia en la construcción, exigiéndose la realización en los últimos cinco años de dos obras socio-sanitarias por importe conjunto superior a los diez millones de euros.

²⁴ Que se insertó en el *BOCM* de fecha 6 de abril de 2005.

²⁵ Parece querer reconocerse que existen servicios en el campo socio-sanitario que no serían estrictamente servicios sanitarios y que podrían entrar dentro del objeto concesional.

²⁶ Expresión sin duda tributaria de la “falta de servicio” del derecho resarcitorio francés.

²⁷ El presupuesto base de ejecución era de 231.745.812 €, el plazo concesional de 30 años y en la solvencia técnica o profesional se exigía acreditar obras hospitalarias por un mínimo de 20 millones de

- Servicio de limpieza.
- Servicio de catering.
- Servicio de gestión de mantenimiento integral.
- Servicio de gestión de residuos urbanos y sanitarios.
- Servicio integral de seguridad.
- Servicio de transporte interno-externo.
- Servicio de apoyo administrativo, recepción y centralita.

Asimismo, se incluye la explotación de las zonas complementarias de los espacios comerciales autorizados, susceptibles de aprovechamiento diferenciado como son cabinas telefónicas, gestión de teléfono y televisores en habitaciones, parking, locales para uso diversos (sucursal bancaria, peluquería, quiosco de prensa, floristería, mini-cines, regalos, guardería, etc.), máquinas expendedoras y cafetería-restaurante.

Estas zonas complementarias de explotación comercial responderán al principio de unidad de gestión, y revertirán a la Administración, junto con el resto de las instalaciones, una vez finalizada la concesión, que podría exceder los 30 años inicialmente previstos y alcanzar los 40.

Para la Confederación General del Trabajo (CGT), en su Informe de 26 de abril de 2005²⁸, lo que se persigue con esta fórmula constructiva no es otra cosa que

“... la transferencia de los cuantiosos recursos públicos destinados a la sanidad, a la gestión privada de la misma, bajo un discurso populista e interesado que lo disfrace de *políticamente correcto*.”

Una vez constatado el fracaso de las “Fundaciones sanitarias”, “Consortios” y otras ocurrencias, nuestros políticos, en un alarde inusitado de capacitación e imaginación, adoptan otro modelo puesto en marcha por el ultra conservador gobierno Tacheriano en la Gran Breta-

ña en los años 80, y que supuso el colapso de la Sanidad Pública en dicho país.

El nuevo Hospital Puerta de Hierro de Madrid, es la punta de lanza y el necesario Hospital de Burgos, será el segundo “Conejillo de Indias” en los experimentos sobre nuevas formas de gestión sanitaria de nuestros segundones políticos locales y regionales (...).

Las autoridades de la Junta de Castilla y León han optado por la figura de la concesión de obra pública como la fórmula óptima para el desarrollo del proyecto del hospital de Burgos. La estructura concesional por la que se ha optado, así como la naturaleza y el alcance de los servicios transferidos al sector privado, es semejante a los modelos conocidos como Cooperación Público Privada (Public-Private Partnerships / Private Finance Initiatives (PPP/PFI) característicos del Reino Unido. Utilizando como soporte normativo la nueva Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública (...) Esta fórmula consiste en la licitación por parte de las autoridades competentes del diseño, construcción equipamiento, financiación y explotación de los servicios residenciales y complementarios (no los estrictamente de atención sanitaria directa) del nuevo hospital...”

No aparecen, en cambio, entre los argumentos opositores²⁹, motivos sólidos basados en la eventual degradación de garantías y derechos de pacientes y usuarios. Se da la circunstancia, además, de que Castilla y León cuenta con una moderna y ambiciosa Ley sobre Derechos y deberes de las personas en relación con la salud³⁰.

D) En fin, en Andalucía, con Gobierno y mayoría parlamentaria de otro signo, el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía*, de 10 de noviembre de 2006, publicó la Resolución de 29 de septiembre de 2006,

²⁸ Existe un segundo Informe de 30 de septiembre de 2005.

²⁹ También se produjeron manifiestos a favor del modelo concesional; caso del hecho público por la Confederación empresarial de Castilla y León (CECALE), el 15 de mayo de 2005.

³⁰ Ley 8/2003, de 8 de abril.

de la Empresa Pública Hospital Costa del Sol, por la que se acuerda someter a información pública el estudio de viabilidad del expediente de concesión de obras públicas para la ejecución de obras necesarias para la ampliación y reforma de dicho Hospital marbellí, aparcamiento subterráneo, guardería y zonas comerciales, donde, pese a la forma de gestión a través de empresa pública, se prevé la “explotación parcial de las infraestructuras a construir” por parte del concesionario de la obra pública. Explotación parcial de las nuevas edificaciones que no difiere, en principio, de la explotación de obra y servicios no estrictamente sanitarios prevista para los hospitales de la Comunidad de Madrid.

Naturalmente, la concesión de obra pública es figura pacífica para infraestructuras auxiliares de los hospitales. Es el caso, por ejemplo, de la contratación por esta vía de dos aparcamientos en el Hospital de Villajoyosa y en el Hospital Arnau de Vilanova, en la Comunidad Valenciana, recientemente adjudicada por Resolución de la Agencia Valenciana de Salud, de 31 de octubre de 2006³¹

3. FÓRMULA INIDÓNEA O FÓRMULA ALARMANTE

A juicio de LAFARGA i TRAVER y VILLAR ROJAS, “la concesión de obra pública no sirve para gestionar servicios sanitarios públicos; en su caso, la fórmula sería la concesión como modalidad del contrato administrativo de gestión de servicios públicos. El ámbito de aplicación de ese contrato en la sanidad pública se circunscribe a aspectos complementarios, sin incidencia en la prestación de servicios médico-sanitarios”. La cuestión, a nuestro entender, es si para el paciente o usuario, hay prestaciones, información, documentación o garantías donde se entrecruza la gestión sanitaria pública con la auxiliar privada hasta el punto de no poder diferenciar –desde su perspectiva- donde termina aquella y dónde comienza ésta.

Para los autores citados, y partiendo –añadimos- de que no haya una intención más profunda que la declarada en los pliegos contractuales, “la concesión de obra pública sanitaria es una forma nueva de contratar lo mismo. En cualquier hospital público, los servicios no sanitarios, los complementarios, incluso los comerciales, se prestan, cuando no de forma directa, mediante contratos administrativos de servicios –limpieza, catering, vigilancia-, concesiones de bienes de dominio público –cafeterías y locales comerciales-, incluso, en algún caso, concesión de obra pública –aparcamientos-. Los servicios sanitarios, incluso las pruebas diagnósticas, se realizan normalmente por personal y medios públicos (sin perjuicio de conciertos y convenios singulares)”. La concesión de obras públicas buscaría reducir “a un único contrato la prestación de todos esos servicios complementarios y comerciales”, con un único empresario, al que se otorga un largo tiempo de explotación, para que pueda compensar la inversión previa de construir una infraestructura sanitaria con recursos propios, si bien, como precisan estos autores, con garantía pública. Las prestaciones sanitarias quedan, conceptualmente excluidas. LAFARGA i TRAVER y VILLAR ROJAS añaden que, como “la mayor parte de los ingresos proceden del erario público -todos los contratos de servicios-, la excepción sigue siendo lo comercial -cafetería, televisión en las habitaciones-. Por otra parte, vincular el pago con la calidad de la prestación se reconoce en los conciertos sanitarios y, en general, en el contrato administrativo de suministros. Lo que cambia es el plazo de duración del contrato -que excede del contrato de servicios- y, con él, en alguna medida, las condiciones económico-financieras. Este es el sentido de la concesión de obra pública sanitaria”.

La pregunta, en fin, es si esta concesión de obra pública, parcial en cuanto a la extensión gestora, “sirve para imputar suficiente riesgo al concesionario de forma que la Administración logre conciliar las limitaciones presupuestarias con la atención a la demanda de nuevos establecimientos públicos sanitarios. Lo cierto es que, en el supuesto estudiado, la financiación de las obras lo es con

³¹ BOE de 18 de noviembre de 2006.

recursos públicos presupuestarios, sólo que diferidos en cuanto al momento de pago, que son abonados por la Administración concedente como pagador único; y si bien es cierto que su cuantía exacta depende de determinados parámetros, cuyo incumplimiento puede dar lugar a su minoración, lo cierto es que ese nivel de riesgo es mínimo cuando se trata de servicios vinculados con el funcionamiento de un hospital y, por tanto, con un servicio público esencial que parece difícil imaginar pueda ser clausurado (...) El riesgo real se produce cuando la retribución del contratista depende de los pagos de los usuarios, y no es el caso, tampoco podría serlo con el estatuto actual de la sanidad pública”³²

Pero al margen de las cuestiones financieras del contrato y del carácter hipotecable de la concesión³³ o “del derecho de concesión, más exactamente”³⁴, ya que la infraestructura, en cuanto bien demanial, es indisponible³⁵, por lo que no cabe ni gravar, ni trabar embargo, ni enajenar un hospital en régimen de concesión de obra pública, resulta inquietante la posición *dominante* o codecisora, dentro de las instalaciones, de la empresa concesionaria. No nos olvidemos que, en tanto no revierta la infraestructura a la Administración, el concesionario es el único tenedor del derecho “a utilizar los bienes de dominio público de la Administración concedente necesarios para la construcción, modificación, conservación y explotación de la obra pública”³⁶. Aún más: aunque en la motivación administrativa se explicita reiteradamente el acceso gratuito, igualitario y universal de pacientes y usuarios a las prestaciones sanitarias, no debemos olvidar que, entre las reglas

generales de este contrato, está la facultad del concesionario para impedir el uso de la infraestructura a los usuarios que no abonen la tarifa, lo que, aunque no se aplique a servicios estrictamente sanitarios, inviste inequívocamente de autoridad al concesionario. Y es que, no en balde, en este tipo de contratos, el personal de la empresa explotadora, en ausencia de agentes de la autoridad, puede adoptar medidas prohibitivas y coercitivas, gozando sus denuncias de una cierta presunción de veracidad. Así se señala en el artículo 244.2 TRLCAP, de factura muy similar al artículo 29.2 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, en el que se reconoce el carácter de autoridad *eventual* al personal responsable de la concesión de autopistas de peaje.

1. ORGANIZACIÓN DUAL Y DISFUNCIONES DE PERSONAL

La duplicidad de responsables dentro del Hospital –públicos en lo sanitario y privados en lo no estrictamente sanitario- puede, sin duda, acarrear disfunciones al personal. Éste, aunque desarrolle funciones públicas, podría llegar a sentirse intruso en unas instalaciones privadas. Y si –como no ha sido inhabitual en las privatizaciones locales- la externalización de servicios complementarios conlleva una invitación a integrarse en la estructura de la empresa, pueden presentarse quiebras en los derechos laborales adquiridos, por más que pueda aducirse una libertad relativa³⁷ en la toma de la decisión integradora.

Incluso, en el ámbito público sanitario, se han producido situaciones de cambio de status laboral, como consecuencia de las nuevas formas de gestión de los servicios hospitalarios, que han acarreado perjuicios a los interesados. Es el caso que se observa en la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 28 de septiembre de 2005. Dicha decisión desestima el recurso interpuesto por un facultador.

³⁷ La decisión de pasar a la estructura privada puede tomarse simplemente por mantener el mismo puesto o lugar de trabajo.

³² J.L. LAFARGA y TRAVER y F.J. VILLAR ROJAS, Conclusiones a la Mesa Redonda “La concesión de la obra pública sanitaria” en XIV Congreso Derecho y Salud, Zaragoza, 23, 24 y 25 de noviembre de 2005.

³³ Arts. 255 a 258 TRLCAP.

³⁴ Dictamen del Consejo de Estado de 5 de diciembre de 2001, Referencia 3375/2001.

³⁵ Cfr. Patricia VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, *Ejecución y financiación de obras... cit.*, págs. 393 a 396.

³⁶ Art. 242 c) TRLCAP.

tativo especialista en medicina intensiva, frente a la Resolución del Ministerio de Sanidad y Consumo, de 6 de febrero de 2004, por la que se hacen públicas las calificaciones definitivas otorgadas por el Tribunal Central en la fase de selección del proceso extraordinario de consolidación de empleo. En el Fundamento Jurídico Quinto, *in fine*, se señala que

“Así, a pesar de que si bien es cierto que el artículo 111 de la Ley 50/1998, establece que el personal al servicio de las fundaciones públicas sanitarias se regirá, con carácter general, por las normas de carácter estatutario, relativas al personal de Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, el Real Decreto 29/2000, se remite a las normas reguladoras de cada una de las distintas formas de gestión para determinar la naturaleza jurídica de dicho personal, deduciéndose del artículo 19 que en el caso de las fundaciones públicas sanitarias no tiene ese carácter estatutario, por estar establecido en la normativa específica otro tipo de relación jurídica, y entre ellas incluye las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, así como las sociedades estatales y, en su caso, consorcios. Ello con independencia del mantenimiento del carácter estatutario del personal que ya lo fuera en el momento en que los respectivos centros sanitarios se conviertan en fundaciones públicas sanitarias”.

El actor, que había prestado servicios en la Fundación Hospital de Calahorra y como Médico de Urgencias en el País Vasco, había reclamado frente a la puntuación otorgada por el órgano calificador, el cual rechazó la impugnación aduciendo que los servicios prestados en dicha fundación lo fueron con carácter de personal laboral y no sirviendo interinamente plaza estatutaria, así como que los prestados en el País Vasco lo eran en otra área o especialidad (Urgencias). El Tribunal calificador tampoco entendió computables los servicios que se hubieran prestado en la Fundación Hospital de Alcorcón, con contrato laboral, “ya que no se corresponden con los prestados en las categorías de personal estatutario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad So-

cial”. La Audiencia Nacional, en el Fundamento Sexto de su sentencia, desestimatoria, resaltando que

“...de la regulación expuesta se deduce que las fundaciones públicas sanitarias, entre las que se encuentra la Fundación Hospital de Alcorcón, son organismos públicos, adscritos al Instituto Nacional de la Salud, con personalidad jurídica propia, que aparecen diferenciados de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social dependientes del INSALUD, entendiendo como tales las incluidas en la organización de gestión directa contemplada en la Ley General de Sanidad; y el personal a su servicio, como se ha expuesto, no tiene naturaleza estatutaria, sin perjuicio de aquellos que la conserven por tenerla con anterioridad al momento de la conversión en Fundación del centro en que vinieran prestando sus servicios.

En consecuencia, el criterio adoptado por el Tribunal Calificador (...) se ajusta a la normativa vigente, sin que se aprecie la arbitrariedad denunciada por los recurrentes...”

VII. REFLEXIONES ACERCA DE LA EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Otro campo en el que puede darse una involuación con la utilización de fórmulas como la concesión de obra pública, es el de la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario³⁸. Y ello, tras el arduo esfuerzo unificador de fuero, seguido por el legislador entre 1992 y 2003.

Recordemos que, tras la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJy PAC) y en desarrollo de sus artículos 139 y siguientes, el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que aprobó el reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en

³⁸ Por todos, Miriam CUETO PÉREZ, *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1997.

materia de responsabilidad patrimonial, dispuso en su disposición Adicional Primera, que seguirían la tramitación administrativa y contencioso-administrativa, las reclamaciones de

“...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...”

Posteriormente, por si la cobertura reglamentaria era insuficiente, tanto la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), como la reforma operada en la misma fecha por la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), insistieron en que la responsabilidad de las Administraciones, “cualquiera que sea la actividad o el tipo de relación de que derive”, se exigiría ante el orden contencioso “no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social”.

Un año más tarde, la Ley 4/1999, de 13 de enero, modificatoria de la LRJyPAC³⁹, dará nueva redacción a la Disposición Adicional Duodécima, legalizando la redacción reglamentaria y extendiendo la responsabilidad administrativa objetiva a los centros concertados, en los siguientes términos:

“La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o auto-

³⁹ Que, inversamente, supuso un paso atrás en la responsabilidad por funcionamiento *normal* de la Administración (significativamente, la sanitaria, ya que la modificación trae causa de las indemnizaciones por contagio hospitalario del SIDA), al añadirse, en el art. 141.1, que “no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”. Una postura favorable a un cambio de enfoque de la responsabilidad, evitadora de situaciones abusivas ante la Administración, puede encontrarse en la reputada monografía de Oriol MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Thomson-Civitas, Madrid-Cizur Menor, 2000.

nómicos, 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”.

Más recientemente, una nueva modificación de la LOPJ, procedente de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre⁴⁰, aclarará, en relación con la concurrencia de privados y compañías aseguradoras, que los órganos de la Jurisdicción Contenciosa,

“...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”.

La inserción de un privado con facultades de dirección y control de la infraestructura, con atribuciones de autoridad, con capacidad de gestión de múltiples servicios pre o para sanitarios y responsabilidad sobre personal en contacto con usuarios y

⁴⁰ Que también retocará el art. 2 e) LJCA.

pacientes, genera alguna preocupación fundada. Podría decirse que ya existen servicios gestionados indirectamente, pero el modelo concesional supone un cambio tan significativo que bien puede decirse que el continente del hospital y parte del contenido son de incumbencia de la empresa explotadora. Eso no es lo mismo que limitarse a prestar el servicio de catering o recaudar las monedas de los televisores. Y no olvidemos que, por ministerio de la ley, la responsabilidad del concesionario de obra pública es, en principio, privada, ya que, al actuar a riesgo y ventura, debe responder de los daños que se ocasionen a terceros durante la explotación, de acuerdo con los artículos 243 e) y 97 TRLCAP.

No hace falta ser muy imaginativo para figurarse daños a pacientes, desde los originados por una mala praxis higiénica de la lavandería, hasta los derivados de un fallo de servicio en la alimentación dispensada, pasando por una omisión culposa en la seguridad o en la recogida de residuos. Y tampoco es preciso ser muy intuitivo para suponer que los servicios no estrictamente sanitarios pueden incrementarse. ¿Por qué no externalizar los tanatorios o, incluso, la asistencia religiosa para las distintas confesiones?

Un reciente Auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, de fecha 13 de octubre de 2006, ha dirimido un conflicto negativo de competencia⁴¹, atribuyendo a una Sección Civil de la Audiencia Provincial la competencia para enjuiciar la demanda interpuesta por una trabajadora de la empresa de limpieza que presta sus servicios en la Fundación del Hospital del Oriente de Asturias “Francisco Grande Covián”, quien, supuestamente, habría podido sufrir un contagio al pincharse con una aguja infectada, en un quirófano de dicho Hospital. El Fundamento Segundo del

⁴¹ La Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Asturias, estimando un recurso de apelación de la Fundación del Hospital del Oriente de Asturias “Francisco Grande Covián” se había declarado incompetente, en sentencia de 30 de julio de 2004, entendiéndolo competente al orden contencioso-administrativo. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en Auto de 29 de noviembre de 2005, declaró a su vez, la falta de jurisdicción del órgano.

Auto del Supremo sería merecedor de un tratamiento monográfico, impropio de este análisis, pues en el mismo se dice:

“No resulta aplicable la disposición en que se ampara la Audiencia Provincial de Oviedo⁴², ya [que] los hechos debatidos, según se infiere del análisis de los escritos incorporados a las actuaciones del conflicto, no tienen relación alguna con la asistencia sanitaria pública concertada, ni aparece demandada una Administración Pública, lo que no se discute.

En efecto, la actora se dirige frente a una entidad benéfico-privada, titular del Hospital “Francisco Grande Covián” y contra una enfermera del Centro, ejercitando acciones derivadas de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, no por una deficiente atención sanitaria, sino por las lesiones sufridas cuando trabajaba como limpiadora en las instalaciones del Hospital, por lo que no cabe hablar de responsabilidad derivada de la prestación de asistencia sanitaria pública concertada.

Por otra parte, en ningún momento se demandó a una Administración Pública, que justificaría la intervención de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, como consecuencia de lo que establece el art. 2 e) de la actual LJCA y el art. 9.4 LOPJ, que sólo atribuyen la competencia a dicho orden jurisdiccional cuando se demande a una Administración Pública para exigirle la correspondiente responsabilidad patrimonial, bien sola, o bien conjunta con un sujeto privado que hubiera concurrido a la producción del daño”.

Al margen del escaso conocimiento evidenciado de lo que es la Fundación del Hospital del Oriente de Asturias, centro comarcal del que baste decir que

⁴² La Audiencia Provincial había invocado la Disposición adicional duodécima de la LRJyPAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, en relación con la nueva redacción de la LJCA, dada por Ley orgánica 19/2003, de 23 de diciembre y con la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud. Un *corpus* ciertamente completo.

su correo electrónico y su dirección de selección de personal son los del Servicio de Salud del Principado de Asturias, parece pertinente resaltar que, para esta Sala Especial del Tribunal Supremo, la responsabilidad administrativa en el ámbito hospitalario sólo se produce “por una deficiente atención sanitaria”, lo que viene a contradecir la expresión “normal o anormal funcionamiento de los servicios públicos”, desmochando así la objetividad de la responsabilidad y volviendo a la concepción culposa o negligente. Todo un avance jurisprudencial. Pero es que, además, como hemos visto, nuestras leyes hablan de daños causados “por o con ocasión” de la asistencia hospitalaria y “cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive”. Parece claro, que agujas infectadas por su aplicación a un paciente seropositivo no se encuentran en tiendas de moda, en concesionarios de coches o en hipermercados. Lo normal –casi podríamos hablar de un giro o tráfico peculiar– es que se hallen en lugares como un quirófano y que el eventual contagio se produzca como efecto indeseado de la asistencia a un tercero. Algo perfectamente encajable en la regulación vigente de la responsabilidad patrimonial administrativa. Por tanto, si el Tribunal Supremo entiende que los potenciales daños a la limpiadora de una contrata no son administrativos, ¿qué va a decir cuando los daños sean infligidos por la empresa a un usuario, al prestarle servicios pre o parasanitarios? Se impondrá, obviamente, un doble sistema de responsabilidad que es, justamente, lo que intentó desterrar durante más de una década el legislador.

Porque el futuro, si la privatización sigue avanzando, nos deparará no ya unos servicios aislados y accesorios, en régimen de concesión, dentro de un Hospital de la Administración, sino una empresa o holding, explotadora de una macro infraestructura, en la que se alojarán servicios sanitarios públicos casi en régimen de inquilinato. Y sin que sea descartable, bordeando la legislación básica, si es que ésta directamente no cambia, que los concesionarios de obra pública puedan gestionar en el futuro servicios sanitarios no incluidos en la cartera preceptiva de prestaciones. Ello supondría el certificado defi-

nitivo de la coexistencia de dos realidades dentro de un mismo recinto. Y también, quizá, de dos tipos de usuarios o pacientes.

VIII. APUNTE FINAL

Como ejercicio especulativo seguramente estéril, ya que la legislación española acoge sin reservas la concepción subjetiva o estatutaria de las Administraciones y su Derecho peculiar⁴³, se podría reflexionar acerca del carácter más tuitivo e igualador de una concepción funcional de lo que es *Administración*, con independencia de quién gestionara esas actividades características⁴⁴ (entidades públicas en sentido estricto, órganos constitucionales o, en fin, contratistas y concesionarios públicos). Ello quizá abocara a dar, de forma más favorable a pacientes y usuarios, un sentido distinto al mandato del artículo 149.1.18ª de la Constitución española, referido a la garantía de “un tratamiento común” ante las diversas Administraciones Públicas. Visión más objetiva de la *Administración*, de la que podría colegirse que ese derecho se extiende, en lo sustancial, a las diversas formas de administrar o, si se prefiere, a las distintas modalidades de gestión. Pero es casi seguro que el constituyente de 1978 no se figuraba, ni remotamente, la ingeniería jurídico-contractual que iba a desplegarse al cuarto de siglo de su promulgación.

⁴³ Art. 3.4 de la LRJyPAC, que señala que “cada una de las Administraciones públicas actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única”, construcción elaborada por GARCÍA DE ENTERRÍA en 1960.

⁴⁴ Ciertamente difusas y variables en el tiempo y en el espacio.