

RESPONSABILIDAD EN LA GESTIÓN DIRECTA. ESPECIAL REFERENCIA A LAS NUEVAS FÓRMULAS DE GESTIÓN: FUNDACIONES ⁽¹⁾

Francisco José Villar Rojas

Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de La Laguna,
Vocal de la Junta Directiva de la Asociación Juristas de la Salud

1. INTRODUCCION: EL CONFLICTO

A lo largo de 1999, tres hechos dañosos acaecidos en centros sanitarios públicos merecieron una especial atención: a) el caso del aspergillus que contaminó el sistema de ventilación de los quirófanos de uno de los hospitales de Vigo, cedidos a MEDTEC, sociedad anónima constituida por el Servicio Gallego de Salud para la prestación de servicios de alta tecnología médica; b) el fallo del sistema de oxigenación/gas anestésico del T AC del Hospital "Consorti Sanitario de Mataró" (consorcio administrativo constituido por el Servicio Catalán de la Salud, el Ayuntamiento de Mataró, Consejo Comarcal Mataró), en el que, lo singular, era que el control de calidad de la obra había sido contratado con una empresa privada; y c) la caída de parte de la fachada del Hospital de Valdecilla de Santander, causando la muerte de cuatro personas, en este caso, un establecimiento sanitario perteneciente a la red hospitalaria del Instituto Nacional de la Salud.

En los tres casos, los daños se produjeron en hospitales públicos, si bien cada uno de ellos con una configuración jurídica diferente. En uno se trataba de un centro hospitalario que es parte de la red del Instituto Nacional de la Salud. En los otros dos, los establecimientos cuen-

tan con personalidad jurídica propia, pública en el caso del consorcio sanitario catalán y privada en el supuesto de la sociedad anónima gallega, sin perjuicio de su vinculación con dos entidades de derecho público, el Servicio Catalán de la Salud y el Servicio Gallego de Salud. Los tres sirven de referencia y acotación de la cuestión que centra las páginas que siguen: determinar si el estatuto jurídico del centro sanitario condiciona el régimen de responsabilidad aplicable a los daños que en el mismo se produzcan.

Para dar una respuesta es preciso analizar dos grandes temas: de una parte, las distintas modalidades de gestión directa de la asistencia sanitaria pública, con especial atención a las diferencias de régimen jurídico; de otra, dando por supuesta la concurrencia de los elementos fácticos de la responsabilidad (daño efectivo, actividad de servicio público y nexo causal entre ambos), estudiar a quién impone el ordenamiento jurídico el deber de reparar esos daños (al causante, a un tercero, de forma directa, con carácter subsidiario) y qué clase de responsabilidad es exigible en cada caso (objetiva, subjetiva).

2. GESTIÓN DIRECTA DE LA ASISTENCIA SANITARIA PUBLICA

2.1. Gestión directa versus gestión indirecta

Lo que sea gestión directa puede deducirse de la Ley 15/1997, de 25 de abril, de habilitación de nuevas formas

¹ Texto de la ponencia presentada por el autor en el VIII Congreso Derecho y Salud, "Nuevas perspectivas de la responsabilidad", celebrado en Santiago de Compostela, del 10 al 12 de noviembre de 1999. Se mantiene la estructura original, si bien se han sustituido las referencias al anteproyecto de reglamento de nuevas formas de gestión por las correspondientes del texto definitivo, aprobado por el R.D. 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud, y se han añadido las referencias bibliográficas fundamentales.

de gestión del Sistema Nacional de Salud, aun cuando sus términos resultan algo confusos².

En efecto, en su artículo único se diferencian las nuevas formas de gestión en dos grupos: 1) la gestión de los centros sanitarios "*directamente o indirectamente a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en derecho*", y 2) la prestación "*mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas, en los términos previstos en la Ley General de Sanidad*". La confusión es notoria: la gestión mediante entidades de naturaleza o titularidad pública nunca es gestión indirecta, el que se suscriban convenios a tal efecto no altera un ápice esa afirmación, salvo cuando su titularidad es de una Administración distinta de la que contrata. La lectura de los art. 155.2 y 3.c y d de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas es concluyente. La reciente modificación del citado art. 155.2 aun más (Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la citada Ley de Contratos). Por otra parte, no todos los acuerdos y convenios son gestión indirecta. No lo son los contratos-programas, ni los convenios de gestión ("*mercado interno*"), ni los programas de gestión convenida entre los centros sanitarios públicos y las autoridades sanitarias de las que dependen.

No obstante, en esa disposición es posible encontrar el criterio para diferenciar los modos de gestión directa e indirecta. En el segundo párrafo del número primero del citado artículo se alude a si los centros, servicios o establecimientos se atienden "*con medios propios*" (gestión directa), o si lo es con medios ajenos (gestión indirecta, que explica la llamada a la Ley General de Sanidad, a los fundamentos de los convenios singulares y los conciertos). En la exposición de motivos de la ley se emplea el mismo criterio: "*gestión a través de entes interpuestos*" y "*gestión de los servicios a través de medios ajenos*"³. Este es el criterio: la titularidad de los medios con los cuales se presta el servicio. En consecuencia, gestión

² Esta ley trae causa del R.D. Ley 10/1996. Su contenido fue analizado por Pemán Gavín, I., "*Hacia nuevas formas de gestión de los servicios sanitarios (Real Decreto Ley 10/1996, de 17 de junio)*", en obra colectiva, *Reforma y liberalización económica*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 320 a 330. Sobre la Ley 15/1997, Villar Rojas, F.I., "*La Ley de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud*:"

³ La distinción entre gestión directa e indirecta de los servicios públicos se recoge, de modo didáctico, en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de 1955; norma que sigue siendo la más completa para explicar las distintas modalidades de prestación. Para su análisis es imprescindible el trabajo de Albi Cholíbi, F., *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Aguilar, Madrid, 1960. Más reciente, Sosa Wagner, F., *La gestión de los servicios públicos locales*, 3. ed., Civitas, Madrid, 1997.

directa es la prestación del servicio público con medios (materiales y personales) propios, de la titularidad de la Administración sanitaria. Es gestión directa, por tanto, la prestación de la asistencia sanitaria en cualesquiera centros, servicios y establecimientos de titularidad de la Administración Pública competente, sean las clásicas instituciones sanitarias de la Seguridad Social, sea cualesquiera de las nuevas empresas públicas sanitarias.

Ahora bien, la conclusión alcanzada no supone, además, que esos centros y servicios sean equiparables con un órgano administrativo ordinario (salvo a efectos de su naturaleza jurídica). Esas instituciones sanitarias siempre merecieron la calificación de establecimiento público, una categoría bien distinta del clásico órgano administrativo. Como es sabido, establecimiento público es una unidad orgánica, con o sin personalidad jurídica, dotada de medios materiales, personales y técnicos para la realización de una actividad prestacional en favor de los particulares en cumplimiento de un fin público determinado, que cuenta con cierto grado de autonomía de gestión frente a la autoridad competente en razón al carácter técnico y material de su actividad⁴. Es el caso de los hospitales, pero también de los colegios e institutos de enseñanza pública, de los cementerios, de los teatros o de los museos. La lectura de la Orden de 7 de julio de 1972, por la que se aprueba el Reglamento General para el Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, es la mejor prueba de esta doble afirmación: del carácter de establecimiento público de los hospitales, ambulatorios y demás centros sanitarios, y del grado de autonomía en la gestión de que disponían, en especial en materia de gestión presupuestaria y de contratación. En el caso de la autonomía de gestión de los hospitales, el art. 4 del R.D. 521/1987, de 15 de abril, que aprueba el Reglamento sobre estructura, organización y funcionamiento de los hospitales gestionados por el Instituto Nacional de la Salud, es elocuente: "*Se instrumentarán las fórmulas administrativas precisas tendentes a proporcionar al hospital la mayor autonomía en la gestión y utilización de los recursos*"; sin que para ello pareciera necesario otorgarles personalidad jurídica diferenciada.

⁴ Sobre el concepto de establecimiento público, por todos, Gallego Anabitarte, A., "*De los establecimientos públicos y otras personas jurídico públicas en España*", estudio preliminar al libro de Jiménez de Cisneros Cid, F.J., *Los organismos autónomos en el Derecho Público español: tipología y régimen jurídico*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1986, págs. IX a XL, la definición en pág. XXXVIII.

Siendo así, siendo las instituciones sanitarias establecimientos públicos no personificados, pero dotados de autonomía de gestión, la Ley 15/1997 de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud supone, tan sólo, abrir las puertas de un cambio cuantitativo, no cualitativo: permitir que los establecimientos sanitarios se conviertan u organicen como "*entes interpuestos dotados de personalidad jurídica, tales como empresas públicas, consorcios o fundaciones*", como dice la exposición de motivos de esa ley, con el fin de dotarlos de una mayor autonomía de gestión frente a la que, tradicionalmente, ya tenían. Con todo, si en algún aspecto es relevante la personificación es en materia de responsabilidad. En efecto, la personalidad jurídica convierte a esos establecimientos en centros de imputación de derechos y de obligaciones y, por tanto, en sujetos obligados a responder de los daños que puedan causar a terceros; otra cosa es que el ordenamiento pueda trasladar esa responsabilidad a un sujeto diferente por las razones que sean. El desarrollo de esta cuestión queda para la segunda parte de este trabajo.

Acudir a modos de gestión directa descentralizados (descentralización funcional)⁵ no es nuevo en el ámbito de la sanidad pública. En realidad con la Ley 15/1997 puede hablarse de la segunda ola de descentralización en la organización sanitaria. No puede olvidarse que la gestión de la asistencia sanitaria, inicialmente como prestación técnica o material de la Seguridad Social, siempre lo fue bajo esa fórmula. Por diversas razones, la ordenación y prestación de la asistencia sanitaria pública nunca fue realizada por la Administración territorial; por el contrario, desde su primera regulación, esas funciones fueron encomendadas a una entidad pública instrumental. El Instituto Nacional de Previsión, primero, el Instituto Nacional de la Salud, después, los Servicios autonómicos de Salud, en nuestros días (con la excepción de Valencia), son entidades dotadas de personalidad y patrimonio propio, sujetas a un régimen jurídico "ad hoc". Que del modelo de organismo autónomo clásico (el Instituto Nacional de la Salud, el Servicio Gallego de salud o el Servicio Canario de Salud) se hayan dado pasos hacia los entes de derecho público, que someten parte de su actividad al derecho privado (el Servicio Catalán de la Salud o el servicio Vasco de Salud) es un cambio menor. El modelo organizativo sigue siendo el establecimiento público personificado y dotado de autonomía funcional, patrimo-

⁵ Sobre este fenómeno, sigue siendo referencia obligada, Garrido Falla, F., *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1950, en especial págs. 105 a 175.

nial y financiera, del que dependen los centros, servicios y establecimientos sanitarios en los que se presta la asistencia a los ciudadanos. Como se ha dicho, la Ley 15/1997 y las normas que la desarrollan vienen a permitir que estos centros, servicios y establecimientos puedan contar con personalidad jurídica y patrimonio propio.

2.2. Apunte sobre las viejas y las nuevas fórmulas de gestión

a) El régimen general de entidades públicas instrumentales

Con carácter general, la gestión directa descentralizada, esto es, la creación de entidades públicas con personalidad jurídica propia distinta de la Administración territorial matriz, puede presentarse atendiendo al tipo de personalidad jurídica, pública o privada, siguiendo en este punto la legislación estatal (la Ley 6/1997, de 16 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y el R.D. Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, texto refundido de la Ley General Presupuestaria)⁶.

Con personalidad jurídica pública, la Ley 6/1997 regula los organismos públicos (art. 41 a 65). Se trata de entidades que tienen personalidad jurídica pública, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión. Dentro de su esfera de competencia, les corresponden las potestades administrativas precisas para el cumplimiento de sus fines, en los términos de sus estatutos, excepto la expropiatoria. Por contar con potestades administrativas y disponer de los privilegios propios de las Administraciones Públicas, su creación debe hacerse por Ley. Su régimen jurídico y funcional se delimitará en sus Estatutos y en el Plan inicial de actuación. Su alteración o modificación debe ser por Ley cuanto afecte a sus fines generales. De acuerdo con esta Ley, estos organismos son de dos clases: los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales (art. 43).

Los organismos autónomos son organismos públicos a los que se encomienda, en ejecución de programas

⁶). Para un estudio detallado del estatuto de los organismos públicos en la Ley 6/1997, véase Jiménez de Cisneros Cid, F. J. , "*Organización instrumental pública en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado*", en obra colectiva, *Estudios sobre la Ley de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado*, Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 1999, págs. 153 a 186. Sobre el régimen anterior, el de la Ley General Presupuestaria, del mismo autor, *Los organismos autónomos en el Derecho Público español: tipología y régimen jurídico*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1986. Entre ambos, los trabajos recogidos en el libro homenaje a F. Clavero Arévalo, *Administración Instrumental*, Civitas e Instituto García Oviedo, Madrid, 1994, 2 vols.

específicos de la actividad de un Ministerio, la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos. Se rigen por el Derecho Administrativo. Su personal será funcionario o laboral. Podrán tener adscritos bienes de dominio público y, al tiempo, contar con un patrimonio propio. En materia de contratación se sujetan a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Su régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad y de control financiero, es el establecido en la Ley General Presupuestaria (el aplicable tradicionalmente a los organismos autónomos administrativos). Sus recursos económicos proceden fundamentalmente de las consignaciones específicas fijadas en los Presupuestos Generales, aunque pueden percibir ingresos por sus actividades (art. 45 a 52, y 65.1 Ley 6/1997).

Las entidades públicas empresariales son organismos a los que se les encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación. Se rigen por el derecho privado, salvo en la toma de decisiones, en el ejercicio de potestades administrativas, y en aquellos aspectos que específicamente establezca su ley de creación, sus estatutos o la legislación presupuestaria. Su personal se rige por el derecho laboral. Además de patrimonio propio pueden tener un bienes adscritos por la Administración matriz. Se someten a las previsiones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, salvo aquellas a las que resulte de aplicación la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, de contratación en los sectores excluidos. Su régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero es el previsto en la legislación presupuestaria (el vigente para las entidades de derecho público). Sus recursos económicos proceden de sus bienes y derechos, sin que puedan recibir recursos de los presupuestos generales ni transferencias corrientes o de capital de Administraciones Públicas (art. 53 a 60, y 65.2 Ley 6/1997). La razón es simple: estas entidades se rigen por el principio de autofinanciación (de ahí que desempeñen actividades susceptibles de contraprestación)⁷.

⁷ Es casi imposible diferenciar los organismos autónomos de las entidades públicas empresariales en razón de su objeto legal. Se ha dicho que unos atienden servicios públicos y los segundos sólo servicios (Jiménez de Cisneros, ob. cit. pág. 170 y 171); pero esta distinción no es pacífica (los llamados servicios son los usos de bienes de dominio público). El criterio menos discutible es que, con carácter general, los organismos autónomos precisan financiación de los presupuestos generales por el tipo de actividad que realizan, mientras que las entidades públicas empresariales, también como principio general, se rigen por el principio

Con personalidad jurídico-pública, también deben mencionarse los consorcios administrativos. Como es sabido, el consorcio es una corporación interadministrativa, asociación de administraciones públicas para la gestión conjunta de servicios o competencias concurrentes, dotado de personalidad jurídica propia, que actúa en régimen de derecho administrativo y que puede constituir entes interpuestos para la gestión efectiva de las funciones que se le encomienden. Su regulación básica se contiene en el art. 6.5 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común⁸. Lo decisivo es que todo consorcio es Administración Pública en tanto que entidad instrumental vinculada o dependiente de una Administración territorial (art. 2.2 de la citada Ley 30/1992) y, en consecuencia, un modo de gestión directa de asuntos públicos.

En cuanto a entidades con personalidad jurídico privada, dos deben ser mencionadas: las sociedades públicas y las fundaciones de iniciativa pública.

Las sociedades públicas son sociedades mercantiles cuyo capital pertenece, en todo o en parte, de forma directa o indirecta, a una Administración Pública (art. 6.1.a de la Ley General Presupuestaria)⁹. De personalidad jurídico-privada, su creación (extinción o pérdida de la posición mayoritaria) precisa acuerdo del Consejo de Ministros (art. 6.3 de la Ley General Presupuestaria). Estas entidades se rigen íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el derecho civil, mercantil y laboral, sin perjuicio de las previsiones expresas en materia presupuestaria, contables, control-financiero y de contratación de la legislación presupuestaria (art. 6.2 de la Ley General Presupuestaria). En ningún caso pueden disponer de facultades que impliquen ejercicio de autoridad pública (disposición adicional duodécima de la Ley 6/1997).

de autofinanciación, en la medida que sus actividades generan recursos suficientes para sufragar su funcionamiento. Pero, aun así, es también cuestionable en la medida que, por importante que sea, la financiación es instrumental, vinculada a la decisión del legislador de financiar un servicio o actividad pública con impuestos o con aportaciones de los usuarios; y que, si se trata de actividades de mercado, no tiene sentido adoptar una forma jurídico-pública y los privilegios que la misma comporta.

⁸ Para profundizar en esta figura, el libro de Nieto, E., *El consorcio administrativo*, Cedecs, Barcelona, 1997, págs. 97 al final, y la bibliografía que recoge.

⁹ En tomo a esta figura, el trabajo de Alonso Ureba, A., *La empresa pública*, Montecorvo, Madrid, 1985, págs. 297 y ss., y Montoya Martín, E., *Las empresas públicas sometidas al Derecho Privado*, Marcial Pons, Madrid, 1996, en especial las referencias a esta clase de sociedad estatal en págs. 239 a 297.

Las fundaciones de iniciativa pública son aquellas constituidas por persona jurídico-pública al amparo de la capacidad reconocida expresamente a esos sujetos por el art. 6.4 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general. Se trata de una entidad sin ánimo de lucro que, por voluntad de una Administración Pública, tienen afectado su patrimonio a un fin de interés general. El que su constitución pueda realizarlo un sujeto público no cambia un ápice su estatuto jurídico. El patrimonio tiene que ser adecuado y suficiente para la realización de los fines fundacionales. Los fines fundacionales, fijados en el acto fundacional, son inamovibles, salvo supuestos tasados. Una vez constituida, la fundación tiene personalidad propia, distinta del fundador, del que se separa a todos los efectos. El control del cumplimiento de los fines fundacionales, por ser de interés general, corresponde a la Administración Pública a través del Protectorado de Fundaciones (normalmente, ejercido por la Administración de Justicia). En tanto que persona jurídico-privada, su funcionamiento y actividad se somete al Derecho Privado, en particular en materia de contratación, patrimonio, gestión económica, sin perjuicio de las competencias del protectorado¹⁰.

Junto a las dos anotadas deben situarse las cooperativas sanitarias. La Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, regula esta clase de cooperativas. Su constitución puede ser por iniciativa de prestadores o proveedores de asistencia sanitaria, profesionales sanitarios, e incluso usuarios. Lo singular es que la Ley admite expresamente que una persona pública pueda ser socio cooperativo (art. 102). De constituirse, el estatuto de estas cooperativas estará formado por esa ley y por el ordenamiento privado. De este modo queda abierta la posibilidad de que se constituyan cooperativas de profesionales sanitarios, a imagen de las que ya existen en Cataluña para la gestión de servicios de atención primaria¹¹.

¹⁰ Sobre las fundaciones constituidas al amparo del art. 6.4 de la Ley 30/1994, los trabajos de Piñar Mañas, J.L., "Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones", Revista Española de Derecho Administrativo, 97, 1998, págs. 37 a 63 y, más reciente, Bermejo Latre, J.L. y Mir Puigpelat, O., "Algunas notas sobre las primeras experiencias en la regulación de las fundaciones de iniciativa pública", en la misma revista, 104, 1999, págs. 575 a 593. Sobre la Ley 30/1994, Cabra de Luna, M.A., *El tercer sector y las fundaciones en España. Hacia el nuevo milenio*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1998, en especial 331 a 588, y Ruiz Ojeda, A. (coord.), *Manual de Fundaciones*, Forum Galicia de Estudios Sociales y Civitas, Madrid, 1999, 461 págs.

¹¹ La primera referencia legal a esta figura aparece en la disposición adicional 10ª de la Ley de Ordenación Sanitaria de Cataluña. El Decreto 309/1997, de 9 de diciembre, que regula la acreditación de esas entidades y la forma jurídica que pueden adoptar, menciona la cooperativa junto a la sociedad anónima, la sociedad de responsabilidad limitada y

b) Las "nuevas formas de gestión" en la asistencia sanitaria pública

En el modelo de organización clásico, el que hace suyo la Ley General de Sanidad, los centros y servicios sanitarios (los hospitales, los ambulatorios, los centros de salud y los consultorios) son órganos de esa entidad pública, si bien en el caso de los hospitales debe hablarse de órganos con gestión diferenciada (establecimientos públicos no personificados) en la medida que cuentan con partida presupuestaria propia, cierta capacidad de contratación, gestión propia (mediante Gerente o Administrador), aunque carecen de personalidad, de patrimonio y de caja propia (en este sentido la Ley 37/1962, de 21 de junio, de Hospitales, el R.D. 521/1987, de 15 de abril, y la Orden de 7 de julio de 1972). Su régimen jurídico es público: suma de normas administrativas generales sobre toma de decisiones, contratación, impugnación y revisión de actos y acuerdos, y de normas de seguridad social sobre personal, patrimonio, gestión económico-financiera, presupuesto (disposición adicional 6ª de la Ley 6/1997). Este es el régimen tradicional y el más extendido en la organización de los centros, servicios y establecimientos sanitarios.

Como ya se destacó, la Ley 15/1997 abre las puertas a la conversión de esos centros y servicios sanitarios en entidades con personalidad jurídica propia ya la constitución de los de nueva creación como entes públicos interpuestos¹². Por razones que exceden del objeto de este trabajo, el cuadro de entidades públicas instrumentales antes expuesto parece haber sido insuficiente para desarrollar las previsiones de la citada Ley. El singular estatuto de las fundaciones de iniciativa pública Hospitales de Manacor y Alcorcón¹³, el art. 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, creando las fundaciones públicas

la sociedad laboral. En una línea parecida, el Plan Estratégico del Instituto Nacional de la Salud menciona las sociedades médicas.

¹² La Ley 15/1997 nada innova, tan sólo generaliza formas de gestión ya empleadas con anterioridad a su aprobación por distintas Comunidades Autónomas. A modo de ejemplo, es el caso en Galicia de las entidades instrumentales: Fundación Centro de Transfusión de Galicia, Fundación Hospital de Verín y Medtec, S.A.; en Cataluña, de las empresas: Instituto de Diagnóstico por la Imagen, los Consorcios Sanitarios de Mataró, Barcelona y Hospitalario de Cataluña, y la sociedad Sistemas de Emergencias Médicas, S.A.; en Andalucía, de las entidades públicas: Hospital Costa del Sol y Hospital Alto Guadalquivir, y Emergencias Sanitarias; y en Canarias, de la empresa Gestión de Emergencias Sanitarias, S.A. y el Consorcio Hospitalario de Tenerife.

¹³ Recogido en la Resolución de 21 de enero de 1997, de la Secretaría General del Ministerio de Sanidad, que dio publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de noviembre de 1996, por el que se autorizó al Instituto Nacional de la Salud a constituir dos fundaciones al amparo de la disposición final única del R.D. Ley 10/1996, de 17 de junio (B.O.E., 32, de 6 de febrero de 1997).

sanitarias (un organismo público nuevo), y el R.D. 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud, son la mejor prueba.

En cuanto a entes con personalidad jurídico pública, el legislador crea un nuevo organismo público: las fundaciones públicas sanitarias.

Estas entidades, ni son fundaciones privadas de iniciativa pública (del art. 6.4 de la Ley 30/1994), ni son organismos autónomos, ni son entidades públicas empresariales (de la Ley 6/1997). De acuerdo con el citado art. 111 de la Ley 50/1998, y los art. 62 a 74 del R.D. 29/2000, las fundaciones públicas sanitarias son organismos públicos, por tanto con personalidad jurídico pública. Su constitución, modificación y extinción serán aprobados por Acuerdo de Consejo de Ministros (a imagen de las sociedades estatales), no es precisa una Ley. El plan inicial de actuación no será aprobado por el Ministro, sino por el Presidente del Instituto Nacional de la Salud. Su personal tendrá carácter estatutario, sin que ello impida la incorporación de personal funcionario o laboral. El régimen de contratación se somete a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Dispondrán de bienes propios, y en régimen de adscripción bienes de la Administración General del Estado y de la Tesorería de la Seguridad Social, objeto de administración ordinaria. Sus recursos económicos podrán provenir de las mismas fuentes que los de los organismos autónomos (por tanto, se admiten consignaciones en los presupuestos y transferencias corrientes y de capital). En cambio su régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad e intervención, será el aplicable a las entidades públicas empresariales. El régimen jurídico de éstas últimas les será de aplicación con carácter supletorio.

De este régimen "*ad hoc*" debe destacarse lo siguiente: 1) estos organismos públicos son una mezcla del estatuto de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales, de estas últimas se separan por no sujetarse al principio de autofinanciación, en cambio se someten al derecho privado como ellas a diferencia de los organismos autónomos; por su modo de creación (acuerdo del Gobierno) parecen ser sociedades estatales; 2) siendo organismos públicos, cualquiera que sea su modalidad exacta, su creación debe hacerse por ley, así resulta del art. 103.2 CE y de las SS.TC. 14 y 60/1986, el por qué se encuentra en el carácter público de su personalidad y, lo que es más importante, en la titularidad de potestades y privilegios administrativos, exorbitantes de derecho común (basta pensar en que sus bienes son

inembargables ¿o son embargables?)¹⁴; 3) siendo organismos públicos, su actividad contractual queda sujeta en su totalidad a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no sólo por razones subjetivas, sino sobre todo objetivas, la gestión de un servicio público (art. 1,5 y 7)¹⁵.

La segunda entidad instrumental jurídico-pública son los consorcios. Aparecen regulados en los art. 46 a 52 del R.D. 29/2000. Se trata de una modalidad reconocida expresamente en algunas leyes autonómicas de ordenación sanitaria (Cataluña, Canarias), que no lo está en el ámbito del Instituto Nacional de la Salud. No obstante, la cobertura puede encontrarse en el art. 6.1 y 5 de la Ley 30/1992 (en la redacción que le dio la Ley 4/1999, de 13 de enero), al menos para los convenios con las Comunidades Autónomas y con las entidades locales; en cambio, la incorporación de entidades privadas sin ánimo de lucro carece de referente en la citada Ley (art. 46.1.c del R.D. 29/2000). En todo caso, a falta de otro desarrollo legal, la regulación del citado reglamento viene a completar el estatuto de esta modalidad de gestión con sujeción al ordenamiento administrativo.

En cuanto a formas jurídicas privadas, el reglamento se refiere a las dos clases más atrás reseñadas: las fundaciones de iniciativa pública y las sociedades estatales, a las que tampoco parece ser suficiente la regulación común.

En cuanto a las fundaciones constituidas al amparo del art. 6.4 de la Ley 30/1994 (art. 38 a 45 del R.D. 29/2000) se reconoce capacidad para fundar al Instituto

¹⁴ Se ha dicho que esta deslegalización es necesaria ante el elevado número de hospitales que pueden ser objeto de transformación; incluso que es la Única forma de que sea "voluntaria" la conversión (disposición adicional 5ª y 6ª del R.D. 29/2000). Pero no puede olvidarse que un problema análogo, la constitución de las autoridades portuarias, fue resuelto sin eliminar esa garantía. Basta leer la disposición final primera de la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, de creación de las autoridades portuarias.

¹⁵ Los términos empleados en el art. 111 de la Ley 50/1998: "*respetará, en todo caso, los principios de publicidad y libre concurrencia y se regirá por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas*", parecen responder a una cierta dificultad en sujetar la contratación de estos organismos a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas; aunque no existe duda al respecto. En todo caso, si la contratación de los hospitales encajara mal con la contratación administrativa, siempre podría pensarse en una ley que sustituyera los contratos administrativos por contratos privados, a imagen de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, de contratación en los sectores excluidos. Pero siempre con sujeción a los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y objetividad en la preparación y adjudicación del contrato, limitándose lo privado a la ejecución y extinción del contrato. En ningún caso sería válida la contratación directa, sin más, por contraria a la Constitución y al derecho comunitario europeo.

Nacional de la Salud, si bien previa autorización del Gobierno. Asimismo, define las sociedades estatales como aquellas sociedades -se supone que mercantiles- en cuyo capital sea mayoritaria o única la participación del Instituto Nacional de la Salud, constituidas para la gestión y administración de centros sanitarios (art. 54 a 61 del R.D. 29/2000). En los dos casos, la actividad contractual se somete al derecho civil y mercantil, si bien con sujeción a los principios de publicidad y concurrencia, y su personal tendrá régimen laboral. En ambos supuestos, esta disposición administrativa general dista mucho del ámbito competencial del reglamento al invadir materias sujetas a reserva de ley y quebrar el principio de jerarquía normativa al regular aspectos ordenados por leyes vigentes (sobre fundaciones y sobre sociedades estatales). Las críticas que han recibido los Hospitales de Alcorcón y Manacor son buena prueba. Las prerrogativas de dirección y control que se reservan las autoridades sanitarias sobre las actividades de esas fundaciones, en particular para interpretar y modificar los fines fundacionales, la inexistencia de patrimonio dotacional propio (los bienes de la seguridad social tan sólo pueden ser objeto de administración ordinaria), la falta de proporción entre patrimonio y actividad desplegada, entre otras razones, suponen la infracción de la legislación sobre fundaciones sin que este reglamento tenga el rango suficiente para salvar esos vicios¹⁶.

c) *Autonomía de gestión versus relación de instrumentalidad*

En principio, de acuerdo con las disposiciones enunciadas y, sobre todo, con las explicaciones que las acompañan, cada uno de los entes que se creen dispondrá de "autonomía para la gestión" (art. 12 del R.D. 29/2000). Sin embargo, su contenido es impreciso, en el mejor de los casos, limitado a aspectos internos ya una cierta descentralización de competencias en materia de contratación o de gestión patrimonial. No otra cosa cabe concluir de las siguientes previsiones reglamentarias: 1) esos entes deben ajustar su actividad a lo establecido por la normativa sobre nuevas formas de gestión, "*a los criterios de planificación que se elaboren con carácter general, por el Instituto Nacional de la Salud*" (art. 4) y a "*las disposiciones y criterios generales que dicte*" sobre estructura organizativa, planes de calidad del centro, normas inter-

nas de funcionamiento, gestión de recursos económicos, gestión de tesorería y patrimonio, recursos humanos (art. 12.1 del R.D. 29/2000); 2) las prestaciones sanitarias que deben realizar, los objetivos y actividades, y los recursos que pueden emplear, serán fijados por el Instituto Nacional de la Salud (art. 4.2 del R.D. 29/2000); 3) es competencia de la entidad gestora el control de gestión y funcionamiento de estas entidades instrumentales (art. 13 del R.D. 29/2000); 4) los miembros sus órganos de gobierno, en el caso de las fundaciones y de las fundaciones públicas sanitarias, son nombrados y cesados por el Presidente del Instituto Nacional de la Salud, en los demás casos, los Estatutos que apruebe el Gobierno lo establecerán (art. 23 a 25 del R.D. 29/2000); 5) es cierto que pueden disponer de un patrimonio propio, pero las adquisiciones y enajenaciones de bienes inmuebles requerirán el previo informe favorable de la Presidencia ejecutiva del Instituto Nacional de la Salud (art. 16 del R.D. 29/2000); 6) los centros facilitarán toda la información económica que se les requiera en orden al ejercicio del control sobre su gestión (art. 17.1 del R.D. 29/2000); 7) el Instituto Nacional de la Salud asume el deber de garantizar la viabilidad económica de estas entidades mediante "*los mecanismos que sean precisos en orden a garantizar el normal funcionamiento*" (art. 17.2 del R.D. 29/2000).

En general, "autonomía de gestión" supone un estatuto basado en dos pilares: la descentralización en favor de los entes interpuestos de la toma de decisiones, con base en su personalidad jurídica diferenciada, y la sujeción a un ordenamiento jurídico "ad hoc", distinto de las normas comunes. En el caso estudiado, la autonomía que se reconoce a las entidades instrumentales sanitarias difiere poco del régimen jurídico de los centros y servicios sanitarios tradicionales, la dependencia del Instituto Nacional de la Salud, de sus normas y criterios generales, lo confirma. La relación de instrumentalidad es incuestionable, la personalidad es ficticia, el patrimonio propio inexistente, la autonomía de gestión, buenas palabras. Con excepción de las diferencias apuntadas con respecto a la legislación común, el R.D. 29/2000 no sólo reduce a la mínima expresión la autonomía de gestión mediante esa relación de dependencia, sino que casi la impide al armonizar, casi hasta unificarlo, el régimen jurídico de las diferentes entidades instrumentales. En todo caso, este resultado es secundario cuando se considera que estas entidades personificadas no son sino instrumentos para la gestión de centros, servicios y establecimientos sanitarios, mediante los cuales la Administración competente cumple el mandato legal de prestar asistencia sanitaria a todos los ciudadanos en condiciones de igualdad, ante los cuales debe responder.

¹⁶ De esto hemos dado cuenta en el trabajo citado "*La Ley de habilitación de nuevas formas de gestión del sistema nacional de salud...*", ob. cit. págs. 79 a 82. Con posterioridad, un análisis detallado de las dos clases de "fundaciones", Vaquer Caballería, M., *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública*, Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 57 a 90.

3. REGIMEN JURIDICO DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES, FUNDACIONES Y EMPRESAS PÚBLICAS SANITARIAS

3.1. La disposición adicional duodécima de la Ley 30/1992: la responsabilidad en materia de asistencia sanitaria

En el caso de daños causados por el personal o los medios de cualquiera de estas entidades instrumentales por o con ocasión de la asistencia sanitaria que prestan, tras numerosas vicisitudes legislativas (desde el art. 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, hasta el art. 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, antes de su modificación, pasando por la disposición adicional primera del R.D. 429/1993, de 26 de marzo), resulta de aplicación lo dispuesto por la disposición adicional duodécima de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, añadida por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que modificó el texto inicial¹⁷. Ese precepto establece:

"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 "

El significado de este precepto pasa por el análisis de cada uno de sus elementos, su ámbito subjetivo (causante del daño y perjudicado), su ámbito objetivo (la asistencia sanitaria), su ámbito causal (relación de causa-

lidad entre el daño y la asistencia), su aspecto procedimental (unidad de procedimiento y unidad de fuero), y su ámbito material (qué derecho resarcitorio es aplicable).

Con carácter previo al estudio de cada uno de cada una de esas materias parece oportuno llamar la atención sobre dos cuestiones, una formal y otra material, que deben ser tenidas en cuenta para situar el análisis en sus justos términos.

De una parte, este precepto es una disposición adicional. Se trata de una norma que añade, completa o precisa, el contenido de la parte principal de la ley con la que tiene relación, en este caso la regulación sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas de los arts. 139 a 145 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre¹⁸. En otras palabras, sin esta disposición, el supuesto de hecho que regula o al que se refiere quedaría fuera, en todo o en parte, de la parte dispositiva de la ley. De ahí que su contenido precise de continuas idas y venidas a la regulación general para articular de forma completa su régimen jurídico.

De otra parte, lo que esta disposición ordena encaja con lo que se conoce como *"responsabilidad extracontractual de la Administración Institucional y de las empresas públicas"*¹⁹, materia siempre compleja. Aun así, en el ámbito sanitario público, la cuestión no es nueva. Tradicionalmente, las reclamaciones y demandas de respon-

¹⁷ De entre los trabajos que se han ocupado con carácter general de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Sanitarias, no sólo del conflicto de jurisdicciones, destacan los siguientes: Rivero Ysern, I.L., *"La responsabilidad de la Administración Pública en materia sanitaria"*, en Libro de Ponencias del II Congreso "Derecho y Salud", Granada, 1993; Muñoz Machado, S., *"Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración Sanitaria (con algunas reflexiones sobre las funciones de la responsabilidad civil)"*, y Pemán Gavín, I., *"La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito de lo sanitario público"*, Documentación Administrativa, 237-238, 1994; Villar Rojas, F.I., *La responsabilidad de las Administraciones Sanitarias: fundamento y límites*, Praxis, Barcelona, 1996; Cueto Pérez, M., *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997; Torres García, T., *"La asistencia sanitaria en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración"* y Guerrero Zaplana, I., *La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público*, ambos en Bello Janeiro, D. (dir.), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Junta de Galicia, Santiago de Compostela, 1999, págs. 171 a 203.

¹⁸ Sobre lo que sea una disposición adicional puede servir como referencia el concepto que de la misma las Directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de Ley, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de octubre de 1991 (publicadas por Resolución de 15 de noviembre de 1991, de la Subsecretaría de Relaciones con las Cortes, B.O.E. 276, 18 de noviembre de 1991). Las disposiciones adicionales se situarán en la parte final del texto (apartado 19). Quedarán relativamente abiertas para incorporar aquellas reglas que no puedan situarse en la parte dispositiva sin perjudicar su coherencia y unidad interna (apartado 21). Con carácter general, no exhaustivo, las disposiciones adicionales incluirán: a) los regímenes jurídicos especiales que no puedan situarse en el texto articulado (regímenes territoriales, personales, económicos o procesales), b) los mandatos y autorizaciones no dirigidos a la producción de normas jurídicas y c) los preceptos residuales que no quepan en ningún otro lugar de la nueva Ley. De acuerdo con estos criterios, la disposición adicional estudiada parece tener esa condición por regular un régimen especial de responsabilidad patrimonial, en particular su ámbito subjetivo.

¹⁹ Se han ocupado de esta cuestión, entre otros, Martín Rebollo, L., *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 1977, págs. 153 a 188; más tarde en *"La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España"*, en obra colectiva *Propiedad, expropiación y responsabilidad*, Tecnos, Madrid, 1996; Pantaleón Prieto, F., *Responsabilidad civil y conflictos de jurisdicción*, Tecnos, Madrid, 1985, págs. 53 a 96; Muñoz Machado, S., *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 140 a 145; Montoya Martín, *Las empresas públicas sometidas al Derecho Privado*, ob. cit. págs. 541 a 559, y Gamero Casado, E., *Responsabilidad administrativa: conflictos de jurisdicción*, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 110 a 116.

sabilidad se dirigen contra la entidad instrumental (el Instituto Nacional de Previsión, Instituto Nacional de la Salud, o el Servicio autonómico de Salud competente), que son entidades públicas instrumentales, no se demanda a la Administración territorial de la que aquella forma parte (la Administración General del Estado o la autonómica correspondiente). En consecuencia, existe un bagaje jurisprudencial que admite de modo pacífico la responsabilidad patrimonial de estos organismos públicos instrumentales (es el caso de las SS.TS. 3ª, de 10 de febrero y de 9 de marzo de 1998, Ar. 1452 y 2656, y de 1 de marzo de 1999, Ar. 2317). Ahora bien, la razón de este proceder no es la personalidad diferenciada de estas entidades frente al Estado o a la Comunidad Autónoma. Su fundamento es que cada una de ellas dispone de un patrimonio propio y suficiente para hacer frente a las condenas de responsabilidad; de ahí que sea difícil encontrar controversias en las que se levante el velo de la personalidad de estas entidades. Por el contrario, este mecanismo surge cuando el ente interpuesto carece de solvencia {lo que ocurre con frecuencia en el ámbito local) o cuando la entidad pretende acogerse a un régimen culpabilístico de responsabilidad (lo que ocurre en ocasiones con entidades con personalidad jurídica privada).

3.2. **Ámbito subjetivo: "entidades gestoras y servicios comunes de la seguridad social, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud"**

a) Ámbito subjetivo: la responsabilidad de las entidades de derecho público

Hasta la Ley 4/1999, el estudio de la responsabilidad de las entidades públicas instrumentales sanitarias pasaba por analizar el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y, por tanto el ámbito subjetivo del título referido a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Como es sabido, el art. 139.1 de esa Ley desdobra el presupuesto ("*servicio público*") en dos elementos: uno objetivo o material, el daño debe ser consecuencia del funcionamiento de un servicio público (en sentido de giro o tráfico administrativo), y otro es subjetivo, el daño debe ser imputable a una Administración Pública (mención que no aparece en el art. 106.2 de la Constitución). Ello obliga a acudir al art. 2 de la Ley para conocer qué se entiende por Administración Pública y, más aún, a su número 2, referido a las entidades de derecho público en la medida que -como quedó

dicho- la responsabilidad de la prestación sanitaria recae en organismos de esa naturaleza.

Dice el citado art.2.2: "*Las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación*".

Lo que sean "*entidades de derecho público*" fue objeto de duras críticas. Una interpretación formal llevaba a identificarlas, exclusivamente, con las sociedades estatales, entidades de derecho público con personalidad jurídica propia que sujetan su actividad externa al derecho privado, del art. 6.1.b) de la Ley General Presupuestaria (derogado por la Ley 6/1997). Sólo una interpretación amplia, con referencia a la legislación derogada, permite identificar a cuantas entidades y organismos públicos, dotados de personalidad jurídica-pública, tengan naturaleza corporativa (consorcio) o fundacional (organismos autónomos), son creados por las leyes para la gestión de servicios y asuntos públicos, vinculados a una Administración territorial. Quedan al margen las organizaciones con forma y personalidad jurídico-privada (sociedades mercantiles).

En el caso que se estudia, tanto las entidades gestoras de la seguridad social, como los servicios autonómicos de salud, tanto los que se estructuran como organismos autónomos, como los que lo son como entidades de derecho público, encajan en el ámbito subjetivo de este precepto. Expresamente, la disposición adicional sexta de la Ley 6/1997 incluye en su ámbito a las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, que equipara a los organismos autónomos. Estas entidades son Administración Pública. Recuerdan los tribunales que: "*no cabe sostener que, en materia de relaciones propias de la Seguridad Social y de daños causados en prestaciones sanitarias, la responsabilidad patrimonial de las instituciones correspondientes, que son entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia y vinculada a la Administración del Estado y, por tanto, Administraciones Públicas a los efectos del art. 2.2 de la Ley 30/1992, quede diluida en la acción protectora del sistema de Seguridad Social*" (en este sentido AA.TS. de 18 de marzo de 1997, Ar. 1305/1998,22 y 25 de marzo de 1999, Ar. 3676 y 3680).

Lo mismo debe decirse de las entidades públicas (organismos autónomos, entidades públicas empresaria-

les, consorcios y fundaciones públicas sanitarias) que dependen de las anteriores o de éstas, El ATS, de 23 de marzo de 1999 (Ar, 3678), referido a la actuación de la Muface y a un daño causado por un ente privado dependiente de esa mutualidad, lo resume: *"debe tenerse en cuenta que la intervención de Muface es la de un ente gestor de la Seguridad Social de los funcionarios públicos de la Administración Civil del Estado, cuya actuación tiene carácter de Administración Pública en términos del art. 2.2 de la Ley 30/1992,... la situación entre Muface y los entes concertados de aquella directa o indirectamente es una relación entre una administración pública y sus agentes aun siendo éstos de naturaleza privada, actuando en relaciones jurídicas públicas,... su actuación es la de partícipes, bajo diversas formas incluso, en la gestión que compete a Muface y por lo mismo son cogestores de una actuación presidida por iguales principios materiales y procesales que la que se imputa a Muface"*. No obstante, en estos casos, siendo medios a través de los cuales la entidad pública competente cumple con su obligación legal prestacional, los daños que se causen serán imputables a ella, con independencia de personalidad instrumental y del ropaje jurídico-privado,

Lo cierto es que el análisis formal de este precepto deja fuera todas las modalidades de gestión privadas, que en modo alguno merecen la consideración de Administración Pública. De las citadas más atrás, las fundaciones y las sociedades mercantiles públicas. La jurisprudencia es concluyente: las empresas públicas no son Administración Pública (STS. 3...,26 de enero de 1995, Ar. 1502), si bien con referencia siempre a empresas de mercado.

En cualquier caso, el dato subjetivo no determina por sí solo la aplicación de la Ley. A éste se suma el ejercicio de potestades administrativas.

Lo que sea potestad administrativa a los efectos de esta ley ha merecido dos interpretaciones, si bien la doctrina se ha decantado por la segunda de ellas²⁰,

La primera tesis es la que identifica potestad con prerrogativa, con poder coactivo o soberano (potestad sancionadora, potestad expropiatoria, potestad compulsiva), lo cual dejaría fuera cualesquiera otras actuaciones que, aun apoyadas en títulos exorbitantes, no implicasen de suyo un poder de esa entidad.

²⁰ Para un resumen amplio de las distintas posiciones, De Vicente Domingo, R., *Los entes instrumentales en las leyes de procedimiento y de contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 78 a 96, y Gamero Casado, *Responsabilidad administrativa...*, ob. cit. págs. 93 a 100.

La segunda tesis apunta a la identificación entre potestades administrativas y competencia administrativa, con lo que esta Ley resulta de aplicación a cuantas entidades de derecho público ejercen competencias por mandato legal, con independencia de cuáles sean las potestades y privilegios que para su cumplimiento reciban. Conforme a este entendimiento, la llamada a las potestades administrativas lo es a aquello que mejor identifica lo administrativo, el otorgamiento de una posición exorbitante de derecho común para servir los intereses generales encomendados por la ley (en otro lugar hemos dicho que en sanidad esa posición se manifiesta en el reconocimiento del derecho a la asistencia con independencia de la capacidad económica, en el deber del usuario de acudir a un centro y profesional sanitario en condiciones de coactividad, en el carácter de dominio público de los bienes afectos al servicio, en la limitación del derecho de huelga de los empleados, en la inembargabilidad de los fondos y bienes públicos; ninguno de los cuales aparece en la asistencia sanitaria privada). Todas esas potestades hacen posible, a la par que condicionan, el acto médico y la prestación efectiva, que no puede analizarse al margen de aquellas.

De esta discusión, abandonada ya en el ámbito administrativo, se encuentran vestigios en la jurisprudencia civil que justifica la competencia de los jueces y tribunales de ese orden para conocer de las reclamaciones de responsabilidad contra el Instituto Nacional de la Salud y los Servicios Regionales de Salud: el daño por el que se reclama no se produce por el ejercicio de una potestad soberana²¹.

Un repaso por la jurisprudencia confirma este entendimiento. Con ocasión de conocer de una demanda de responsabilidad frente al Servicio Andaluz de Salud por una deficiente atención en un parto --con deficiente funcionamiento del aparato "vacuoextractor", que causó atrofia cerebral y secuelas de carácter irreversible al menor, que le impiden valerse por sí mismo y necesita de forma constante una persona para su cuidado-, ante el

²¹ Este posicionamiento seguirá produciéndose mientras subsistan controversias anteriores a la vigencia del art. 2.e de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que impone la unidad de fuero en materia de responsabilidad patrimonial. Incluso más, si los tribunales aceptan la tesis que sostiene que las entidades de derecho público sujetas al derecho privado y, por supuesto, todas los organismos con personalidad jurídico-privada quedan fuera del ámbito de aplicación de aquella Ley. No es este, por el contrario, nuestro entendimiento, ni lo fue nunca de la jurisprudencia cuando la entidad presta un servicio público. Villar Rojas, F.J., *"Ámbito del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Actividad impugnabile"*, en obra colectiva, *La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Cóllex, Madrid, 1999, págs. 91 a 130.

alegato de falta de jurisdicción, la sala de lo civil del Tribunal Supremo declaró: " *se trata en todo caso de responsabilidad por daños derivado de culpa extracontractual (art. 1903 CC)* producida en el ámbito del derecho privado... ya que en estos casos a los órganos y entidades públicas se les considera que actúan en el ámbito de relación de derecho privado, estando ante una relación fuera del derecho público". Para añadir más adelante "la doctrina, sin embargo, que evita el peregrinaje de jurisdicciones, admite matizaciones conforme expresa la misma jurisprudencia cuando, en el supuesto de confluencia del orden jurisdiccional civil con el contencioso-administrativo, el caso a resolver implique potestades administrativas genuinas, típicas del *ius imperii*, pues, entonces, el presupuesto de la jurisdicción actúa como condicionante absoluto que debe ser apreciado, incluso de oficio, en cualquier instancia o grado. Más cuando las funciones administrativas dependen en grado apreciable de la coyuntura histórica (hospitales, universidades, etc.) no pueden eludirse en la composición del conflicto criterios de justicia que tienen su asiento en la Constitución y en el sistema de fuentes" (STS. 1ª, 30 de abril de 1998, Ar. 3457). En otra posterior, se insiste en los mismos argumentos: " a partir de la sentencia de esta Sala de 1 de julio de 1986 se mantiene de modo casi absoluto la competencia del orden jurisdiccional civil, salvo cuando se tropieza en los casos a resolver con el ejercicio de potestades administrativas genuinas, típicas, en las que la Administración actúa revestida de *imperium*, pero por propia naturaleza y no mera coyuntura histórica o razones ocasionales... produciéndose el daño más bien con ocasión del servicio y sin incidencia de facultades soberanas" (STS. 1.a, de 30 de mayo de 1998).

De acuerdo con esta doctrina, la competencia civil sería admisible en todos los casos en que siendo el servicio público causante del daño, su funcionamiento no implicara el ejercicio de potestades soberanas, que no se definen, pero que son las "genuinas", las típicas, frente a otras que serían atípicas o no genuinas. En realidad, la única explicación razonable para sustentar esta distinción sería acudir a la separación legal entre servicios que impliquen ejercicio de autoridad y aquellos de contenido económico o material, diferencia que impone la gestión directa exclusiva de los primeros (art. 85 Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local y art. 156.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas). Pero, aun así, esa diferencia lo es entre servicios públicos, a todos los cuales alcanza la responsabilidad patrimonial, que lo es por funcionamiento de los servicios públicos, no por el funcionamiento de los servicios públicos soberanos.

Esta distinción y sus eventuales consecuencias (un régimen de responsabilidad distinto según la clase de actividad administrativa) debe rechazarse, no sólo por la identificación entre potestad y competencia ya señalada, sino sobre todo por el fundamento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (garantía patrimonial de los particulares frente al riesgo inherente a los servicios públicos, como ya dijera la STS. 11 de diciembre de 1974, Al. 5132), que poco tiene que ver con la responsabilidad civil por riesgo (contrapeso del riesgo asumido en beneficio propio) e incluso con el reproche culpable de la responsabilidad civil en general.

Aun así, hasta bien reciente y pese a ser entidad de derecho público, los tribunales civiles siguen conociendo de la responsabilidad patrimonial de la entidad pública empresarial RENFE, por más que los daños que produce la son por o con ocasión del servicio público de transporte ferroviario (por todas, STS. 1ª, de 17 de febrero de 1997, Ar. 1426)²². De tener fundamento, esta situación podría extrapolarse a todas aquellas entidades públicas instrumentales cuya norma de creación se remitiese "in toto" al ordenamiento privado.

Esta tesis podría encontrar cierto apoyo en la Ley 30/1992. Dice el art. 142.2 de aquella Ley, segundo inciso: "*Cuando su norma de creación así lo determine, la reclamación se resolverá por los órganos a los que corresponda de las Entidades de Derecho Público a que se refiere el art. 2.2 de esta Ley*". Frente a la mayoría doctrinal que considera este precepto como mera norma de competencia (el anterior apartado se refiere al órgano competente para conocer de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial en las Administraciones territoriales), adquiriría pleno sentido la posición de quienes consideran que es un mandato que permite la sujeción o no de las Entidades de Derecho Público a ésta regulación, dependiendo de su norma de creación. Esa ley podría excluir el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, siendo de aplicación el régimen común de responsabilidad civil. Cabría incluso encontrar fundamento constitucional a este estatuto: el art. 106.2 de la Constitución regula la responsabilidad por funcionamiento de los servicios públicos, pero llama al legislador para su determinación ("*en los términos de la ley* "), de modo que cabría entender que una ley puede establecer, por razón del modo de gestión, un distinto régimen de responsabilidad.

²² Resume la jurisprudencia civil producida en este caso, Olmedo Gaya, A., *El nuevo sistema ferroviario y su ordenación jurídica*, Aranzadi, Pamplona, 2000, págs. 126 a 139.

Pues bien, si esta fuera la interpretación correcta, la disposición adicional duodécima de la Ley 30/1992 sobre la responsabilidad sanitaria se hacía tanto más imprescindible, habida cuenta el carácter de entidad pública de los organismos competentes. De no existir esta disposición podría entenderse que los daños producidos con o por ocasión de la asistencia sanitaria quedaban excluidos del régimen de responsabilidad patrimonial de esa ley básica.

Con independencia de lo que más adelante se dirá sobre esta conclusión, lo cierto es que, de acuerdo con el ámbito formal-subjetivo de la Ley 30/1992, los establecimientos sanitarios con personalidad y forma jurídico-privada y, por supuesto, los casos de gestión indirecta, parecen quedar fuera de su ámbito de aplicación. De ser así, el resultado sería rechazable por contrario, cuando menos, al principio constitucional de igualdad: el modo de gestión, la apariencia o el disfraz que adopte la Administración Pública es suficiente para cambiar el régimen de garantías de los usuarios, que será en unos casos el de responsabilidad patrimonial (objetiva y directa), en otros, el de responsabilidad civil por culpa (sin ocultar la tendencia a la objetivación de la responsabilidad del empresario, art. 1903 del Código Civil). Que esta situación nunca se consideró razonable lo evidencia una constante línea jurisprudencial que viene aplicando la técnica del levantamiento del velo.

b) La solución tradicional: el levantamiento del velo de la personalidad

Ya antes de la entrada en vigor de la Constitución, el Tribunal Supremo, sala de lo contencioso-administrativo, en los casos de gestión de servicios por empresas públicas, venía haciendo una interpretación funcional del concepto de servicio público de modo que los daños que pudieran producirse a los ciudadanos fueran reparados según la responsabilidad objetiva y directa de la Administración Pública.

De la gestión mediante ente público interpuesto pueden traerse a colación varios ejemplos:

-La STS. 3ª, 23 de octubre de 1990 (Ar. 8260) dictada con ocasión de una demanda por responsabilidad objetiva contra un Ayuntamiento por los daños causados por la Mancomunidad encargada de los servicios de abastecimiento y saneamiento de los pueblos mancomunados. En ella se afirma: *"todo servicio público, en cuanto que implica una actividad prestacional del ente público titular del mismo, dirigida a proporcionar una utilidad a los particulares, sólo puede tener como titular activo a dicho ente público originario, y esa titularidad*

es claro que incluye entre sus facultades, la de desarrollar, llevar a efecto, en definitiva gestionar el correspondiente servicio, titularidad de gestión de la que no puede desprenderse, lo cual no impide que la gestión del servicio, y las obras del mismo se haya asumido por la Mancomunidad, ya que en todo caso el Ayuntamiento de Alfaro conserva dicha titularidad de gestión y subsiste en el mismo un poder de dirección y control... "

-La STS. 3ª, 4 de junio de 1992 (Ar. 4928) en relación con una reclamación formulada contra un Ayuntamiento por el fallecimiento de un menor en la piscina municipal. La Corporación alegó falta de legitimación pasiva por encontrarse la piscina en el ámbito de gestión y bajo la dependencia del Instituto Municipal de Deportes, fundación pública local con personalidad y patrimonio propios. La Sala, sin embargo, rechaza este argumento sosteniendo que: *"la personificación como instrumento de la potestad organizatoria de la Administración no puede utilizarse por los entes públicos para eludir el cumplimiento de sus obligaciones y derechos que consagra el ordenamiento jurídico"*.

-La STS. 3ª, de 31 de julio de 1992 (Ar. 6596) pronunciada en el caso de la reclamación formulada por una vecina en relación con la entrega de una vivienda de protección oficial libre de cargas y gravámenes en el que Ayuntamiento demandado alegó que el responsable era el Patronato Local de la Vivienda S.A., persona jurídico-privada diferenciada. El Tribunal recuerda que ese patronato se constituyó *"con la finalidad de atender a un servicio relativo a la construcción de viviendas al amparo del acuerdo municipal en el que el órgano diferencia do se constituye en sociedad anónima con capital de propiedad exclusiva de la Corporación y cuyos órganos de dirección y administración están a cargo de los de la Corporación que asume las funciones de Junta General arts. 89 y 90 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales; de lo que se infiere la identidad entre el Patronato, persona jurídica que adopta la forma de Sociedad Anónima para la prestación de un servicio municipal, de naturaleza industrial con un órgano de gestión directa de un servicio municipal; sometido al Derecho Privado en su actuación sin que de ello se desprenda que el convenio suscrito por el Alcalde, Presidente del Patronato sea ajeno al Municipio, pues este Patronato actúa como sociedad Privada dentro de la Administración del Ayuntamiento como órgano diferenciado del mismo pero en cumplimiento de sus fines; actividad de la Corporación municipal que no se halla exenta de las obligaciones asumidas por dicha sociedad privada"*,

-La STS. 3ª, de 23 de febrero de 1995 (Ar. 1280) dictada con ocasión de la reclamación de reparación de los daños ocasionados por unos fuegos artificiales. El Tribunal rechaza, nuevamente, el argumento del Ayuntamiento de inadmisibilidad por ser el "Centro de Atracciones y Turismo de San Sebastián", organismo con personalidad propia separado del Ayuntamiento, organizador de las fiestas y responsable de los fuegos. Recuerda el juzgador que en ese organismo la Administración municipal ostenta una posición preponderante " como lo demuestra no solo que crea la Fundación, sino que la dota de patrimonio, contribuye a su financiación mediante aportaciones establecidas en el presupuesto ordinario municipal, se integra en su junta rectora por la presencia en la misma del Alcalde, de ocho concejales, el Secretario y el Interventor". La clave es, por tanto, la relación de dependencia o instrumentalidad entre el organismo público y la Administración con competencia en la materia, con el añadido de que la misma no se rompe por la presencia en la junta rectora de personas privadas junto a los representantes municipales.

Si en algo coinciden estas sentencias es en que la creación de entidades públicas personificadas forma parte de la potestad de autoorganización, por tanto es legítima, pero su ejercicio no puede ocultar el carácter ficticio de su personalidad²³, ni menos aun modificar las condiciones o el alcance de las obligaciones de la administración matriz.

En el caso de entidades con personalidad jurídico-privada, el caso resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo, 3.a, de 14 de junio de 1983 (Ar. 3317) sigue siendo la mejor referencia. Se trataba de una reclamación de responsabilidad interpuesta por el titular de una estación de servicio contra Campsa por los daños derivados del acuerdo de suspensión del régimen de pago diferido y posible suspensión del suministro de carburantes. Ante la alegación de que esa compañía estaba sujeta a las normas mercantiles el Tribunal declaró lo siguiente: "no sirve de argumento en contra que según el art. 3 de la Ley de 17 de julio de 1947, la Compañía Administradora del Monopolio goza de personalidad jurídica independiente y funciona en régimen de sociedad anónima, rigiéndose

por sus Estatutos y en lo no previsto por disposiciones especiales, por el derecho común, lo que viene a significar, simplemente que la actuación de tal persona jurídica está, en principio, sometida a derecho privado, pero sin embargo, tiene encomendada la gestión de un servicio público de manera permanente, lo que lo equipara a un concesionario y, en tal gestión, su actividad está regida por el derecho administrativo en cuanto implica una subrogación en el ejercicio de funciones públicas, por lo que debe de aplicarse lo dispuesto en el art. 121 de la Ley de Expropiación Forzosa". En suma, en los casos de gestión del servicio público por entidad pública instrumental, con forma y régimen jurídico-privada, la jurisprudencia equiparaba su régimen de responsabilidad al del concesionario, fundado en el funcionamiento normal o anormal del servicio público. Subyace en este planteamiento, además, la necesidad de asegurar un trato igual de los usuarios cualquiera que sea la modalidad de prestación del servicio. A ello debe añadirse que esta sentencia condena a CAMPSA al pago de la indemnización, pese a su condición de sociedad mercantil pública. Bien distinto es el caso de las empresas públicas que realizan actividades de mercado o industriales, como ENDESA en la producción de energía eléctrica, respecto a las cuáles la sala tercera del Tribunal Supremo rechazó siempre las reclamaciones de responsabilidad.

La misma técnica puede encontrarse en la doctrina del Tribunal Constitucional. Los mandatos constitucionales siguen vinculando a los poderes públicos aunque los servicios se presten mediante persona interpuesta -ente público-. En unos casos se habla de "*relación de dependencia*" de esos entes respecto de los poderes públicos (STC 35/83, f.j. 3º), en otros se alude a la instrumentalidad de los entes que se personifican o que funcionan de acuerdo con el Derecho Privado en cuanto "*remiten su titularidad final a una instancia administrativa, inequívocamente pública*", como público es también el ámbito interno de las relaciones que conexian dichos entes con la Administración de la que dependen (STC. 14/86, f.j. 8º), en fin, que la Administración actúe sometida al Derecho Mercantil o Civil no la exonera de su deber de respetar el orden constitucional de competencias (STC. 52/94, f.j. 5º).

De estos pronunciamientos deben destacarse dos aspectos: en primer lugar, que la imputación de los actos de una entidad instrumental a la administración titular de la actividad está condicionada por el grado de dependencia entre ambas; en segundo término, cuando de servicios públicos se trata, lo público se impone sobre la forma de organización, se difumina la personalidad jurídica y se

²³). Con el significado que explicara Aliño Ortiz, G. en *La Administración Institucional* (I.E.A., 2ª ed., Madrid, 1974, págs. 97 a 99). Sus palabras eran: "estos entes (los organismos autónomos) son unaficción, no sólo en sentido ontológico, sino jurídico; su misma entidad jurídica como persona es en gran parte inexistente y constituye un puro arbitrio técnico" (pág. 99). Años más tarde, Villar Palasi volvió a recordar: "el término autónomos utilizado desde los años cincuenta en enormemente equívoco. Los organismos autónomos lo son todo menos autónomos" ("*Tipología y derecho estatutario de las entidades instrumentales* ", en libro homenaje a F. Clavero Arévalo, *Administración Instrumental*, vol. I, ob. cit. pág. 153 y 154).

imputan las consecuencias de la actuación a la administración titular del servicio (que es la obligada a su prestación, a los ciudadanos). En el caso de la asistencia sanitaria pública mediante entes interpuestos, públicos o privados, la concurrencia de las dos notas es evidente. Cada uno de esos entes, bien es la conversión de un centro, servicio o establecimiento sanitario no personificado, bien siendo de nueva creación atiende una prestación que es competencia de la Administración matriz. La relación de instrumentalidad es notoria, quedó expuesta cuando se explicaron las nuevas formas de gestión. La condición de servicio público de la asistencia sanitaria completa el cuadro. Como se concluyó en otro lugar, la gestión de la asistencia sanitaria mediante fórmulas jurídico-privadas no determina que deje de ser un servicio público, no exonera de responsabilidad a la Administración obligada a asegurar su prestación, ni puede desplazar su régimen de garantías.

En fin, la necesidad de acudir a estos principios para resolver los problemas derivados de las formas jurídico-privadas de gestión ha quedado en un segundo plano con la reforma llevada a cabo por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

c) *La solución legal: la disposición adicional duodécima de la Ley 30/1992*

Frente al limitado alcance de la Ley 30/1992, la disposición estudiada amplía notablemente su ámbito subjetivo, esto es, los establecimientos públicos a los que es de aplicación. Además de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, estatales y autonómicos, este precepto se refiere a " *las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud*".

El significado de ese párrafo resulta del juego de dos normas. En cuanto a " *entidades, servicios y organismos*", la Ley 15/1997 se refiere a " *centros, servicios y establecimientos*" así como a su gestión a través de " *cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública*", lo cual es casi idéntico que el tenor literal de la citada disposición adicional. De otra parte, el concepto de Sistema Nacional de Salud es funcional, engloba todas las funciones y prestaciones sanitarias que sean responsabilidad pública (art. 50 de la Ley General de Sanidad), y omnicompreensivo, abarca todos los centros y servicios, incluidos los Servicios autonómicos de Salud (art. 7 de la Ley General de Sanidad). Es por ello que la expresión empleada engloba cuantos establecimientos sanitarios, tengan o no personalidad jurídica propia (en su caso, sea pública o sea privada), forman parte del Sistema Nacional de Salud. Cualquier modalidad de entidad instru-

mental, de naturaleza, titularidad o influencia dominante pública, que asuma la gestión y administración de un centro sanitario, queda incluido en el ámbito subjetivo de esa disposición, cualquiera que sea el ropaje jurídico con el que se presente a terceros. El criterio es el apuntado: la naturaleza, titularidad o influencia dominante de una Administración Pública sanitaria.

Sostener lo contrario, esto es, que esta disposición no fuera aplicable a las sociedades estatales, a las cooperativas sanitarias, ni a las fundaciones de iniciativa pública, entendiéndose que ni son entidades, ni son organismos (que serían modalidades de organismos públicos), ni tampoco meros servicios no personificados (que únicamente serían los centros y establecimientos del modelo tradicional), iría en contra de la literalidad del precepto, de sus antecedentes y origen (con ella se eleva de rango la disposición adicional primera del R.D. 429/1993, de 26 de marzo), de la voluntad expresada por el legislador en la exposición de motivos de la Ley 4/1999, del carácter adicional de la disposición (los entes con personalidad pública ya tienen cabida en el art. 2.2 de la Ley 30/1992) y de la inclusión en su ámbito de los centros sanitarios concertados (sujetos privados no ficticios, como lo son los entes interpuestos). En todo caso, como quedó dicho, si esta interpretación fuera la tesis válida, el juego de los principios jurisprudenciales más atrás reseñados haría inútil su eventual finalidad excluyente de las modalidades jurídico-privadas de gestión²⁴.

3.3. El sujeto perjudicado: el concepto de "particular"

Nada dice la disposición adicional estudiada sobre quién pueda reclamar daños y perjuicios. En su defecto, parece razonable acudir a lo dispuesto por el art. 139 de la Ley 30/1992, que en ese punto reitera lo ordenado por el art. 106.2 de la Constitución, la responsabilidad patrimonial es una garantía constitucional y legal de los " *particulares*".

De acuerdo con la jurisprudencia tradicional, particular es cualquier sujeto, público o privado, que sufra un daño como consecuencia del funcionamiento de un servicio público. Ello incluye, de acuerdo con el concepto " *integrador*" que utiliza aquella, a los usuarios de los servicios públicos, a los empleados que los atienden, a los terceros ajenos a su funcionamiento ordinario, e in-

²⁴ Igual conclusión alcanza, aunque por un camino diferente, García Llovet, E., " *El régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas tras la reforma de la Ley 30/1992. Un problema resuelto, un nuevo problema* ", en Bello Janeiro, ob. cit., págs. 325 a 347, en concreto pág. 346.

cluso, a otras Administraciones Públicas. Es jurisprudencia asentada que la expresión particulares debe ser objeto de una interpretación integradora, debiéndose incluir en el mismo no sólo los sujetos privados, sino los sujetos públicos cuando éstos se consideren lesionados por la actividad de otra Administración local (SS.TS. de 24 de febrero de 1994, Ar. 1235, de 14 de octubre de 1994, Ar. 8741, de 2 de julio de 1998, Ar. 6059, las dos primeras acompañadas de voto particular en contra).

También engloba la expresión particulares a los funcionarios públicos, cualquiera que sea la relación jurídica que mantengan, cuando sufren daños patrimoniales (STS. 3ª, de 8 de julio de 1995, carcinoma basocelular padecido por dermatólogo que imputa al defectuoso funcionamiento de las instalaciones radiológicas del centro sanitario en el que trabaja).

Este planteamiento, pacífico en la jurisprudencia, no lo es tanto en la doctrina científica. No puede desconocerse -aunque no se comparta-la opinión de quienes sostienen que el usuario de servicio público queda fuera de éste régimen de garantía patrimonial, sujeto en esta materia a lo que disponga el estatuto de cada servicio. La responsabilidad objetiva quedaría para los daños que afectan a terceros ajenos al servicio, no para aquellos con quienes exista una relación jurídica previa²⁵.

Algún autor llega aun más lejos con el fin de mantener la competencia del orden social para conocer de las reclamaciones de responsabilidad²⁶. La clave sería la existencia de una relación jurídica previa, en el más amplio sentido del término, entre el particular y la Administración titular del servicio público. De existir, y ocurre en la mayor parte de servicios públicos "uti singuli" (suministros, comunicaciones, transportes, enseñanza y asistencia sanitaria), los daños producidos deben ser considerados como supuestos de incumplimiento contractual, resolviéndose, a falta de previsión expresa en el estatuto del servicio, conforme a las normas de la responsabilidad civil contractual (art. 1101 del Código Civil). Los otros daños, los sufridos por terceros ajenos al servicio, sin relación jurídica previa, quedarían sujetos al régimen de responsabilidad patrimonial, que se califica como extracontractual (art. 139 y siguientes Ley 30/1992). En el caso de la asistencia sanitaria, con esta interpretación, la

disposición adicional duodécima quedaría reducida a los daños sufridos por los visitantes de los centros sanitarios y poco más. Los pacientes mantienen una relación previa, aunque sea jurídico-pública, con la Administración sanitaria, de modo que los daños que pudieran sufrir quedarían al margen de la responsabilidad por funcionamiento de los servicios públicos; lo mismo puede decirse de los empleados públicos.

Esta clase de análisis no puede compartirse, no sólo por su causa, sino por ser parcial e incoherente. En efecto, olvida el régimen de responsabilidad de los servicios públicos "uti universi", en los que existe deber legal de prestación, derecho a usar y disfrutar del servicio, incluso deber de hacerlo en los servicios de recepción obligatoria, pero en los que no existe la relación jurídica previa, salvo que se considere como talla simple condición de ciudadano (el caso del alumbrado público, de las carreteras, de la recogida domiciliario de basuras, del alcantarillado, entre otros). Identifica la responsabilidad por lesión (presupuesto de la responsabilidad patrimonial) con la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones contractuales, para resolver aquella según las normas de éste segundo régimen resarcitorio sin mayor fundamento. Convierte en un sin sentido la construcción de una institución como la responsabilidad patrimonial (desde la Ley de Régimen Local de 1955, la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, y Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957), que sólo serviría para la reparación de los daños accidentales sufridos por terceros, ajenos al servicio público causante, mientras que la responsabilidad por daños o perjuicios sufridos por los usuarios -la más numerosa y compleja quedaría remitida al ordenamiento civil. Desconoce la razón de ser de la responsabilidad patrimonial: ser garantía del patrimonio de los ciudadanos, en particular de los usuarios, frente a los riesgos inherentes al funcionamiento de los servicios públicos. En fin, tiene una razón de ser: explicar una institución jurídica a partir exclusivamente de los criterios de distribución de competencias entre los distintos órdenes jurisdiccionales; cuando, incluso si una ley expresamente llegara a atribuir el conocimiento de estas controversias a los tribunales sociales, cambiando las reglas vigentes, el fundamento y el régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración seguirían siendo los mismos.

Resumiendo lo expuesto, cualquier particular que sufra un daño por o con ocasión de la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud, sea usuario, sea empleado, sea tercero, puede reclamar su reparación en los tér-

²⁵ Así lo propone García Llovet, aun reconociendo que choca con la garantía constitucional de la institución (ob. cit. pág. 330 y 331).

²⁶ Buenaga Ceballos, O., " *La defectuosa prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social: ¿ un supuesto de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas ?* ", Diario La Ley, n.º 4552 y 4553, de 1 y 2 de junio de 1998.

minos de la disposición adicional duodécima de la Ley 30/1992.

3.4. Ámbito objetivo: "la asistencia sanitaria"

Es sabido que el presupuesto clave de la responsabilidad patrimonial es el "*funcionamiento de un servicio público*". El art. 106.2 de la Constitución es concluyente. Igual que lo es el art. 139.1 de la Ley 30/1992. El concepto de servicio público que se emplea es amplio.

Tienen dicho los tribunales que servicio público es "toda actuación, gestión o actividad propias de la función administrativa ejercida, incluso la omisión o la pasividad, cuando la administración tiene el concreto deber de obrar o comportarse de un modo determinado" (STS. 3...22 de noviembre de 1991, Ar. 8844, reiterado entre otras por STS. de 10 de octubre de 1997, Ar. 7437). El servicio público se reconoce porque el sujeto obligado por la ley a su prestación recibe potestades administrativas bastantes para atender aquél deber; o, como afirma la jurisprudencia, "lo racionalmente determinante es que se actúen las facultades administrativas propias del desenvolvimiento del servicio público de que se trate, con independencia de la condición o cualidad de quien ejerza tales facultades" (STS. 3ª, 22 de marzo de 1995, Ar. 1986). Es irrelevante la forma de prestación del servicio y, por tanto, la condición formal pública o privada del gestor y el régimen jurídico al que somete su actividad. Como ya se destacó, lo público se impone sobre la organización del servicio.

Lo que sea servicio público abarca los servicios y prestaciones administrativas ordinarias, entre ellas la asistencia sanitaria pública, que engloba los daños por acto médico y los daños anónimos imputables a la organización del servicio. A modo de ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo (sala tercera) de 10 de febrero de 1998 (Ar. 1452), ceguera no imputable al servicio ni a la actuación médica; de 9 de marzo de 1998 (Ar. 2656), pérdida de visión por falta de diagnóstico adecuado que esclareciese la existencia de esquizofrenia; de 13 de octubre de 1998 (Ar. 7820), internamiento en centro sanitario que carecía de medios adecuados de diagnóstico y tratamiento; de 28 de octubre de 1998 (Ar. 8928), transfusión de sangre con virus hepatitis B; de 1 de marzo de 1999 (Ar. 2317), falta prueba de error de diagnóstico; y de 11 de mayo de 1999, (Ar. 4917), muerte de paciente por gangrena producida por inyección que produjo entrada de gérmenes y retraso del diagnóstico.

En todo caso, siempre puede surgir la duda de si este concepto, como presupuesto de la responsabilidad patrimonial, opera sólo respecto de los daños causados por el

funcionamiento de cada servicio público, de modo que aquellos que se produzcan en el servicio pero no tengan directa relación con su funcionamiento ordinario quedan excluidos.

En los últimos años, los defensores de la Administración Pública se han opuesto a reclamaciones de responsabilidad esgrimiendo un concepto de servicio público que no abarcaría los daños accidentales que, sin tener que ver con su funcionamiento, en él se producen. Se afirma, por ejemplo, que los daños causados a un inmueble vecino por el sistema de aire acondicionado instalado en las oficinas o dependencias del Instituto Nacional de Empleo, nada tienen que ver con el servicio público que tiene encomendado, debiendo dar lugar a responsabilidad civil (arts. 1907 y 1908 del Código Civil). El Tribunal Supremo rechaza ese argumento afirmando que las instalaciones de las sedes y edificios en que se prestan los servicios públicos se integran en el significado propio de estos (STS. 3ª, de 22 de marzo de 1999, Ar. 3159). Igual postura adopta en cuanto a los daños producidos por la caída de un ventilador en unas dependencias municipales (STS. 3ª, de 24 de junio de 1995, Ar. 5873), de los causados por el deficiente estado de la cerca de un centro público escolar (STS. 3ª, de 12 de febrero de 1996, Ar. 1074), por el mal estado de conservación de un local donde un organismo público desarrollaba sus actividades (STS. 3ª, 18 de octubre de 1996, Ar. 7071), o por la filtración de gas óleo procedente de tanques o conducciones de un Instituto de Formación Profesional, que contaminaron las aguas del pozo de un huerto colindante (STS. 3ª, de 28 de noviembre de 1998, Ar. 10359). Su aplicación en el caso del Hospital de Valdecilla -relatado al iniciar estas páginas es concluyente: el derrumbamiento del muro del edificio del hospital se integra en el concepto de servicio público sanitario a efectos de responsabilidad patrimonial.

El concepto funcional de servicio público que resulta de esta jurisprudencia se resume en los siguientes términos: "lo que distingue la actividad administrativa, en el sentido de los servicios públicos a los que se refiere la ley cuando disciplina la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, no es que sus elementos instrumentales sean diferentes o estén modificados en función de una actividad prestacional o de otra índole de la Administración, sino el fin a que en su conjunto la actividad administrativa se dirige (la satisfacción de los intereses generales), el carácter con que lo hace (de modo continuo y regular), los límites a que está sujeta (los fijados por la atribución de potestades por el ordenamiento jurídico) y las prerrogativas inherentes a la espe-

cífica regulación del ejercicio de las potestades en el marco del derecho público. Los elementos personales o reales que se integran en la actividad administrativa no deben ser diferentes de los necesarios para el desarrollo de cualquier actividad humana útil o productiva, pues su característica radica en la afección teleológica o instrumental al servicio" (STS. 3ª, de 21 de abril de 1998, Ar. 4045).

La proyección de estos criterios sobre la disposición adicional duodécima, tantas veces citada, no suscita dificultad alguna. Es cierto que en su redacción inicial se refería de forma expresa a los servicios públicos sanitarios. Decía así: "*Sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional sexta de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, relativa a los actos de la Seguridad social, los daños producidos por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos sanitarios están sujetos, tanto en sus aspectos sustantivos como procedimentales, al régimen de responsabilidad administrativa establecida en la presente Ley y en la anteriormente citada*". En cambio, el texto aprobado emplea la expresión "*por o con ocasión de la asistencia sanitaria*", elevando de rango la disposición adicional primera del R.D. 429/1993, de 26 de marzo. Pero el concepto funcional de servicio público da cobertura a esta fórmula, que incluye los daños producidos por el funcionamiento del servicio público junto a aquellos que acaezcan de modo accidental, sin que, a estos efectos, la diferencia apuntada sea relevante.

3.5. Nexo causal: "por o con ocasión de la asistencia sanitaria"

La expresión legal "*por o con ocasión de la asistencia sanitaria*" alude al otro presupuesto fáctico de la responsabilidad, la necesaria relación de causalidad entre el daño y la prestación de asistencia sanitaria. En este aspecto, la disposición adicional estudiada debe ser interpretada con aplicación de los criterios asentados ya por una abundante jurisprudencia.

Tiene dicho de forma reiterada el Tribunal Supremo que: "el concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acontecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados, sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal, reduciéndose el problema a fijar entonces qué hecho o condición puede

ser considerado como relevante para producir por sí el resultado lesivo, inclinándose por la tesis de causalidad adecuada" (STS. 3ª, de 26 de septiembre de 1998, Ar. 6836). Ahora bien, pese a esta dificultad, no es menos cierto que sin relación de causalidad no existe responsabilidad administrativa y, en consecuencia, que su existencia debe ser acreditada.

En cuanto a los requisitos que debe cumplir el nexo causal, como es conocido, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha evolucionado desde la necesidad de que la relación fuese directa, exclusiva y excluyente de cualquier otra causa, hacia un entendimiento menos exigente. Cualquier sentencia sobre responsabilidad reciente repite esa doctrina en los siguientes términos: "*esta Sala del Tribunal Supremo ha declarado que la imprescindible relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas o concurrentes, pero, si existen éstas, se ha de moderar proporcionalmente la reparación a cargo de la Administración*" (STS. 3ª, 13 de marzo de 1999, Ar. 3151).

En el caso de la asistencia sanitaria, como se explicó en otro lugar²⁷, el problema principal de la relación de causalidad es el riesgo de presumir su existencia, bien porque la asistencia fue deficiente, bien porque el daño inevitable por evolución de la enfermedad se impute a los servicios sanitarios que "funcionaron mal". En un servicio público que convive con el daño y que incorpora una obligación de medios, no de resultado, la relación de causalidad se convierte en piedra de toque de la institución si se quiere evitar que se transforme en un seguro a todo riesgo; algo que la responsabilidad patrimonial no es²⁸.

En fin, como en todo asunto de responsabilidad objetiva, la prueba de la relación de causalidad, junto a la efectividad del daño, recae sobre el particular. A la Administración corresponde acreditar, en su caso, la concu-

²⁷ Villar Rojas, *La responsabilidad de las Administraciones Sanitarias...*, ob. cit. págs. 153 a 156.

²⁸ La doctrina que se ha ocupado de este vínculo ha calificado el nexo causal de "*contrabalance técnico de la responsabilidad objetiva*". Sobre esta figura, los trabajos de Nieto, A., "*La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado*", Revista Española de Derecho Administrativo, 4, 1975, y "*La relación de causalidad en la responsabilidad administrativa: doctrina jurisprudencial*", en la misma revista, 51, 1986; Leguina Villa, J., *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1983; Fernández Rodríguez, T.R., "*El problema del nexo causal y la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*", en Libro Homenaje a S. Royo Villanova, Madrid, 1977; y Blasco Esteve, A., "*La relación de causalidad en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia reciente*", Revista Española de Derecho Administrativo, 53, 1987.

rencia de fuerza mayor o una causa de justificación (en la asistencia sanitaria, el consentimiento informado, aceptado por STS. 3ª, de 11 de mayo de 1999, Ar. 4802). En este punto no existe singularidad alguna. Una abundante y constante jurisprudencia viene insistiendo en este reparto de la carga de la prueba (modo de ejemplo, la STS. 3ª, de 31 de mayo de 1999, Ar. 6154). Tampoco existe diferencia alguna en cuanto a que esa distribución de la carga probatoria es el elemento más criticable de este régimen de responsabilidad y, en buena medida, uno de los factores que justifican la "huida hacia el derecho penal" en la reclamación de responsabilidad (en el ámbito civil se viene exigiendo al causante material del daño la prueba de su actuar diligente, por todas, STS. 1ª, 20 de mayo de 1993, Ar. 3718).

3.6. Derecho resarcitorio material: "responsabilidad patrimonial"

Se refiere la disposición adicional duodécima de la Ley 30/1992 a " *la responsabilidad patrimonial* " de las entidades, centros y establecimientos públicos que menciona. La pregunta es: ¿qué significa responsabilidad patrimonial?, ¿qué derecho resarcitorio resulta aplicable?

La cuestión era polémica antes de la Ley 4/1999. El capítulo primero del título X de la Ley 30/1992 se titula "*responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*". Antes como ahora se alude a la responsabilidad de la Administración cuando actúa en relaciones de derecho público (art. 139) y cuando lo hace en relaciones de Derecho Privado (art. 144), siendo uniforme el procedimiento de reclamación (art. 142.6). Sin embargo, el art. 144 de la Ley 30/1992 dio lugar a polémica. Decía así: "*Cuando las Administraciones públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentra a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración* bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los art. 142 y 143, según proceda ". Esta última frase suscitó dos interpretaciones: para unos, la remisión lo era al procedimiento administrativo, al orden jurisdiccional contencioso-administrativo ya la responsabilidad objetiva, para otros, la remisión imponía la unidad de procedimiento y de orden competente, pero no el régimen sustantivo de responsabilidad, de manera que, en los casos, de actividades de

mercado, podían ser aplicables las normas de responsabilidad civil extracontractual²⁹.

La Ley 4/1999 ha superado -con razón o sin ella este debate. La frase final del art. 144 ha sido modificada para decir: " *La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los art. 139 y siguientes de esta Ley*". De este modo, la unidad de derecho resarcitorio queda establecida cualquiera que sea el tipo de relación, pública o privada, de que derive. Se desvanece el debate tradicional esas dos clases de relaciones, que servía para diferenciar los art. 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1951.

En resumen, el régimen aplicable a los daños producidos con o por ocasión de la asistencia sanitaria pública es el de responsabilidad objetiva (por funcionamiento del servicio, no por culpa o dolo) y directa (responde la Administración titular del servicio, no sus empleados), de los art. 139 y siguientes de la Ley 30/1992, en definitiva, el de responsabilidad patrimonial por funcionamiento de los servicios públicos.

3.7. Responsabilidad directa de la Administración Sanitaria. Unidad de procedimiento y unidad de fuero

La disposición adicional duodécima estudiada ordena que las reclamaciones se tramiten según el procedimiento administrativo previsto en esa Ley, siendo competente para su revisión judicial los jueces y tribunales del orden contencioso-administrativo. De este modo queda afirmada la unidad de procedimiento y la unidad de jurisdicción. No obstante, para completar este estudio resta aun abordar tres cuestiones de interés, entre ellas aquélla que constituye la razón de ser de este trabajo.

La primera cuestión es competencia!: ¿qué órgano debe conocer de la reclamación de responsabilidad formulada?

²⁹ Entre los primeros, Leguina Villa, J., "*La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio*", en Leguina Villa, J. y Sánchez Morón, M., *La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 402 y 403; Blasco Esteve, A., "*La responsabilidad de la Administración*", en obra colectiva, *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Carperí, Madrid, 1993, pág. 425; Martín Rebollo, L., "*La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica*", Documentación Administrativa, 237-238, 1994, págs. 50 a 53. Defienden la segunda postura, entre otros, García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, II, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1993, pág. 386; Cosculluela Montaner, L. *Manual de Derecho Administrativo I*, 5ª ed., Madrid, Civitas, 1994, pág. 512; y Pantaleón Prieto, F., *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 34.

El art. 142.2 de la Ley 30/1992 parece regular la cuestión de la competencia. Se refiere a los Ministros, al Consejo de Ministros si una Ley lo dispone, ya los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas o de las entidades locales. En el caso de las entidades de derecho público se remite a lo que diga su norma de creación. En consecuencia, conocerá de las reclamaciones en materia de asistencia sanitaria el órgano que las normas estatutarias señalen de cada una de las entidades gestoras, estatal y autonómicas, en su defecto, su máximo órgano directivo.

Esta afirmación lleva consigo la respuesta a la pregunta más importante de las planteadas al iniciar este estudio: ¿a quién impone el ordenamiento jurídico el deber de reparar los daños que se causen con o por ocasión de la asistencia sanitaria pública?

La Ley impone el deber de indemnizar el daño causado a la entidad gestora del servicio, que será en unos casos el Instituto Nacional de la Salud y en otros los Servicios autonómicos de Salud, con independencia de que el causante material del daño fuera un empleado público o se hubiera producido en un centro, servicio o establecimiento, personificado o no, del Sistema Nacional de Salud. La repetida disposición adicional duodécima establece la responsabilidad directa de las entidades públicas responsables de la asistencia sanitaria. Su fundamento es que dirigen, planifican y controlan la actividad de los profesionales y de los establecimientos sanitarios a través de los cuales cumplen con el deber legal de prestar asistencia sanitaria. Ni la personalidad de los empleados públicos, ni, en su caso, la personalidad de los entes interpuestos que puedan existir, afecta a este régimen de imputación. El sujeto obligado frente a los ciudadanos es la Administración Sanitaria cualquiera que sea la forma de prestación.

La última cuestión se refiere a la unidad de fuero. La necesidad de reclamación administrativa previa permite superar el escollo del ámbito subjetivo, que no funcional, de la competencia de los tribunales de lo contencioso-administrativo cuando de reclamaciones de responsabilidad patrimonial se trata (art. 2.e de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). La contestación a esa reclamación será un acto administrativo (sea expreso o sea presunto), presupuesto de acceso a esa jurisdicción (art. 1.1 y 25.1 de la Ley 29/1998). En todo caso, si se ofrece una interpretación formal-subjetiva del ámbito de aplicación de la Ley 30/1992 y de la Ley 29/1998, la disposición adicional que se estudia vendría a asegurar una unidad jurisdiccional frente a

cualquier forma de gestión directa, que de otro modo no sería admisible.

No obstante, la personalidad jurídica y el patrimonio propio de las empresas públicas sanitarias podrían dar lugar a demandas civiles de responsabilidad. En efecto, el que esté prohibido demandar a la Administración Pública ante los tribunales civiles o sociales no impide al particular demandar al causante material del daño, únicamente no puede llamarse a aquélla como responsable directo³⁰. A ello debe añadirse que la repetida disposición adicional no obliga a los perjudicados a utilizar sus previsiones, sino que se limita a establecer el régimen sustantivo de responsabilidad aplicable, de modo que, en el supuesto de entes interpuestos jurídico-privados, siempre queda la posibilidad de que sean demandados civilmente. En esta hipótesis, más teórica que real, dos situaciones pueden plantearse: que la entidad instrumental acepte la demanda sin oponer excepción de falta de jurisdicción, siendo aplicable el régimen sustantivo civil; o que la entidad sanitaria formule una excepción, bien de litis consorcio pasivo necesario por el carácter directo de la responsabilidad de la entidad gestora de la que depende, bien de falta de legitimación pasiva por ser "*Administración Pública*" que sólo puede ser demandada ante el orden contencioso-administrativo. Sin embargo, ni una ni otra parecen admisibles. Con ellas la entidad pretendería levantarse a sí misma el velo de la personalidad, lo cual resultaría contraria a su propia razón de ser. Este mecanismo es una garantía de los intereses de los particulares afectados, no una carga frente a ellos, de manera que, como otras técnicas de análoga naturaleza (el silencio administrativo) no pueden emplearse en contra de su fundamento. Si la entidad tiene personalidad jurídica y patrimonio propio puede ser demandada ante los tribunales civiles. Con todo, dados los controles públicos sobre el patrimonio de estas entidades, puede resultar complejo evitar que la Administración matriz, titular del servicio, sea llamada al proceso, haciendo jugar, entonces, aquella excepción legal.

4. CONCLUSION: LA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 vienen a desarrollar el artículo 106.2 de la Constitución,

³⁰ En este sentido, Leguina Villa, I., *Artículo 2.e*), en obra colectiva *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Revista Española de Derecho Administrativo, 100, 1998, pág. 104.

pero es más que dudoso que agoten las posibilidades que ofrece dicho precepto cuando llama a la interposición de una ley para su desarrollo completo (*"en los términos de la Ley"*, dice ese mandato constitucional). La disposición adicional duodécima sobre la responsabilidad en materia de asistencia sanitaria lo prueba. Si el art. 106.2 incorporase una concepción subjetiva de la responsabilidad patrimonial, como la legislación básica ha querido establecer, la disposición adicional estudiada, por ampliar su ámbito subjetivo hacia otro funcional, debería ser considerada inconstitucional; o bien, debería entenderse que el

elemento subjetivo no es determinante de la aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial. La otra opción -como cabe deducir de lo dicho es que la disposición adicional duodécima citada sí tiene cabida en el espacio normativo del art. 106.2 de la Constitución; y ello sólo es posible porque este mandato emplea un concepto funcional de servicio público; con independencia del modo de gestión, de la personalidad del gestor y de su régimen jurídico externo, en tanto que, por encima de cualquier otra función, ese artículo constituye una garantía patrimonial de los ciudadanos frente a los poderes públicos.