

CONSTRUCCIÓN Y GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURAS SANITARIAS A TRAVÉS DE MODELOS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

DAVID LARIOS RISCO

*Letrado de la Administración de la Seguridad Social.
Coordinador de los Servicios Jurídicos del SESCAM*

VICENTE LOMAS HERNÁNDEZ

Jefe del Servicio de Derecho Sanitario y Bioética del SESCAM



Este trabajo ha obtenido el **2.º Premio Estudios Financieros 2008** en la Modalidad de **DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Ángel MENÉNDEZ REXACH, don Javier FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA, don Julio GALÁN CÁCERES, don Pablo Lucas MURILLO DE LA CUEVA, don Luis VACAS GARCÍA-ALOS y don José Eugenio SORIANO GARCÍA.

Extracto:

EL impacto de las nuevas fórmulas de colaboración público-privada en la construcción y financiación de infraestructuras sanitarias públicas resulta innegable, y así lo atestigua la vigente Ley de Contratos del Sector Público al incorporar el nuevo contrato administrativo de colaboración público-privada. En este trabajo se subraya la importancia creciente de este fenómeno, su canalización a través de las distintas opciones que contempla nuestro ordenamiento jurídico, su equivalencia con los proyectos más interesantes puestos en marcha por algunas Comunidades Autónomas, y se estudian las principales repercusiones que la implantación de estos modelos tienen en los diferentes ámbitos de la gestión administrativa.

Palabras clave: estabilidad presupuestaria, riesgos, externalización, concesión, colaboración público-privada, contratos «in house providing».

Sumario

- I. Planteamiento.
- II. Fórmulas de colaboración público-privada para la construcción y explotación de infraestructuras del Sistema Nacional de Salud.
 - a) La CPP como concesión administrativa.
 - b) Colaboración entre el sector público y el sector privado en la Ley de Contratos del Sector Público.
 - c) La creación por las Administraciones de entes instrumentales.
- III. Algunos efectos de la implantación de fórmulas de colaboración público-privadas en el Sistema Nacional de Salud.
 - a) Efectos sobre el régimen de personal.
 - b) Efectos sobre el régimen general de prestación de servicios no sanitarios.
 - c) Efectos sobre la gestión de archivos y ficheros que contengan datos de salud.
 - d) Efectos sobre el régimen de responsabilidad civil o patrimonial.

Bibliografía.

I. PLANTEAMIENTO

Una de las tendencias más acusadas y extendidas de la política sanitaria actual es la apuesta de los diferentes Gobiernos autonómicos por la dotación de una potente y extensa red de infraestructuras sanitarias. Los datos extraídos de los diferentes planes autonómicos de salud permiten concluir que, en la actualidad, se encuentran en fase de adjudicación o construcción más de cuarenta nuevos hospitales a lo largo y ancho del territorio nacional (además de las innumerables obras de reforma y ampliación del parque de hospitales ya existente, y de las de nueva construcción de centros de salud, consultorios locales y centros de especialidades).

De entre los factores que determinan esta orientación del esfuerzo planificador e inversor hacia la construcción de nuevos hospitales destacan: a) la necesidad de actualizar las infraestructuras sanitarias anticuadas, muchas de ellas construidas en la década de los años sesenta del pasado siglo; b) la exigencia de incorporar nuevas instalaciones para hacer frente a la creciente demanda de atención sanitaria especializada por parte de una población en aumento; c) la conveniencia de aproximar los servicios hospitalarios a centros de población emergente mediante una distribución geográfica más equitativa de las infraestructuras sanitarias, que atienda al reparto poblacional presente y futuro; y d) el intento de las Comunidades Autónomas tradicionalmente deficitarias en servicios hospitalarios, que en el proceso transferencial que culminó en diciembre de 2001 asumieron de manera efectiva las competencias para la gestión de la asistencia sanitaria, de poder ofertar, dentro de su ámbito territorial, una cartera de servicios adecuada que minimice la necesidad de derivación de sus beneficiarios a centros hospitalarios de otras Comunidades Autónomas.

Dar respuesta a este reto no constituye tarea fácil. Las Administraciones públicas se han lanzado a la búsqueda de novedosas fórmulas que les permitan afrontar el ingente coste organizativo, gestor y financiero que exige la puesta en marcha y el mantenimiento de los nuevos hospitales y centros sanitarios.

Así, los sistemas tradicionales de construcción y gestión de servicios públicos sanitarios a través de los contratos administrativos típicos (obras, suministros, servicios, consultoría y asistencia),

están siendo complementados y, en muchos casos sustituidos, por los modernamente llamados modelos de «Colaboración Público Privada» (CPP) o «Public Private Partnership» (PPP, según sus siglas en inglés) ¹.

Las formas de CPP implican una «*cooperación a largo plazo, regulada por contrato, entre las autoridades públicas y el sector privado con el fin de llevar a cabo proyectos públicos en los que los recursos requeridos se gestionan en común y los riesgos vinculados al proyecto se distribuyen de forma conveniente sobre la base de la capacidad de gestión de riesgos de los socios del proyecto*» ². Estas fórmulas, dentro de las que se incluyen tanto las **concesiones** –las tradicionales «de servicio» y a partir de la Ley 13/2003, también las «de obra pública»– como la **utilización de entes interpuestos con participación de capital privado**, permiten a las Administraciones sanitarias atender sus necesidades de inversión sin incrementar el déficit o recurrir a la emisión de deuda pública, mientras posibilitan a las compañías privadas incrementar su ritmo de contrataciones sin aumentar su exposición como negocio cíclico. De este modo, los diferentes modelos de CPP facilitan a las Administraciones sanitarias una solución inmobiliaria integrada mediante la transferencia de la promoción y financiación de hospitales a compañías privadas capaces de afrontar las inversiones mediante fondos propios y deuda externa.

En función del modelo elegido, las empresas privadas (o públicas interpuestas, como sucede en los denominados contratos «*in house*») asumen la redacción de los proyectos técnicos y la dirección facultativa, la construcción y la puesta en marcha de las infraestructuras o edificios, la provisión e instalación de los equipamientos específicos, la gestión y el mantenimiento durante un periodo acordado de los activos inmobiliarios y, en determinados casos, la propia prestación sanitaria (como sucede en las concesiones administrativas de servicios públicos).

La Administración, por su parte, decide la configuración y define funcionalmente el modelo en los correspondientes pliegos, se reserva la facultad de controlar los servicios públicos prestados a sus usuarios, y afronta el pago del canon anual establecido en función de la extensión del contrato. Salvo en el caso de las concesiones de servicios, la Administración también asume la prestación directa de los servicios sanitarios a través de sus propios empleados públicos, y subcontrata la gestión del resto (construcción, mantenimiento, limpieza, seguridad, catering, hostelería, servicios auxiliares, logística, gestión documental, etc.) con empresas especializadas.

Los modelos de CPP surgieron en el Reino Unido ³ a principios de la década de los años noventa del pasado siglo con el fin de optimizar el valor del dinero que pagaban los contribuyentes a tra-

¹ La colaboración público-privada se erigiría así en «*una solución eficaz para garantizar una infraestructura o para ofrecer un servicio público*» siendo su principal objetivo «*la mejora de la calidad del servicio prestado a los ciudadanos*» (Dictamen sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones).

² Resolución Legislativa del Parlamento Europeo sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, 2006/2043 INI.

³ En el Reino Unido se han construido 21 hospitales bajo modalidad PFI con un coste total de 1,5 billones de libras. El Gobierno británico aspira a tener finalizados, antes de 2010, nuevos hospitales por un total de 7 billones de libras, lo que supondrá el 85% de toda la nueva inversión de capital del Sistema de Salud. (GARCÍA MARTÍN, Manuel. *La crisis de los Sistemas Sanitarios*. Federación de Asociaciones para la defensa de la Sanidad Pública).

vés de la participación de empresas del sector privado en todas las áreas de servicios públicos ⁴. El sistema se ha ido extendiendo paulatinamente a otros países como Australia, Alemania, Italia, Portugal, Canadá, Chile ⁵ y también a España ⁶.

La generalización de los modelos de CPP en el sector sanitario público debe su éxito, en gran medida, a la insuficiencia financiera de las Comunidades Autónomas para afrontar el ingente gasto que lleva consigo el despliegue de infraestructuras sanitarias ⁷. La utilización de estos sistemas persigue la inmediata puesta en marcha de los hospitales sustituyendo el gasto de capital corriente por convenios de arrendamiento aplazado. De este modo, las Administraciones sanitarias evitan, bien tener que detraer de sus siempre escasos presupuestos la totalidad del capital necesario para su construcción y mantenimiento, bien tener que acudir a fórmulas de financiación a crédito –emisión de deuda pública u otras–, que comprometan su pasivo por encima de los límites permitidos por las normas comunitarias y estatales sobre control del déficit público.

Este último, sin duda, es otro de los factores que determinan la gran acogida que, entre las Administraciones sanitarias, están teniendo últimamente estas fórmulas de colaboración para la construcción de infraestructuras hospitalarias, precisamente en un momento en el que empieza a cuestionarse internacionalmente la validez de este modelo ⁸. La razón fundamental es que, con ellas, se buscaría que estas inversiones diferidas no contabilizasen como capital gastado según los criterios de Maastricht para los préstamos del sector público en el sistema de contabilidad europeo (SEC 95), cuestión esta no totalmente clara en la actualidad y sobre la que volveremos más adelante.

En todo caso, los sistemas de CPP también conllevan la ventaja añadida de transferir el riesgo de la construcción y puesta en marcha de los nuevos hospitales a las entidades que a la postre los gestionarán, puesto que el precio y el plazo de la construcción quedan cerrados desde el inicio, y la facturación de servicios de explotación se realiza según la calidad y el grado de cumplimiento.

⁴ El gasto extrapresupuestario del NHS en PFI asciende a unos cinco mil millones de libras (PLUMBRIDGE, 2006).

⁵ En 2006, el Ministerio de Salud chileno publicó el primer Programa de Concesiones de Infraestructura Hospitalaria. En él se contempla una inversión por un total aproximado de 245 millones de dólares destinados a incorporar la participación del sector privado con el fin de aumentar la eficiencia y liberar recursos fiscales para la construcción de cuatro grandes hospitales (Libertad y Desarrollo. Temas Públicos, n.º 785 de 25 de agosto de 2006. www.lyd.org).

⁶ Teniendo en cuenta que las inversiones en infraestructuras de salud son excesivamente costosas para las arcas públicas, los representantes de los gobiernos presentes en el marco del *Fòrum Euromed Salut* celebrado los días 14 y 15 de noviembre de 2005 en Barcelona, en el que se debatieron temas comunes en los sistemas sanitarios del área mediterránea, analizaron las experiencias en la financiación de las nuevas inversiones y equipamientos sanitarios y los sistemas de CPP en la construcción de hospitales públicos.

⁷ La Conferencia de Presidentes Autonómicos celebrada en octubre de 2004 para tratar la situación financiera del Sistema Nacional de Salud puso de manifiesto la existencia de una deuda acumulada por los Servicios autonómicos de Salud que ascendía a más de 6.000 millones de euros.

⁸ T. SACCKEVILLE, uno de los promotores de la iniciativa PPP en el Reino Unido ha manifestado su visión negativa sobre esta estrategia económicamente cara y financieramente cuestionable. Por otra parte, algunos de los más importantes hospitales construidos bajo las directrices de este nuevo modelo de financiación-gestión de infraestructuras presentan serios problemas como es el caso del Hospital *Debashis Singh*, el Hospital *Queen Elizabeth* en Grenwicht con una situación de quiebra al presentar unos costes que excedían en 19,7 millones de libras anuales respecto a lo inicialmente contratado con el NSH; o el Hospital *Barts* de Londres que, con unos costes previstos para 2005 de 8,62 millones de libras, ha tenido que ver incrementado su presupuesto 8 veces más para asegurar su sostenibilidad (GARCÍA MARTÍN, Manuel. *La crisis de los Sistemas Sanitarios*. Federación de Asociaciones para la Defensa de la Sanidad Pública).

Aunque los contratos se firman a muy largo plazo, y estos sistemas llevan implantados apenas una década en el mejor de los casos, es previsible que las empresas que asumen este tipo de participación obtengan grandes ventajas⁹. Sea como fuere, lo cierto es que la introducción en el ámbito de la sanidad pública de los modelos CPP –puros o institucionalizados– para la construcción y explotación de hospitales del Sistema Nacional de Salud no está siendo pacífica. Los partidarios de estos modelos sostienen que su utilización permitirá acometer la necesaria mejora y ampliación de las instalaciones, en beneficio de la eficiencia del sistema hospitalario y del servicio que se otorga a los pacientes. Y para ello parten de una realidad incontestable: los estudios macroeconómicos confirman la brecha que hay entre las necesidades de inversión en infraestructuras y equipamientos sanitarios y la capacidad real de financiación y endeudamiento que poseen las Administraciones públicas merced a la normativa sobre estabilidad presupuestaria. Luego, ¿por qué no pensar en un sistema de salud verdaderamente mixto y competitivo que fortalezca el sistema público de atención y que motive la inversión privada, por ejemplo, a través de concesiones de construcción y/o gestión de hospitales? Este imperativo orientaría la búsqueda de mecanismos alternativos para el desarrollo y equipamiento de la red hospitalaria pública. En este contexto, incorporar al sector privado aparece como una solución ya probada en el ámbito sanitario a través de otras fórmulas como los convenios de vinculación singular o los conciertos –a los que se refería, ya en 1986, la Ley General de Sanidad–, y las concesiones o los contratos de gestión de servicios públicos previstos en la normativa sobre contratación administrativa. De este modo, y en la medida que el sistema sanitario público se enfrenta a aumentos en el coste que son inasumibles por las arcas públicas, la asociación con el sector privado para la construcción y administración de hospitales parecería como una de las fórmulas posibles para controlar el gasto y el déficit público, mejorar la calidad de los servicios, y generar un ahorro fiscal neto.

Sin embargo, diversos sectores de opinión política, social y doctrinal cuestionan la conveniencia de trasladar a la iniciativa privada la gestión de prestaciones sanitarias públicas o de las infraestructuras y servicios necesarios para su efectividad en un sistema como el español, de corte público, universal y gratuito. Las dudas surgen en casi todos los ámbitos. Se cuestiona el más que discutible éxito de la experiencia británica^{10, 11} y también la supuesta eficacia de estos sistemas frente a los de

⁹ En un informe publicado por el diario británico *The Guardian* el 5 de septiembre de 2003 se indicaba que las compañías de construcción comprometidas en la Iniciativa de Financiación Privada (PFI) esperaban conseguir entre tres y diez veces más ingresos de los que hubieran conseguido con los contratos tradicionales, situando sus márgenes de beneficio entre el 7,5 y el 15%, y para los propietarios de acciones de renta variable, y entre el 10 y el 20% en las compañías que participan en el consorcio. El diario británico hacía referencia a un informe de la industria de construcción europea, publicado en 2003, que señalaba directamente a los contratos PFI como la principal razón para que, en el Reino Unido, las empresas de ese sector crecieran por encima del 8% en ese año, frente a las de Alemania y Francia, donde habían decrecido tan solo un 2,5% y un 0,7%, respectivamente. De todos los ámbitos en los que se realizan estos dos sistemas de contratación la sanidad acumula un total de cuarenta contratos por valor de 4.133 millones de libras.

¹⁰ «... nuestros políticos, en un alarde inusitado de capacitación e imaginación, adoptan otro modelo puesto en marcha por el ultra conservador gobierno tatcheriano en la Gran Bretaña en los años 90 y que supuso el colapso de la sanidad pública en dicho país» (Informe sobre la construcción del nuevo hospital de Burgos mediante el modelo de participación pública privada. Confederación General del Trabajo. <http://www.cgt.es>).

¹¹ *La experiencia de Gran Bretaña es ilustrativa al efecto. La sanidad pública británica (NHS) fue la envidia de toda Europa; la reforma de Thatcher y las posteriores, adoptando la gestión privada de los hospitales o sistemas de administración como el PFI, la han sumido en un estado lamentable.* MARTÍN SECO, J.F. *Hospitales Privados Contra la Sanidad Pública*. Crítica Social y Ciudadana, 20/12/2006 <http://www.crisyc.com/crisyc>).

gestión pública¹². Se desconfió de que el control que la Administración debe ejercer sobre el adecuado cumplimiento de un contrato tan complejo durante un periodo tan largo sea verdaderamente efectivo y sirva para atajar las presumibles desviaciones de la explotación privada. Se alerta de las posibles repercusiones negativas de esos sistemas en la política de empleo público, responsabilidad patrimonial e, incluso, se pone en tela de juicio la adecuación de algunas de las fórmulas empleadas al ordenamiento jurídico¹³.

Al margen de estas cuestiones, muchas de ellas más próximas a planteamientos de política social y económica, que a criterios jurídicos o de gestión, el presente trabajo pretende analizar las distintas figuras en las que se materializa la Participación Público Privada (PPP) y la Iniciativa de Financiación Privada (PFI) para la construcción y explotación de infraestructuras sanitarias en nuestro Derecho, y las consecuencias jurídicas de la aplicación de estos modelos sobre los sistemas de gestión, financiación, y provisión de bienes y servicios, régimen de personal y de responsabilidad civil o patrimonial de estos nuevos hospitales.

II. FÓRMULAS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA PARA LA CONSTRUCCIÓN Y EXPLOTACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS SANITARIAS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

La puesta en marcha de iniciativas de colaboración público-privada para la construcción y explotación de grandes infraestructuras públicas ha sido una constante en los diez últimos años en el marco de la Unión Europea. Las experiencias acumuladas por los Estados miembros en otros sectores de la actividad pública (ferrocarriles, red viaria, etc.) han llamado la atención de las Administraciones sanitarias, muy sensibles a la utilización de fórmulas de colaboración público-privadas, hacia el papel que puede jugar la iniciativa privada en el contexto de los sistemas sanitarios actuales¹⁴.

¹² Los modelos PFI y PPP que se aplican en nuestro Estado permiten por primera vez a las empresas privadas entrar a gestionar parcelas del Sistema Nacional de Salud sin intermediaciones, y en ellas aparece por primera vez el ánimo de lucro como objetivo. Esto significa que los accionistas de las empresas concesionarias invierten en proyectos PFI para apoderarse del excedente de explotación o de los beneficios, asegurándose períodos de rentabilidad de varias décadas (Confederación General de Trabajadores. Gestión Privada: la nueva ortodoxia.).

¹³ *Lo dicho permite dudar que la construcción y explotación de un hospital tenga encaje en el objeto propio de esta modalidad concesional* (VILLAR ROJAS, F.J. «La concesión administrativa de obra pública como nueva fórmula de gestión de servicios sanitarios». *Derecho y Salud*, Vol. 14, marzo 2006).

¹⁴ El «Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones», aprobado por la Comisión el 30 de abril de 2004, ya distinguía dos formas fundamentales de la misma: «*las operaciones de CPP de tipo puramente contractual*» y las «*operaciones de CPP de tipo institucionalizado, que implican la cooperación entre los sectores público y privado en el seno de una entidad diferente*». Dentro de las primeras, el citado documento opera una fundamental distinción, la que existe entre el «*modelo de concesión*», caracterizado por «*el vínculo directo que existe entre el socio privado y el usuario final: el socio privado presta un servicio a la población, en lugar del socio público, pero bajo su control*» (punto 22) y otro tipo de organización en la que «*la tarea del socio privado consiste en realizar y gestionar una infraestructura para la administración pública*» (por ejemplo, un colegio, un hospital, o un centro penitenciario) y donde «*la remuneración del socio privado no adopta la forma de cánones abonados por los usuarios de la obra o el servicio, sino de pagos periódicos realizados por el socio público*».

Estas fórmulas comprenden sistemas para la financiación de infraestructuras –las denominadas PFI (*Private Finantiation Inicatives*, según sus siglas en inglés)– con tres tipos de variantes ¹⁵: las fórmulas DBFO¹⁶ (diseño, construcción, financiación y operativo), BOOT (construcción, propiedad, operativo y transferencia) y BOT (construcción, operativo y transferencia), se han ido extendiendo por el resto del continente europeo hasta recalar finalmente en nuestro país ¹⁷.

Si bien no existe una definición válida a escala europea, ni disposiciones específicas en el marco del Derecho comunitario que abarquen todas las formas de CPP (ó PPP), lo cierto es que han sido conceptuadas por la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas como «*una forma de colaboración o esfuerzo común entre los sectores público y privado con el propósito de desarrollar, construir, explotar y financiar. Una PPP está consignada por una serie de acuerdos interrelacionados entre los agentes públicos y privados por los que se definen sus respectivos derechos y obligaciones según la configuración legal y política existente*» ¹⁸. Esta definición abarca, de forma descriptiva, los elementos fundamentales de estas fórmulas de colaboración con la iniciativa privada al tiempo que revela las principales razones por las que resultan tan atractivas para el sector público sanitario.

En efecto, las CPP presentan estructuras jurídicas y comerciales complicadas que asocian empresas privadas y entidades públicas para realizar y gestionar conjuntamente proyectos de infraestructuras, o prestar servicios públicos, con la finalidad de que las entidades públicas se beneficien de la capacidad de concepción, construcción y gestión de las empresas privadas –sin olvidar, por supuesto, su capacidad financiera–.¹⁹

El empleo de estas fórmulas de CPP en el sector público sanitario se traduce en que el financiador y responsable final de la prestación asistencial es el ente público, manteniéndose la gestión de la actividad básica en manos de la Administración y encomendándose al sector privado el diseño, la construcción, la financiación y el mantenimiento de la infraestructura, así como la gestión de servicios complementarios tales como el servicio integral de lavandería, seguridad, limpieza, desinsecta-

¹⁵ GAFFNEY, REYES, 2002, UNISON, 2004.

¹⁶ Este modelo se correspondería con el nuevo contrato de concesión de obra pública que rige en nuestro país. La sociedad concesionaria es la que construye y gestiona y la Administración paga por la provisión de los servicios derivados de la obra pública.

¹⁷ Según un estudio de la consultora PricewaterhouseCoopers, tan solo el Reino Unido ha utilizado más que España este tipo de fórmulas de financiación público-privadas para la realización de infraestructuras. Los británicos aglutinan el 57% de los proyectos licitados de este modo en toda la Unión Europea entre 2000 y el 2005.

¹⁸ El Parlamento Escocés, por su parte, las ha definido como «*medio de utilización de financiación y técnicas privadas para la ejecución de proyectos tradicionalmente realizados por el sector público. Estos incluyen proyectos intensivos en el uso de capital tales como colegios, hospitales, carreteras y equipamientos de agua. En lugar de que sea una entidad pública quien desarrolle activos fijos y posteriormente detente su propiedad, los gestione y regule, las PPPs generalmente implican que el sector privado sea su responsable y los gestione y la Administración Pública adquiera el servicio al contratista durante un período de tiempo determinado*».

¹⁹ Según la Resolución Legislativa del Parlamento Europeo sobre colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones (2006/2043/INI), estas fórmulas de CPP conllevarían sinergias y ventajas de interés público, al permitir una gestión más eficaz de los fondos públicos, servir de alternativa a la privatización en períodos de premura presupuestaria y contribuir a la modernización de la Administración mediante la adquisición de conocimientos prácticos del sector privado.

ción y desratización, restauración, conservación de jardines, gestión de almacenes, archivo de documentación clínica y administrativa, etc. Con el recurso a fórmulas de CPP la Administración se beneficiaría de las siguientes ventajas teóricas: reducción del tiempo de construcción y garantía en la entrega de la obra en el plazo estipulado; elusión de desviaciones presupuestarias en la construcción y equipamiento de centros gracias al presupuesto cerrado; optimización del nivel de gasto en las infraestructuras a partir de un uso responsable de los recursos y potenciación de la innovación en infraestructuras.

Pero, al margen de estas consideraciones, lo cierto es que el atractivo que determina a muchos gobiernos autonómicos ²⁰ a decantarse por el empleo de fórmulas de CPP para la construcción de infraestructuras sanitarias reside, como apuntábamos en el preámbulo, en la búsqueda de nuevos sistemas de financiación, de modo que la asunción por la iniciativa privada de la mayor parte del riesgo sea el elemento clave para la contabilización correcta de su impacto sobre la deuda pública, dependiendo su clasificación como activo no público de que el socio privado asuma el riesgo de la construcción y soporte, al menos, alguno de los restantes riesgos (riesgos de disponibilidad y riesgos ligados a la demanda). Así, siguiendo las recomendaciones de la Oficina Europea de Estadística, los activos implicados en fórmulas de CPP no computan como deuda siempre que sea la entidad privada la que soporte la mayor parte del riesgo ²¹.

Sin embargo, este beneficio contable, entendiendo por tal la no consolidación de la deuda que implica el coste de la construcción y gestión de un hospital en los balances públicos a efectos de SEC 95, comienza a tambalearse, sobre todo a raíz de que la *Internacional Accountancy Standard Board* haya declarado que un bien sujeto a control del Gobierno, y que puede revertir a propiedad pública, debe aparecer en los balances contables del sector público.

Sea como fuere, lo que interesa a efectos del presente trabajo es la descripción de las diferentes fórmulas de CPP empleadas para la construcción y explotación de infraestructuras sanitarias par-

²⁰ En el año 2005 el 62,5% del importe total adjudicado mediante fórmulas de CPP correspondió a las Comunidades Autónomas. Por el contrario, el Ministerio de Fomento licitó obras por un importe total de 2.285,04 millones de euros durante el primer cuatrimestre del año 2006, lo que supuso un descenso del 11,56% respecto a igual período de 2005.

²¹ Para la imputación del riesgo, el Sistema de Contabilidad Europea (SEC 95) ha seleccionado tres categorías de riesgos: el «riesgo de construcción», el «riesgo de disponibilidad» y el «riesgo ligado a la demanda». Según Eurostat, la primera categoría comprende «aspectos notables como los retrasos en la construcción, el no cumplimiento de los estándares especificados, sobrecostos, deficiencias técnicas y los factores externos de efecto negativo». La segunda categoría implica proporcionar el volumen/cantidad de servicio acordado, cumpliendo con los estándares de disponibilidad, calidad y otros como seguridad en la provisión de los servicios definidos contractualmente; en este caso se considera que la Administración no ostenta este riesgo cuando «tenga derecho a reducir significativamente sus pagos periódicos como cualquier consumidor requeriría en un contrato privado/comercial». Por último, el denominado «riesgo de demanda» debe ser asumido por la Administración cuando esté obligada a garantizar un nivel de pago determinado al socio privado con independencia de la demanda generada por el usuario final. Por su parte, el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales vigente en la Unión Europea (**Manual SEC 95 sobre déficit público y deuda pública**), así como la **Decisión de 11 de febrero de 2004**, establecen tres criterios a seguir para la contabilización del endeudamiento como no perteneciente a las Administraciones públicas, a saber: que la entidad interpuesta para la financiación/gestión de la infraestructura pueda ser calificada como Unidad institucional; que dicha unidad institucional se pueda clasificar como orientada al mercado; y, el más importante, que sea la entidad privada el principal garante de los riesgos del proyecto de inversión, y no la propia Administración.

tiendo de la base de la inexistencia de un marco jurídico integral que aglutine las diversas modalidades de esta categoría doctrinal. De este modo, realizaremos un análisis de estas fórmulas de colaboración a través de las diferentes categorías jurídicas que, en nuestro ordenamiento, sirven de base para su constitución y operatividad, es decir: concesiones administrativas, contratos públicos y creación de entes interpuestos.

a) La CPP como concesión administrativa.

La tradicional figura de la concesión administrativa se erige en auténtico paradigma de los modelos de financiación y gestión privada de servicios públicos. En nuestro Derecho se encuentra regulada en la actualidad por la Ley 30/2007, de 30 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), como una modalidad del contrato de gestión de servicios públicos. La concesión administrativa se admite siempre que se trate de servicios que «*tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares*»²². La concesión administrativa es una de las modalidades previstas en nuestra legislación para la contratación de la gestión de los servicios sanitarios²³. Por medio de la concesión el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura (art. 251.1 LCSP).

Sin embargo, no podemos reducir el estudio de la figura de la «concesión» a esta modalidad de contrato de gestión de servicio público, ya que bajo este término genérico también podemos incluir otros dos supuestos: a) La concesión demanial²⁴, o de dominio público, que constituye un derecho real administrativo consistente en la facultad de aprovechamiento o uso exclusivo privativo o anormal de un bien de dominio público; y b) La concesión de obra pública, contrato administrativo típico que surge tras la supresión de la anterior concesión del contrato de obras públicas.²⁵

De las tres acepciones posibles nos centraremos en particular en dos de ellas: **la concesión de servicio público** y **la concesión de obra pública** como medios de gestión privada de infraestructuras en el sector sanitario.

²² La nota del contenido económico del servicio podría esgrimirse como argumento en contra del uso de las concesiones en sectores tales como la sanidad, ya que en la concesión la retribución del concesionario suele serlo con cargo a las tarifas que abonan los usuarios.

²³ A juicio del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, la concesión permite: 1) elegir los sujetos más capaces o con mayores garantías para que la actividad se cumpla en el sentido que al interés público convenga. 2) tasar el contenido de las facultades de ejercicio que se transmiten, en función del objetivo social que con ello se pretende y 3) imponer ese ejercicio de una manera forzosa, de modo que se elimine la posibilidad de un no ejercicio, que se juzga contrario al interés general, todo ello bajo la fiscalización administrativa; y en fin reservar la posibilidad de una caducidad de los derechos otorgados, o de un rescate de los mismos, o de una reversión a tiempo establecido, en virtud de una titularidad remanente y última que permanece en la Administración. (*Curso de Derecho Administrativo II*. Ed. Civitas, 2001).

²⁴ Según dispone el artículo 334.10 del CC «Son bienes inmuebles (...) las concesiones administrativas de obras públicas (...) y demás derechos reales sobre bienes inmuebles» mientras que el artículo 336 del citado cuerpo legal dispone que «tienen también la consideración de bienes muebles (...) los contratos sobre servicios públicos».

²⁵ El derogado contrato administrativo de concesión de obras públicas tenía su precedente en la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de Autopistas en régimen de concesión.

i) *Concesión administrativa de servicios.*

Como ya hemos apuntado, la concesión constituye una de las modalidades de contratación de gestión de servicio público *«por medio de la cual se transfiere a una persona física o jurídica la gestión de un servicio público, asumiendo esta el riesgo económico de la actividad. La concesión puede comprender la construcción de una obra o instalación, soporte físico del servicio a prestar, o la pura gestión de este cuando no las exija. Una reiterada jurisprudencia pone de manifiesto que la concesión es una modalidad de gestión de servicio público de estructura contractual, aunque inciden sobre ella los poderes de la Administración»* (STSJ de Cataluña de 10 de noviembre de 1993).

La idea esencial que caracteriza a la concesión como forma de gestión indirecta de servicios no es otra que la prestación de un servicio público por parte de un particular que asume la gestión y el riesgo, a cambio de la correspondiente compensación económica percibida directamente de los usuarios conforme a las tasas fijadas previamente por la Administración por la utilización del servicio público. Cabe reseñar la exclusión de esta figura del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50/CEE²⁶, del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, debido a que estos contratos precisan de una contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora a la empresa prestadora de los servicios, a diferencia de lo que acontece con la concesión, en la que la retribución del prestador de servicios no procede de la autoridad pública, sino de las cantidades abonadas por terceros, de modo que *«esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios, lo cual es una característica de la concesión de servicios públicos»* (STJUE de 13/10/2005 Parking Brixen C-458/03)²⁷.

La concesión, como modalidad de gestión de servicio público, ha sido muy utilizada en los últimos tiempos en el sector sanitario²⁸. Sin embargo, y a diferencia del concierto²⁹ (fórmula contractual asumida sin reservas para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos) el uso de la concesión para la gestión de servicios sanitarios no ha estado exento de polémica. El rechazo que

²⁶ Auto de 30 de mayo de 2002 (Buchhandler-Vereinigung, C-358/00).

²⁷ Esta interpretación es compartida por la vigente Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios cuyo artículo 1 apartado 4 establece que «la concesión de servicios es un contrato que presenta las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, bien en dicho derecho acompañado de un precio».

²⁸ Buen ejemplo de ello el modelo de gestión indirecta empleado por la Generalidad Valenciana en el Hospital de Alzira, posteriormente generalizado para toda el Área de Salud de esta demarcación geográfica. No en vano, desde que se instauró el modelo público-privado de gestión sanitaria en 1999, la Consejería de Sanidad de la Comunidad Valenciana ha adjudicado cinco proyectos de gestión hospitalaria: Alzira, cuya gestión corresponde a la empresa Adeslas; Hospital de Torreveja (Asisa), Denia (DKV), Manises (Consorcio formado por Sanitas y Ribera Salud) y el Hospital de Elche (Asisa). En todos estos proyectos participan las Cajas de Ahorros, correspondiendo la financiación, propiedad y control de la infraestructura sanitaria a la Consejería de Sanidad, mientras que las compañías concesionarias se responsabilizan de la construcción, el equipamiento y la gestión del nuevo hospital.

²⁹ Artículo 90 de la Ley General de Sanidad.

inspira el empleo de la concesión para la gestión de servicios sanitarios públicos estriba, fundamentalmente, en el hecho de que, a diferencia de lo que acontece con el concierto (mecanismo este que no comporta una desvinculación de la Administración sanitaria de la gestión, pues se trata más bien de fórmulas de integración de terceros en el servicio), la concesión representa un desprendimiento del servicio a favor de terceros, como así nos lo recuerda la propia Ley de Contratos al señalar que es el empresario el que debe gestionar el servicio a su riesgo y ventura, percibiendo su retribución de los usuarios y sin ninguna intervención compartida por parte de la Administración titular del servicio público. A la vista de estas premisas cabe preguntarse: ¿a través de qué técnica de gestión indirecta puede canalizarse la prestación de servicios sanitarios por establecimientos privados con cargo a fondos públicos? La respuesta la encontramos en la propia Ley General de Sanidad, piedra angular sobre la que se asienta el diseño actual de la estructura organizativa de nuestro Sistema Nacional de Salud, y que reconoce expresamente la figura del concierto sanitario³⁰ como el cauce más adecuado para dar participación al sector sanitario privado.

Sin embargo, la realidad actual nos ofrece abundantes ejemplos de todo lo contrario. En efecto, cada vez son más las Comunidades Autónomas que incorporan la concesión como modalidad de contrato típico de gestión de servicios públicos sanitarios. La doctrina mayoritaria considera perfectamente admisible la técnica de la concesión administrativa para la gestión de los servicios sanitarios públicos ya que, como ha señalado el Tribunal Constitucional en Sentencia nº 37/94, «*el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de seguridad social (...) es un derecho de estricta configuración legal, y que el carácter público del sistema no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privada*»³¹.

Pero la concesión administrativa implica que, en ocasiones, la prestación del servicio requiera hacer previamente obras de primer establecimiento o bien que, durante la prestación del servicio, sea necesario acometer obras que presentan un marcado carácter accesorio respecto de la prestación del servicio público que es la verdadera causa del contrato. Tras la promulgación de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, la cuestión que se ha suscitado estriba en establecer cuál es la distinción entre el contrato administrativo de obras y el contrato administrativo de gestión de servicios públicos que lleva aparejadas obras. Establecer esta distinción requeriría adentrarnos en la concesión como medio de gestión privada de infraestructuras y hacer una breve recapitulación histórica que nos permita conocer las raíces y la evolución jurídica que ha experimentado esta figura desde que los Estados liberales las utilizasen por vez primera en el siglo XIX para la construcción de líneas férreas.

³⁰ El concierto supone integrar en la prestación de un servicio público una empresa que ya lleva a cabo en el ámbito privado y de forma similar esta actividad con sus propios medios (Informe 2/1999, de 15 de abril, de la JCCA de Cataluña).

³¹ Al hilo de este pronunciamiento, y dado que las bases jurídicas del Sistema Nacional de Salud no exigen una gestión pública directa y exclusiva (STS 20/12/2005), resulta perfectamente legal la figura de la concesión administrativa en este ámbito ya que si bien es cierto que la Ley General de Sanidad no recogía ni permitía otras fórmulas de gestión indirecta de hospitales públicos que el concierto y el convenio de vinculación singular, aquella no agota la normativa específica en materia de Sanidad Pública, ya que tanto el Real Decreto-Ley 10/1996, como la Ley 15/1997 ampliaron los términos de la Ley 14/1986 acogiendo la posibilidad de la gestión indirecta mediante acuerdos, convenios y contratos con personas o entidades públicas o privadas (STSJ de Valencia de 20 de diciembre de 2000).

Sea como fuere, en el momento actual nos encontramos con cuatro tipos diferentes de fórmulas de construcción de infraestructuras: el **contrato administrativo de obras**, el **contrato de gestión de servicios públicos que lleve aparejada la realización de obras**, el **contrato de concesión de obra pública** (art. 7 LCSP) y el novedoso **contrato de colaboración público-privada** (art. 9 LCSP)

Para ilustrar las consideraciones jurídicas efectuadas en torno a la figura jurídica de la concesión administrativa en el ámbito sanitario, tomaremos como referente el modelo de gestión del Hospital de «La Ribera» (cuyo equivalente, en la Comunidad Autónoma de Madrid, sería el nuevo Hospital de «Valdemoro»). La Generalitat Valenciana fue la primera Administración que dio el paso hacia la utilización de la figura de la concesión para la construcción y explotación de un centro hospitalario, si bien adecuando los perfiles característicos de esta modalidad de gestión indirecta de servicios públicos, a las peculiaridades propias de la sanidad pública; la más importante, la imposibilidad de que el concesionario facture directamente a los pacientes, de modo que es la Administración la que asume la obligación de satisfacer a la Unión Temporal de Empresas titular de la concesión el importe de la misma. En virtud de este contrato administrativo, es la empresa concesionaria la que se compromete a financiar y construir el centro hospitalario ³², así como a su posterior gestión –no limitada, por cierto, a los servicios de naturaleza no sanitaria, a diferencia de lo que sucede con los hospitales constituidos al abrigo del nuevo contrato de concesión de obra pública–.

ii) *Concesión de obra pública.*

La segunda modalidad de CPP para la construcción y explotación de infraestructuras sanitarias en la que nos vamos a detener adopta en nuestro Derecho la forma de concesión de obra pública. El actual contrato de concesión de obra pública fue introducido por la Ley 13/2003 y se perfila como un contrato administrativo típico cuyo objeto, a la luz de lo dispuesto en el artículo 7 de la LCSP, consiste en la realización por el concesionario de la construcción, reforma o modernización de una construcción ya existente ³³, a cambio del derecho a explotar la obra o de ese mismo derecho acompañado del de percibir un precio.

³² La prestación de la totalidad de los servicios que ofrece toda institución hospitalaria pública es asumida por el sector privado, siendo la financiación pública a través de un sistema de pago capítativo en virtud del cual la Generalitat Valenciana paga al concesionario una cantidad anual por cada uno de los habitantes del Departamento de Salud incluidos en el sistema de información poblacional para que sean atendidos, y todo bajo un estricto control público encarnado en la figura del «comisionado». En este modelo aun cuando el esfuerzo inversor proviene del sector privado, y es este el que se responsabiliza de la construcción del hospital, su puesta en funcionamiento en las condiciones establecidas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, su correcto mantenimiento durante toda la vigencia de la concesión, así como la gestión de la totalidad de los servicios del hospital (sean sanitarios o no sanitarios), el centro no pierde su naturaleza jurídica pública durante y una vez expirado la vigencia de la contrata y ello porque, en tanto dura la concesión, la institución hospitalaria se integra en la red asistencial de la Administración, que en todo momento ostenta la titularidad del servicio público (no así la prestación material del mismo) y, una vez finalizado el plazo contractual, los bienes han de revertir a la Generalitat en su conjunto, y esto sin obviar que el dato esencial de que el suelo sobre el que se lleva a cabo esta edificación es suelo público.

³³ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que la mera explotación es un contrato público de servicios, no de obras (STJUE de 13 de octubre de 2005). En el mismo sentido, la Comunicación Interpretativa de la Comisión 2000/C121/02 sobre las concesiones en el Derecho comunitario, de 29 de abril de 2000.

La nota más característica de este contrato administrativo lo constituye la «explotación de la obra pública»³⁴. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa se muestra categórica al afirmar que, para que un contrato pueda ser calificado como de concesión de obra pública, debería ser susceptible de explotación, motivo este que le sirve para rechazar esta calificación como contrato de concesión de obra pública de un contrato que tiene por objeto la construcción de un edificio en el que se han de albergar los servicios centrales de la Universidad (Informe de la JCCA n.º 61/2003). ¿Cuál sería la diferencia con los actuales proyectos de construcción de hospitales?

Así pues, *prima facie*, el contrato de concesión de obra pública comporta indefectiblemente la necesidad de que el empresario adjudicatario perciba algún tipo de ingreso proveniente, bien de terceros, bien de la propia Administración por el uso que esta haga del inmueble³⁵ (el denominado «peaje en sombra» al que hacía referencia el art. 225 del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), y ello al margen de la percepción de otros ingresos derivados de la instalación en el establecimiento de zonas comerciales, aparcamientos, etc. Por el contrario, en aquellos supuestos en los que el inmueble no sea susceptible de explotación económica, no podríamos hablar de contrato de concesión de obra pública³⁶. Es decir, que toda concesión lleva aparejada la traslación al contratista de los riesgos de explotación, aunque en el caso de construcción de centros hospitalarios en los que el único usuario es la Administración pública, la asunción de riesgos por parte del concesionario resulta más que cuestionable, sobre todo si recordamos que la Directiva 18/2004 definía el contrato de concesión de obra pública como aquel «*que presenta las mismas características que el contrato público de obras, con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio*» (art. 1.3).³⁷

La trascendencia de este posicionamiento es evidente pues, en base al criterio del máximo órgano consultivo en materia de contratación administrativa, la construcción de los nuevos centros

³⁴ Como obra pública podremos considerar toda infraestructura vinculada a la prestación de un servicio público, o que resulta necesaria para la prestación de actividades de interés general, como por ejemplo, un hospital.

³⁵ En realidad esta idea básica que subyace en el contenido del contrato de concesión de obra pública y que explica la construcción de los nuevos hospitales no presenta grandes diferencias respecto del contrato de arrendamiento operativo con opción de compra (*Leasing*). El Consejo de Estado en su Dictamen núm. 3375/2001 así lo hizo constar.

³⁶ Esta idea es la que subyace en todo tipo de concesión, y en este sentido resulta ilustrativa la STJUE de 10 de noviembre de 1998 en la que se señala que toda concesión comporta como contraprestación a favor del concesionario el reconocimiento del derecho a explotar el servicio (en el caso que nos ocupa, entiéndase referido a la obra), sin que pueda participar de la naturaleza de concesión la relación jurídica en la que la remuneración percibida consista en un precio pagado por la Administración.

³⁷ En este sentido, resulta de interés lo señalado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en sus Informes núm. 61/2000 y núm. 70/2004 en los que se afirma que «... *en el caso que se examina la cesión del uso del edificio, una vez construido, al Ayuntamiento, para destinarlo a usos sociales o culturales, no constituye explotación del edificio por el concesionario, por lo que debe descartarse la posible concurrencia de una concesión de obra pública*» añadiendo posteriormente que *en su informe de 30 de mayo de 1996 admitía la figura de la concesión de obra pública ajustada al entonces artículo 130 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas por tratarse de obras de adaptación de un inmueble para residencia universitaria y su posterior explotación y, por tanto, darse el requisito de ser el edificio susceptible de explotación por el concesionario. Por el contrario, en el informe de 12 de marzo de 2004 (Expediente 61/03) ya en relación con el vigente artículo 220 de la Ley, introducido por la Ley 13/2003, se descartaba la figura de la concesión de obra pública por tratarse de la construcción de un edificio para albergar los Servicios Centrales de la Universidad de Burgos, entendiéndose que no concurría el requisito de ser el edificio susceptible de explotación por el concesionario, lo que obligaría –decía el informe– «a acudir a otras figuras contractuales distintas como puede ser la del contrato de obras para la construcción del edificio»*

hospitalarios que se está llevando a cabo, entre otras, la Comunidad Autónoma de Madrid³⁸, no tendría correcto amparo jurídico al haberse acogido a esta modalidad de contrato de forma indebida, al faltar el elemento esencial del mismo, a saber: que se trate de una obra susceptible de explotación económica. En el mismo sentido, VILLAR ROJAS entiende que no basta con el uso o la mera puesta a disposición del hospital para considerar que la obra sea susceptible de explotación, entendiendo que en estos casos estaríamos ante una suerte de arrendamiento. Además, si se identifica el hospital con los servicios médicos no es explotable, y si se quisiera optar por su externalización, se debería acudir a la concesión de servicio público, de forma análoga a como ha sucedido en el Hospital de Alciara, Denia o Valdemoro³⁹.

Partiendo de este razonamiento, y considerando que los hospitales públicos no son infraestructuras susceptibles de explotación frente a terceros, que el único usuario sería la propia Administración, que la contraprestación que obtiene el concesionario consiste de manera casi exclusiva en el abono de un canon por la Administración concedente en concepto de uso del bien inmueble, y que el concesionario no asume riesgos de explotación, lo cual constituye un factor esencial⁴⁰, lo más ajustado a Derecho es considerar que en realidad estamos ante un contrato público de obras cuya financiación se efectuaría a través de la concesión de dominio público.

Los aspectos más significativos de este tipo de concesiones de obra pública de la LCSP son: a) La vigencia del contrato es de hasta 40 años desde su formalización, debiendo revertir a la Administración, a la fecha de su expiración, la obra pública, zonas complementarias anejas, así como los bienes e instalaciones, sin derecho a indemnización; b) El objeto del contrato comprende las siguientes actividades: redacción del proyecto de ejecución de la obra pública, ejecución y dirección de la obra, dotación del equipamiento necesario, explotación y mantenimiento de la obra⁴¹ así como explo-

³⁸ Los centros que la Comunidad de Madrid construye merced a la CPP en forma de concesión de obra pública son *Hospital de Parla* (La empresa concesionaria es «Testa Hospitalaria de Parla, S.A.» y el coste total de la inversión se estima en 71.987.000 € siendo el plazo de ejecución de 18 meses), *Hospital del Henares* (La empresa concesionaria es «Testa Hospitalaria de Coslada, S.A.» y la inversión que se ha de efectuar asciende a 80.135.000 €); *Hospital de Vallecas* (La empresa concesionaria es «Hospital de Vallecas, S.A.» y el presupuesto de la inversión es de 87.790.000 €); *Hospital de Majadahonda* (La empresa concesionaria es «Hospital de Majadahonda, S.A.» y el presupuesto de inversión asciende a 182.282.000 €); *Hospital del Norte* (La empresa es «Sociedad Concesionaria Hospital del Norte, S.A.» y el presupuesto de inversión 91.602.000 €); *Hospital del Sureste* (La empresa concesionaria es «Concesionaria Hospital del Sureste, S.A.» y el presupuesto de la inversión asciende a 65.653.000 €) y *Hospital del Tajo* (La empresa concesionaria es «Sociedad concesionaria Hospital del Tajo, S.A.» y el presupuesto de la inversión 44.525.000 €).

³⁹ VILLAR ROJAS, F.J. «La concesión administrativa de obra pública como nueva fórmula de gestión de servicios sanitarios». *Derecho y Salud*, Vol. 14, marzo 2006.

⁴⁰ Pues el riesgo de inversión es escaso, ya que el suelo lo aporta la Administración y el bien, transcurrido el plazo de vigencia del contrato, revierte a la Administración concedente. Tampoco resulta imaginable que se materialicen las consecuencias derivadas del riesgo de disponibilidad, toda vez que se trata de un inmueble ligado a la prestación de un servicio público como es la sanidad, lo que mediatiza la decisión final de la Administración, al igual que el supuesto riesgo de demanda ya que el usuario único es la Administración, lo cual asegura la inexistencia de fluctuaciones. (VILLAR ROJAS, F.J. «La concesión administrativa de obra pública como nueva fórmula de gestión de servicios sanitarios». *Derecho y Salud*, Vol. 14, marzo 2006).

⁴¹ La explotación de la obra se limita exclusivamente a la prestación de servicios no sanitarios, comprendiendo el mantenimiento integral del edificio, gestión de residuos urbanos y sanitarios, el servicio integral de seguridad y lavandería, el servicio de desratización y desinfección, la gestión del archivo de documentación clínica, el servicio de gestión de personal administrativo de recepción/información y centralita telefónica, conservación de viales y jardines, servicio de limpieza y servicio de esterilización, gestión de almacenes y distribución, así como la gestión de la restauración.

tación de zonas complementarias ⁴² y espacios comerciales autorizados; c) Se excluye de los servicios de explotación de la obra la prestación de servicios médico-sanitarios y actividades de diagnóstico, provisión y mantenimiento de equipamiento clínico y de alta tecnología, provisión y mantenimiento de tecnologías de la información, y determinado tipo de mobiliario general y clínico cuyas características están determinadas por la tipología del equipamiento clínico; d) Se arbitra un sistema de deducciones, no configuradas como penalidades, cuya concreción dependerá del grado de cumplimiento por parte del concesionario de los parámetros de calidad establecidos en los pliegos.

b) Colaboración entre el sector público y el sector privado en la Ley de Contratos del Sector Público.

El análisis de las nuevas formas de colaboración entre la iniciativa pública y privada nos obliga a detenernos en este punto para referirnos, al menos brevemente, a una nueva figura de CPP de tipo contractual de inminente surgimiento en el ámbito jurídico español: se trata del nuevo «contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado» que recoge la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público.

El origen de esta incorporación lo encontramos en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2005, por el que se adoptan medidas de impulso a la productividad ⁴³. En cumplimiento de este mandato, y con el fin de incorporar a la legislación interna la parte de la Directiva 2004/18/CE, la Ley de Contratos del Sector Público, además de introducir importantes modificaciones en el contrato de concesión de obra pública, eliminándose la posibilidad de limitar el objeto del contrato a la explotación de la obra, dedica al nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el privado su artículo 11 ⁴⁴, definiéndolo como aquel contrato en el que una Administración pública encarga a una entidad de derecho privado, por un período determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos del servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes actuaciones: a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o gestión; b) La gestión

⁴² Las zonas complementarias engloban el aparcamiento, los teléfonos y televisores en las habitaciones, cafetería/comedor, cabinas telefónicas, vending, locales comerciales, y la posibilidad que tiene la sociedad concesionaria de proponer oportunidades de explotación adicionales asumiendo ella el riesgo y ventura.

⁴³ Dicho acuerdo establecía (mandato cuarentésimo cuarto) que: «El Ministerio de Economía y Hacienda incorporará en el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público por el que se transpondrá la Directiva 2004/18/CE, además de las normas necesarias para la completa y correcta transposición de la directiva al derecho interno, una regulación de los contratos de colaboración entre el sector público y el privado, para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, así como los mecanismos legales adecuados que permitan identificar la proposición más ventajosa presentada por los licitadores a fin de garantizar la obtención del mayor valor posible como contrapartida a los recursos financieros aplicados al contrato».

⁴⁴ Además de otros preceptos específicos en determinadas materias, como los artículos 118 a 120 relativos a las actuaciones preparatorias de estos contratos, 164.3 en cuanto a la adjudicación de estos contratos mediante el procedimiento de diálogo competitivo, y artículos 289 y 290 en lo relativo a su régimen jurídico a la duración.

integral del mantenimiento de instalaciones complejas; c) La fabricación de bienes y las prestaciones de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado; d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.

El apartado 3 del mencionado artículo se ocupa de la contraprestación a percibir por el contratista colaborador señalando que esta «consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato», y que «podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento». A la vista de los perfiles de esta nueva figura contractual, resulta innegable su potencial aplicabilidad a la construcción y explotación de infraestructuras sanitarias públicas, así como un mejor encaje jurídico que la habitualmente empleada, y tan discutida, concesión de obra pública.

Precisamente al hilo de esta última cuestión –su relación con el contrato de concesión de obra pública que, no lo olvidemos, se mantiene, aún con modificaciones, en la LCSP– se suscita el problema de la compleja delimitación de ambas figuras, debido a la proximidad conceptual existente entre ambas. En este sentido se ha pronunciado la doctrina⁴⁵ al considerar que «El contrato de colaboración público-privada es género y el contrato de concesión de obra pública es especie. Así lo han visto por lo menos en Europa, en la Comisión, en los trabajos preparatorios, y si no debería esta Comisión proponer una diferenciación más clara, puesto que si la cuestión depende de si hay usuario que paga o no, si esa es la cuestión, tenemos un problema, porque puede ocurrir que en el contrato de colaboración público-privada haya una explotación que sea retribuida, y en el contrato de concesión puede haber pagos por parte de la Administración, con lo cual el criterio es tan difuso, tan evanescente que no nos servirá de mucho».

No obstante, cabe anticipar algunas diferencias entre ambas figuras. La primera, y más nítida, se refiere a la duración máxima prevista pues, mientras la concesión de obra pública podrá tener un horizonte temporal de hasta 40 años (según prevé el art. 244 de la LCSP), la duración máxima de los contratos de colaboración entre el sector público y privado no podrá exceder de 20, salvo que la prestación principal que constituya su objeto y otorgue su configuración conduzca a la aplicación del régimen jurídico de la concesión de obra pública, con lo que nos iríamos a los 40 años. Entre ellas destaca el apartado relativo a la remuneración a percibir por el contratista pues, mientras en el contrato de concesión de obra pública se remunera al contratista por medio de los cánones abonados por los usuarios del servicio, pudiendo incrementarse a través del importe que abone la Administración, en el nuevo contrato de colaboración se prevé que la remuneración no dependa de los usuarios –cosa que, a juicio de MENÉNDEZ DE LA CRUZ⁴⁶, no está tan clara desde el momento en que la Ley permite la explotación de la infraestructura o servicio–, sino que la remuneración del contratista se hará mediante pagos periódicos que efectuará la Administración contratante.

⁴⁵ Cortes Generales. *Comparecencias en relación con el proyecto de Ley de contratos del sector público*. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2007 VIII Legislatura Núm. 756. Sesión núm. 31 (20 de febrero de 2007).

⁴⁶ MENÉNDEZ DE LA CRUZ, Cristina. «Contratos de colaboración público-privada en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público». *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 66 – Julio 2007.

El otro punto fuerte en el que la regulación de ambas figuras resulta divergente es el del reparto del riesgo pues, mientras la concesión se ha de ejecutar en todo caso a riesgo y ventura del contratista, en el caso del contrato de colaboración público-privada se establece un reparto del riesgo entre la Administración y el contratista, al incluir el artículo 120 de la LCSP, como una de las cláusulas específicas que necesariamente han de contener este tipo de contratos, la relativa a las condiciones de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista, de modo que se desglose y precise la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costes de las prestaciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones. Esta cuestión puede verse como un escollo por las Administraciones a la hora de emplear esta fórmula contractual pues, como apuntábamos al principio, el traslado del riesgo de la Administración al contratista es uno de los elementos más valiosos de estas fórmulas de CPP, ya que permitiría no imputar a las arcas públicas el coste de estas infraestructuras y salvar así algunas de las restricciones presupuestarias impuestas a los Estados por los parámetros de déficit público que marca la Unión Europea, siempre y cuando pueda defenderse que es el socio privado el que soporta la mayor parte de los riesgos que se derivan de la ejecución del contrato ⁴⁷, cosa que parece difícil de sostener en el caso de la construcción y explotación de un hospital público a través de un contrato de colaboración público-privada, y que podría determinar una escasa utilización de este tipo de fórmulas para la construcción de grandes infraestructuras sanitarias.

c) La creación por las Administraciones de entes instrumentales.

La tercera y última fórmula de CPP que vamos a analizar de manera particular consiste en la creación, por parte de las Administraciones públicas, de entes instrumentales –con o sin participación de la iniciativa privada en su capital social–, para la construcción y explotación de infraestructuras sanitarias.

Si bien el establecimiento de relaciones jurídicas entre los entes públicos ha revestido tradicionalmente la forma de convenio de colaboración, esta vieja tesis ha de ser objeto en la actualidad de una profunda revisión en virtud de dos factores: el primero, la modificación operada por el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, en la normativa sobre contratación administrativa; el segundo, al margen de lo dispuesto en el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 2/2000, es que la LCSP permite la posibilidad de que entidades pertenecientes al sector público puedan entablar entre sí negocios jurídicos contractuales sometidos a las reglas del Derecho Administrativo sin que, *a priori*, exista impedimento alguno para que se puedan formalizar contratos administrativos entre Administraciones públicas ⁴⁸.

⁴⁷ En los casos de *Mintra* y *Madrid Calle30*, empresas públicas creadas para la construcción de infraestructuras de transporte (metro y autovías), las inversiones han computado en los presupuestos de la Comunidad y el Ayuntamiento de Madrid por tratarse de pagos garantizados por la Administración en los que no se aprecia la existencia de riesgo alguno para las empresas.

⁴⁸ STSJ de Extremadura de 28 de enero de 1999 que legitima la adjudicación de un concurso al organismo público Canal Isabel II para la gestión del servicio de aguas de Cáceres, o la STS de 2 de enero de 1996 que avala la decisión del órgano de contratación de adjudicar el contrato al Instituto Cartográfico de Cataluña.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa ⁴⁹ ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto en diversas ocasiones (entre otras, por medio del Informe nº 33/1996, en el que se reconoce la posibilidad de que el Organismo Autónomo Centro Español de Meteorología pueda participar en licitaciones convocadas por Administraciones públicas), llegando a la conclusión de que no existe impedimento jurídico para que se puedan entablar relaciones contractuales entre Administraciones públicas cuando una de las partes es una entidad que actúa sujeta al Derecho Privado ⁵⁰.

Dicho esto, resulta evidente que a la luz de la Legislación nacional y del Derecho comunitario se admite la posibilidad que el licitador y adjudicatario de un contrato público sea un organismo público, una expresión esta que, tal y como ha establecido la jurisprudencia comunitaria, debe ser objeto de una interpretación amplia, de tal modo que lo relevante no es la forma jurídica que revista la entidad en cuestión, sino si concurren los requisitos fijados por el TJUE en Sentencias, entre otras, de 15 de enero de 1998 y de 27 de febrero de 2003.

En resumen, la licitación pública del contrato administrativo quedaría supeditada a que no exista relación de dependencia entre las personas jurídicas intervinientes. Esta doctrina fue establecida en la STJUE de 18 de noviembre de 1999 ⁵¹ en la que se afirmaba que las Directivas comunitarias sobre contratación pública no serían de aplicación en los casos en que el ente territorial (entidad adjudicadora) vaya a ejercer sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice a su vez la parte esencial de su actividad con el ente o entes que la controlan. Igualmente, cabe destacar la STJUE de fecha 8 de mayo de 2003 ⁵² en la que el Tri-

⁴⁹ La postura tradicional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha sido la de excluir del ámbito de aplicación del TRLCAP las relaciones contractuales entabladas entre dos entes de Derecho Público. En este sentido, cabe citar el Informe núm. 46/1998 en el que se afirmaba que «*mientras los entes públicos sujetos del derecho público se relacionan con las Administraciones Públicas a través de los convenios excluidos de la LCAP en su artículo 3.1 c) (y del TRLCAP), las entidades privadas, entre las que hay que incluir los entes o sociedades públicas sujetos en su actividad contractual al derecho privado pueden celebrar con las Administraciones Públicas convenios excluidos de la aplicación de la LCAP, en virtud de su artículo 3.1 d), siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta ley o en las normas administrativas especiales*».

⁵⁰ La Directiva 2004/18 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, define en su artículo 2.8 como «*proveedor, contratista y prestador de servicios*» a «*toda persona física o jurídica, entidad pública o agrupación de dichas personas (...) que ofrezca la realización de obras o de una obra concreta, productos o servicios en el mercado*».

⁵¹ En esta sentencia, tras analizar si la relación jurídica que se había entablado entre los poderes adjudicadores era o no susceptible de ser catalogada como contrato de suministros para a continuación comprobar si es factible invocar la excepción prevista en el artículo 6 de la Directiva 92/50. Lo que sucede es que la Directiva 93/36 no contiene una previsión similar y es a partir de ese momento cuando se inicia la construcción de la doctrina del *in house providing*. Concretamente, en el caso de autos la entidad contratada suministra productos al municipio que le ha efectuado el encargo, siendo la segunda entidad una persona jurídicamente distinta del municipio pero sometida a un control análogo que ejerce el ente territorial sobre sus propios servicios y siempre que esta persona realice la parte esencial de su actividad con los entes que la controlan. La doctrina establecida en la llamada «*Sentencia Teckal*» ha sido reproducida en otras sentencias del mismo órgano jurisdiccional, como STJUE de 7 de diciembre de 2000 (C-94/99), la de 8 de mayo de 2003 o la STJUE de 3 de enero de 2005 para cuyo cumplimiento se dictó el Real Decreto-Ley 5/2005.

⁵² Aplica la doctrina antes mencionada y considera viable la exclusión del régimen de contratación pública ya que se trata de un ente instrumental del que se sirve la AGE y las Comunidades Autónomas que también pueden participar en su capital social mediante la adquisición de acciones. El Dictamen del Consejo de Estado de 11 de febrero de 1999 enmarca la existencia de esta sociedad en el contexto que se desprende de los artículos 152 y 194 de la ley de contratos, lo que permite que TRAGSA, pese a que actúe en algunas ocasiones como medio propio de la administración, pueda en otras competir como pura sociedad anónima que es. Ejemplos de otras sociedades similares en Andalucía: EGMASA (Decreto de 7 de febrero de 1989).

bunal, al hilo de la aplicación de la doctrina conocida como «*in house providing*» (que permite la inaplicación de las directivas comunitarias sobre contratos públicos cuando estos se vayan a celebrar por una entidad adjudicadora con determinados organismo públicos vinculados a ella)⁵³ señala que la sociedad estatal española TRAGSA, «*en tanto que medio propio instrumental y servicio técnico de la administración española, está obligada a realizar con carácter exclusivo, por sí misma o por medio de sus filiales, los trabajos que le encomienden la AGE, las CCAA y los organismos públicos dependientes de ellas*»⁵⁴.

Sintetizando, la aplicación de la doctrina *in house* pone de manifiesto lo innecesario de la licitación, pese a que concurren las características propias de los contratos públicos (objeto, carácter oneroso y forma escrita), cuando el ente territorial ejerza sobre la entidad de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, y que ha de traducirse en una «*influencia potencialmente determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad*» (Sentencias «*Parking Brixen*» y «*Carbotermo*»), y que también resulta aplicable a los supuestos en los que varias entidades públicas tienen un servicio instrumental común (pensemos en el consorcio)⁵⁵.

El segundo de los requisitos exigidos por el TJUE para la aplicación de la doctrina «*in house*» consistiría en que esta persona jurídica a la que se efectúa el encargo realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan, de modo que el resto de su actividad tenga carácter meramente marginal. Pero no basta con que se realice la parte esencial de las actividades para el ente público que ejerce el control, ya que seguiría existiendo la posibilidad de que con sus actividades restantes distorsione seriamente la competencia. Así pues, para que este segundo criterio pueda considerarse cumplido, es preciso que quede prohibido conceder a servicios instrumentales propios, o a personas jurídicas sometidas a un control público, contratos que no están comprendidos dentro de las competencias legales, administrativas o estatutarias de estos servicios o personas jurídicas.

⁵³ Hay que destacar que también podemos encontrar ejemplos de posturas refractarias a este posicionamiento mayoritario, como ha sido el caso de la STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de octubre de 2000 en la que se estudia el caso de un convenio de colaboración entre administraciones locales en virtud del cual uno de ellos presta el servicio de agua potable al otro pero no de forma directa sino utilizando una empresa municipal. Para el Tribunal autonómico, esta empresa actúa como un tercero, ya que se constituyó para la gestión directa del servicio de abastecimiento de agua potable en su municipio. En este caso, la gestión del servicio no se efectúa por el segundo Ayuntamiento, sino por su empresa municipal de aguas. Igualmente, resulta interesante destacar el parecer de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que en su informe 12 de noviembre de 1999 rechaza que dos ayuntamientos, un organismo autónomo, y un consorcio, pudieran formalizar un convenio de colaboración con una sociedad íntegramente municipal.

⁵⁴ La STJUE de fecha 11 de mayo de 2006 en la que el Tribunal consideró que en estos casos la normativa comunitaria «*prohíbe la adjudicación directa a una sociedad anónima cuyo consejo de administración dispone de amplias facultades de gestión que puede ejercitar autónomamente y cuyo capital social pertenece en su totalidad a otra sociedad anónima cuyo accionista mayoritario es, a su vez, el poder adjudicador*». Es decir, el control que ejercía el municipio italiano (entiéndase esta mención hecha a la Administración regional) sobre las dos sociedades no iba más allá de la capacidad de acción que el Derecho de sociedades reconocía a la mayoría de los socios, lo que limitaba considerablemente su capacidad para influir en las decisiones de ambas empresas públicas.

⁵⁵ En el escrito de conclusiones del Abogado General de 28 de septiembre de 2006 sobre el caso TRAGSA, este en relación con este primer requisito establece la necesidad de que «*el estatuto legal aplicable garantice la influencia real que todos los entes públicos que formulen encargos tengan, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de este tipo de medio propio*».

Descendiendo a nuestro Derecho interno, este tipo de relaciones jurídicas encuentran un acomodo perfecto en los artículos 4 n) y 24.6 de la LCSP. El primero de ellos excluye del ámbito de aplicación de la Ley a los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de determinada prestación. Y el artículo 24.6 positiviza los criterios jurisprudenciales antes citados al definir los criterios que han de cumplir los entes, organismos y entidades del sector público para ser considerados medio propio y servicio técnico, a saber: a) Obligatoriedad de realizar los encargos; b) Prohibición de participar en los procedimientos de licitación convocados por otras Administraciones públicas que pueden realizar dichos encargos; y c) Aprobación por la propia Administración de las tarifas a aplicar⁵⁶.

El empleo de este sistema se ha generalizado en la mayoría de las Administraciones autonómicas⁵⁷ procediendo a la creación de entes de carácter instrumental que les permitan, por un lado, afrontar la construcción de grandes infraestructuras minimizando el impacto financiero en las cuentas públicas⁵⁸ y, por otro, mantener en todo momento el control de la inversión. Dentro de esta modalidad de entes hay que diferenciar aquellos casos en los que el socio exclusivo es la Administración, de aquellos otros en los que las sociedades públicas están abiertas a la presencia de capital privado. A continuación, nos centraremos en el análisis de la primera de las alternativas citadas.

i) Creación de entes instrumentales de capital público y contratos «in house».

Las entidades integrantes del primer modelo serían aquellas en las el único accionista es la Administración y, por ende, sus relaciones con la Administración matriz se articulan a través de la suscripción de convenios de colaboración; al margen, por tanto, de la normativa sobre contratación administrativa (doctrina *in house* anteriormente expuesta)⁵⁹.

Este tipo de entes han proliferado posteriormente en la Administración autonómica⁶⁰ hasta el punto de haberse constituido verdaderas entidades instrumentales especializadas exclusivamente en

⁵⁶ En este mismo sentido se había pronunciado ya la Intervención General del Estado, en su Informe de 22 de febrero de 2006.

⁵⁷ Ente las Comunidades Autónomas que han creado sociedades públicas para la gestión de infraestructuras, cabría mencionar a Asturias (GISPASA, entidad constituida expresamente para la gestión de infraestructuras sanitarias), Murcia (GISCARMSA), Castilla-La Mancha (Gicaman), Andalucía (Giasa) entre otras.

⁵⁸ Para que los gastos de inversión derivados de la construcción y explotación de obras a través de este tipo de entes interpuestos no compute en las cuentas públicas resulta preciso que dicha entidad goce de autonomía suficiente para la toma de decisiones económicas así como ostentar la titularidad y el poder de disposición de los bienes. De lo contrario, y a efectos exclusivamente contables se corre el riesgo de que se consideren como parte integrante de las Administraciones públicas.

⁵⁹ En nuestro Derecho interno, el pistoletazo de salida a esta posibilidad lo dio la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, al permitir la creación de entidades de derecho público para que se responsabilizasen de la construcción y explotación de carreteras y obras públicas en general. Al amparo de esta habilitación se constituyó por el Ministerio de Fomento el ente público «Gestor de Infraestructuras Ferroviarias» (GIF).

⁶⁰ En la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha se ha creado la empresa GICAMAN (Gestión de Infraestructuras de Castilla-La Mancha), estableciendo el artículo 3.º b) de la Ley 11/1997, de 17 de diciembre, que «la sociedad estará facultada para realizar cualquier actividad lícita para la consecución de su objeto y, a tal fin, podrán firmar convenios y acuerdos con las Administraciones Públicas y particulares...».

la construcción y explotación de infraestructuras sanitarias, como ha sido el caso de la empresa pública GISCARMSA ⁶¹ en la Región de Murcia, o de la empresa GISPASA, responsable de la construcción del nuevo Hospital Central, en el Principado de Asturias. La constitución de estos entes y su empleo para los fines concretos de construcción y explotación de infraestructuras sanitarias a través de la suscripción de convenios de colaboración tiene sentido siempre que se minimice la incidencia de los gastos de inversión en la deuda pública. Un ejemplo de ente público participado exclusivamente por la Administración pública y que cumple con los criterios SEC 95 para la no afectación de la financiación de las infraestructuras sobre las cuentas públicas sería el caso de la empresa pública austriaca B.I.G. ⁶² «ya que dispone de un conjunto completo de cuentas» y si bien es cierto que «es al 100% de la Administración, el grado de control de la misma sobre BIG no parece estar por encima de lo que se indica en la SEC 95 con respecto a las unidades institucionales, como fijar la estrategia general de la unidad sin influenciar en la gestión diaria» ⁶³.

Pero una cosa es cómo se articulan las relaciones entre este tipo de entes y la Administración de la que dependen, y otra bien distinta sería determinar el régimen jurídico aplicable a las contrataciones efectuadas por estas entidades, ya que ello no afecta a la obligación que incumbe a la última entidad adjudicadora de aplicar los procedimientos de licitación previstos en las Directivas Comunitarias, participando de esta misma condición (poder adjudicador) las entidades creadas por la Administración bajo la forma jurídica de sociedad de Derecho Privado ⁶⁴.

ii) Creación de entes instrumentales con participación de capital privado.

El modelo alternativo de entes creados por la Administración con la finalidad de servirse de ellos para la construcción y explotación de obras públicas sería aquel en el que se da entrada a un socio privado. En estos casos el problema que se plantearía no sería otro que la viabilidad jurídica

⁶¹ La Ley 10/2003, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Región de Murcia, en su disposición adicional 14.ª, incorpora la autorización del Consejo de Gobierno para la creación de una empresa pública regional que tendrá como objeto social la promoción, construcción y explotación de bienes inmuebles destinados a satisfacer las necesidades de infraestructuras sanitarias y socio-sanitarias de la Comunidad Autónoma de Murcia. La Ley añade que «las relaciones entre la Administración pública regional y la empresa pública se podrán articular mediante convenios que regularán la puesta a disposición de los servicios sanitarios o sociosanitarios de las correspondientes infraestructuras». En desarrollo de esta previsión se formalizó el Convenio Marco de Colaboración con la Consejería de Sanidad para el arrendamiento operativo del nuevo Hospital del Mar Menor.

⁶² El socio único era el Estado austriaco, que tenía el 100% del capital de la sociedad, dedicada a tenencia y propiedad de edificios de equipamiento público, y la gestión de contratos de alquiler y mantenimiento de dichos edificios.

⁶³ Decisión de 31 de enero de 2002 de Eurostat.

⁶⁴ La STJUE de 15 de mayo de 2003 recuerda que, para merecer la consideración de organismo público, es preciso cumplir tres requisitos acumulativos: creación para satisfacer necesidades de interés general, no tener carácter mercantil o industrial, y tener personalidad jurídica y dependencia del Estado o de los entes territoriales u otros organismos de Derecho Público (STJUE de 15 de enero de 1998, asunto *Mannesman Anlagenbau Austria y otros*). La conclusión es que resulta indiferente la forma de constitución de la entidad, pues el estatuto de Derecho Privado de una entidad no constituye un criterio que puedan excluir su calificación como entidad adjudicadora. Por tanto, no cabe que los Estados miembros puedan excluir del concepto de organismo de Derecho Público a las sociedades mercantiles bajo control público.

de la aplicación de la doctrina *in house* a la luz de los pronunciamientos del TJUE ⁶⁵, como sería el caso de la STJUE en el caso *Stadt Halle*, de 11 de enero de 2005 ⁶⁶.

Las razones estriban en que cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta, y en que la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de competencia libre y no falseada así como al principio de igualdad de trato de la Directiva 92/50 ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la empresa pública una ventaja en relación con sus competidores. Las consecuencias jurídicas que se derivan son de una gran trascendencia, ya que no sería posible encomendar directamente, al margen de cualquier procedimiento de licitación, la realización de obras o servicios públicos, tal y como ha declarado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en sus Informes n.º 24/2000, de 30 de octubre y n.º 1/2001, de 5 de marzo.

Un caso singular en el que merece la pena detenerse es el de la Sociedad «Servicios Hospitalarios Generales, S.L.» (SERHOS), entidad creada mediante Acuerdo de 27 de diciembre de 2005 adoptado por el Vicepresidente primero de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, y cuyo objeto social no es otro que facilitar la puesta a disposición del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM) de un edificio de uso sanitario-hospitalario y la prestación de una serie de servicios asociados al mismo, estando la totalidad del accionariado en manos públicas de la empresa pública ESINSA (constituida por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha) ⁶⁷.

⁶⁵ La STJUE de 10 de noviembre de 2005 pone especial hincapié en la necesidad de aplicar siempre los procedimientos de contratación pública previstos en la normativa comunitaria cuando exista inversión privada en una empresa en la que la posición mayoritaria la ostenta la Administración pública. En términos similares, la STJUE de 18 de enero de 2007, sobre adjudicación sin licitación de un convenio celebrado entre dos entidades adjudicadoras para la realización de un proyecto de ordenación, se consideró que la segunda entidad adjudicadora (una sociedad mercantil de capital mixto que se comprometía a efectuar las adquisiciones inmobiliarias, convocar un concurso de arquitectura, encargar la realización de los estudios, efectuar obras de construcción así como recabar fondos para posibilitar la comercialización de las obras destinadas a la creación de un centro de ocio) realmente no actuaba en calidad de contratista ya que no estaba obligada a realizar las obras previstas en el contrato, sino que su obligación principal consistía en preparar un contrato público de obras y efectuar su seguimiento. El Tribunal considera que el hecho de que la sociedad en cuestión no vaya a ejecutar directamente las obras resulta totalmente irrelevante a efectos de Derecho comunitario, ya que basta que las encargue a los subcontratistas para que merezcan la inclusión dentro de la Directiva (Sentencias de 12 de julio de 2001, *Ordine Degli Aarchietti y otros*). Además, el convenio tiene un marcado carácter oneroso ya que la segunda entidad recibe una cantidad del municipio y además puede obtener ingresos de terceros por la cesión de las obras realizadas. Todos estos elementos llevan al Tribunal a considerar que estamos no ante un convenio sino ante un contrato de obras siendo irrelevante que se prevea o no que la primera entidad adjudicadora (el municipio) pase a ser propietaria de la totalidad o de parte de dicha obra.

⁶⁶ En dicha sentencia se vuelven a recordar los requisitos para la aplicación de la doctrina «in house» y se recuerda, una vez más, que una autoridad pública en su calidad de entidad adjudicadora tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le correspondan con sus propios medios, y en tal caso se considera que no existe un contrato oneroso, si bien esta doctrina no es de aplicación a los supuestos en que exista una participación privada en el capital de la sociedad en la que participa también la entidad adjudicadora.

⁶⁷ En este caso, y en atención a sus singularidades (empresa pública creada por una sociedad instrumental dependiente de la Junta de Comunidades y participada en la totalidad de su capital social por la Administración regional), se ha de tener en cuenta una vez más las consideraciones establecidas por la Jurisprudencia del TJUE sobre el ámbito de aplicación de las directivas de los contratos (SSTJUE de 15 de enero de 1998, 27 de febrero de 2003 y 13 de enero de 2005 entre otras) a los efectos de determinar el régimen jurídico aplicable a los contratos formalizados con terceros por este tipo de entidades, y que básicamente son: a) Personalidad jurídica diferenciada del ente; b) Ejercicio de una actividad tendente a satisfacer el interés general que no sea exclusivamente industrial o mercantil; y c) Control público del ente descentralizado.

Con la breve descripción de esta última y complejísima versión de las fórmulas CPP materializadas a través de entes instrumentales podemos dar por concluida la exposición de las diferentes figuras que confluyen en el entramado de relaciones jurídicas al que las Administraciones sanitarias están recurriendo últimamente para dar respuesta a sus necesidades de dotación de infraestructuras. A continuación nos ocuparemos de los principales efectos o consecuencias que estas fórmulas de CPP van a tener sobre determinados elementos esenciales para el funcionamiento de los nuevos hospitales (recursos humanos, prestaciones sanitarias y servicios accesorios) y su régimen de responsabilidad por daños causados a terceros.

III. ALGUNOS EFECTOS DE LA IMPLANTACIÓN DE FÓRMULAS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADAS EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

La participación de empresas privadas en la prestación de servicios hospitalarios públicos del modelo tradicional ⁶⁸ a través de la contratación administrativa ha venido siendo una constante desde el momento en que la diversificación y creciente complejidad de los servicios necesarios para el funcionamiento de los hospitales comprometió la viabilidad de su prestación con personal y medios propios.

La búsqueda de una mayor eficiencia en el sector público hospitalario ha hecho que, progresivamente, se haya concentrado el esfuerzo organizativo sobre el «propio saber hacer». Esto ha llevado, en muchas ocasiones, a la externalización o descentralización productiva de las actividades periféricas susceptibles de ser gestionadas por empresas especializadas. Esta práctica empresarial, habitualmente denominada «outsourcing» ⁶⁹, se empleó en un principio para ser utilizada en sectores de actividad considerados como «no estratégicos» (es decir, aquellos que no estaban en contacto directo con el paciente). Sin embargo, poco a poco se ha ido experimentando una evolución en el empleo de esta estrategia con la finalidad de optimizar la estructura de la organización y hacerla más ágil y flexible ⁷⁰.

En este esquema, la concesión de servicios sanitarios, como contrato administrativo de gestión de servicio público se presentaría como una suerte de *outsourcing total*, en el que la Administración encomienda a una empresa privada la gestión integral de un hospital público, incluyendo tanto el desarrollo de las prestaciones asistenciales como de las accesorias.

En los siguientes epígrafes nos centraremos, en cambio, en el estudio de determinados efectos especialmente llamativos que otras fórmulas más novedosas de PPP y PFI –tales como la conce-

⁶⁸ Nos referimos a los hospitales del Sistema Nacional de Salud gestionados directamente por los Servicios autonómicos de Salud.

⁶⁹ El *outsourcing* es el instrumento que permite a quien contrata con otros la gestión de una parte de sus funciones, poder focalizar toda su atención sobre los aspectos más importantes y relevantes de la actividad que constituyen el verdadero sentido de su propia existencia (en el caso que nos ocupa, la prestación de la asistencia sanitaria).

⁷⁰ La razón de ser de la contratación de actividades públicas con terceros hemos de encontrarla, no ya tanto en argumentos de naturaleza económica, como en el incremento de la eficacia y eficiencia de la actividad hospitalaria, la recalificación de personal y la reducción de la complejidad de la gestión.

sión de obra pública, los contratos *in house* o el arrendamiento operativo de infraestructuras sanitarias—tienen sobre el régimen de gestión de personal, el de prestación de determinados servicios no sanitarios, o el de responsabilidad frente a terceros.

a) Efectos sobre el régimen de personal.

La actividad sanitaria y no sanitaria desarrollada bajo las fórmulas de concesión de obra pública o de contrato de arrendamiento operativo con empresas públicas constituidas al efecto (con o sin aportación de capital privado) presenta importantes peculiaridades en el régimen del personal que prestará servicios en estos nuevos hospitales. Estas peculiaridades derivan, en primer término, del propio contenido de la actividad contratada ya que, mientras corresponde a la Administración la prestación de servicios sanitarios con su personal propio, la empresa contratista asume la ejecución de la obra y la prestación de los servicios no estrictamente sanitarios que sean precisos para el correcto desarrollo de la actividad asistencial de estos hospitales a través de su personal propio o de terceras empresas.

Esta diversificación de la responsabilidad en la prestación de servicios en función de que estos sean sanitarios o no sanitarios tiene como consecuencia, por lo que aquí importa, la inevitable coexistencia de empleados públicos y trabajadores laborales con una dependencia orgánica y funcional diversa y sometidos a regímenes jurídicos igualmente dispares ⁷¹.

i) Personal para el desarrollo de la actividad asistencial.

Las labores asistenciales serán desempeñadas fundamentalmente por personal estatutario de los Servicios de Salud, ya sean de nueva incorporación o procedentes de otros centros sanitarios. Este personal está sometido a su particular régimen jurídico constituido, fundamentalmente, por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, así como por las disposiciones estatales y autonómicas vigentes en materia de personal de centros e instituciones sanitarias de la seguridad social que complementen y desarrollen esta norma básica, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones generales sobre función pública de la Administración correspondiente, en particular, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), disposiciones concordantes y de desarrollo, y normativa autonómica sobre función públi-

⁷¹ Un caso particular en el que la presencia de personal de la empresa adjudicataria cobra especial relevancia es el modelo de concesión administrativa propio del Hospital de Valdemoro. Sin embargo, ni siquiera en este caso, en el que es la propia concesionaria la que debe proporcionar los recursos humanos precisos para el desarrollo de actividades sanitarias y no sanitarias, podemos hablar de uniformidad en los regímenes jurídicos del personal ya que, por imposición administrativa, la empresa viene obligada a «reservar hasta un diez por ciento de las plazas de personal destinadas a la ejecución de las prestaciones sanitarias objeto del presente contrato, al personal estatutario del Servicio Madrileño de la Salud que opte por su incorporación voluntaria al Hospital de Valdemoro» compromiso este que encuentra su correlato en el deber que tiene la Administración sanitaria de «ordenar al adjudicatario la incorporación del personal estatutario del Servicio Madrileño de la Salud que opte por su incorporación al Hospital de Valdemoro, fijando las condiciones en que se habrá de llevar a cabo».

ca. No podemos desconocer tampoco la existencia de un número residual de profesionales sanitarios con vínculo funcionarial o laboral que presta servicios en centros hospitalarios del Sistema Nacional de Salud.

La proliferación de hospitales gestionados bajo fórmulas de CPP, en lo que pueda afectar al personal estatutario que presta servicios en los centros sanitarios del modelo tradicional, ha merecido la atención del legislador, que ha optado por dar continuidad al vínculo jurídico del personal estatutario fijo que acepte la oferta de cambio de su relación de empleo público que efectúen los Servicios de Salud y pase a prestar servicios *«en un centro cuya gestión sea asumidas (...) por otras entidades surgidas al amparo de las nuevas fórmulas de gestión promovidas por el servicio de salud o la comunidad autónoma y creadas al amparo de la normativa que las regule»* (at. 65 del Estatuto Marco).

Haciendo uso de esta habilitación normativa, la Comunidad Autónoma de Madrid se ha apresurado a instrumentar esta medida con el fin de garantizar el mantenimiento de la situación de servicio activo del personal estatutario fijo que pase a formar parte de la plantilla de los nuevos hospitales gestionados bajo fórmulas de CPP a través de la Ley 4/2006, de 22 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, cuyo artículo 10 prevé la posibilidad de articular procesos de reordenación de efectivos de carácter voluntario de personal estatutario fijo para ser destinados a los nuevos hospitales, pudiendo así mismo participar en estos procesos tanto el personal laboral fijo como el personal funcionario de carrera, los cuales, una vez obtengan destino en estos nuevos hospitales, podrán integrarse como personal estatutario fijo, siempre que así lo soliciten, en las mismas condiciones y con los mismos derechos que el resto del personal estatutario de la Red Pública Asistencial ⁷².

Esta concurrencia de personal de diversa procedencia sobre unas mismas áreas de servicio puede resultar un tanto problemática si nos preguntamos, por ejemplo, ¿en qué condiciones podrá gestionar estos servicios la empresa contratista cuando resulta que este personal que le viene «impuesto» tiene reconocidos por Ley unos derechos y unas singularidades que difícilmente pueden tener acomodo en el esquema de funcionamiento de una empresa privada?, o bien, ¿qué margen de actuación le queda a la empresa concesionaria si el ejercicio de las potestades empresariales quedan reducidas al personal laboral propio que ella aporte para la explotación del centro sanitario?, o bien, ¿cómo compaginar las potestades de dirección y organización empresariales con los logros sociales alcanzados por el personal estatutario en los pactos y acuerdos suscritos en las Mesas Sectoriales de Instituciones Sanitarias?

Una peculiaridad más del modelo de concesión de obra pública utilizado para la construcción y explotación de los nuevos hospitales de la Comunidad Autónoma de Madrid es la configu-

⁷² Esta previsión normativa cobra especial trascendencia para el caso del Hospital de Majadahonda, que sustituirá al actual Hospital de Puerta de Hierro, y que asumirá como parte integrante de su plantilla al personal estatutario de este otro centro, tanto si se trata de personal sanitario como de personal de gestión y servicios. El problema se plantea, no ya tanto respecto del personal sanitario (no olvidemos que la explotación por parte de la empresa adjudicataria de la obra pública en régimen de concesión se limita exclusivamente a los servicios no sanitarios), como del personal estatutario de gestión y servicios, colectivo este sujeto igualmente a normas de Derecho administrativo y que, en cambio, deberá desarrollar la actividad profesional inherente a su nombramiento en ámbitos funcionales que, en un principio, quedan reservados a la gestión y explotación privada de la empresa concesionaria.

ración de los nuevos centros como empresas públicas dotadas de personalidad jurídica lo que, por lo que aquí importa, implica que podrán proceder a la contratación de empleados públicos en régimen laboral.

Este último dato no contribuye sino a completar la impresión de que asistimos a una especie de «espejismo» al analizar el régimen jurídico de estas fórmulas de CPP para la construcción y explotación de infraestructuras sanitarias ya que, en lo que ahora nos ocupa, comprobamos que los nuevos hospitales, aprovechando su constitución bajo la forma jurídica de empresa pública, darán cobijo a empleados públicos ligados a la Administración tanto por una relación de servicios de naturaleza administrativa como laboral. Ahora bien, cabe preguntarse ¿cuáles serán las funciones que lleve a cabo este último tipo de personal contratado por el propio hospital en cuanto empresa pública dotada de personalidad jurídica propia?, ¿se tratará de personal sanitario o puede extenderse por igual al resto del personal de apoyo con funciones administrativas?

Estas y otras dudas no encuentran respuesta en la definición de las condiciones generales y particulares de la licitación, ni en el contenido típico de este tipo de contratos de CPP, que guardan un llamativo silencio en casi prácticamente todos los aspectos atinentes a la gestión de los recursos humanos.

ii) Personal para la prestación de servicios no sanitarios.

Junto al personal vinculado a la Administración sanitaria a través de cualquiera de las relaciones de empleo antes citadas (estatutaria, funcionarial y laboral), las empresas privadas adjudicatarias de las concesiones de obra pública sanitaria, o aquellas constituidas al efecto por las diferentes Administraciones, deberán asumir la ejecución de la obra y la prestación de los servicios complementarios a la actividad asistencial con personal laboral propio o subcontratado a través de terceras empresas ⁷³.

Al margen de esta cuestión, la empresa concesionaria debe asegurar que las contrataciones del personal necesario para la prestación de servicios se efectúan respetando los requisitos esenciales de titulación, los legales para el desempeño del puesto, así como los conocimientos suficientes, debiendo asegurar la formación continuada de dicho personal ⁷⁴.

⁷³ El personal de la contrata responsable de la prestación de servicios de gestión de personal administrativo, comprende personal administrativo de apoyo al personal asistencial y de gestión de la Administración sanitaria, tal y como ya se ha adelantado, pudiendo desarrollar su actividad tanto en áreas asistenciales (admisión de urgencias, hospitalización o farmacia) como en áreas de docencia, investigación, biblioteca y formación continuada, o en áreas no asistenciales que constituyen el entorno profesional en el que desarrollan normalmente sus actividades el personal estatutario no sanitario tales como la gestión económica, de suministros y compras, de recursos humanos, así como la unidad de servicios generales, siendo este el ámbito en el que presumiblemente puedan surgir tensiones laborales en atención a la heterogeneidad del personal de distinta procedencia y régimen jurídico llamado a converger en estas unidades funcionales.

⁷⁴ En los pliegos se fija como criterio de valoración el compromiso de la sociedad licitadora de realizar nuevas contrataciones de carácter indefinido vinculadas a la ejecución del objeto del contrato. En el caso concreto de la concesión del Hospital de Valdemoro, el adjudicatario se obliga durante toda la vigencia del contrato a que el centro disponga de los recursos materiales y de equipamiento general pero también del personal sanitario y no sanitario que permita la perfecta atención del servicio público.

Una cuestión especialmente delicada se plantea en torno a la doble dependencia del personal de la empresa concesionaria destinado a tareas auxiliares de los profesionales sanitarios. Los pliegos que rigen los contratos de concesión de obra pública de los hospitales madrileños establecen que este personal dependerá orgánicamente de la sociedad concesionaria y funcionalmente de los Directores, Subdirectores, Jefes de Servicio y Jefes de Sección de la Administración contratante. Esta doble dependencia podría enturbiar la distinción entre la contratación de servicios para su prestación por terceros y la cesión ilegal de trabajadores. En efecto, la jurisprudencia ha venido considerando, de manera constante, que existe una contrata lícita cuando la empresa auxiliar cuenta con su propio patrimonio, organización y medios de producción tanto personales como materiales, sin que se trate de una mera ficción o apariencia ejerciendo los poderes empresariales que le son propios (SSTS de 11 de octubre de 1993, 7 de marzo de 1988 y 12 de septiembre de 1988 y STSJ de Madrid de 6 de octubre de 2003). Si ponemos este primer criterio en relación con las fórmulas de CPP que venimos analizando, encontramos que quien verdaderamente ejerce las facultades organizativas y la dirección empresarial no es la empresa contratista, sino la Administración, pues las instrucciones y la labor directiva corresponden al personal de la Administración sanitaria ⁷⁵.

En definitiva, si consideramos que lo relevante es conocer quién ejerce las facultades organizativas y directivas, si el contratista o la empresa principal, deberemos tener presente que, en el primer caso estaremos ante un supuesto lícito de concesión administrativa, mientras que en el segundo supuesto cabría aventurar la existencia de una posible cesión ilegal de mano de obra, ya que la Administración no puede asumir funciones directivas que no le corresponden por carecer de la condición de empleador. En todos estos supuestos tan solo existe un único empleador, la empresa contratista, de modo que la Administración podría controlar que los servicios se presten en la forma convenida, pero no dirigir el trabajo en cuestión.

En otro orden de cosas, la empresa concesionaria asume las responsabilidades en materia laboral, de seguridad social y de prevención de riesgos laborales respecto del personal de estos hospitales destinado al desarrollo de actividades no asistenciales. Sin embargo, no podemos despreciar la eventual responsabilidad solidaria que podría asumir la Administración sanitaria en el plano laboral

⁷⁵ Es cierto que existen algunos pronunciamientos judiciales que relativizan la importancia de este dato (en este sentido cabe traer a colación la STSJ de Andalucía de 4 de diciembre de 1998, que justifica «la dependencia funcional de cargos y funcionarios responsables de las tareas, al estar exigida por su naturaleza, siendo incluso irrelevante que el superior funcional con que se relacionaba le pudiera encargar tareas distintas a las contratadas, pues ello no puede vincular a la Administración, ya que el encargo solo era válido ciñéndose a los contratos y únicamente sería relevante la decisión del órgano facultado para contratar, no la actuación por tolerancia u oculta de quien no podía contratar ni vincular a la Administración. [...] la doctrina declara que este tipo de contratos, para reunir el carácter formal y real de administrativo, debe ser consecuencia de un expediente de contratación, con pliego de condiciones que exprese el objeto concreto del trabajo [...] Ello no se altera por diversos datos como la presencia del interesado en las dependencias de la Administración contratante, por la eventual existencia de horario o incluso de control de este, por la relación, incluso de dependencia funcional, de cargos y funcionarios responsables de las tareas en que intervenía»). Sin embargo, no es menos cierto que el propio TSJ de Andalucía en Sentencia de 6 de abril de 2001, tras restar importancia al criterio del lugar donde se lleva a cabo la actividad señala que lo fundamental «no es dónde los trabajadores trabajan, sino quién impartía las órdenes e instrucciones para el desempeño de dicho trabajo y, en definitiva, ejercía el poder directivo propio de la función empresarial», debiendo reseñar que el hecho de que sea la empresa contratista la que ejerza las potestades disciplinarias no impide que pudiera considerarse que, en terminados casos, estos contratos propicien supuestos de cesión ilegal de mano de obra en el marco de un contrato limitado a suministrar mano de obra para la empresa principal, en este caso, la Administración, tal y como así ha confirmado el TS en Sentencia de 12 de diciembre de 1997.

y de Seguridad Social, a tenor de lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, ya que podría considerarse que la prestación es requerida por la Administración «*por razón de una actividad empresarial*», pues el artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores no excluye de su campo de aplicación a empresas carentes de ánimo de lucro o que no tengan forma societaria, de modo que bien podría concluirse que no hay impedimento jurídico para que la Administración asuma una responsabilidad solidaria en este terreno, tal y como ha manifestado el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en Sentencia de 15 de julio de 1997 o el Tribunal Supremo en Sentencias de 15 de julio de 1996, 27 de septiembre de 1996 y 18 de noviembre de 1996.

Otra cuestión en la que conviene detenerse es la que se suscita al hilo de la obligación de la empresa concesionaria de tomar las medidas oportunas para que, en caso de ausencia del personal, este pueda ser sustituido por otro con el mismo nivel de conocimientos que la persona sustituida. Esta estipulación nos lleva a preguntarnos ¿qué responsabilidad asume la concesionaria en el caso de huelga de sus trabajadores? Este es un asunto que sí se contempla expresamente en los pliegos de las concesiones de obra pública que venimos analizando, en los que se establece que, en los supuestos de huelga del personal de la empresa contratista que afecte al normal funcionamiento de la institución, es la empresa la que se compromete a ofrecer soluciones que garanticen los servicios mínimos imprescindibles que determine la autoridad gubernativa. Si no las ofreciere, o no las llevase a la práctica, la propia Administración estaría facultada para realizar los contratos que estime precisos, contratos estos que serán por cuenta de la empresa, que además asumirá la responsabilidad que derive de los trabajos contratados a terceros por este lapso de tiempo. Este tipo de previsiones nos obligan a preguntarnos por la posible colisión con el derecho de huelga de los trabajadores afectados, pues no en vano la STC 66/2002, de 21 de marzo, ha precisado que la limitación de los poderes del empresario⁷⁶ se manifiesta en la libertad de contratación como «*técnica de sustitución externa de los trabajadores huelguistas resultaría contraria al artículo 28.2 de la CE de utilizarse como instrumento para privar de efectividad a la huelga, mediante la colocación de personal no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo*». A tenor de la doctrina jurisprudencial en torno a la prohibición legal de sustituir a los trabajadores huelguistas por otros trabajadores, las nuevas contrataciones efectuadas por la Administración en estos supuestos podrían resultar más que cuestionables, ya que de esta forma se estaría desactivando la eficacia de esta medida de presión y minimizando sus efectos sobre la comunidad. Se podría justificar el empleo de este conjunto de medidas orientadas a contrarrestar los efectos de la huelga si entendemos, como afirma el Tribunal Supremo⁷⁷ que «*los sujetos directamente concernidos en el derecho de huelga son los trabajadores y la empresa a la que aquellos se hallan vinculados por el contrato de trabajo, pero los clientes o público en general (...) están completamente desvinculados del derecho de huelga...*» de modo que «*si el derecho de huelga no tiene por finalidad esencial perjudicar o hacer el mal a la empresa, es una manifiesta perversión del dere-*

⁷⁶ La Administración podría participar plenamente de este concepto y a estos efectos pues si tales servicios fuesen prestados directamente por ella a través de su propio personal, no podría en cuanto empleadora proceder de forma distinta a como pautó el Real Decreto-Ley 17/1977 y contratar a trabajadores externos con el fin de sustituir a trabajadores en huelga de la empresa concesionaria.

⁷⁷ STS de 11 de mayo de 2001 sobre la huelga convocada por trabajadores de una empresa pública dependiente del Servicio Vasco de Salud, que derivó pacientes que en principio debían ser atendidos en el servicio de radiodiagnóstico de la sociedad pública a otros centros dotados de dichos servicios.

cho a la misma tratar de perjudicar a terceros, máxime cuando se trata de terceros afectados en derecho tan vital como el de la salud, por ello aunque fuera cierto que enfermos no calificados de urgentes hubieran sido atendidos por empresas distintas de la que estaba en huelga, ello no significaría en absoluto menoscabo del derecho de los trabajadores».

Para finalizar este apartado, habría que resaltar otro aspecto a tener en cuenta en el plano de las relaciones laborales y que derivaría de la posible subrogación de la Administración en la posición jurídica que ostenta el concesionario al abrigo de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores⁷⁸. En el caso concreto de los hospitales de nueva construcción bajo la fórmula de concesión de obra pública resulta evidente que la explotación se lleva a cabo dentro de las instalaciones de una infraestructura que adquiere el carácter de bien demanial⁷⁹. Más evidente, si cabe, resulta la aplicación del mecanismo subrogatorio en el ámbito de las relaciones laborales para el caso del modelo de concesión administrativa del Hospital de Valdemoro, pues en este sentido se pronuncia el pliego de cláusulas administrativas particulares cuando establece que *«para la ejecución de los servicios, la Sociedad Concesionaria incorporará personal con la titulación y cualificación adecuada al puesto de trabajo desempeñado. Así mismo deberá cumplir todas las disposiciones vigentes en materia laboral y social, pudiendo la Administración en cualquier momento solicitar la acreditación de estos extremos. Extinguido el contrato administrativo, se estará a lo dispuesto en el artículo 44 del vigente Estatuto de los Trabajadores o disposiciones normativas que lo sustituyan»*⁸⁰.

En conclusión, creemos que existen suficientes motivos para afirmar que la coexistencia de esta multiplicidad de regímenes jurídicos, y la diversificación de los vínculos de dependencia orgánica y funcional de los trabajadores encargados de la prestación de los diferentes servicios que integran la compleja actividad de un centro hospitalario, no parece que pueda considerarse un elemento positivo de estos modelos de CPP, sino más bien un probable foco de fricción entre los diferentes tipos de personal que ineludiblemente tenderá a dificultar la labor de gestión de estos nuevos hospitales. Esta especie de *esquizofrenia* jurídica, laboral y organizativa en materia de recursos humanos se despliega precisamente en el momento en que el Estatuto Marco apuesta claramente por potenciar los procesos de integración orientados a lograr una mayor homogeneidad en las plantillas de personal de las instituciones sanitarias para, de este modo, favorecer una más racional y eficiente política de gestión de recursos humanos⁸¹.

⁷⁸ En este sentido, el Tribunal Supremo ha rechazado que, con carácter general, sea aplicable el artículo 44 a los supuestos de concesiones administrativas (STS de 5 de abril de 1993). Sin embargo, existen algunos pronunciamientos judiciales que han reconocido la subrogación de la Administración, como ha sido el caso de la STSJ de Galicia de 21 de junio de 2001 respecto del concesionario de los servicios de cafetería de un hospital perteneciente a la red asistencial, entendiéndose que lo transmitido constituye una unidad económica susceptible de explotación aislada que goza de la debida autonomía funcional, o la STSJ de Castilla y León de 21 de diciembre de 1993 que obligó al Ministerio de Defensa a subrogarse en los contratos de los trabajadores de una empresa concesionaria del servicio de Cafetería y Comedor por considerar que la Administración puso a disposición de la concesionaria *«todos los elementos patrimoniales necesarios para la explotación de la concesión»*.

⁷⁹ El artículo 242 del TRLCAP reconoce el derecho del concesionario a *«utilizar los bienes de dominio público de la Administración concedente necesarios para la construcción, modificación, conservación y explotación de la obra pública»*.

⁸⁰ Cláusula 14.4 del pliego de cláusulas administrativas particulares.

⁸¹ En este sentido, conviene recordar que la disposición adicional quinta del Estatuto Marco, en relación con el artículo 2 del mismo texto legal, pone de manifiesto la clara e inequívoca vocación uniformadora de los diferentes regímenes jurídicos de personal al servicio de instituciones sanitarias, lo que se hace extensivo incluso respecto del personal dependiente de los centros sanitarios concertados, según se desprende de la disposición adicional segunda del propio Estatuto Marco.

b) Efectos sobre el régimen de prestación de servicios no sanitarios.

La provisión de servicios sanitarios por parte de los hospitales exige diferenciar claramente entre aquellos que se acogen al nuevo contrato de concesión de obra pública, de aquellos otros (como el de Valdemoro), en el que la construcción y gestión íntegra se encomiendan a la empresa concesionaria (incluida la prestación de asistencia sanitaria). Para abordar esta cuestión lo primero que hemos de tener en cuenta es el diferente objeto que se persigue con uno y otro modelo. Centrándonos en los contratos de concesión de obra pública, la finalidad primordial no es otra que la creación de una nueva infraestructura hospitalaria que comprende no solo los trabajos necesarios para su construcción (redacción de proyecto de construcción del hospital así como la ejecución y dirección de la obra por la sociedad concesionaria), sino que también engloba la explotación y el mantenimiento de la obra pública y el mantenimiento del mobiliario, o lo que es lo mismo, la puesta a disposición de la Administración del nuevo hospital mediante la prestación de servicios residenciales y complementarios de naturaleza no sanitaria, así como la explotación de zonas comerciales. Veamos a continuación cuál es el régimen de explotación de la obra bajo este modelo, debiendo distinguir entre los servicios hospitalarios no sanitarios de una parte, y de otra las explotaciones comerciales a cargo de la sociedad concesionaria como fuente complementaria de ingresos.

Desde esta perspectiva, la peculiaridad del contrato de concesión de obra pública no estriba en el hecho en sí de que se lleve a cabo una externalización masiva de servicios no sanitarios⁸², sino en que la misma se lleva a cabo centralizándose la prestación de estos servicios complementarios en torno a un único empresario, la sociedad concesionaria de la obra pública a fin que de esta pueda resarcirse de los gastos ocasionados por la construcción y puesta en funcionamiento del hospital, a lo que habría que agregar las explotaciones comerciales, como veremos más adelante.

Uno de los primeros efectos que se derivan de la externalización de este servicio (aunque también se puede hacer extensivo a los otros servicios no sanitarios objeto de contrata) es el excedente de mano de obra que se genera, pues aunque es cierto que los pliegos que regulan la construcción y explotación de estos hospitales prevén expresamente la presencia e incorporación en la plantilla de estos centros de personal estatutario, queda pendiente de conocer qué pasará con estos profesionales no sanitarios ligados a la Administración por vínculo jurídico de naturaleza administrativa⁸³.

⁸² Un buen ejemplo de externalización de importantes servicios no sanitarios lo tenemos en el Hospital Universitario Reina Sofía de Córdoba, que a finales de la década de los 90 inició un proceso de centralización de compras en un único proveedor para así «mejorar la logística hospitalaria pudiendo detraer a personal administrativo ocupado hasta entonces de llevar a cabo las funciones de compra y dedicarlo a otras tareas como control de la calidad y racionalización del consumo». (Diario Médico, 1 de diciembre de 1998), y más recientemente, cabe citar entre otros muchos casos, el del Hospital de «Marina Baixa» de la Consellería de Sanidad de la Generalitat Valenciana, embarcado en un proceso de externalización de buena parte de los servicios administrativos, como las áreas de Archivo, Admisiones y Cargos a Terceros.

⁸³ ¿Qué funciones asumirán estos colectivos si es evidente que la mayoría de los servicios no sanitarios estarán en manos de empresas privadas que dispondrán de su propio personal? Las redistribuciones de personal serán una constante conforme se consolide con el paso del tiempo el sistema de prestación de servicios por personal laboral de empresas privadas. Semejante panorama se cierne sobre el resto de los servicios no sanitarios, como el servicio de alimentación, limpieza, seguridad, gestión de residuos... ámbitos en los que el personal estatutario está llamado a ser desplazado progresivamente por el personal laboral de las empresas subcontratadas, que prestarán los mismos servicios pero con unos costes sociales inferiores.

Pero la peculiaridad del contrato de concesión de obra pública no estriba en el hecho en sí de que se lleve a cabo una externalización masiva de servicios no sanitarios ⁸⁴, sino en que la misma se lleva a cabo centralizándose la prestación de estos servicios complementarios en torno a un único empresario (la sociedad concesionaria de la obra pública) a fin que de esta pueda resarcirse en parte de los gastos ocasionados por la construcción y puesta en funcionamiento del hospital. Así pues, la explotación de la obra comprende todo un abanico de servicios no sanitarios cuya prestación puede efectuar directamente la empresa contratista utilizando sus medios propios, o bien recurriendo a la figura de la subcontratación en las condiciones estipuladas en los pliegos. Pero independientemente de si tales servicios son facilitados directamente o por terceros, lo importante es que la empresa contratista es la única responsable frente a la Administración ⁸⁵ del correcto funcionamiento de todo este elenco de servicios generales que, por otra parte, deberán llevarse a cabo de conformidad con lo que en cada momento y según el progreso de la ciencia disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad que resulte de aplicación. El cumplimiento de esta obligación dinámica respecto de la conservación y explotación de la obra ⁸⁶ ha de conjugarse a su vez con las especificaciones técnicas de prestación que se detallan para cada servicio en los pliegos de prescripciones técnicas, siendo la sociedad concesionaria la que debe asumir toda responsabilidad derivada de la explotación de la obra en las condiciones detalladas en los pliegos, así como las labores de conservación de la obra, mobiliario e instalaciones del hospital.

Para que la Administración pueda tener en todo momento un conocimiento puntual del grado de cumplimiento de las obligaciones de la empresa concesionaria, esta debe proporcionar periódicamente a la Administración información sobre el desarrollo operativo de los distintos servicios que integran la explotación de la obra pública ⁸⁷, estableciéndose unos parámetros que permitan determinar de forma objetiva los niveles de cumplimiento. En este sentido, hay que tener presente que no es suficiente con que se garantice por la empresa la continuidad en la prestación de los servicios, sino que esta se ha de llevar a término con arreglo a criterios de calidad, de modo que las empresas responsables deberán elaborar y desarrollar un plan de calidad, disponer de un responsable de calidad, así como acreditar la calidad de los servicios, siendo la Administración la que finalmente deba decidir la norma que se ha de adoptar a estos efectos, pudiendo aplicar, en su

⁸⁴ Un buen ejemplo de externalización de importantes servicios no sanitarios lo tenemos en el Hospital Universitario Reina Sofía de Córdoba, que a finales de la década de los 90 inició un proceso de centralización de compras en un único proveedor para así «mejorar la logística hospitalaria pudiendo detraer a personal administrativo ocupado hasta entonces de llevar a cabo las funciones de compra y dedicarlo a otras tareas como control de la calidad y racionalización del consumo». (Diario Médico, 1 de diciembre de 1998), y más recientemente, cabe citar entre otros muchos casos, el del Hospital de «*Marina Baixa*» de la Consellería de Sanidad de la Generalitat Valenciana, embarcado en un proceso de externalización de buena parte de los servicios administrativos, como las áreas de Archivo, Admisiones y Cargos a Terceros.

⁸⁵ Así, se contempla en los PPT la creación de la figura del Gerente/Director de empresa como responsable final de todos los servicios.

⁸⁶ En la Comunidad Autónoma de Madrid, se ha optado por que sea la Administración sanitaria la que asuma la instalación, conservación y actualización de los equipos informáticos, lo que supone un importante esfuerzo de lucha contra la obsolescencia a la que están sometidos estos productos indispensables para el normal funcionamiento de las instalaciones hospitalarias.

⁸⁷ En la Comunidad de Madrid se contempla la creación de una Unidad Técnica de Control cuya finalidad no es otra que asegurar un correcto y continuo funcionamiento de los servicios.

caso, las deducciones económicas⁸⁸ por incumplimiento de los indicadores reflejados en los pliegos de prescripciones técnicas⁸⁹.

Pero la fuente de ingresos para la empresa concesionaria no procede en exclusiva del precio satisfecho por la Administración en concepto de contraprestación por la gestión de los servicios generales del hospital, sino que se complementa con aquellos otros ingresos procedentes de las explotaciones comerciales⁹⁰, abiertas a una posible extensión a otras oportunidades de explotación adicionales, ya sea a petición de la empresa o bien porque así lo considere oportuno la propia Administración. Estas áreas de explotación comercial se caracterizan por la diversidad de servicios tanto desde el punto de vista del contenido como de los usuarios destinatarios⁹¹.

Frente al modelo hospitalario de concesión de obra pública, se encontraría el modelo típico de gestión indirecta de servicio público, la concesión, representada en el ámbito de la Comunidad de Madrid por el Hospital de Valdemoro. La principal y más importante distinción existente entre ambos modelos, desde el punto de vista de la explotación del servicio, estriba en que en este segundo supuesto la concesión se hace extensiva a los servicios asistenciales, es decir, la externalización es total, ya que comprende no solo los servicios tradicionales objeto de contrata (limpieza, seguridad, hostelería...) sino también aquellos otros que conforman el núcleo duro de la actividad hospitalaria: la prestación de atención sanitaria.

En la concesión sanitaria, las obligaciones de la sociedad concesionaria en buena medida coinciden con las anteriormente enumeradas respecto de las empresas contratistas de hospitales construidos bajo la modalidad de concesión de obra pública, como conservar la infraestructura, el equipamiento sanitario de cualquier naturaleza y el resto de las instalaciones, adquirir, mantener y, en su caso, reponer el mobiliario, equipamientos e instalaciones necesarios para la prestación de los servi-

⁸⁸ En los PPT se recoge para cada uno de los servicios no solo las especificaciones técnicas a las que se han de ajustar, unos indicadores de cumplimiento para permitir que se mida el nivel de prestación, y las deducciones aplicables por cada uno de los fallos de prestación de servicio, que servirán para determinar la retribución efectiva del concesionario. Durante toda la vigencia del contrato conserva el derecho al percibo de las retribuciones consistentes en una cantidad a satisfacer por la Administración sobre la base de la cantidad máxima anual ofertada por la empresa, cantidad que se desglosa en una parte fija y otra variable esta última correspondiente al grado efectivo de disponibilidad y calidad de los servicios prestados por la Sociedad Concesionaria. La prestación de los servicios por debajo de los niveles definidos como óptimos darán lugar a la aplicación automática de porcentajes de deducción, ponderados según el tipo de deficiencia. Pero las oscilaciones en las cantidades a abonar por parte de la Administración en concepto de prestación de servicios pueden obedecer a factores diversos tales como los ajustes por variaciones significativas en el volumen de prestación de servicios o bien por revisión de tarifas por inflación teniendo en cuenta las previsiones recogidas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares en orden al mantenimiento del equilibrio económico del contrato.

⁸⁹ Al margen de estas deducciones, se tipifica en los pliegos de cláusulas administrativas particulares un cuadro de infracciones relativas a la explotación de la obra mereciendo con carácter general esta consideración todas aquellas que impliquen una prestación irregular de los servicios asumidos, infracciones que llevan aparejadas una serie de penalizaciones (carácter punitivo) que se gradúan atendiendo a la gravedad de los incumplimientos empresariales.

⁹⁰ Estas explotaciones comerciales abarcan servicios tales como tiendas de regalos, establecimientos de prensa, librería, papelería y música, floristería, oficinas bancarias, servicios de café-comedor para el público en general y servicio de restauración exclusivo para el personal del hospital, máquinas expendedoras de bebidas, frías y calientes, y sólidos, gestión del servicio de aparcamiento así como la prestación de telefonía y televisión en habitaciones de hospitalización y zonas comunes.

⁹¹ Así a modo de ejemplo podemos citar los locales comerciales y entidades bancarias para facilitar a los usuarios del hospital, ya sean visitantes, acompañantes de los enfermos, trabajadores del hospital, o pacientes en su caso, el acceso a la compra de determinados servicios, artículos o productos sin necesidad de desplazarse del hospital; o el servicio de teléfono y televisiones en habitaciones y zonas comunes.

cios asistenciales, residenciales y complementarios, o asumir la prestación de los servicios objeto de contrato con los medios propios o ajenos.

Junto a estas obligaciones de contenido genérico (entre las que hay que incluir la asunción de responsabilidad por los daños que se produzcan a cualquier persona o el deber de cumplir con todas las normas laborales y sociales, así como las relativas a prevención de riesgos laborales) se encontrarían aquellas otras específicas relacionadas con el otro apartado que comprende la explotación del hospital, la prestación de los servicios sanitarios propios de atención especializada de acuerdo con la cartera de servicios preestablecida en los pliegos, si bien cabe la posibilidad de que la misma pueda ser ampliada o reducida previo acuerdo alcanzado con la Administración.

Sin embargo, hay que precisar que la materialización con medios propios de la empresa del compromiso asumido respecto de la prestación de servicios sanitarios se limita en principio a aquellas prestaciones incluidas en la oferta presentada por la sociedad concesionaria, de modo que el resto de las prestaciones que figuran en la cartera de servicios serán asumidas por la empresa concesionaria, aunque prestadas con los medios de los que dispone la Administración sanitaria, o ajenos a ella si fuese autorizada, garantizando en todo caso que los servicios sanitarios se adecuen a los niveles de calidad y demora establecidos para todos los centros públicos de la Comunidad de Madrid.

La prestación de estos servicios a la población protegida comprendida en el ámbito territorial de actuación de la concesión devenga derechos económicos a favor de la empresa concesionaria, sin desconocer la posibilidad de que también se atiendan en este tipo de hospitales a pacientes no comprendidos en la población protegida, en cuyo caso se facturará a la Administración sanitaria siempre que se trate de personas titulares de tarjeta sanitaria de la Comunidad de Madrid. En el caso de pacientes procedentes de otras Comunidades Autónomas que sean atendidos en el Hospital de Valdemoro, la facturación se ajustará a lo dispuesto en las normas vigentes en cada momento. Esta cláusula no aporta gran cosa si tenemos en cuenta el actual escenario normativo en el que se desenvuelven estos supuestos ⁹².

En definitiva y a modo de conclusión, la semejanza entre los diversos modelos de colaboración público-privada en cuanto al régimen establecido para la externalización de la prestación de servicios hospitalarios no sanitarios y explotación de zonas comerciales es manifiesta en sus diversas facetas, régimen económico (con la natural distinción entre retribución por canon de la Administración respecto del primer tipo de servicios frente a la participación económica del usuario respecto de las zonas comerciales), control y dirección o modificaciones en las características del servicio.

c) Efectos sobre la gestión de archivos y ficheros que contengan datos de salud.

De conformidad con lo previsto en los artículos 14.2 y 17 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, los centros sanitarios tienen la obligación de conservar la documentación clínica en condiciones

⁹² Este centro, pese a estar gestionado por una empresa privada, no pierde por ello su naturaleza jurídico-pública, ya que la Administración es la que ostenta la titularidad del mismo, y por tanto, como centro sanitario perteneciente a la red sanitaria pública deberá someterse a las normas que disciplinan las relaciones entre los diferentes Servicios Autonómicos de Salud en materia de derivación de pacientes con arreglo a las normas del Fondo de Cohesión Sanitaria (Ley 21/2001, de 27 de diciembre, y Real Decreto 1207/2006, de 20 de octubre).

que garanticen su correcto mantenimiento y seguridad, correspondiendo su gestión, bajo la responsabilidad de la dirección del centro sanitario, a las unidades de admisión y documentación clínica. La responsabilidad de la gestión y custodia de las historias clínicas corresponde a la Administración titular del hospital, por lo que la encomienda de estas funciones a empresas privadas en el marco de las fórmulas de CPP habrá de articularse con las exquisitas cautelas inherentes a toda fórmula de externalización o tratamiento de datos personales por cuenta de terceros, especialmente en un ámbito, el sanitario, en el que se manejan datos especialmente sensibles y que conoce bien los rigores de la fiscalización que llevó a cabo el Tribunal de Cuentas en el año 1999 sobre los contratos de gestión de los servicios de archivo y documentación clínica hospitalarios ⁹³.

Las posturas críticas y contrarias al uso del *outsourcing* en la gestión de los archivos de historias clínicas consideran que la función archivística en general, y en el ámbito sanitario en particular, difícilmente puede concebirse como una función auxiliar o secundaria que deba ser encomendada a terceros ⁹⁴. En cualquier caso, y desde un punto de vista estrictamente jurídico, la gestión indirecta de los archivos públicos ha sido admitida expresamente por nuestro Derecho positivo ⁹⁵.

Los principios generales de esta regulación pueden resumirse en los siguientes:

- La custodia de la historia clínica es responsabilidad del centro. En este sentido, los pliegos por los que se rigen los contratos de concesión de obra pública de los nuevos hospitales, quizá llevados por la necesidad de dejar constancia clara y nítida de la separación de funciones entre la Administración sanitaria titular del servicio y la empresa concesionaria, se preocupan de remarcar que, si bien la custodia y conservación de la documentación clínica compete a la empresa contratista, no por ello cabe inferir que esta sea la propietaria de las historias clínicas sino que, por el contrario, dentro de este enfoque excesivamente patrimonialista en

⁹³ El informe del Tribunal de Cuentas ponía de manifiesto la inexistencia de garantías contractuales de seguridad y confidencialidad, incurriendo en vulneraciones de la normativa sobre contratación pública y criticando asimismo el hecho de que al ser gestionados estos archivos por empresas privadas, con frecuencia se ubicaban en locales ajenos a las instalaciones del centro lo que suponía mayores riesgos para la privacidad de la información, y además implicaba una mayor dependencia respecto de estas entidades ya que sustituir a la empresa contratada supondría incurrir en importantes gastos y molestias para la Administración contratante.

⁹⁴ La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, contempla como pieza importante dentro del entramado jurídico que diseña para garantizar los derechos de información del paciente, la existencia de la unidad de admisión y documentación, siendo la primera vez que este tipo de servicios aparecen contemplados en una norma con rango de Ley.

⁹⁵ Así, la **Ley de Archivos y Documentos de Cataluña** establece en su artículo 8 que: «la organización, la evaluación, la conservación y el acceso a estos son responsabilidad directa de los titulares respectivos. En caso de que la Administración o entidades públicas titulares de documentos públicos contraten tareas relativas a estas funciones con empresas privadas se han de reservar la definición del sistema de gestión documental y la dirección y supervisión de la actividad contratada. La **Ley 19/2002 de Archivos de Castilla-La Mancha** también admite la contratación de la gestión, conservación y custodia de cualquier archivo público integrante del Sistema de Archivos de Castilla-La Mancha, lo que exigirá previo informe del Consejo de Archivos de la Comunidad. En ningún caso podrá suponer el ejercicio de potestades públicas, debiendo mantener el organismo público titular de los documentos la dirección y supervisión del archivo (art. 9). Al margen de las disposiciones normativas de carácter general sobre archivos, las referencias a los archivos clínicos están contenidas en la Ley General de Sanidad, cuyo artículo 23 permite la creación de registros y la elaboración de los análisis necesarios para el conocimiento de las distintas situaciones de las que puedan derivarse acciones de intervención de la autoridad sanitaria en las diversas normas autonómicas promulgadas sobre la materia, y en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, a la que ya hemos hecho referencia. A nivel autonómico, destacan la Ley 21/2000 en Cataluña, la Ley 3/2001 en Galicia, o la Ley 1/2003 de la Comunidad Valenciana.

el que incurre la Administración, se dice taxativamente que *«todos los documentos, independientemente del soporte en que se plasmen (papel, informática, etc...), que se elaboren y los trabajos que se realicen para la ejecución del presente servicio, serán de la exclusiva propiedad de la Administración Sanitaria»* lo que se reitera en otros apartados de los pliegos de prescripciones técnicas al señalar, en relación con las bases de datos de historias clínicas, que *«serán propiedad del Hospital»* ⁹⁶.

- La gestión se efectuará a través de la unidad de admisión y documentación clínica (que en el RD 521/1987 se configura como unidad adscrita a la Dirección médica del Hospital), lo cual no implica que exista inconveniente jurídico para que se proceda a la externalización del archivo de historias clínicas sin que ello constituya un supuesto de cesión de datos (art. 11 de la LOPD) sino una modalidad de *«tratamiento de datos por cuenta de terceros»* previsto y regulado en el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal ⁹⁷. La importancia de que se respete el deber de sigilo ⁹⁸ es vital para la correcta ejecución del servicio, un deber este que no recae solo sobre el personal de la Administración que desarrolle sus funciones en estos nuevos centros sanitarios ⁹⁹, sino también sobre el personal de la empresa contratista ¹⁰⁰.

⁹⁶ Esta precisión, perfectamente comprensible dada la importancia de la materia objeto de externalización casa mal, sin embargo, con el lenguaje de derechos que sobre este ámbito emplea la Ley 41/2002 en relación con la cuestión ya superada por la doctrina y la legislación, de la titularidad de la historia clínica.

⁹⁷ El artículo 31 del Reglamento de Contratación de la Comunidad Autónoma de Madrid, establece que los contratos para la prestación de servicios de tratamiento de datos de carácter personal deberán ser comunicados a la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid con anterioridad a su adjudicación. Continúa este mismo precepto consagrando la obligación de quienes presten este tipo de servicios de cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la LOPD y Ley 8/2001 de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, señalando que el incumplimiento de las anteriores determinaciones comportará la resolución del contrato sin perjuicio de las sanciones que quepa aplicar conforme a la Ley 15/1999, y las responsabilidades que pudieran derivarse de los daños y perjuicios que se ocasionen.

⁹⁸ Al hilo precisamente de la necesidad de preservar la intimidad de los usuarios y el carácter confidencial de la información clínica, los pliegos de prescripciones técnicas de los hospitales construidos bajo el modelo de concesión de obra pública establecen que *«la sociedad concesionaria solo mantendrá en su base de datos el número de historia clínica, nunca el nombre y apellidos del paciente, ni otros datos de identificación, siendo la base de datos propiedad del hospital»*. No podemos por menos que reconocer las cautelas que la Administración adopta en los pliegos, como la disociación de los datos clínicos (separación de datos de identificación personal respecto de los datos clínico-asistenciales), lo que no impide que deba ser de aplicación y observancia obligada las previsiones contenidas en la LOPD ya que no llega a producirse la anonimización definitiva de los datos.

⁹⁹ Artículo 19. j) del Estatuto Marco en el que se consagra el deber del personal estatutario de *«Mantener la debida reserva y confidencialidad de la información y documentación relativa a los centros sanitarios y a los usuarios obtenida, o a la que tenga acceso, en el ejercicio de sus funciones»*, tipificándose como infracción disciplinaria muy grave *«el quebranto de la debida reserva respecto a datos relativos al centro o institución o a la intimidad personal de los usuarios y la información relacionada con su proceso y estancia en las instituciones o centros sanitarios»* [art. 72.2.c) del EM].

¹⁰⁰ Al respecto, resulta especialmente ilustrativa la cláusula 4 del Pliego de Prescripciones Técnicas del Hospital de Valdemoro al señalar que *«el adjudicatario está obligado expresamente al cumplimiento de lo establecido en la Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, de protección de Datos de Carácter Personal y de la Ley 8/2001, de protección de Datos de Carácter Personal de la Comunidad de Madrid y demás legislación concordante al respecto del tratamiento de los datos personales contenidos en los ficheros inscritos por la Consejería de Sanidad y Consumo y sus organismos dependientes en la Agencia de Protección de Datos, así como a las exigencias recogidas en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del paciente y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica»* agregando que *«el adjudicatario se compromete a tratar dichos datos personales observando los principios exigibles por la legislación en materia de protección de datos (...) así como a cumplir las instrucciones recibidas de la Administración Sanitaria...»* debiendo observar *«el secreto profesional respecto de los datos personales objeto de tratamiento, manteniendo absoluta confidencialidad y reserva sobre cualquier dato que pudiera conocer con ocasión del cumplimiento de los servicios prestados...»*.

Uno de los puntos más atractivos de la externalización de actividades reside en la descarga de responsabilidad ¹⁰¹ que comporta para la Administración pública, como así se hace constar expresamente en los pliegos de cláusulas administrativas particulares en relación con la regla general que se contiene en el artículo 97 del TRLCAP ¹⁰², cuestión esta que abordaremos, al hilo del régimen de responsabilidad patrimonial y civil de estos nuevos hospitales, en el epígrafe siguiente ¹⁰³.

En particular, los pliegos de prescripciones técnicas del Hospital de Valdemoro establecen que en el supuesto de que «*el adjudicatario, como encargado del tratamiento, destine los datos a finalidad distinta a la estipulada, los comunique o utilice incumpliendo las instrucciones fijadas en el presente contrato, será considerado también responsable del tratamiento, respondiendo de las infracciones en que hubiere incurrido*». No obstante, obsérvese que la responsabilidad que asume la contratista es compartida, no exclusiva como se deduce del empleo del término «también», de modo que no exonera de responsabilidad a la Administración sanitaria ¹⁰⁴.

d) Efectos sobre el régimen de responsabilidad civil o patrimonial.

Del régimen de derechos y obligaciones que caracteriza a las fórmulas de colaboración público-privada que venimos analizando interesa detenernos ahora en el régimen jurídico de la responsabili-

¹⁰¹ Los pliegos de prescripciones técnicas de los nuevos hospitales construidos por la Comunidad Autónoma de Madrid afirman que «*será responsable (la concesionaria) de la custodia y conservación de los documentos entregados por el Hospital, pero en ningún caso tendrá acceso a su contenido, siendo la sociedad concesionaria la responsable directa de la difusión no autorizada de cualquier información confidencial*» (cláusula 3.3 del PPT) y en la cláusula 4 del citado documento contractual se dice que la empresa concesionaria «*será responsable de cualquier fallo que afecte a la operatividad o el uso de un área funcional o parte de ella*».

¹⁰² El artículo 97 señala que será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato, salvo cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración.

¹⁰³ Al margen de la responsabilidad civil en la que se pueda incurrir, y de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva 95/46 que inspira la redacción de la vigente LOPD, se contempla en el Título VII de la Ley (arts. 43 a 49) el régimen sancionador en vía administrativa por tratamiento ilícito de datos así como un control administrativo de la LOPD (arts. 35 a 42) si bien la regulación del procedimiento sancionador queda diferida a un posterior desarrollo reglamentario. La Ley encomienda la tutela administrativa de la protección de los derechos a la intimidad de los datos personales a un ente de Derecho Público con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar que actúa con plena independencia respecto de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones: se trata de la Agencia de Protección de Datos. Para poder ejercer su labor protectora, la Ley le otorga potestades administrativas inspectoras (al margen de la que en esta misma línea pueda reservarse para sí la Administración contratante) y sancionadora, facultándola para inspeccionar los ficheros automatizados que almacenen información personal e imponer sanciones pecuniarias que agotarán la vía administrativa. En el caso objeto de estudio (posible responsabilidad de la empresa contratista por extravío de las historias clínicas), el centro sanitario deberá arrostrar las consecuencias que se deriven de la reprobación de todo lo actuado y acatar la resolución del Director de la Agencia para que se establezcan las medidas que permitan el cese o la corrección de los efectos de la infracción, pues esta se habría cometido en un fichero del que es responsable la Administración.

En el ámbito penal, junto a los artículos 197 (acceso ilegítimo a datos personales, y un supuesto agravado consistente en la cesión ilícita de los datos así obtenidos) y artículo 199 (incrimina las conductas que gravita sobre la cesión, comunicación o revelación ilícita de los datos).

¹⁰⁴ Un sector de la doctrina que considera que hacer recaer sobre la Administración titular de la actividad la responsabilidad por cualquier daño causado por el contratista, en tanto que siempre conserva los deberes de vigilancia y policía del servicio, podría provocar una extensión desmesurada de la responsabilidad de la Administración.

dad económica (civil o patrimonial) que pueda surgir como consecuencia de los daños y perjuicios ocasionados a pacientes o usuarios en el marco de la asistencia sanitaria dispensada en los hospitales gestionados bajo estas fórmulas.

A pesar de las diferencias que pueden surgir en este campo en función del tipo de modelo participativo (concesión de servicio, concesión de obra pública, etc.) lo cierto y común a todas ellas es que el contratista asume, en virtud del vínculo obligacional de que se trate, una serie de responsabilidades: por un lado, frente a la Administración en caso de incumplimiento y, por otro, frente a los terceros, debiendo indemnizar a estos por los daños y perjuicios que sufran en su persona o bienes con motivo de la ejecución del contrato, excepto que el daño se deba a una orden directa e inmediata de la Administración. Esta es la regla general admitida por la jurisprudencia de manera reiterada respecto a servicios públicos explotados por empresas privadas en base a concesiones o contratos de gestión de servicios públicos. Sin embargo, ¿qué tipo de responsabilidad es el exigible en relación con daños producidos con ocasión de la asistencia sanitaria en hospitales en los que conviven prestaciones sanitarias públicas con servicios no estrictamente sanitarios explotados por empresas privadas o sociedades públicas interpuestas en virtud de modelos de concesión de obra pública o de contratos *in house*?

La pregunta no es en absoluto ociosa, pues no podemos olvidar que, además de los supuestos de responsabilidad estrictamente derivados de la asistencia sanitaria, nos encontramos en la práctica con daños derivados de prestaciones no sanitarias (los denominados *riesgos de explotación*) y otros en los que las prestaciones no asistenciales concurren en diferentes grados de intensidad a la producción del resultado dañoso (infecciones intrahospitalarias por deficiente mantenimiento o limpieza de los conductos de ventilación, etc.).

En efecto, en un concepto amplio de servicio público como el mantenido por nuestra doctrina jurídica, lo que distingue la actividad administrativa en el sentido de los servicios públicos a los que se refiere la Ley cuando disciplina la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, no es que sus elementos instrumentales sean diferentes o estén modificados en función de una actividad prestacional o de otra índole de la Administración, sino el fin a que en su conjunto la actividad administrativa se dirige (la satisfacción de los intereses generales), el carácter con que lo hace (de modo continuo o regular), los límites a que está sujeta (los fijados por la atribución de potestades por el ordenamiento jurídico) y las prerrogativas inherentes a la específica regulación del ejercicio de las potestades en el marco del Derecho Público. De este modo, 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 ¹⁰⁵.

A efectos expositivos conviene, por tanto, que distingamos ya desde el principio dos situaciones diferentes: la de la responsabilidad por daños producidos en el marco de la actividad de un hospital explotado por una empresa privada en régimen de concesión, y la de aquellos otros centros –con-

¹⁰⁵ Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia núm. 153/2004.

cesión de obra pública y contratos *in house*— en los que la Administración asume directamente la prestación de asistencia sanitaria con personal propio que desempeña sus funciones en un ámbito gestionado por la empresa privada que asume los servicios no sanitarios. En este segundo escenario resultará decisiva la delimitación del origen del daño (actividad estrictamente asistencial, meramente auxiliar, o concurrencia de ambas) pues de ello dependerá no solo las condiciones adjetivas del ejercicio de la acción (reclamación del perjudicado frente al contratista o frente a la Administración, tipo de procedimiento, orden jurisdiccional competente) sino incluso los presupuestos sustantivos de imputabilidad (criterio objetivo en la responsabilidad patrimonial o exigencia de culpa o negligencia en caso de responsabilidad extracontractual civil).

En el primero de los supuestos —responsabilidad del concesionario de servicios sanitarios— la delimitación de la causa del daño no resulta decisiva si partimos del hecho de que, en virtud de la concesión, la Administración traslada al contratista el riesgo de la explotación en su totalidad (servicios sanitarios, para-sanitarios y no sanitarios). Así, si partimos de lo previsto en el artículo 106.2 de la Constitución, los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. No obstante, en virtud de la existencia de un concesionario gestor de un servicio de titularidad pública, las reglas de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones sufren una alteración importante. Podemos anticipar ya en este momento que, desde un punto de vista material, el criterio es el de la responsabilidad del concesionario —salvo que el daño traiga causa en una orden directa de la Administración que aquel debe cumplir, caso en el que procederá la responsabilidad de la Administración titular del servicio— y que, desde un punto de vista procedimental, la reclamación se dirigirá siempre a la Administración concedente, quien deberá resolver sobre el patrimonio responsable y la cuantía indemnizatoria. En efecto, la responsabilidad del gestor de servicios públicos ha sido reiteradamente contemplada —en referencia, fundamentalmente, a la figura de la concesión— por nuestro Ordenamiento jurídico ¹⁰⁶. El sistema obedece a la regla general de que es el concesionario el obligado a indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, siendo de cuenta del contratista todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de la ejecución del contrato salvo aquellos que sean producidos por causas directamente imputables a la Administración ¹⁰⁷. Así pues, normativa y jurisprudencia parten del principio general de que la Administración traslada al contratista, no solo la gestión del servicio

¹⁰⁶ Ya en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, el artículo 121.2 estableció para los servicios públicos concedidos que la indemnización correrá a cargo del concesionario, salvo en el caso en que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para este, añadiendo el artículo 123 que, cuando se trate de servicios concedidos, la reclamación se dirigirá a la Administración que otorgó la concesión, la cual resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagarla. Posteriormente, el artículo 98 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, y el actual artículo 97 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), dispone que: «1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato» (...) «3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que este, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños».

¹⁰⁷ SSTs de 16 de marzo de 1974, 7 de noviembre de 1987 y Dictamen Consejo de Estado n.º 3425/2001, de 20 de diciembre.

público y el beneficio empresarial asociado al mismo, sino también la responsabilidad en torno a las consecuencias dañosas que, para terceros, pudieran derivarse del funcionamiento del servicio ¹⁰⁸.

Desde el punto de vista adjetivo o procedimental, el paciente o usuario que sufra un perjuicio atribuible a la actividad (sanitaria o no sanitaria) desarrollada en un hospital explotado en régimen de concesión de servicios deberá deducir su reclamación frente a la Administración titular del servicio público, quien habrá de proceder en la forma indicada en el Real Decreto 429/1992, de 26 de marzo, y en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, es decir: dando audiencia al contratista en el expediente de forma que pueda hacer alegaciones y aportar los medios de prueba que considere necesarios ¹⁰⁹ y sin perjuicio de la facultad de impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa la resolución adoptada, tal y como ha expresado el Tribunal Supremo en Sentencias de 25 de octubre de 1993, 10 de junio de 1995, y 3 de mayo de 1999. En la resolución que ponga fin al procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, la Administración deberá resolver sobre el patrimonio responsable y la cuantía indemnizatoria; es decir, deberá pronunciarse con claridad sobre si procede o no la indemnización y sobre quién debe cargar con su abono (STSJ de Navarra de 19 de mayo de 2004 y STSJ de Murcia de 30 de octubre de 2000). Esta doctrina determina la obligación para la Administración de poner en conocimiento del titular del derecho, no solo la existencia de la figura del concesionario o contratista, sino también su responsabilidad, pues en el supuesto de desestimar la solicitud basándose exclusivamente en la falta de concurrencia de los requisitos para exigir la responsabilidad patrimonial, no podría aparecer en juicio tal circunstancia, sin perjuicio de que, de resultar condenada, pudiera repetir, reclamando lo pagado al concesionario o contratista ya que, si bien la Administración puede no ser la responsable de indemnizar, tiene la obligación de resolver la reclamación, tanto sobre la procedencia de la indemnización, como sobre quién debe pagarla, y esta decisión deja abierta la vía contenciosa tanto al particular como al concesionario, habiéndolo declarado así de forma reiterada la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en Sentencias, entre otras, de 9 de mayo de 1989, 11 de octubre de 1991, 6 de octubre de 1994, 8 de marzo de 1997 y 30 de abril de 2001, en las que se sienta la doctrina de que la reclamación debe dirigirse al órgano de contratación y ser resuelta por la Administración decidiendo la responsabilidad que debe satisfacerse por el contratista, pues carece de sentido que, teniendo la Administración la potestad de interpretar el contrato y, por tanto, las incidencias habidas en el mismo, tenga que abrirse una nueva vía administrativa y, en su caso, procesal, para que el pago se haga efectivo.

La impugnación en vía contenciosa de la resolución adoptada habrá de ser articulada ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa aun cuando en la producción del daño haya concurrido un sujeto privado interpuesto, tal y como señala expresamente el artículo 2 e) de la Ley 29/1998,

¹⁰⁸ Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1992, 6 de octubre de 1994, 3 de abril y 11 de junio de 1995, 20 de abril de 1999, 30 de abril de 2001, 19 de febrero de 2002 y 30 de octubre de 2003. En esta línea mayoritaria, resulta muy didáctico el contenido del Dictamen n.º 163/2005 del Consejo Jurídico de la Región de Murcia en el que se señala que cuando el ordenamiento jurídico establece que la Administración ha de determinar el sujeto responsable de los daños, oído el contratista en el procedimiento, está queriendo decir que, sin perjuicio de la eventual responsabilidad directa de la Administración, en la resolución del procedimiento ha de determinar también si es el contratista el que en última instancia debería hacer frente a la indemnización. En caso afirmativo, si el contratista no satisface voluntaria y directamente el pago al perjudicado (que sería lo lógico en aras de la economía de trámites) la Administración vendría obligada a satisfacer el importe de la indemnización al perjudicado (salvo suspensión judicial de la ejecutividad de la resolución), sin perjuicio de que después aquella se dirigiera por la vía de repetición contra el contratista en ejecución de su propia resolución. Con ello se consigue aunar el carácter directo de la responsabilidad administrativa con la determinación, en el mismo procedimiento de responsabilidad, del sujeto que ha de soportar en definitiva la indemnización, evitando así una posterior e innecesaria vía de regreso.

¹⁰⁹ Tal y como prevé el artículo 1.3 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (modificada por LO 19/2003, de 23 de diciembre) ¹¹⁰. La acción habrá de dirigirse, pues, no solo frente a la Administración, sino también frente al contratista, ya que la responsabilidad de este no puede declararse sin su emplazamiento para comparecer como interesado o codemandado. Solo en el caso que se declarase efectiva la responsabilidad patrimonial del contratista, y consolidada la idea de que no puede existir solidaridad entre él y la Administración en materia de responsabilidad patrimonial, la postura de la Administración aparecería como compromisario en un plano, únicamente, subsidiario en caso de insolvencia de la compañía mercantil contratista de las obras de urbanización a las que se atribuye el ser las causantes del daño (STSJ de La Rioja de 16 de junio de 1999).

La claridad de esta doctrina sobre la responsabilidad por la materialización del riesgo en el ámbito de los servicios sanitarios concertados exige, no obstante, una profunda revisión cuando los daños se produzcan por o con ocasión de la asistencia sanitaria prestada bajo otras fórmulas de PPP como la concesión de obra pública sanitaria o la figura de los contratos *in house providing* pues, si bien son aplicables a estos supuestos la mayoría de los principios generales expuestos (en virtud de los cuales la presencia de un sujeto interpuesto en la prestación de servicios públicos determina, por regla general, la responsabilidad de este) lo cierto es que en virtud de estas fórmulas de PPP la prestación sanitaria se desarrolla merced a un complejo entramado de relaciones jurídicas y servicios convergentes de titularidad pública y privada.

Esta circunstancia implica, en materia de responsabilidad por el funcionamiento del servicio, que los resultados dañosos de la actividad desarrollada en el mismo hospital de la red pública podrían dar lugar a dos tipos de responsabilidad jurídica diferente en función del hecho causante: la patrimonial de la Administración responsable de los servicios sanitarios (por ejemplo, en un caso de luxación de prótesis de cadera implantada a un paciente) y la responsabilidad civil del concesionario de la infraestructura y de los servicios no sanitarios (por ejemplo, en caso de una intoxicación por una partida de alimentos en mal estado). Y si bien la situación que se plantea en los hospitales gestionados bajo fórmulas de PPP o PFI no difiere en lo sustantivo, y por lo que se refiere al régimen de responsabilidad por daños causados en el marco de la asistencia sanitaria pública, de la que pudiera plantearse respecto a determinados servicios externalizados (lavandería, catering, seguridad, limpieza, etc.) en hospitales gestionados directamente por la Administración bajo el modelo tradicional, lo cierto es que la magnitud de la cesión integral a la iniciativa privada de todo el elenco de actividades no estrictamente sanitarias en los nuevos hospitales gestionados bajo fórmulas PPP o PFI, supone un salto cuantitativo y cualitativo tan importante que, a buen seguro, hará necesaria una revisión de los criterios de imputación de responsabilidad por el funcionamiento de servicios públicos gestionados por terceros interpuestos.

La especial configuración del régimen de responsabilidad por asistencia sanitaria en estos supuestos se materializa, como ya se apuntó, no solo en la vertiente procedimental, sino también en la sustantiva. Respecto a la primera, el paciente o usuario que sufra un perjuicio atribuible al funcionamiento de servicios no estrictamente sanitarios en estos hospitales puede plantarse, bien reclamar ante la Administración responsable del centro por la vía de la responsabilidad patrimonial –en cuyo caso entraría en juego la doctrina ya expuesta–, bien hacerlo frente a la empresa privada titular del servicio por la vía de la responsabilidad extracontractual, o bien interponer la demanda contra

¹¹⁰ En el mismo sentido, el artículo 9.4 de la LOPJ (en la redacción dada por la LO 19/2003, ya citada).

ambos conjuntamente. En estos casos podría producirse la ruptura de esa unidad jurisdiccional en el fuero de la responsabilidad por asistencia sanitaria pública tan arduamente lograda a lo largo de las sucesivas reformas legislativas que se han sucedido entre 1992 y 2003 ¹¹¹.

La generalización de las fórmulas de PPP o PFI para la construcción y explotación de infraestructuras sanitarias puede reabrir esta polémica con ocasión de las reclamaciones que los particulares interpongan frente a las entidades privadas que gestionen los servicios no estrictamente sanitarios por los daños sufridos como consecuencia, por ejemplo, de fracturas por caídas en el interior del hospital por encontrarse el suelo húmedo, intoxicaciones alimentarias, extravío de documentación clínica, etc.

La constatación de que no estamos ante una hipótesis jurídica de laboratorio la encontramos en un reciente Auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2006 que atribuye al orden civil el conocimiento de una demanda por las lesiones sufridas por una limpiadora de una Fundación Pública Sanitaria (Fundación Hospital del Oriente de Asturias) al pincharse con una aguja infectada en un quirófano. Este pronunciamiento, que parece reabrir nuevamente una polémica que parecía ya definitivamente superada, resulta especialmente trascendente a los efectos del presente trabajo toda vez que sustenta la competencia del orden civil en el hecho de que *los hechos debatidos, según se infiere del análisis de los escritos incorporados a las actuaciones del conflicto, no tienen relación alguna con la asistencia sanitaria pública concertada, ni aparece demandada la Administración Pública* ¹¹².

A la luz de este reciente pronunciamiento de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, las reclamaciones por daños acaecidos en hospitales gestionados bajo fórmulas PPP o PFI que no se derivan de la actividad estrictamente sanitaria deben ser sometidas al conocimiento de los juzgados civiles y, por tanto, hurtadas al procedimiento administrativo y contencioso-administrativo de responsabilidad patrimonial cuando el particular opte por no demandar a la Administración responsable del centro y dirigirse exclusivamente frente a la empresa titular del servicio generador del daño (limpieza, archivo de documentación clínica, cocina, mantenimiento, etc.).

Ciertamente, este pronunciamiento abre una vía de agua en la difícil consolidación de un fuero único para las reclamaciones por daños causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria prestada en centros del Sistema Nacional de Salud al poner el punto de mira en la naturaleza del servicio –sanitario o no sanitario– causante de los daños, y en el hecho de que la demanda se dirija o no contra una Administración pública. A la vista de estos dos datos no resulta aventurado apuntar que las fórmulas de gestión hospitalaria público-privadas serán el caldo de cultivo de una nueva fractura en la tan anhelada unidad jurisdiccional.

¹¹¹ Mediante la Ley Orgánica 19/2003 se ha puesto fin a más de veinte años de polémica doctrinal y jurisprudencial estableciendo de forma tajante y contundente la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa señalando que «*El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con (...) e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.*» [art. 2.e) LRJCA].

¹¹² La Audiencia Provincial de Oviedo se había declarado incompetente para conocer de la demanda en base a lo previsto en la disposición adicional 12.ª de la Ley 30/1992 –en la redacción dada por la Ley 4/1999– en relación con la Ley Orgánica 19/2003 y con la Ley 15/1997 sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud.

BIBLIOGRAFÍA

- AMOEDO SOUTO; TRAGSA. *Medios propios de la Administración y huída del Derecho Administrativo*. Ed. Atelier. Barcelona, 2004.
- BENITO LÓPEZ, Bernardino y MONTESINOS JULVE, Vicente; «Análisis de la Financiación ¿privada? de infraestructuras». *RVEH* núm. 9 – III/2003.
- CABASÉS HITTA, Juan M.; «La financiación de la sanidad pública». *Derecho y Salud*. Vol. 14, marzo 2006. Núm. Extraordinario XIV Congreso Derecho y Salud.
- Comisión Europea. «Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones», 30 de abril de 2004.
- Cortes Generales. *Comparecencias en relación con el proyecto de Ley de contratos del sector público*. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2007 VIII Legislatura núm. 756. Sesión núm. 31 (20 de febrero de 2007).
- CUADRADO ZULOAGA, Daniel; «Contratos Administrativos y Contratos privados». *Actualidad Administrativa*, núm. 6. Marzo 2007.
- DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica; *Formas de Gestión de la Sanidad Pública en España*. Ed. La Ley, 2006.
- GIMENO FELIÚ, José María; *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*. Ed. Civitas. Madrid, 2005.
- GIMENO FELIÚ, José María; *La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: alcance de la jurisprudencia comunitaria*. Ed. Civitas. Madrid, 2005.
- JIMÉNEZ PALACIOS, Alfonso; «El Sistema Nacional de Salud 20 años después». *Revista Administración Sanitaria* 2006; 4(2): 311-22.
- LAMATA COTANDA, Fernando; *Manual de Administración y Gestión Sanitaria*. Ed. Díez de Santos, 1998.
- LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano; «¿Sirve la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para la contratación de los servicios sanitarios? Algunas reflexiones a propósito de los contratos sobre servicios y bienes sanitarios». *Derecho y Salud*. Vol. 9, núm 1. Enero-Junio 2001.
- MARTÍN SECO, J.F.; *Hospitales Privados Contra la Sanidad Pública*. Crítica Social y Ciudadana, 20 de diciembre de 2006 (<http://www.crisyc.com/crisyc>).
- MENÉNDEZ DE LA CRUZ, Cristina; «Contratos de colaboración público-privada en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público». *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 66. Julio 2007.
- NIETO GARRIDO, Eva; «La financiación Privada de obras y Servicios Públicos en el Reino Unido». *Revista de Administración Pública*, núm. 164, mayo-agosto 2004.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto; *Manual Jurídico de la Profesión Médica*. Ed. Dykinson, 1998.
- PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco; «Creación y regulación de centros y establecimientos sanitarios». Ed. Bosch, 2003.
- PLEITE GUADAMILLAS, Francisco; «Objetivos de la norma comunitaria sobre contratación pública». *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 50. Febrero 2006.

- PUYOD, Carmina; *Interacción desigual entre la pública y la privada en el contexto autonómico*. El Médico, 31 de marzo de 2006.
- REBOLLO PUIG, Manuel; «La responsabilidad patrimonial de la gestión indirecta de los servicios públicos sanitarios: concesiones y conciertos». *Derecho y Salud*. Vol. 8, Núm. 1. Enero-Junio 2000.
- Resolución Legislativa del Parlamento Europeo sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones [2006/2043 (INI)].
- SEGURA GARCÍA, Belén; *Responsabilidad Jurídica por Asistencia Sanitaria*. Marco Jurídico de las Profesiones Sanitarias. Ed. Lexnova, 2007.
- SEVILLA, Francisco; *La universalización de la atención sanitaria 20 años después de la Ley General de Sanidad*. El Médico, 10 de noviembre de 2006.
- SOSA WAGNER, Francisco; *La gestión de los Servicios públicos locales*. Ed. Civitas, 2004.
- TOLIVAR ALAS, Leopoldo; «Derechos de los pacientes y usuarios ante la gestión privada de servicios sanitarios». *Derecho y Salud*. Núm. Extraordinario XV Congreso.
- TRAGSA. Contratos in house. Conclusiones del Abogado General del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.- *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 59. Diciembre 2006.
- TRONCOSO REIGADA, Antonio; *Privatización, Empresa Pública y Constitución*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 1997.
- VILLAR ROJAS, Francisco José; «La concesión administrativa de obra pública como nueva fórmula de gestión de servicios sanitarios». *Derecho y Salud*. Volumen 14, marzo 2006.