

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 13 DE OCTUBRE DE 2015 (4148/2015)**

**El particular régimen de responsabilidad civil
de las compañías sanitarias concertadas
por las mutualidades de funcionarios**

Comentario a cargo de:
Bernardo Arroyo Abad
Profesor Asociado de Derecho civil
Abogado

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE OCTUBRE DE 2015

ROJ: STS 4148/2015 - **ECLI:ES:TS:2015:4148**

ID CENDOJ: 28079119912015100035

PONENTE: Excmo. Sr. Don Eduardo Baena Ruiz

Asunto: La sentencia pone fin al litigio entablado por un mutualista de MUFACE contra la entidad aseguradora escogida por él para recibir asistencia sanitaria él y su familia. El demandante ejerció una acción de responsabilidad civil contractual, transcurrido más de un año desde el fallecimiento de su hijo menor, a las resultas de una pretendida negligencia de un médico de urgencias del cuadro facultativo de la compañía de asistencia sanitaria. El Tribunal Supremo entiende que no existe responsabilidad contractual entre el beneficiario y la compañía aseguradora, sino extracontractual, porque mutualista y compañía no firman contrato alguno, declarándose prescrita la acción.

Sumario: 1. **Resumen de hechos:** 1.1. Antecedentes. 1.2. La solución de primera instancia. 1.3. La solución de la Audiencia Provincial. 1.4 Los motivos de ca-

sación. **2. Resolución jurídica.** **3. Comentario:** 3.1. La problemática de la determinación de la naturaleza jurídica de la acción en las demandas por daño médico. 3.2. Responsabilidad de las compañías de asistencia sanitaria. 3.3. La responsabilidad de la Administración. **4. Conclusión.** **5. Bibliografía utilizada.**

1. Resumen de los hechos

1.1. Antecedentes

El demandante ejercita una acción de responsabilidad contractual ex artículo 1101 CC frente a la compañía sanitaria a fin de ser indemnizado por el fallecimiento de su hijo, consecuencia de la pretendida negligencia médica del facultativo de urgencias del Hospital que lo atendió.

El actor, en su condición de mutualista o beneficiario de MUFACE, había optado por recibir asistencia sanitaria de una de las entidades privadas que la Mutualidad previamente había concertado para prestar asistencia sanitaria a sus beneficiarios.

La aseguradora demandada alegó la excepción de prescripción de la acción entablada, toda vez que el fundamento de la misma tenía naturaleza extracontractual y había transcurrido más de un año desde el fallecimiento del menor.

1.2. La solución de primera instancia

El Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Zaragoza, dictó el 3 de diciembre de 2012 sentencia estimatoria de la excepción opuesta por la demandada.

La sentencia recoge en la fundamentación del fallo, que el régimen de Seguridad Social de los funcionarios públicos prevé, (artículo 17.1 del Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado), como uno de los mecanismos de cobertura de asistencia sanitaria, el régimen de conciertos con otras entidades o establecimientos públicos o privados. Conciertos, que tienen la naturaleza de contratos de gestión de servicio público regulándose por la normativa especial de cada mutualidad y, en todo lo no previsto en la misma, por la legislación de contratos del sector público, (Disposición adicional vigésimo tercera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos de Sector Público. Contenido que reproduce la disposición adicional vigésima del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público). Por ello, concluye la sentencia, la relación contractual de naturaleza administrativa se establece entre la mutualidad y la entidad sanitaria, no existiendo relación contractual alguna entre el mutualista y la precitada entidad.

Se determina que la acción ejercitada es de naturaleza extracontractual, bien al amparo del artículo 1902 CC por hecho propio, bien al amparo del artículo 1903 CC por hecho ajeno.

1.3. La solución de la Audiencia Provincial

La sección número cinco de la Audiencia Provincial de Zaragoza, dicto el 13 de marzo de 2013, sentencia confirmatoria de la recaída en primera instancia.

La sentencia señala que no se trata de un seguro de prestación de asistencia sanitaria suscrito entre la compañía y un particular, sino una relación extracontractual entre un afiliado a una mutualidad de naturaleza pública (a la que le une una relación de derecho público derivada de su condición de funcionario del Estado) y la entidad privada concertada por esta para la prestación de asistencia sanitaria. La sentencia concluye que tal relación no se ve afectada por el hecho de que el mutualista tenga un derecho de opción entre las distintas compañías concertadas por la Mutualidad, o incluso entre los médicos o centros de la entidad sanitaria preferida, por lo que la acción estaba prescrita al haberse presentado ya transcurrido un año del fallecimiento del hijo del mutualista.

1.4. Los motivos de casación

El recurrente planteó un único motivo de casación, con sustento en la supuesta infracción de los artículos 25 y 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, artículos 1101 y 1964 CC y la disposición adicional 23ª de la Ley 30/2007 de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, defendiendo que la relación existente entre él y la entidad aseguradora es de naturaleza contractual, por lo que su responsabilidad no estaría prescrita.

El recurso subraya la existencia de jurisprudencia contradictoria en las Audiencias Provinciales, (se cita al efecto la propia sentencia recurrida dictada por la sección quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 13 de marzo de 2013, que califica la relación como extracontractual, frente a pronunciamientos del mismo Tribunal de 21 de enero de 2008 y de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2002, que califican la relación como contractual), por lo que interesa la necesaria unificación de la doctrina del Tribunal Supremo.

2. Resolución jurídica

La STS de 13 de octubre de 2015 distingue en el ámbito de los conciertos suscritos por mutualidades de funcionarios con entidades de asistencia sanitaria privada dos planos:

La relación entre MUFACE y la Entidad, con motivo del cumplimiento de los derechos y obligaciones que son objeto del concierto.

La relación entre un beneficiario y la Entidad de asistencia sanitaria privada.

La Sentencia, señala que la primera es una relación contractual administrativa configurándose la segunda como autónoma, sin suponer relación contractual alguna, aunque traigan causa “*del contrato de servicio público celebrado entre la Mutualidad y la Entidad, previéndose en su normativa, entre las obligaciones del contratista, la de indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea imputable a causas imputables a la Administración (artículo 280 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), pues se trata de un contrato en el que la Administración contratante encomienda a un contratista la gestión de un servicio público*”. Por ello, “*la acción que ejercite el mutualista, funcionario civil del Estado contra la Entidad con la que haya concertado la Mutualidad la prestación de asistencia sanitaria, a fin de reclamar aquél el daño sufrido por la prestación del servicio, tiene como plazo de prescripción el de un año*”.

3. Comentario

3.1. *La problemática de la determinación de la naturaleza jurídica de la acción en las demandas por daño médico*

La articulación de las pretensiones de responsabilidad civil por daño médico, no responden a un escenario homogéneo, habida cuenta de las variantes que puede ofrecer el esquema de provisión de asistencia médica al paciente, según se reciba del INSALUD, de mutualidades de funcionarios, de centros hospitalarios contratados o de seguros de asistencia sanitaria. Supuestos que a su vez pueden ofrecer, en el caso de servicios médicos facilitados por compañías de asistencia sanitaria, diversidad de vínculos entre los distintos actores del sistema de provisión: compañía, médico y paciente. El actor damnificado por el daño médico firma contrato con la compañía sanitaria (póliza), pero no con el facultativo del cuadro de la compañía que le asiste.

La dificultad que implica para el demandante la determinación o individualización de la acción, ha sido salvada por nuestra jurisprudencia en los últimos treinta años a través de la teoría del concurso de normas, que relativiza en virtud del principio “pro actione” la obligación que pesa sobre el actor de definir la acción al articular su pretensión. La STS de 17 de julio de 2012 (Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana), resuelve un caso de responsabilidad civil seguido contra aseguradora y médico de su cuadro clínico por secuelas sufridas por el paciente asegurado tras dos intervenciones quirúrgicas, afirman-

do que *“como regla general, el juzgador ha de atenerse a la clase de acción ejercitada, respetando la relación jurídica procesal establecida por las partes. Pero no puede tacharse de incongruente la resolución que funda la decisión en normas de responsabilidad distinta de las invocadas, en base al concepto de “unidad de culpa” con integración de la causa de pedir únicamente por los hechos de la demanda”*.

Continúa la sentencia: *“Desde esta idea, y desde la yuxtaposición de responsabilidades contractual y extracontractual, lo que se ha hecho es identificar el origen o causa del daño a través del relato de los hechos y no por la fundamentación jurídica, que, en casos de culpa, no vincula al Tribunal ni en la calificación de la relación jurídica controvertida, ni en las normas de aplicación, ni excusa un pronunciamiento de fondo si la petición se concreta en un resarcimiento aunque el fundamento jurídico aplicable a los hechos sea la responsabilidad contractual, en vez de la extracontractual o viceversa; solución que no confunde una y otra responsabilidad, como no podía ser de otra forma”*.

La acción de responsabilidad contractual y la extracontractual se presentan como una única acción con normas en concurso que el Tribunal aplicará a su elección, sin que la sentencia se vea viciada de incongruencia, si se aplican fundamentos normativos distintos de los alegados, por cuanto no cambia la acción. (SSTS de 9 de junio de 1998 y 22 de octubre de 2007 (Ponente: D. José Almagro Nosete)). El Tribunal se desenvuelve normativamente dentro de ella. (DOMINGUEZ LUELMO, 2007, pág. 83).

Entiendo resulta difícil sostener la existencia de una única acción, cuando las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual obedecen a plazos prescriptivos distintos, en todo caso sería más correcto hablar de una única pretensión. La utilización de los conceptos acción y pretensión como asimilables o unívocos solo abona un escenario de incertidumbre e inseguridad jurídica. No hay una única acción con normas en concurso sino una única pretensión que es preciso articular mediante la elección por el actor de la correspondiente acción, estando obligado a aducir en la demanda, cuantos hechos, fundamentos o títulos jurídicos sean conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla *“sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior”* (artículo 400 LEC).

El artículo 218 LEC en su párrafo primero permite al tribunal resolver *“conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes”*, pero siempre *“sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer”*. El órgano juzgador no dispone de habilitación legal en este sentido dado que el principio de congruencia, atenta contra el principio de justicia rogada propio del proceso civil.

El error por el demandante en la aplicación de la norma al supuesto concreto, error de derecho, tiene en nuestro ordenamiento el alcance que la norma jurídica permita, alcance que siempre será excepcional y restringido. (DIEZ PICAZO, 2012, pág. 183). Siempre y cuando la relación jurídica de la

que deriva el daño esté perfectamente determinada en la demanda. Pero es cosa distinta que planteada la demanda, pueda el juzgado o tribunal variar la calificación jurídica de la acción entablada a conveniencia, toda vez que el demandado dispone de los elementos para individualizar su pretensión y está obligado a ello.

Como afirma la STS de 7 de octubre de 2010 (Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana), los elementos de la pretensión permiten determinar la naturaleza de la acción con carácter indiscutible, por lo que puede calibrarse “*con exactitud, diferenciadamente y con efectos excluyentes, con el fin de aplicar la disposición pertinente*”.

La pretensión que se acciona ante los tribunales viene configurada por los sujetos, la concreta tutela que se solicita y la causa de pedir, y la alteración de estos elementos supone en definitiva una sustancial modificación de los términos en que discurre la controversia judicial, porque supone una alteración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial efectiva. (STC 18 de octubre de 2004 (Ponente Doña Elisa Pérez Vera)).

La incongruencia, dada su directa relación con la tutela judicial efectiva y la proscripción de la indefensión, vendrá determinada por la alteración de los términos del debate, generando en el demandado riesgo de indefensión por haber contestado a la demanda adoptando una determinada línea de defensa como, por ejemplo, la prescripción extintiva en función de la acción ejercitada en la demanda.

El propio juzgado y tribunal, no puede sustituir los términos fundamentales de una acción, por otra que no haya sido ejercitada. La STS de 19 de diciembre de 2008, (Ponente Dña. Encarnación Roca Trias), concluye que “*si la relación contractual de la recurrente se produjo con la aseguradora de asistencia sanitaria en cuya virtud fue atendida del parto en la clínica demandada, (...) esta debe responder, ya sea por concurrir culpa in eligendo o porque se trata de la responsabilidad por hecho de tercero (...) por tanto lo que debe concluirse inicialmente es que la recurrente había celebrado un contrato de asistencia sanitaria con una aseguradora a quien no demandó (...) Debe negarse la pretensión de la recurrente de extender la relación contractual a los profesionales sanitarios que le prestaron la asistencia negligente (por cuanto no había contratado con ellos), (...). En consecuencia, se produce en este caso un concurso de acciones: por responsabilidad en el incumplimiento del contrato concluido con la aseguradora, y extracontractual respecto a los profesionales con quienes la recurrente no contrató*”. La recurrente optó por ejercitar la “*acción por la responsabilidad extracontractual, (...), por lo que la opción se produce con todas sus consecuencias*”.

La LEC da la opción al actor en su artículo 401.2, si omitió hechos o cometió errores en la calificación de la relación que sustenta su pretensión o en la fundamentación de su acción o si no ejercitó las acciones procedentes o no todas ellas, de ampliar objetiva o subjetivamente la demanda, corrigiendo los

errores que hubiera podido cometer en el primer escrito o acumulando nuevas acciones a ejercer incluso dirigiéndolas contra nuevos demandados, todo ello con el condicionante preclusivo de que se realice antes de que el demandado haya contestado a la demanda. Incluso su artículo 20 posibilita su renuncia o el desistimiento, pero establecido el objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvencción, las partes de conformidad con lo preceptuado en el artículo 412 LEC, no podrán alterarlo posteriormente sino sólo introducir alegaciones complementarias.

Si se abordara decididamente la unificación de los regímenes de responsabilidad se superaría el marco de inseguridad jurídica que abonan las teorías de concurso de normas y pretensiones. “*Una regulación unitaria que permita a la víctima encontrar el resarcimiento de aquellos daños que guardan una adecuada relación de causalidad con la conducta del agente convertiría la responsabilidad civil contractual y a la extracontractual en dos campos con sus problemas fenomenológicos particulares, pero sometidos, no ya a reglas comunes, sino a la misma normativa*”. (YZQUIERDO TOLSADA, 2016, pág. 139).

3.2. Responsabilidad de las compañías de asistencia sanitaria

El actor ejercita una acción de responsabilidad contractual contra la compañía de asistencia sanitaria por daño médico.

Mucho se ha escrito respecto a la naturaleza jurídica de la responsabilidad de las compañías sanitarias, en particular, sobre la determinación de las vías de acción que puede emplear el asegurado o beneficiario de una póliza de asistencia sanitaria, para reclamar frente a estas el daño producido por acto médico realizado por facultativos de sus cuadros. Las soluciones que aporta nuestra jurisprudencia hasta la fecha son contradictorias y abonan la pretendida oscuridad que justifica la relativización de las diferencias existentes entre los sistemas de responsabilidad, que no comparto.

Todo, porque existe una pluralidad de vínculos jurídicos que indefectiblemente conectan a los distintos intervinientes en el proceso de provisión de asistencia sanitaria al asegurado. Lo que determina la participación de las compañías, sino en la producción del daño, al menos en la garantía de su indemnización. (STS de 6 de marzo de 2015 (Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana)).

El esquema jurídico es complejo, con variedad de intervinientes y relaciones jurídicas. El asegurado suscribe un contrato con la compañía, pero no firma contrato alguno con el médico que le asiste o con el centro hospitalario o asistencial en el que se le atiende. Qué decir cuando el asegurado o beneficiario, ni siquiera firma contrato con la compañía limitándose en su calidad de mutualista, a optar por una entidad de asistencia sanitaria previamente concertada por la mutualidad a la que pertenece.

La Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2007 (Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos), resume los distintos criterios asumidos por nuestros juzgados y tribunales, aplicados alternativa o combinadamente, para determinar la responsabilidad de las compañías sanitarias. La sentencia señala: existen pronunciamientos que determinan la existencia de responsabilidad extracontractual por hecho ajeno con base en el artículo 1903.4 CC, otros determinan su responsabilidad contractual con base en la apariencia o publicidad que integra el contenido normativo del contrato con arreglo a la legislación de consumidores o incluso la responsabilidad contractual con base en la doctrina del auxiliar, lo que equivale a asumir que la atención médica es un hecho propio de la compañía sanitaria, que se sirve de auxiliares para el desarrollo de su actividad ex art. 105 LCS. La STS de 14 de septiembre de 2015 (Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana), equipara la relación de los médicos y facultativos que prestan servicios a pacientes en ejecución de contratos hospitalarios con los incluidos en los cuadros médicos de las compañías de asistencia sanitaria, al decir que en ambos casos se trata de *“auxiliares en el cumplimiento de la obligación del centro médico (...) o compañía, (...) que no proporcionaba(n) la asistencia por sí misma, sino a través de quienes había contratado para poder cumplir el contrato”*.

Entiendo que el actual marco legal no justifica ni la pretendida incertidumbre y oscuridad, ni la variedad y diversidad de pronunciamientos.

La Ley 20/2015 de 14 de julio de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, prohíbe a estas en su artículo 5.2, (previsión que contenía con el mismo alcance la precedente Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados), prestar garantías distintas de las estrictamente asegurativas, en definitiva, prestar asistencia sanitaria. Lo que no obsta para que concierten acuerdos de colaboración con entidades y profesionales que sí la dispensen. La actividad de la compañía es distinta de la actividad médica y se ciñe a la organización, provisión y financiación del servicio en los términos contractualmente estipulados con el consumidor. De hecho, la prestación sanitaria en términos de organización y suministro de servicios profesionales, para que sea considerada operación susceptible de seguro privado, sólo debe implicar la asunción por la compañía de un riesgo técnicamente asegurable (la eventualidad de que el asegurado precise asistencia médica).

Entonces, cual es el alcance del artículo 105 LCS y qué ha de entenderse por “asumir directamente la prestación”?

No es otra cosa que frente a dicha eventualidad, la compañía asume la obligación de organizar, controlar y proveer el servicio sanitario en las condiciones contratadas en la póliza y correlativamente, en su caso, asumir la responsabilidad contractual que deriva del incumplimiento de la prestación pactada, recogida en el vigente artículo 148 TRLCU.

Dentro del precepto, son encuadrables supuestos de responsabilidad por daños que deriven del mal funcionamiento o funcionamiento inadecuado de

productos sanitarios, instrumental, elementos técnicos, o mecánicos dedicados a la asistencia, utilizados por la compañía para el tratamiento o diagnóstico de los asegurados daños derivados de falta de provisión de asistencia como consecuencia de la aplicación de cláusulas limitativas o restrictivas del derecho de los asegurados, o la falta de pruebas diagnósticas derivadas de un excesivo control de gasto de las aseguradoras, la ausencia de control de procesos de desecho de pruebas diagnósticas, descoordinación del servicio de urgencias, falta de disponibilidad de medicamentos eficaces, seguros y de calidad, ausencia de condiciones básicas de prestación sanitaria, la inobservancia de buenas prácticas de laboratorio, o la ausencia de certificaciones de seguridad o bioseguridad. Al ser elementos que suponen implementación, dotación o provisión del servicio, quedan comprendidas en la responsabilidad contractual predicable del artículo 148 TRLCU y por tanto dentro de la actividad de organización y provisión de asistencia sanitaria al asegurado. La compañía ha de suministrar medios sanitarios seguros y eficaces.

Deben distinguirse, por tanto, dos planos con claridad: la provisión general del servicio sanitario y, por otro lado, el daño médico que puede derivarse de la actuación propia del facultativo. Una cosa es que el asegurado reciba o no la atención médica y otra diferente la calidad de la atención efectivamente recibida derivada de la actuación concreta del médico. El ámbito de aplicación del art. 148 TRLCU se centra en el primero de los planos enunciados y supone una responsabilidad por hecho propio de la compañía aseguradora, siendo no obstante indispensable que la acción u omisión del médico sea consecuencia de la prestación del servicio por la compañía.

En la SAP de Cantabria de 25 de febrero de 1997 (AS 1997,422), podemos ver con claridad esos dos planos a los que me refería al relatar el caso de un paciente que después de repetidas visitas al médico de la compañía, al que se detecta una esquirla metálica en un ojo que el servicio del cuadro médico no termina de operar. El asegurado acude a un centro externo, que realiza la intervención de urgencia. Si bien no hubo secuelas derivadas de la demora en la intervención, si había necesidad de realizarla y un costo de unos 4000 Euros a las que la compañía sanitaria es condenada por aplicación del artículo 148 TRLCU con absolución del médico.

El acto médico y la actividad de la compañía están en planos distintos, la primera es una actividad que desarrolla el médico con libertad, e independencia de la compañía aunque forme parte de su esquema organizativo, sujetándose exclusivamente a la *lex artis* médica, es una responsabilidad subjetiva y sometida a criterios culpabilísticos. (DOMINGUEZ LUELMO, 2007, pág. 62). Afirmar que el médico del cuadro facultativo de la compañía es un auxiliar contractual de la entidad, es tanto como afirmar que el acto médico es un hecho propio de la entidad sanitaria, ya que el incumplimiento del auxiliar se traduce en incumplimiento de la compañía. No hay normativa que permita abo-

nar esa teoría, porque la actividad médica es distinta de la actividad asegurativa y se rige por criterios propios y diversos. No hay delegatio solvendi porque el acto médico no es deuda de la compañía.

Lo que sí permite nuestro ordenamiento, es deducir contra la compañía acción de responsabilidad extracontractual por hecho ajeno, es decir por daño médico ex. art. 1903.4 CC, siempre que el actor acredite la existencia de dependencia entre el médico y la compañía, que es apreciada de forma generalizada por nuestra jurisprudencia desde un punto de vista funcional, con independencia del *nomen iuris* de la vinculación que exista entre ambos (laboral o civil), y viene determinada por la inclusión del profesional dentro del esquema organizativo y de provisión de la compañía (los cuadros médicos).

La particularidad del supuesto enjuiciado en la sentencia de octubre de 2015, estriba en el ámbito en el que se enmarca la relación existente entre el mutualista y la entidad de seguros demandada, que le confiere un carácter especial desde un punto de vista jurídico. Las mutualidades pueden establecer conciertos con entidades privadas, y en este sentido, según dispone el artículo 77.1 del Reglamento General del Mutualismo Administrativo en coincidencia con el artículo 17 de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, los mutualistas pueden escoger entre recibir asistencia sanitaria de la Seguridad Social o de una entidad de seguro libre, en cuyo caso existe una particularidad. Constituye una relación sujeta a la normativa especial de cada mutualidad, y en todo lo no previsto por la misma, en la legislación de contratos del sector público, (STS de 13 de octubre de 2015 (Ponente: D. Eduardo Baena Ruiz). Así se dispone en el artículo 151 del Reglamento General del Mutualismo Administrativo y en la disposición adicional vigésima del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público). En el caso enjuiciado mutualista y compañía no firman contrato alguno y el Tribunal Supremo determina que la facultad de opción no le confería carácter contractual a su relación, ni con la entidad, ni con el médico.

3.3. La responsabilidad de la Administración

El mandato conferido por nuestra Constitución a los poderes públicos para la organización de la salud supone, en reconocimiento del derecho a la libertad de empresa, que estos puedan concertar con entidades privadas, la prestación de servicios médicos y quirúrgicos, siempre que la actividad desplegada por la compañía sea asegurativa y se preste con medios privados. El artículo 90 de la Ley General de Sanidad 14/86 de 25 de abril, recoge la prerrogativa que tiene la Administración Pública en el ejercicio de sus respectivas competencias de establecer conciertos con entidades privadas para la prestación de servicios sanitarios siempre que no se establezcan servicios complementarios respecto de los que existan en los centros sanitarios públicos dependientes de la administración pública concertante.

La calificación del objeto del contrato o concierto que suscriben Mutualidad y compañía de asistencia sanitaria, como de gestión de servicio público, exige como condición sine qua non, la transferencia del riesgo al contratista, tal y como se mantiene por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en jurisprudencia consolidada, (por todas Sentencia del TJUE de 10 de marzo de 2011. Asunto Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler [TJCE 2011, 52]), que califica como riesgo de explotación económica del servicio “*el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio*”.

La sentencia de octubre de 2015, trae a colación el artículo 280 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público que obliga al contratista a “*indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio*”, para justificar la eventual responsabilidad extracontractual de la compañía concertada por la mutualidad, pero omite toda referencia a la también eventual responsabilidad de la Administración cuando el daño sea producido por causas a ella imputables. Entiendo que así como la educación concertada no deja de ser pública, la sanidad dispensada a los funcionarios por entidades privadas vía concierto tampoco deja de serlo.

Entendemos que es perfectamente plausible un escenario en el que se pueda determinar la responsabilidad de la Administración por el daño, cuando este sea consecuencia de la omisión de sus deberes “*in vigilando*”. No cabe un enfoque privatista de la Administración al concertar un contrato de gestión de servicio público. El desplazamiento de la responsabilidad que abona el artículo 280 TRLCSP, no puede comprometer las irrenunciables competencias de la Administración en la modificación, ejecución, sanción e inspección del contrato administrativo, y el principio de vinculación positiva obliga a la Administración a ejercer tales competencias y a responder en caso contrario. Cualquier otro planteamiento implica la desnaturalización del servicio público.

4. Conclusiones

A mi juicio acierta el Tribunal Supremo al declarar prescrita la acción, y al determinar como no asimilables la relación existente entre un asegurado y una aseguradora de asistencia sanitaria en virtud de una póliza privada, sujeta a Derecho Privado y la que tiene un funcionario afiliado a un mutualidad en los términos fijados en el concierto que es de Derecho Público, como la que tienen los particulares cuando reciben asistencia del INSALUD.

De la sentencia parece deducirse que de haberse ejercitado la acción dentro del año siguiente al fallecimiento, podría haberse declarado la responsabilidad de la compañía a las resultas de la supuesta negligencia del médico de urgencias.

Corresponde al demandante individualizar su acción y concretar la tutela que pide le dispense el juzgado o tribunal ante el que acciona, lo que condicionará necesariamente la defensa del demandado. Fijado el objeto del proceso con la contestación a la demanda, el juzgado o tribunal fallará de forma congruente con los hechos, alegaciones y fundamentos que constituyan la causa de pedir manifestados por las partes, y la prueba practicada, siempre en atención a la naturaleza jurídica de la responsabilidad exigida al demandado/s, sea compañía, médico o ambos. La alteración de la *causa petendi* por el juzgado o tribunal supone una sustancial modificación de los términos en que discurre la controversia judicial, porque supone una alteración del principio de contradicción que conduce a la denegación del derecho a la tutela judicial efectiva.

El sustento de la responsabilidad de la compañía de asistencia sanitaria con base en la legislación de consumo es de corte objetivo y contractual y no por daño médico en sentido estricto, que es hecho ajeno a la compañía sanitaria, cuya responsabilidad se circunscribe a la organización, provisión y control de la asistencia sanitaria comprometida en virtud de la póliza.

La única responsabilidad extracontractual exigible a la compañía por daño médico derivado de la acción u omisión de los facultativos de sus cuadros médicos, es la que deriva del artículo 1903,4 CC, por hecho ajeno, sustentada en la relación de dependencia existente entre la compañía y el médico.

La regulación unitaria de los plazos prescriptivos en esta materia, dotaría de certidumbre y seguridad jurídica tanto al demandante que está obligado a individualizar su acción y concretar la tutela que pide, como al demandado que no tiene que sufrir el hecho de que el tribunal minimice o incluso anule su estrategia de defensa. Además permitiría superar artificiosas teorías que pecan cuanto menos de falta de precisión terminológica o conceptual, lo que siempre es peligroso en derecho. En todo caso, la sentencia trae indefectiblemente a colación la necesidad de modificar el plazo anual de la responsabilidad aquiliana, tremendamente exiguo habida cuenta del plazo existente en ordenamientos de nuestro entorno, como el francés (10 años), el italiano (5 años) o el alemán (3 años).

Por otro lado, y en relación a la responsabilidad de la Administración, cuando el artículo 280 TRLCSP habla de “causas imputables a la Administración”, quedan incluidas todas aquellas situaciones que impliquen daños derivados de la inobservancia de sus deberes “in vigilando”, a los que está obligada positivamente. La Ley confiere a la Administración que concierta contratos de gestión de servicio público competencias exclusivas en la modificación, ejecu-

ción, sanción e inspección del contrato administrativo, y el principio de vinculación positiva obliga a la Administración a ejercer tales competencias.

Al igual que parece deducirse de la lectura de la sentencia (a sensu contrario), que de ejercitarse la acción por el actor dentro del año se hubiera condenado a la compañía, también se deduce con toda claridad que el Tribunal Supremo asume que el artículo 280 TRLCSP desplaza la responsabilidad derivada del fallecimiento de la hija del mutualista, de la Administración a la entidad privada concertada por la mutualidad, y no debe ser así. El contrato de cesión de servicio público nunca implica la pérdida de la titularidad del servicio por la Administración cedente, ni que este deje de ser público, sino que se somete a un sistema de gestión indirecta que supone una transferencia de facultades para el ejercicio de funciones públicas, no la privatización de las mismas, porque dejarían precisamente de ser públicas. Defender un total desplazamiento de la responsabilidad en el sentido expuesto supondría la desnaturalización del servicio público a través de la utilización de técnicas contractuales difícilmente asumibles por la Administración.

Por tanto, habría que determinar si la Administración actuó con toda la diligencia exigible en el ejercicio de sus competencias de inspección y vigilancia del servicio, ya que como titular del servicio público cedido, se constituye también en garante del mismo frente al mutualista.

5. Bibliografía utilizada

- DIEZ PICAZO L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. "Sistema de Derecho Civil" Vol. I, ed. Tecnos, Madrid, 2012.
- DOMINGUEZ LUELMO, A. "Derecho sanitario y responsabilidad médica". Lex Nova. 2007.
- YZQUIERDO TOLSADA, M y PIROZZI, R. "Los problemas de la delimitación entre responsabilidad civil contractual y extracontractual, en los sistemas español e italiano", Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid. 2016.