

---

# Mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos sanitarios

---

PID\_00255462

Joaquín Cayón de las Cuevas

---

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 2 horas

---





# Índice

<b>1. Conciliación y mediación en materia de asistencia sanitaria</b>	5
1.1. Los servicios de atención al usuario .....	5
1.2. El defensor del usuario o defensor del paciente .....	6
1.3. El defensor del pueblo .....	8
<b>2. Arbitraje en materia de asistencia sanitaria.....</b>	9
2.1. Posibilidades teóricas de articulación .....	9
2.2. El problema del carácter público del prestador de servicios sanitarios .....	14



## **1. Conciliación y mediación en materia de asistencia sanitaria**

En cuanto a la conciliación entendida como sistema meramente exploratorio y carente de eficacia vinculante, se han articulado en el derecho sanitario español diversas figuras.

### **1.1. Los servicios de atención al usuario**

En primer lugar, cabe hacer referencia a los servicios de atención al usuario, que cumplen una importante función informativa y asesora, tramitando además quejas y reclamaciones. Debe señalarse que incluso en determinados ordenamientos autonómicos se han potenciado dichos servicios, atribuyéndoles de forma expresa funciones adicionales de intermediación en las reclamaciones formuladas por pacientes, que van más allá, por tanto, de la mera tramitación de las mismas.

En este sentido, resulta interesante la experiencia de la comunidad autónoma de Castilla-La Mancha, que ha aprobado un Plan Director de Seguridad Corporativa y Protección del Patrimonio de su Servicio de Salud (denominado «Plan Perseo») en cuyo seno se ha regulado un procedimiento de mediación para la resolución de conflictos entre usuarios y profesionales.

De acuerdo con el citado Plan, la gestión del proceso de intermediación se atribuye a un equipo dirigido por un coordinador designado por la Dirección Gerencia y la Junta de Personal del Centro e integrado por un máximo de tres representantes del Servicio de Información y Atención al Usuario (SIAU), de la Dirección Gerencia del Centro y del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales.

El procedimiento puede iniciarse bien a instancia de alguna de las partes (usuario o profesional afectado), o bien de oficio, a instancia del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales, del Servicio de Información y Atención al Usuario o de la Gerencia del Centro, cuando se observen situaciones conflictivas de especial trascendencia. En todo caso, se deberá contar con el reconocimiento y consentimiento expreso o tácito de los implicados, y habrá de tratarse de un conflicto de suficiente entidad y relevancia para la organización y/o los implicados, pudiendo en todo caso acudir a este procedimiento en aquellos supuestos en que la regulación permite un cierto margen de discrecionalidad o interpretación. El procedimiento podrá solicitarse con independencia de la existencia de queja o reclamación, resultando no obstante incompatible con la interposición de denuncia judicial o recurso contencioso.

El Plan Perseo contiene, además, un procedimiento de resolución de conflictos entre trabajadores del SESCAM que tiene por objeto resolver los conflictos de relación personal y/o laboral que surjan entre los trabajadores del SESCAM, encomendándose a una Comisión cuya composición podrá variar según cuál sea el objeto de valoración pero que, en todo caso, está conformada por el presidente designado de mutuo acuerdo entre la Dirección Gerencia y la Junta de Personal del centro; un vocal en representación de la Dirección Gerencia del Centro; un vocal en representación de los delegados de prevención designado entre los miembros del Comité de Salud y Seguridad del Centro y, finalmente, un representante del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales.

El procedimiento, que se iniciará por acuerdo de la Gerencia, a iniciativa propia o a propuesta del Comité de Seguridad y Salud Laboral del Centro, tendrá por objeto el estudio y la valoración por los miembros de la Comisión de la información recabada en torno al conflicto por el Servicio de Prevención en colaboración con la Comisión con el fin de desarrollar una estrategia para la resolución del mismo.

Asimismo, en Valencia, la Orden de 26 de marzo de 1991 de Servicios de Atención al Usuario reconoce a los mismos, en la investigación de las quejas y reclamaciones presentadas, la posibilidad de formular propuestas de mediación cuando la naturaleza del asunto así lo permita.

En el mismo sentido, la Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de ordenación sanitaria de Cantabria atribuye a la Unidad de Atención al Usuario del Sistema Autonómico de Salud de Cantabria la misión de «favorecer la intermediación en los conflictos que planteen los ciudadanos como usuarios del Sistema Autonómico de Salud».

## **1.2. El defensor del usuario o defensor del paciente**

Junto con dichos servicios de naturaleza administrativa, convive la figura del Defensor del Usuario o Defensor del Paciente, implantada en algunas comunidades autónomas y que cuenta con funciones de intermediación entre prestadores de servicios sanitarios y usuarios.

Tal es el caso de la Comunidad de Madrid en la que la Ley 12/2001, de 21 diciembre, de ordenación sanitaria de Madrid, creó el Defensor del Paciente como un órgano de la Administración sanitaria encargado de gestionar las quejas, reclamaciones y sugerencias respecto a las cuestiones relativas a derechos y obligaciones de los pacientes (art. 36). La Ley atribuía al Defensor del Paciente, entre otras funciones, la de intermediar en los conflictos que plantearan los ciudadanos como usuarios del Sistema Sanitario de la Comunidad de Madrid, recabar información sobre aspectos relativos al funcionamiento de los servicios del Sistema, así como recibir cuantas sugerencias u observaciones desea-

ran realizar los ciudadanos en su relación con la Administración. No obstante, por Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y racionalización del sector público, se suprime la figura del Defensor del Paciente.

Dicha función de intermediación también aparece recogida de forma expresa en el caso del Defensor del Usuario del Sistema Público de Salud de La Rioja, regulado por Decreto 1/2005, de 7 enero; norma que incluso desarrolla determinados principios rectores que deben presidir la función mediadora y que determina que «el Defensor del Usuario, cuando actúe en funciones de mediador, sugerirá a las partes una o más soluciones para poner fin al conflicto planteado, pero no tendrá autoridad para imponer sus criterios o decisiones» (art. 4.2.d). No obstante, es preciso señalar que el citado Decreto 1/2005, de 7 de enero, tiene, desde el 16 de julio de 2012, suspendida su vigencia hasta que por la consejería competente en materia de salud se proponga al Gobierno de la Comunidad Autónoma de La Rioja el nombramiento del Defensor del Usuario.

En análogo sentido, cabe citar la regulación procedimental, contenida en el Decreto 4/2003, de 14 enero, regulador del Defensor de los Usuarios del Sistema Sanitario Público de Extremadura, cuyo artículo 16.2 establece que el Defensor podrá formular una propuesta de mediación cuando la entidad del asunto así lo permita y sea aceptada por el usuario sanitario que presentó la reclamación. El Defensor de los Usuarios del Sistema Sanitario Público de Extremadura se crea a través de la Ley 10/2001, de 28 de junio, de salud de Extremadura, como un organismo encargado de la defensa de los derechos de los usuarios del Sistema Sanitario Público de Extremadura, que desempeña sus funciones con plena autonomía e independencia.

Un supuesto especial es el del Veedor do Paciente de Galicia, en tanto que el artículo 136 de la Ley 7/2003, de 9 de diciembre, de ordenación sanitaria de Galicia lo configuraba como

«un órgano de la Administración sanitaria que gestionará las sugerencias, quejas y reclamaciones que puedan formular los pacientes o sus legítimos representantes en relación con los derechos y deberes establecidos en la presente ley, sin perjuicio de que los interesados puedan utilizar las vías de reclamación o de recurso establecidas en la legislación vigente para la defensa de sus derechos. Además, intermediará en los conflictos que planteen los usuarios del sistema gallego de salud, para lo cual recabará la información que estime oportuna en relación con el funcionamiento de los centros, servicios y establecimientos del sistema».

Consecuentemente la citada Ley reconocía al Veedor do Paciente una función de intermediación. No obstante, dicha Ley ha sido derogada por la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, desapareciendo la figura del Veedor do Paciente, y estableciendo en su lugar la de vicevaledor o vicevaledora del Valedor do Pobo, figura a la que se atribuye la defensa y protección de los derechos e intereses de los usuarios del Sistema Público de Salud de Galicia, bajo la supervisión del Valedor do Pobo. Por lo tanto, se subordina la figura del vicevaledor del paciente a la del Valedor do Pobo, perdiendo su autonomía, y en lo que aquí interesa, sus funciones intermediadoras.

Otras comunidades autónomas, pese a contar con la misma figura específica, no la atribuyen funciones mediadoras expresas, tal y como ocurre con el Defensor del Usuario del Sistema de Salud de Castilla y León, quien, a la vista de las actuaciones que lleve a cabo, podrá formular propuestas, recomendaciones y sugerencias que no tendrán carácter ejecutivo. Así lo dispone el artículo 5.3 de la Ley 8/2010, de 30 de agosto, de ordenación del Sistema de Salud de Castilla y León.

En todo caso, conviene dejar constancia de que el nombramiento y cese de los Defensores del Usuario o del Paciente corresponde al gobierno autonómico respectivo, por lo que cabe cuestionarse si la configuración puramente administrativa de su naturaleza jurídica debiera exigir ir más allá de lo que es un mero órgano dependiente de la propia Administración pública prestadora del servicio sanitario. Es por ello que determinadas comunidades autónomas han optado por atribuir directamente las tareas de conciliación y/o mediación en el sector sanitario a sus **Defensores del Pueblo**.

### **1.3. El defensor del pueblo**

Los Defensores del Pueblo son comisionados de los correspondientes parlamentos autonómicos; gozan por ello de un estatuto jurídico de independencia formal superior. En este sentido, suele ser frecuente que la institución cuente en su estructura con un encargado específico de la gestión de las reclamaciones relacionadas con la salud de los usuarios.

## 2. Arbitraje en materia de asistencia sanitaria

### 2.1. Posibilidades teóricas de articulación

A nuestro juicio, existirían dos posibilidades teóricas de articulación arbitral de un conflicto derivado de una mala praxis asistencial: el arbitraje *ad hoc* y el arbitraje institucional, ya sea corporativo, asociativo o administrativo.

#### 1) Arbitraje *ad hoc*

En primer lugar, cabe acudir al **arbitraje *ad hoc*** previsto en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje (en adelante LA), ya que nada impide que las partes de un conflicto sanitario sometan las cuestiones litigiosas derivadas de la prestación de servicios a uno o varios árbitros, formalizando un convenio arbitral de forma expresa o bien incorporando una cláusula compromisoria al contrato de servicios sanitarios (art. 9 LA).

#### 2) Arbitraje institucional

En segundo lugar, nada impide que las partes se sometan a un **arbitraje institucional**. En este sentido, de acuerdo con el artículo 14 LA,

«las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a: a) corporaciones de derecho público y entidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras; b) asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales».

El precepto se refiere, pues, a dos tipos de arbitraje institucional: el arbitraje corporativo y el arbitraje asociativo.

Respecto del arbitraje corporativo, la referencia a las «corporaciones de derecho público» debe entenderse realizada a entidades jurídico-públicas de tal naturaleza, sustancialmente, Cámaras de Comercio, Industria y Navegación y Colegios Profesionales. Respecto de las primeras, la Ley 4/2014, de 1 de abril, básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, atribuye a las organizaciones camerales, entre otras competencias, «desempeñar funciones de mediación y arbitraje mercantil, nacional e internacional, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente» (art. 21.1.i). Resulta evidente por ello que esta previsión en ningún caso resulta aplicable a las relaciones clínicas entre el prestador de servicios sanitarios y el usuario, dado que la atribución arbitral de las Cámaras solo opera en el ámbito interempresarial.

Distintas son, sin embargo, las posibilidades que, al menos desde un punto de vista teórico, ofrecen al ámbito sanitario los Colegios Profesionales. En este sentido, la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales establece como atribuciones de este tipo de corporaciones «cuantas funciones redunden en beneficio de la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados» (art. 5.a) y, más específicamente, «resolver por laudo, a instancia de las partes interesadas, las discrepancias que puedan surgir sobre el cumplimiento de las obligaciones dimanantes de los trabajos realizados por los colegiados en el ejercicio de la profesión» (art. 5.n) e «impulsar y desarrollar la mediación, así como desempeñar funciones de arbitraje, nacional e internacional, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente» (art. 5.ñ). Además, el artículo 10 de la Ley de Colegios Profesionales establece el deber de implantación de una «ventanilla única» en la que las organizaciones colegiales deberán ofrecer información, que deberá ser clara, inequívoca y gratuita, y que versará, entre otros extremos, sobre las «vías de reclamación y los recursos que podrán interponerse en caso de conflicto entre el consumidor o usuario y un colegiado o el colegio profesional» (art. 10.2.c).

En este marco normativo merece destacarse que tanto el Colegio Oficial de Médicos de Vizcaya como el Colegio Oficial de Médicos de Orense atribuyen a ambas corporaciones en sus estatutos funciones arbitrales para dirimir conflictos entre pacientes y facultativos. En este sentido, el Colegio de Médicos de Vizcaya creó en su seno, en 1997, un **Servicio de Arbitraje** ajeno al control de la Administración y sujeto al derecho privado. Por su parte, el Colegio de Médicos de Orense dispone de un **Servicio de Conciliación, Mediación y Arbitraje** como una actividad organizada y promovida por el Colegio que tiene por objeto la resolución de controversias entre profesionales de la medicina, entre estos y sus pacientes o con otros profesionales sanitarios, mediante la conciliación, mediación y el arbitraje. Se intenta, en primer lugar, la conciliación como paso previo obligatorio al arbitraje. De no lograr alcanzar el acuerdo, se recurre a la mediación. Y para el caso de que tampoco se logre el acuerdo a través de esta, se podrá recurrir al arbitraje.

Igualmente, merece destacarse la creación del Tribunal de Conciliación, Mediación y Arbitraje en materia de Responsabilidad Sanitaria en el marco de la Corte de Arbitraje del Colegio de Abogados de Madrid. La **Sección de Responsabilidad Civil Sanitaria** tiene por objeto conocer y tramitar las solicitudes de arbitraje formuladas tanto por el Colegio de Abogados de Madrid, en relación con la responsabilidad exigible a médicos, odontólogos, estomatólogos, veterinarios y farmacéuticos, como por los interesados en relación con las responsabilidades derivadas del incorrecto o defectuoso uso de productos o servicios.

Debe señalarse, sin embargo, que dichas iniciativas no han cristalizado debido al escasísimo número de conflictos sometidos a las instituciones colegiales, circunstancia que, en el caso de los Colegios de Médicos, acaso pueda deberse al eventual sentimiento de parcialidad que albergue el usuario.

### 3) Arbitraje administrativo

La tercera posibilidad a la que hacíamos referencia es el denominado **arbitraje administrativo**.

El reconocimiento del arbitraje administrativo se encuentra ampliamente positivizado en nuestro ordenamiento, razón por la que se ha llegado a añadir la actividad arbitral a la tradicional clasificación tripartita de las formas de acción administrativa. En efecto, el legislador ordinario ha reconocido un amplio elenco de sectores en los que se atribuye a la Administración pública la gestión del arbitraje para dirimir conflictos privados. Recordemos, por otra parte, ahora desde la perspectiva de las pretensiones del ciudadano de naturaleza jurídico-pública, que el artículo 112.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, permite que las leyes puedan sustituir el recurso de alzada (o el recurso de reposición, respetando su carácter potestativo para el interesado), en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la citada Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo.

Teniendo en cuenta la posibilidad de que la Administración pública resuelva mediante arbitraje conflictos de las partes, cabe plantearse si existe algún tipo de arbitraje administrativo vigente que pueda servir para dirimir conflictos de asistencia sanitaria. En este sentido, entendemos que el **arbitraje de consumo** constituye una vía que es susceptible, como mínimo, de resultar explorada.

Debemos partir del artículo 1.2 del Real decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, que define dicho sistema como

«el arbitraje institucional de resolución extrajudicial, de carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales en relación con los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor».

Se trata, por tanto, de un arbitraje en el que el sujeto activamente legitimado ha de ser un consumidor o usuario, correspondiendo la legitimación pasiva a un empresario o profesional.

Sentado dicho **ámbito subjetivo**, la extensión del arbitraje de consumo a las controversias sanitarias no ofrece en principio mayores dificultades, dado que indubitadamente el paciente es consumidor de productos y usuario de servicios sanitarios. En este sentido, no resulta complicado sostener tal posición desde la configuración negativa del concepto general de consumidor que luce

en el Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU), cuyo artículo 3 determina que, a los efectos de dicha norma,

«son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial».

Y el paciente, desde luego, lo es. Lo mismo cabe señalar del prestador de servicios sanitarios, que encaja dentro del concepto de empresario a los efectos de las relaciones jurídicas de consumo, dado que el artículo 4 TRLGDCU considera empresario a «toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión».

La aplicabilidad de la normativa de protección del consumidor y usuario a las relaciones sanitarias deriva incluso de dos datos normativos adicionales:

**a)** En primer lugar, el artículo 9 TRLGDCU exige que los poderes públicos protejan prioritariamente los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con «bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado». Pues bien, tales bienes y servicios se encuentran recogidos en el Real decreto 1507/2000, de 1 de septiembre –disposición que debe reputarse vigente pese a ser anterior al TRLGDCU–, cuyo anexo I cita expresamente a dichos efectos los «medicamentos y productos sanitarios», así como los «servicios sanitarios: médicos, hospitalarios, farmacéuticos y veterinarios».

**b)** En segundo lugar, la jurisprudencia, si bien de modo oscilante, ha entendido aplicable el antiguo artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio (hoy artículo 148 del TRLGDCU de 2007) a los servicios sanitarios. En efecto, el artículo 148 establece un régimen especial de responsabilidad objetiva para determinados daños, entre los que se encuentran incluidos de forma expresa los daños derivados de los servicios sanitarios.

Sin perjuicio de lo anterior, conviene realizar la importante precisión de que la doctrina del Tribunal Supremo viene proclamando que la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva a los daños derivados de los servicios sanitarios únicamente alcanza a los aspectos funcionales del servicio sanitario y no a los daños imputables directamente a los actos médicos (STS, Sala de lo Civil, de 23 de enero de 2009 –RJ 2009, 1271–, que ratifica una consolidada doctrina anterior establecida, entre otras, en SSTs de 5 de enero de 2007 –RJ 2007, 552–, de 22 de mayo de 2007 –RJ 2007, 4220–, de 4 de diciembre de 2007 –RJ 2008, 251– y de 20 de junio de 2008 –RJ 2008, 4260).

Sentado lo anterior, más dudas ofrece el **ámbito objetivo** de aplicación del sistema arbitral de consumo para extender dicho procedimiento a las controversias sanitarias. En este sentido, el artículo 2.2 del RD 231/2008 establece que

«no podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión, muerte o aquellos en que existan indicios racionales de delito, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivada de ellos».

Así las cosas, entendemos que esta prohibición admite dos posibilidades interpretativas.

La primera de ellas postularía no admitir en ningún caso la posibilidad de arbitrar a través de este sistema controversias de índole asistencial, toda vez que en las mismas siempre media lesión o muerte.

No obstante, a poco que analicemos detenidamente el supuesto, podemos comprobar que si empleamos un concepto restrictivo de lesión, se abre un interesante abanico de supuestos arbitrables. Tal sería el caso de la pretensión indemnizatoria derivada de la asistencia sanitaria que genera simplemente una cicatriz pero que resulta estéticamente reprobable. En este sentido, creemos que cabría sostener un criterio hermenéutico que abogara por entender «lesión» en términos exclusivamente médicos, como concepto diferenciado de daño, de modo que quedaran abiertas las puertas del arbitraje de consumo a las controversias en las que se exija responsabilidad por los daños morales derivados de la asistencia sanitaria. A nuestro juicio, tal interpretación resultaría posible, pues de lo contrario carecería de sentido la referencia normativa al término «muerte». En otras palabras, parece que tanto el TRLGDCU como el RD 231/2008 invocan determinadas causas generadoras de daños, pero no los daños por sí mismos considerados. Incluso, atendiendo a una interpretación histórica, cabría considerar que el inciso final del artículo 2.2 solo estuviera pensado para la responsabilidad civil derivada del delito, por lo que cabría el arbitraje en caso de lesiones no delictivas. Sea como fuere, como hemos tenido oportunidad de señalar en ocasiones anteriores, creemos que si bien es cierto que la operación de traslación del arbitraje de consumo a los conflictos sanitarios ofrece dificultades técnicas que no escondemos, no es menos cierto que existen espacios –escasos, pero suficientes– para articular soluciones jurídicas de *legeferenda* que permitan aplicar un instrumento de heterocomposición de naturaleza arbitral a los conflictos sanitarios.

Entre dichas soluciones podría encontrarse la eventual implantación de un arbitraje sanitario específico de carácter administrativo. Para ello, cabría acudir a la previsión contenida en el artículo 63 del RD 231/2008, que contempla la posibilidad de que el Sistema Arbitral de Consumo pueda actuar como soporte administrativo de otros arbitrajes. En este sentido, dicha disposición permite que las Juntas Arbitrales de Consumo puedan asumir, en los términos que se acuerde por las respectivas administraciones públicas competentes, la gestión y administración de arbitrajes sectoriales distintos al arbitraje de consumo, «siempre que su gestión y administración haya sido encomendada legal o re-

glamentariamente a una Administración pública». De acuerdo con el artículo 64 del texto reglamentario, en estos casos, la actividad de la Junta Arbitral de Consumo que preste el soporte administrativo, así como el procedimiento arbitral que se siga, «se ajustará a lo dispuesto por la normativa que resulte de aplicación al arbitraje sectorial».

Consecuentemente, la solución que aquí postulamos requiere su expresa regulación, que deberá tener un doble contenido:

- de una parte, la atribución de la gestión y administración del arbitraje sanitario a la Administración pública como presupuesto habilitante;
- de otra parte, el procedimiento arbitral a emplear, que podrá ser específico, genérico –basta una mera remisión a la Ley de arbitraje–, o, incluso, el mismo que el previsto para el arbitraje de consumo.

En todo caso, entendemos *prima facie* que el reconocimiento institucional del arbitraje sanitario exige la adopción de una norma de rango estatal. Efectivamente, si, tal y como ha declarado la jurisprudencia constitucional, el arbitraje es un «equivalente jurisdiccional», la regulación de un procedimiento arbitral para un determinado sector de actividad constituiría técnicamente legislación procesal cuya aprobación se encuentra expresamente reservada al Estado ex artículo 149.1.6 CE. La efectiva implantación de esta vía –arbitraje sanitario sectorial– depende, por tanto, del Estado. No obstante, debemos recordar la posibilidad antes apuntada de arbitrar conflictos sanitarios entendidos como conflictos de consumo en los supuestos en los que la interpretación restrictiva del concepto de lesión que proponemos lo permita.

## **2.2. El problema del carácter público del prestador de servicios sanitarios**

En todo caso, no debe dejar de abordarse un problema añadido que presenta un eventual arbitraje en materia de asistencia sanitaria. En principio, el carácter público del prestador de servicios sanitarios no representa problema alguno para la aplicabilidad del arbitraje de consumo, al poder resultar empresario a los efectos del TRLGDCU cuyo artículo 4, como señalábamos anteriormente, considera como empresario a

«toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión».

Ahora bien, si los planteamientos anteriores no ofrecen mayores inconvenientes cuando el prestador del servicio sanitario es privado, cuando este tiene naturaleza pública –como sucede en la mayor parte de los casos en nuestro

país dado el importantísimo peso de la sanidad pública–, debemos tener en cuenta que la sujeción al arbitraje se encuentra subordinada a determinadas exigencias formales.

En este sentido, los requisitos procedimentales previstos en la legislación estatal para someter una cuestión litigiosa a arbitraje son extraordinariamente rígidos y cautelosos. A dicha circunstancia no es ajena la potestad de la Administración de autotutela declarativa y ejecutiva de sus propios actos. Es por ello que los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos en el ámbito administrativo han tenido una mayor implantación en los países del *commonlaw*, en los que la Administración, como regla general, carece de privilegios posicionales actuando en sede judicial como un particular más, frente a los sistemas de régimen administrativo como el español que reconocen a la Administración pública un fuero propio con exorbitancias procesales: la jurisdicción contencioso-administrativa. En dichas circunstancias, no debe extrañarnos la escasez de supuestos de sujeción arbitral de la Administración y la extraordinaria cautela con la que se contempla tal posibilidad. En efecto, el artículo 7.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria (LGP) exige, para someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los derechos de la Hacienda Pública estatal, la aprobación de real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado en pleno, pronunciándose en idéntico sentido el artículo 31 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las administraciones públicas, respecto de los bienes y derechos del patrimonio del Estado. En términos parecidos se contempla también la cuestión en los ordenamientos autonómicos.

Sobre la interpretación del artículo 7.3 LGP existen, no obstante, autores que entienden que el precepto «no es de aplicación a cualesquiera supuestos de responsabilidad patrimonial, debiendo interpretarse circunscrito en su ámbito de aplicación a las relaciones tributarias entre la Administración y otros entes públicos o privados». Por el contrario, en nuestra opinión, el precepto no se limita a las relaciones de contenido tributario entre ciudadano y Administración, sino que se proyecta en general sobre el conjunto de derechos de la Hacienda Pública, que pueden ser tanto de derecho público como de derecho privado (art. 5.2 LGP).

No obstante, sí resulta discutible si los rigurosos requisitos exigidos para que la Administración se someta a arbitraje se predicen exclusivamente de esta o se extienden también a las sociedades mercantiles públicas y a las fundaciones públicas, a las que la Ley 15/1997, de 25 de abril, habilita para gestionar la asistencia sanitaria pública pese a que constituyan supuestos de personificación jurídico-privada. En este sentido, nos decantamos por excluir de tales requisitos a las sociedades y fundaciones en mano pública si partimos de la definición de «derechos de la Hacienda Pública estatal» que nos proporciona el propio artículo 5.1 LGP como «conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado y a sus organismos autónomos». Quedarían así fuera de tal concep-

to, que es al que se refiere el artículo 7.3 LGP, los derechos de las entidades integrantes del sector público empresarial y fundacional. Ello, lógicamente, abre la vía del arbitraje cuando la asistencia sanitaria sea gestionada a través de tal tipo de entes.

Ante la dificultad de sometimiento arbitral de la Administración, se ha apuntado como fórmula más sencilla para implantar un arbitraje en materia de conflictos derivados de la asistencia sanitaria pública la imposición a las compañías aseguradoras de la responsabilidad civil de la Administración, del compromiso de aceptación del arbitraje que inste el usuario perjudicado en los pliegos de condiciones del concurso público, olvidando, de este modo, a la Administración sanitaria como demandada para centrarse en la aseguradora de su responsabilidad. Sin embargo, dicha solución no está exenta de problemas. Por una parte, el contrato de seguro es un contrato privado de la Administración cuyos efectos y extinción se rigen por el derecho privado (artículo 20 del Texto refundido de la Ley de contratos del sector público aprobado por Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), razón por la que cabe dudar si tal imposición no supone contravención del artículo 1.256 del Código civil, que impide que la validez y el cumplimiento de los contratos pueda dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. De otra parte, debemos tener en cuenta el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en supuestos análogos; así, en su Informe 33/99, de 30 de junio de 1999, desechó la posibilidad de incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de gestión de servicios públicos cláusulas relativas de la adhesión del contratista a un sistema de arbitraje de consumo en sus relaciones con los usuarios, tanto como criterio de solvencia como criterio de adjudicación, entre otros motivos, por entenderlos contrarios a la normativa comunitaria al discriminar al licitador de otros Estados miembros.