

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA. ESPECIAL REFERENCIA AL REGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS

Isabel Maria Romero Lucas
Capitán Auditor

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. I. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: ORÍGENES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA. II. CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL. III. CARACTERES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL. IV. REGULACIÓN LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: ESPECIAL REFERENCIA A LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA. IV.I. PRESUPUESTOS SUSTANTIVOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA. V. ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SANITARIA. VI. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL ÁMBITO DE LA ASISTENCIA SANITARIA PRESTADA POR EL RÉGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS. VII. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

La Constitución, como Norma Fundamental consagra, en su artículo 9.3, entre otros, los principios de legalidad y el de responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Dichos principios con-

figuran la garantía de la posición jurídica de los particulares frente a la actuación de los poderes públicos.

Efectivamente, junto al principio de legalidad, en virtud del cuál, la actuación de la Administración por su trascendencia en la esfera jurídica de los administrados, debe ajustarse en todo momento a lo dispuesto en la ley, aparece estrechamente ligado el principio de responsabilidad de los poderes públicos y el de interdicción de la arbitrariedad, que determinan que el incumplimiento de los poderes públicos de la obligación de actuar conforme a la Constitución y las leyes, debe comportar necesariamente una reacción del ordenamiento jurídico, ya sea de tipo sancionatorio, con respecto a las personas responsables, ya sea de carácter indemnizatorio, en beneficio de los ciudadanos que hayan resultado perjudicados por tal actuación administrativa.

La responsabilidad patrimonial se basa, por tanto, en la formulación de un principio de resarcimiento que se concibe jurídicamente como una garantía de los patrimonios privados frente a las cualquier sacrificio o lesión inferida con ocasión o como consecuencia de la actuación de los poderes públicos.

Sin embargo, la formulación de un principio de resarcimiento por los daños ocasionados a los particulares como consecuencia de la actuación administrativa, no ha resultado tarea fácil, ni en nuestro ordenamiento jurídico, ni en el Derecho comparado, siendo fruto de una larga y tortuosa evolución legislativa, cuyo término sólo ha podido vislumbrarse bien entrado el siglo XX.

Por ello, sin ánimo de efectuar un exhaustivo análisis de dicho proceso evolutivo, comenzaremos destacando los momentos más significativos de su afirmación histórica, para comprender el sentido y alcance de esta Institución.

Posteriormente, analizaremos la configuración constitucional de la responsabilidad patrimonial de la Administración, los presupuestos de orden material o sustantivo de esta institución, a la luz de la doctrina y la jurisprudencia, con especial referencia a la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, y la cuestión ampliamente controvertida del fuero procesal competente para conocer de las reclamaciones en esta materia.

Por último nos referiremos a las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial planteadas con ocasión de la asistencia sanitaria prestada en el Régimen Especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.

I. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN: ORÍGENES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La afirmación de una responsabilidad patrimonial de los poderes públicos por los daños ocasionados por sus agentes, pugnaba frontalmente con la tradición, que a través de una combinación de la «potestas» imperial romana y de la concepción teocrática del poder del monarca, característica de la Edad Media, encontró su expresión clásica en el principio formulado por los juristas ingleses, pero común a todo Occidente, según el cual «the king can do no wrong» (el rey no puede cometer actos ilícitos)¹.

En consecuencia, la víctima únicamente podía exigir la responsabilidad del propio funcionario autor del daño, conforme a las normas generales, sin perjuicio de que el Estado pudiese compensar a la víctima de forma graciable, por lo que el clima general era el de absoluta irresponsabilidad administrativa.

La irresponsabilidad patrimonial del poder perduró en los primeros tiempos del Estado liberal. Posteriormente, sin embargo, se reconoció la responsabilidad del Estado frente a los particulares pero basada únicamente en la defensa de la propiedad privada, mediante el instituto de la expropiación.

Al igual que otros ordenamientos jurídicos, en el derecho español contrastaba la relativamente satisfactoria protección formal de las garantías expropiatorias, con la falta de garantías específicas frente a cualquier otras actuaciones de las Administraciones Públicas que produjesen daños a los particulares.

En nuestro ordenamiento, el reconocimiento de una responsabilidad directa de la Administración por los daños ocasionados a los administrados en todos los ámbitos de su actuación administrativa, es relativamente tardío. Hasta la década de los cincuenta del siglo XX, sólo existieron disposiciones legales específicas que imponían el deber del Estado de indemnizar los daños imputables a sus servicios. No obstante, el clima general era el de irresponsabilidad, y ello pese a que, como afirma García de Entoría, y Tomás-Ramón Fernández (Curso de Derecho Administrativo II), el juego combinado de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil de 1889, hubieran permitido atribuir responsabilidad al Estado por actos propios, cuando obraba a través de funcionario, y por hechos de tercero, cuando obraba por medio de «agente especial», sin embargo, prevaleció la opinión

¹ García de Entoría y Tomás-Ramón Fernández: «Curso de Derecho Administrativo II».

de que la responsabilidad del Estado se limitaba a este último supuesto, lo que derivaba de hecho en irresponsabilidad.

Ante esta situación, la doctrina reivindicaba el reconocimiento legal expreso del principio de responsabilidad de la Administración.

El proceso se iniciará con la Constitución republicana de 1931 en la que, por vez primera, se dio rango constitucional al instituto resarcitorio afirmando la responsabilidad subsidiaria del Estado o Corporación a quien sirviera «el funcionario público (que) en el ejercicio de su cargo infringe sus deberes con perjuicio de tercero»; si bien se trata de la formulación de un principio de responsabilidad de los entes públicos, en estado muy embrionario, dado que se configuraba con carácter subsidiario, esto es, en defecto de la exigencia de responsabilidad al funcionario causante del daño y era netamente subjetiva, ya que su exigencia se hacía depender del incumplimiento o infracción por el funcionario de los deberes propios del puesto².

El siguiente paso vino de la mano de la Ley de Régimen Local de 1950, cuyo artículo 46 contempló no sólo la responsabilidad «subsidiaria» (por culpa o negligencia grave imputables personalmente a sus autoridades, funcionarios o agentes), sino también la responsabilidad «directa» cuando los daños hubiesen sido producidos con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos o el ejercicio de la atribuciones de la Corporación Local, sin culpa o negligencia graves imputables personalmente a sus autoridades, funcionarios o agentes.

El Consejo de Estado destacó en esos años las dificultades legales existentes para fundamentar una responsabilidad directa de la Administración frente a los administrados, haciendo referencia al «deficiente tratamiento normativo en orden a la responsabilidad de la Administración» (Dictámenes nº 20813 de 21-02-1957 y 23898 de 18-12-1958), al cual vino a poner remedio la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 que estableció con carácter general y por vez primera, la responsabilidad objetiva y directa de la Administración Pública por el funcionamiento de los servicios públicos, disponiendo en su artículo 121: «Dará también lugar a indemnización toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos».

Sin embargo, dicho principio, pese a la extraordinaria amplitud de su formulación, tenía una limitación material al referirse únicamente a «los bienes y derechos a que esta Ley se refiere», de lo que podía deducirse la

² D. Alfredo Dagnino Guerra: «La responsabilidad patrimonial del Estado y de la Administración Pública: evolución legislativa y perspectivas constitucionales».

exclusión de la indemnización de los daños corporales y morales, al no tener el carácter de expropiables por la Administración.

Esta última limitación quedará corregida, primero por el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, cuyo artículo 133 declaró explícitamente que *«dará lugar a indemnización toda lesión que los particulares sufran en sus bienes y derechos, siempre que sean susceptibles de ser evaluados económicamente»*, y después por el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1956 que formulaba la cláusula general de cobertura patrimonial de los administrados, en los siguientes términos: *«Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa.»*

Sobre esta fórmula legal se constituye todo el sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración, trastocando el orden de imputación de la responsabilidad, convirtiendo en directa la de la Administración, y lo que es más importante, desvinculando la imputación de la responsabilidad de la concurrencia de culpa o negligencia en el actuar de los poderes públicos³.

Algunos años después, la Constitución de 1978 asumió este planteamiento elevándolo a rango constitucional en su artículo 106.2.

II. CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En nuestro sistema constitucional, la responsabilidad de la Administración tiene una triple dimensión, siendo a la vez, principio fundamental, derecho constitucional y valor constitucional⁴.

1.—En primer término es un principio fundamental que inspira la actuación de los poderes públicos y es una garantía subjetiva del administrado ante dichos poderes, al consagrarlo en el art. 9.3 en el Título Preli-

³ Garrido Falla: «La Administración Pública después de la Constitución», en Libro Homenaje a Villar Palasí. Madrid. 1989.

⁴ Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer: «Las bases constitucionales de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», Sevilla, 1999.

minar, junto con los principios de legalidad, jerarquía normativa, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad.

2.—Por otro lado, la garantía constitucional del principio de responsabilidad patrimonial administrativa, se refuerza al configurarse como «derecho constitucional», de los administrados, como hace, pese a su ubicación sistemática, el art. 106.2 de la Norma Fundamental, al señalar:

«Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran, en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

Este reconocimiento constitucional de un derecho de resarcimiento de daños a cargo del Estado se corresponde y complementa con la previsión contenida en el art. 33.3 de la CE que impone el deber de resarcimiento por la privación de bienes, derechos o intereses patrimoniales legítimos a consecuencia de su expropiación forzosa, si bien, la responsabilidad administrativa tiene un alcance más general y comprensivo que la indemnización expropiatoria. Efectivamente, el art. 106.2 consagra en términos amplios la responsabilidad de la Administración como sistema de protección de los particulares frente a cualquier actuación dañosa proveniente de los poderes públicos, en virtud del cual, se le confiere el derecho a reclamar frente a las insuficiencias y defectos de la gestión administrativa.

Tal configuración del principio de responsabilidad responde a la concepción constitucional de la Administración Pública al servicio de la ciudadanía, la cual, en virtud del art. 103.1 de la CE ha de servir «*con objetividad los intereses generales*», y se encuentra íntimamente ligado con el principio de legalidad de la actuación administrativa que le impone la obligación de actuar siempre con «*sometimiento pleno a la Ley y al Derecho*». En este sentido, hemos de afirmar que para sujetar al poder público al imperio de la ley, no bastan los controles judiciales de legalidad, ni tampoco los controles extrajudiciales de naturaleza política y social. Es preciso, además que la Administración indemnice y repare los daños que sus actividades causen a los particulares⁵, de modo que esa responsabilidad se encuentra también al servicio del principio de legalidad y de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

⁵ Leguina Villa: «El fundamento de la responsabilidad de la Administración»

3.—Por último, la garantía constitucional del principio de responsabilidad se configura como «un valor constitucional» que se relaciona directamente con las ideas de justicia, e igualdad (art. 1.1 de CE), como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 10-02-98 «la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado adquiere relevancia constitucional en los art. 9 y 106.2 de la Constitución como garantía fundamental de la seguridad jurídica, con entronque en el valor de la justicia, pilar del Estado de Derecho, Social y Democrático (art. 1 de la CE)».

De este modo, la responsabilidad administrativa encuentra su fundamento en las amplias funciones que la Administración cumple en el Estado Social, actuando a favor de la comunidad y que se conecta con la idea de que el daño causado por el funcionamiento de un servicio público debe correr a cargo de la colectividad en interés de la cual el servicio se ha establecido, de modo que la igualdad entre todos no se altere haciendo efectivo el principio de reparto equitativo de las cargas públicas.

La responsabilidad patrimonial se fundamenta, así, en el principio de solidaridad que resulta del Estado Social y de Derecho, y que tiende a lograr el aseguramiento colectivo frente a todo daño que pueda resultar de la actividad de la Administración.⁶

Desde esta perspectiva, la responsabilidad patrimonial de la Administración se configura también como un instrumento para asegurar un servicio público eficaz, y sobre todo, sirve para reaccionar frente a sus defectos y anomalías.⁷

III . CARACTERES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Partiendo de la configuración constitucional del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, la doctrina coincide al señalar los caracteres de la misma, definiéndola como una responsabilidad de carácter general, directo y objetivo.

1.—En primer lugar, la responsabilidad patrimonial de la Administración, es general, tanto desde un punto de vista subjetivo, esto es, su régimen jurídico es común a todas las Administraciones Públicas, como desde una perspectiva objetiva, puesto que se refiere tanto a las relaciones en las

⁶ José Guerrero Zaplana. «La responsabilidad patrimonial de la Administración. Especial referencia a la administración sanitaria». LA LEY, 2000

⁷ Alfredo Dagnino Guerra .ob. citada

que ésta actúa, en régimen de derecho público, como en las de derecho privado⁸.

2.—En segundo lugar, es una responsabilidad directa, y no meramente subsidiaria como ocurrió en tiempos pasados, de modo que no opera sólo cuando no exista otro responsable, lo que constituye una garantía del particular que protege también a la autoridad o funcionario, al desvincularlo de la necesidad de que se declare previamente la responsabilidad del funcionario que ha ocasionado el daño, (Memoria del Consejo de Estado del año 1998, pág. 89). Ello implica que la Administración es directamente responsable de los daños ocasionados a particulares como consecuencia del actuar de sus agentes o personal, ello sin perjuicio de la acción de regreso que pueda corresponderle⁹

3.—Y por último, es una responsabilidad de carácter objetivo¹⁰. El fundamento del carácter objetivo de la responsabilidad administrativa deriva, en opinión de la doctrina científica, de la consideración de que el instituto resarcitorio no tiene por fin reprochar la ineficacia del actuar administrativo, sino en la necesidad de proteger íntegramente la esfera jurídica de los administrados frente a la actuación de las Administraciones Públicas.

Así lo ha entendido también el Tribunal Supremo (sentencias 28-02-1995, 31-01-96, 8-02-99, entre otras), al declarar que la naturaleza objetiva de la responsabilidad administrativa deriva del art. 106.1 de la Constitución, en la medida de que dicho precepto, al no limitar el derecho de indemnización a los supuestos de daños causados por el funcionamiento anormal de los servicios públicos y extenderlo también a los ocasionados por su funcionamiento normal, somete a la Administración Pública a un régimen de responsabilidad patrimonial objetiva, en el que no es necesario que concurra culpa en el actuar administrativo para que nazca el derecho a la indemnización, al contrario de lo que sucede en el Derecho Civil, donde se requiere la concurrencia ya sea de dolo, ya sea de culpa o negligencia, para que surja la responsabilidad extracontractual (art. 1902 del Código Civil) (Dictamen del Consejo de Estado N° 5256/97, de 22-01-98). Por su parte la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su sentencia de 18-11-99 ha dado una definición del carácter objetivo de la res-

⁸ Ramón Vázquez del Rey Villanueva: «La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria». Boletín del Ilmo. Colegio de Abogados de Madrid. N° 24, enero 2003

⁹ Sentencias del T. Supremo 30-07-91, 15-03-95, 11-03-96, 14-07-96, 16-12-99, entre otras.

¹⁰ Sentencias Tribunal Supremo 24-01-97, 9-03-98, 11-05

pensabilidad patrimonial de la Administración señalando que: «*La nota esencial del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración es su carácter objetivo, vinculado exclusivamente al funcionamiento de los servicios públicos, incluso en condiciones de normalidad de tal suerte que la obligación de indemnizar el daño surge con total independencia de la valoración reprobable de la conducta que lo pudiera haber causado y su antijuridicidad o ilicitud*»; se produce por la mera existencia, en el particular lesionado, «*del deber Jurídico de soportarlo con arreglo a la Ley –art. 141.1 de la Ley 30/1992*».

Sin embargo, este carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial entraña el peligro, advertido en repetidas ocasiones por el Consejo de Estado¹¹ de que la responsabilidad administrativa en un sector como el sanitario en el que por su propia naturaleza, rara vez se producen daños, pueda constituirse en una especie de aseguramiento universal, que desnaturalizaría la figura de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

IV. REGULACIÓN LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: ESPECIAL REFERENCIA A LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA

El derecho al resarcimiento por los daños causados por la Administración Pública en el ámbito de su actuación administrativa, es un derecho de «configuración legal» (Sentencia del Tribunal Supremo de 5-02-1996), ya que la Constitución encomienda al legislador la definición del marco jurídico de la responsabilidad administrativa en cuanto sistema legal de las Administraciones Públicas.

En ejecución de dicho mandato se promulgó la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo Común, cuyo Título X se dedica a la regulación de esta materia, en concreto su Capítulo I sobre la «Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública» (arts. 139 a 144), habiendo sido objeto de importante reforma por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que afectó al título X de aquella, y que consagra la unificación del régimen sustantivo y procesal de la responsabilidad patrimonial de la Administra-

¹¹ Dictámenes del Consejo de estado núm. 1998/99, de 22-07-99, núm. 2894/99 de 14-10-99, núm. 3754/00 de 01-02-01, entre otros muchos.

ción y la efectividad del sistema de exigencia de responsabilidad a las autoridades y funcionarios.

Dicha regulación básica, fue completada por el Reglamento de Procedimientos administrativos en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que regula los procedimientos para la efectiva exigencia de dicha responsabilidad.

A continuación pasaremos a analizar, dentro de este marco legal, los requisitos o presupuestos materiales o sustantivos que, a la luz de la jurisprudencia y de las aportaciones efectuadas por la doctrina científica y la doctrina legal del Consejo de Estado, son necesarios para la exigencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

IV.I. PRESUPUESTOS SUSTANTIVOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA:

Para la determinación de los presupuestos sustantivos necesarios para la exigencia de responsabilidad frente a la Administración sanitaria, es preciso partir de lo dispuesto en la Ley 30/1992, y, en concreto, en su art. 139.1 que dispone:

«1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas».

Del precepto transcrito, la jurisprudencia¹² ha inferido que los presupuestos para que concurra la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, son, resumidamente, los siguientes

- a) Que se haya producido un daño o perjuicio antijurídico, real, efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

¹² Sentencias T. Supremo de 10-02-98, 15-10-99 y 20-07-99, entre muchas.

- b) Que el daño o lesión patrimonial ha de ser consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.
- c) Que exista una relación de causalidad entre la lesión y el agente que la produce.
- d) Que no concurra fuerza mayor.

El principio fundamental que se extrae de la enumeración de dichos requisitos es la total desvinculación de dicha responsabilidad con la existencia de dolo o culpa, lo que hace de la responsabilidad de la administración un sistema de responsabilidad objetiva, en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararlo con que se haya producido un daño efectivo y evaluable económicamente e individualizado.

A) DAÑO ANTIJURÍDICO, REAL, EFECTIVO, EVALUABLE, ECONÓMICAMENTE E INDIVIDUALIZADO:

a) *Daño antijurídico:*

La conclusión fundamental de la nota de objetividad, es que el daño producido por el funcionamiento del servicio público debe ser antijurídico, y lo será en los casos en los que el riesgo inherente a la utilización de dichos servicios públicos haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social.

Debe tratarse, por tanto, de un daño o lesión que el perjudicado «*no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley*» (art. 141.1 de la Ley 30/92).

En otros términos, el daño sufrido se considera «antijurídico», cuando no exista un título jurídico en virtud del cual, el perjudicado esté obligado a tener que soportar las consecuencias lesivas derivadas de la actuación administrativa¹³.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 10-10-1997 dice que:

«El punto clave para la exigencia de responsabilidad no está en la condición normal o anormal del actuar administrativo, sino en la

¹³ García de Enterría y J. Ramón Fernández: Curso de Derecho Administrativo II, pág. 366 y 367)

lesión antijurídica sufrida por el afectado y que éste no tiene el deber jurídico de soportar, por lo que la antijuridicidad desaparece cuando concurre una causa justificativa que legitime el perjuicio, un título que imponga al administrado la obligación de soportar la carga»

La falta del elemento de la antijuridicidad hace que se considere que no existe responsabilidad patrimonial en aquellos supuestos en los que se sufren daños que son inherentes a operaciones quirúrgicas de alto riesgo, en las que nunca está asegurado un resultado positivo, o en supuestos de vacunaciones obligatorias.

El criterio básico utilizado por la jurisprudencia contencioso administrativa para determinar la existencia o no de responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, es el de la «lex artis ad hoc», y ello ante la inexistencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuándo el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto¹⁴.

La existencia de este criterio se funda en el principio básico sustentado por la Jurisprudencia de que la obligación del profesional de la medicina, es de medios, no de resultados, en el sentido de que debe prestar, dentro de su libertad terapéutica, al paciente, el cuidado correspondiente a su enfermedad, y ello por la propia naturaleza de la medicina que, lejos de ser una ciencia exacta, está sometida a eventualidades y contingencias que no permiten asegurar el éxito del acto médico practicado (Dictamen del Consejo de Estado núm. 2108/95, de 5 de octubre de 1995 y núm. 3754/00, de 1 de febrero de 2001).

Esta obligación de medios o de actividad del profesional sanitario se descompone en tres obligaciones:

- 1) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del profesional en el lugar y en el momento en que se produce la asistencia.
- 2) Informar al paciente del diagnóstico, pronóstico, medios de curación y riesgos previsibles.
- 3) Continuar el tratamiento hasta que sea posible dar el alta, informando de los posibles riesgos del abandono voluntario del tratamiento.

¹⁴ Sentencias del Tribunal Supremo de 10-11-94, 11 y 25-02-95, 13-12-97, 10-02-98 y 11-05-99, entre otras.

Por tanto, presupuesto de la responsabilidad es que se produzca por el médico, o profesional sanitario, infracción de las normas de precaución y cautela requeridas por las circunstancias del caso en concreto, entendiendo como tales las reglas a las que debe acomodar su conducta profesional para evitar daños a determinados bienes jurídicos del paciente: la vida, la salud y la integridad física. En cada caso, para valorar si se ha producido infracción de esas normas de la *lex artis*, habrá de valorarse las circunstancias concretas atendiendo a la previsibilidad del resultado, valorando criterios como, la preparación y especialización del médico, su obligación de adaptarse a los avances científicos y técnicos de su profesión, las condiciones de tiempo y lugar en que se presta la asistencia médica (hospital, servicio de urgencias, medicina rural, etc.). En general, pues, la infracción de estas reglas de la «*lex artis*» se determinará en atención a lo que habría sido la conducta y actuación del profesional sanitario medio en semejantes condiciones a aquellas en las que debió desenvolverse aquel al que se refiere la reclamación¹⁵.

Por lo tanto, el criterio de la «*lex artis*» es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida (*lex artis*).

Este criterio es fundamental a fin de evitar la excesiva objetivización de la responsabilidad, exigiendo no sólo que se haya producido una lesión efectiva sino que se demuestre la infracción del criterio de normalidad representado por la «*lex artis*».

El Tribunal Supremo en sentencia de 9 de marzo de 1998 utiliza el criterio de la «*lex artis*» y entiende que surge la responsabilidad «cuando no se realizan las funciones que las técnicas de la salud aconsejan y emplean como usuales, en aplicación de la deontología médica y del sentido común humanitario»; reproduce en este sentido el criterio de otras muchas sentencias como las de fecha 11 de febrero de 1991 o 27 de noviembre de 1993.

Si bien, hemos de significar que el criterio de la «*lex artis*», no sólo sirve para justificar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, sino que es utilizado por la jurisprudencia también en muchas ocasiones en sentido contrario, es decir, para justificar que no existe responsabilidad patrimonial, pues, aún habiéndose producido un resultado dañoso no se ha llegado a acreditar que fuera consecuencia de la

¹⁵ José Guerrero Zaplana: «La responsabilidad patrimonial de la Administración. Especial referencia a la Administración sanitaria». La Ley 2000-7

asistencia sanitaria recibida. En este sentido podemos citar la sentencia dictada por Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 21-11-02, que en relación con una reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Ministerio de Defensa (ISFAS), por el fallecimiento de una beneficiaria, supuestamente como consecuencia de la deficiente asistencia sanitaria que le fue prestada en un Consultorio del ISFAS, desestima el recurso interpuesto «al no resultar acreditada la infracción de la «lex artis ad hoc»

La consecuencia de lo expuesto, es que la responsabilidad patrimonial de la Administración sólo surge cuando hay una determinada relación de causalidad entre la actividad y el resultado dañoso y se haya producido por parte de la Administración o del personal sanitario a su servicio, una infracción de la «lex artis» que exigía que, en el caso concreto, se hubiera actuado de un modo diferente a como se hizo. Así pues a la Administración sanitaria no se le puede exigir un resultado positivo en todos los supuestos de actuación dado el carácter contingente de la actividad sanitaria, sino que despliegue los medios a su alcance para que la asistencia que se preste a los usuarios del Sistema Nacional de Salud sea la más adecuada a las circunstancias del caso y siempre dentro de los márgenes marcados por la «lex artis». Así el criterio de la «lex artis» funciona como límite del ejercicio de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria y sirve para poner freno a los excesos que resultarían de una aplicación rigurosa del carácter objetivo de dicha responsabilidad.

Uno de los elementos del concepto de «lex artis» es el consentimiento informado¹⁶, habiendo sido calificado por la Doctrina como un pilar básico esencial en el que ha de desenvolverse la actividad médica, «en virtud del cuál, el sujeto capaz recibe del sanitario información bastante en términos comprensibles que le capacita para participar voluntaria, consciente y activamente en la adopción de las decisiones respecto al diagnóstico y tratamiento de su enfermedad¹⁷.

La regulación del consentimiento informado parte del artículo 10.5 de la Ley 14/1986, de 23 de abril, General de Sanidad, que contempla entre los derechos del paciente el que «*Se le dé, en términos comprensibles, a él y a sus familiares, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre sus proceso, incluyendo diagnóstico y alternativas de tratamien-*

¹⁶ Sentencias Tribunal Supremo de 25-04-94 y 24-05-95.

¹⁷ Martínez-Pereda Rodríguez, J.M. citado por Requero Ibáñez, J.L., en «El consentimiento informado y la responsabilidad de las Administraciones Públicas» Actualidad administrativa, nº 31.

to».El apartado 6 del mismo precepto recoge el derecho a la libre elección entre las diversas opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el consentimiento por escrito del usuario para la realización de cualquier intervención. Este precepto debe ponerse en relación con el art. 11.4 de la misma Ley, según el cual cuando el paciente no esté de acuerdo con el tratamiento previsto puede solicitar el alta voluntaria, debiendo firmar la solicitud de alta, y, en caso de que se negara, la firmará la Dirección del centro a propuesta del médico.

Este derecho de información del paciente establecido en la Ley 14/1986, ha sido desarrollado y reforzado por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que en su artículo 8 establece que «toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el art.4, haya valorado las opciones propias del caso». Y exige el consentimiento por escrito en los siguientes casos : «intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos, y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente».

Este derecho se relaciona con el correspondiente deber del médico de facilitar esa información, deber que se regula en el art. 11 del Código de Deontología Médica, y que incluye el diagnóstico, pronóstico y posibilidades terapéuticas, los medios con los que cuenta para el tratamiento y si son suficientes y adecuados, así como los riesgos o posibles efectos secundarios.

Sin embargo, el artículo 9 de la Ley 41/2002, de modo similar a lo que establece el art. 10.6 de la Ley 14/1986, establece excepciones a la obligación de recabar el consentimiento informado, a saber: cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización , consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él, así como cuando existe riesgo para la salud pública a causas de razones sanitarias establecidas por la Ley.

Llegados a este punto, debe aclararse que el hecho de haberse suministrado al paciente toda la información requerida para la intervención o el tratamiento que precise, no implica que pueda hacerse al paciente responsable de una hipotética y futura mala práctica médica.

En este sentido, habrá de distinguirse los riesgos inherentes a toda actividad médica, que deberán ser asumidos por el paciente que haya sido

debidamente informado, y aquellos que deriven de una incorrecta actuación médica, y que no pueden imputarse al paciente, ya que cuando se consiente, se presta el consentimiento para una práctica médica adecuada, pero no para que se desarrolle una defectuosa práctica médica o una actuación que no se acomode a los criterios de la «lex artis», como criterio de normalidad de la actuación médica¹⁸.

Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que, con la excepción de algunos autores¹⁹ que sostienen que la omisión o cumplimiento defectuoso del régimen del consentimiento informado ha de ser indemnizado, con independencia de que se haya producido o no un resultado físico dañoso, la mayoría de la doctrina entiende que la quiebra de las reglas reguladoras del consentimiento informado debe traducirse en un derecho a indemnización únicamente si se ha constatado la existencia de un daño real y efectivo²⁰. Es decir, lo que genera la responsabilidad patrimonial de la Administración es la defectuosa o incorrecta práctica médica con el resultado correspondiente sobre la vida, la salud o la integridad física del paciente.

La jurisprudencia utiliza el argumento del consentimiento informado, entre otros varios, para justificar o denegar la existencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración: así la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 5 de octubre de 1999, que en un supuesto de contagio de hepatitis por utilización de un hemoderivado contaminado habla de que el uso de productos farmacéuticos debe estar rodeado de garantías, y entre ellas cita «el consentimiento informado» o la sentencia de la misma Sala de fecha 19 de abril de 1999, que después de reconocer la infracción de criterio de la *lex artis* en la actuación de un neurocirujano que no advirtió la falta de resultado de una primera intervención quirúrgica, lo que provocó la necesidad de reintervenir al paciente, fundamenta la responsabilidad, también, en el hecho de no haber advertido al paciente de las posibles consecuencias de la primera intervención.

Si bien, este criterio no ha sido aceptado unánimemente por la Doctrina que advierte del riesgo que entrañaría la consolidación del mismo que supondría modificar sustancialmente las bases sobre las que, hasta ahora se sustenta la responsabilidad patrimonial de la Administración, de modo que el derecho a ser indemnizado pudiera depender del hecho de que se

¹⁸ J. Guerrero Zaplana: «La responsabilidad patrimonial de la Administración. Especial referencia a la Administración sanitaria». LA LEY, 2000-7.

¹⁹ Requero Ibáñez, J.L.: «El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones». Artículo publicado en la actualidad administrativa, nº 31.

²⁰ Sentencial T. Sup. de 4-04-00, 3-10-00, 27-04-01, 27-12-01 y Dictámenes del Consejo de estado, Núm. 3756/00, de 11-01-01, 3755/00, de 18-01-00 y 3754/00, de 1-02-01.

hubiera informado o no debidamente al paciente de los riesgos de la intervención o tratamiento.

Por su parte el Tribunal Supremo niega virtualidad por si mismo a la falta de consentimiento informado para fundamentar una reclamación de responsabilidad patrimonial, exigiendo, en todo caso, la existencia acreditada de una lesión objetiva que sea consecuencia de una intervención quirúrgica. Es decir, debe acreditarse la existencia del daño producido y de la relación de causalidad, no pudiendo recaer sobre la falta de consentimiento el hipotético daño producido. (Sentencias de 26-03-02, 26-02-04, 9-03-05)

b) Daño real, efectivo y evaluable económicamente:

Además de antijurídico, para que el daño ocasionado por la actuación administrativa sea indemnizable es preciso que, además, sea real y efectivo, por lo que deben excluirse los daños eventuales o simplemente posibles (Sentencia Tribunal Supremo de 19-10-90).

Los daños resarcibles pueden ser, por su naturaleza, materiales, personales y morales.

Por lo que se refiere a los daños morales, han sido reconocidos repetidamente tanto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo²¹, como por la doctrina legal del Consejo de Estado, de conformidad con el principio de indemnidad o reparación integral, siempre que haya sido suficientemente acreditado que han provocado un trastorno psicofísico. Si bien, al no poder ser estrictamente evaluables económicamente, la indemnización por ellos no es una reparación sino una sustitución aproximada.

En estos casos, la cantidad indemnizada se debe fijar discrecionalmente procurando ofrecer una justa compensación, para lo cual se han de valorar particularizadamente todas las circunstancias concurrentes²².

La extensión de la obligación de indemnizar responde según se desprende de los artículos 106.2 de la CE y 139.1 de la Ley 30/92, al principio de «reparación integral», abarcando todos los daños alegados y probados por el perjudicado, en su doble vertiente, tanto de daño emergente como de lucro cesante, siempre y cuando sean evaluables económicamente, sirviendo a tal efecto cualquier medio admisible en Derecho.

²¹ Sentencias del Tribunal Supremo de 4-10-97, 20-02-99, 3-03-99, 29-03-93, 3-10-00, entre otros.

²² Sentencias del Tribunal Supremo de 20-01-98, 27-01-98 y 25-05-99.

c) Daño individualizado:

La lesión sufrida debe haber sido causada a una persona en concreto o a un grupo de personas determinadas caracterizada por alguna relación o circunstancia predicable sólo respecto de un grupo. Este requisito, como señala Guerrero Zaplana²³, se relaciona con el referido a la antijuridicidad del daño, toda vez que si el daño es general o universal no puede entenderse que sea antijurídico, pues estaríamos ante una carga común que debe soportar la colectividad.

B) TITULOS DE IMPUTACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN:

Para que pueda atribuirse a una Administración Pública la obligación de reparar el daño causado debe existir una acción u omisión administrativa que sirva de «título de imputación».

La primera y principal causa de imputación de un daño a la Administración es la titularidad administrativa de la actividad o servicio causante del daño.

Cuando el causante del daño es una persona concreta, el problema se reduce a constatar la integración del agente en la organización prestadora del servicio. A tales efectos es irrelevante que el agente sea funcionario, ya que se considera suficiente que la persona en cuestión lleve a cabo un ejercicio real de funciones públicas.

Como ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina científica más autorizada, sólo cuando el agente aparece obrando como tal dentro de la propia estructura orgánica administrativa y causa una lesión a un particular, podrá imputarse a aquella, el resultado dañoso. Por tanto, el funcionamiento del servicio público sanitario, tiene lugar cuando actúan personal médico y auxiliares sanitarios, cualesquiera que sea la relación jurídica que los une a la administración sanitaria, entendiéndose por ésta, las entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos. Todo ello sin perjuicio de la acción de regreso que corresponde a la Administración frente a los responsables cuando hubieran actuado con dolo, culpa o negligencia graves²⁴. Si bien, como advierte De Ahumada, el criterio orgánico de imputación no

²³ «La responsabilidad patrimonial de la Administración». Especial referencia a la Administración sanitaria, 2000-7.

²⁴ Ramón López del Rey Villanueva: «La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria». Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.

incluye a contratistas a concesionarios, ni en general a los profesionales liberales que ejercen privadamente funciones públicas.

Otro título de imputación es la creación del riesgo por la Administración, cuando por ello se haya generado un resultado dañoso.

Este título de imputación tiene virtualidad cuando el daño es causado, tanto por pacientes que se encuentra custodiados por la Administración, muy frecuente en el caso de enfermos mentales internados en hospitales psiquiátricos²⁵, como de los daños ocasionados por las instalaciones de las sedes o edificios en que se prestan los servicios públicos al corresponder a la Administración las facultades de vigilancia e inspección de las mismas²⁶. En este apartado podemos citar la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 2-11-02, que reconoció la responsabilidad patrimonial del Ministerio de Defensa (ISFAS) con ocasión de una lesión sufrida por una mujer en un Centro de Salud del ISFAS por la caída de un aparato de extinción de incendios que se soltó de la pared mientras esperaba sentada su turno para la consulta, considerando que el hecho era imputable a la Administración en cuyo establecimiento ocurrió el daño.

No obstante, el Consejo de Estado advierte que «sería erróneo desprender del deber de diligencia y cuidado impuestos a la Administración, la responsabilidad por todo lo que ocurra dentro de los centros sanitarios, debiendo ponderarse, en todo caso, las circunstancias concurrentes»²⁷. En este sentido podemos citar, en relación con el ISFAS, el Dictamen del Consejo de Estado num.2301/2000, de 27 de julio de 2000, en relación con una reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por una auxiliar sanitaria del CEISFAS en la que reclamaba una indemnización por los daños sufridos en un reloj de su propiedad con ocasión de una agresión física de la que fue objeto por parte de una de las usuarias del Centro. En dicho Dictamen el Órgano Consultivo, ratificando el criterio de la Asesoría Jurídica del ISFAS, declaró la falta de título de imputación del daño a la Administración, considerando que dada la profesionalidad y experiencia de la denunciante ésta pudo y debió haber previsto y evitado el resultado lesivo.

Tradicionalmente se ha incluido el caso fortuito como un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración cuyo título de imputación es la de haber creado un riesgo (Sentencias del Tribunal Supremo de

²⁵ Sentencias del T. Sup. 17-10-00, 15-12-00, 21-06-01, 7-10-03.

²⁶ Sentencias del T. Sup. 24-06-95 y 12-02-96.

²⁷ Dictamen nº 2699/95, de 1-02-96.

3 de noviembre de 1988 y 3 de octubre de 1994, y Dictamen del Consejo de Estado núm. 262/02, de 24 de febrero de 2002).

Según tiene declarado el Tribunal Supremo hay caso fortuito cuando hay indeterminación en la falta del servicio causante del hecho dañoso, e interioridad en la relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, o cuando es imputable al «conjunto de posibles deficiencias asistenciales» y ello por que está directamente conectado con el funcionamiento mismo del servicio (Sentencias del tribunal supremo de 11 de diciembre de 1974, 16 de diciembre de 1987, 31 de mayo de 1999, 17 de mayo de 2002). En cualquier caso, será responsable la administración sanitaria siempre que racionalmente pueda afirmarse que el origen del daño surge, en contraposición a la fuerza mayor, por caso fortuito, bastando con que haya apariencia de tal, o, en palabras de DE AHUMADA²⁸, que haya «certidumbre racional».

C) EXISTENCIA DE RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE LA LESIÓN Y LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PUBLICO SANITARIO:

En íntima conexión con el requisito anterior la doctrina y la jurisprudencia exigen, para que surja el deber de resarcimiento de la Administración, que entre el daño producido y el funcionamiento normal o anormal de un servicio público exista una relación de causalidad.

En este sentido ha declarado el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de junio de 1998, que *«no es acorde con el principio de responsabilidad patrimonial objetiva, su generalización más allá del principio de causalidad, aún de forma mediata, indirecta o concurrente»*.

En este mismo sentido el Consejo de Estado ha advertido que *«el hecho de que la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria sea objetiva no implica que deba responderse de todos los daños derivadas de la actuación prestada en centro sanitarios públicos, sino aquellos en los que concurren todos y cada uno de los requisitos establecidos en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común»* (Dictamen núm. 2676/01, de 14 de septiembre de 2001). En términos parecidos, los Dictámenes núms.. 16/01, de 8 de febrero de 2001; 2032/01, de 26 de julio de 2001; 961/01, de 12 de julio de 2001;

²⁸ De Ahumada Ramos, F.J. «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», Edit. Aranzadi.

3685/99, de 9 de marzo de 2000; 1619/00, de 22 de junio de 2000, entre otros).

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de noviembre de 1998, después de hacer referencia a que, por lo general, cualquier acaecimiento lesivo nunca es el efecto de una sola causa sino que suele aparecer como el resultado de un complejo de hechos y condiciones, dice que *«se reduce el problema a fijar entonces qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final, y la doctrina administrativa, tratando de definir qué será relación causal a los efectos de apreciar la existencia, o no, de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se inclina por la tesis de la causalidad adecuada que consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo, de tal forma que sólo en el primer caso, si el resultado se corresponde con la actuación que la originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar»*.

En virtud de esta teoría de la causalidad adecuada, no todos los acontecimientos que preceden al acto médico tienen la misma relevancia. El daño debe tener su causa directa, inmediata y exclusiva en el acto reprochable (Sentencias del T. Supremo de 13-10-98, 28-11-98, 9-03-99 y 11-05-99, entre otras).

Si bien esta nota de exclusividad ha sido suavizada tanto, por el Consejo de Estado como por algún sector doctrinal que advierte de los riesgos de concepciones restrictivas que asocien el nexo de causalidad sólo con el factor que reúne la condición eficiente, preponderante, socialmente adecuada o exclusiva para producir el resultado dañoso, que irían en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Por ello el nexo causal puede romperse en los siguientes supuestos, a saber: a) en el caso de fuerza mayor, b) por el comportamiento de la víctima y c) por intervención de tercero, ya sea Administración Pública o particulares.

El carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de supuestos de fuerza mayor o de circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencias de la víctima suficientes para romper el nexo causal corresponde a la Administración.

a) Fuerza mayor:

El artículo 139.1 de la Ley 30/1992, en correlación con el artículo 106.2 de la Constitución, excluye la responsabilidad patrimonial cuando el daño se derive de fuerza mayor.

La fuerza mayor se caracteriza por las notas de inevitabilidad y ajeneidad del servicio. En palabras del Tribunal Supremo, constituyen supuestos de fuerza mayor, *«aquellos hechos que, aún siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado»*²⁹

En este punto, hemos de hacer referencia a lo que la mayoría de la doctrina ha denominado «riesgos de progreso», es decir, aquellos daños ocasionados por actuaciones o utilización y suministro de cosas o sustancias cuya peligrosidad se desconocía en el momento de su aplicación.

El Tribunal Supremo, en la importante Sentencia de 22 de diciembre de 1997, dictada para unificación de la doctrina –lo que indica la preexistencia de criterios divergentes-, ya indicó que el desconocimiento de la caracterización del virus de la hepatitis C y de los medios que evitaran su propagación constituye un supuesto de fuerza mayor y no de caso fortuito, no sólo porque no estaba al alcance de la Administración sanitaria evitar su contagio (inevitabilidad), sino porque desconocía en qué casos se produciría (imprevisibilidad), y además, y sobre todo, porque la limitación de la ciencia en un momento dado no puede ser considerada como una circunstancia o hecho que se encuentre dentro del círculo de acción del servicio sanitario sino que le viene impuesto forzosamente, ya que no está en su mano suplir el carácter lento y paulatino del progreso científico.

Actualmente, los riesgos del progreso se recogen en el artículo 141 de la Ley 30/1992, en la redacción dada al mismo por la Ley 4/1999, cuando se establece que:

«No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes establecen para estos casos».

- b) El comportamiento del paciente puede romper el nexo causal. Así lo ha determinado la jurisprudencia del T. Supremo³⁰ y la doctrina legal del Consejo de Estado³¹.

²⁹ Sentencias de 25-10-96, 19-04-97, 31-05-99, 20-07-00, entre otras.

³⁰ Sentencias de 24-05-88, 23-01-89, 9-04-89, 21-12-90, 10-12-92.

³¹ Dictámenes nº 1257 (94 de 14-07-94 y 2614/99, de 7 de octubre

Los supuestos a que nos referimos deben distinguirse de aquellos otros en los que el daño es el resultado de la evolución natural de la enfermedad sufrida por el usuario de los servicios sanitarios y en los que la naturaleza y gravedad de la enfermedad sufrida conlleva en sí el fatal desenlace. En este supuesto hay que partir de que el paciente tienen la obligación de cumplir, el tratamiento médico y seguir las indicaciones del facultativo, como resulta del art. 11 de la Ley General de Sanidad. De modo que cómo sostiene José Guerrero Zaplana³², la conducta del paciente de negarse a cumplir el tratamiento prescrito debe afectar a la relación de causalidad en el caso de que se sufran daños.

En el caso de que la concurrencia de culpas no llegue al extremo de romper la relación de causalidad, el Alto Tribunal sostiene que deberá aplicarse el principio de proporcionalidad entre la conducta de la víctima y el resultado lesivo, moderando la obligación de indemnizar de la Administración³³, criterio igualmente seguido por el Consejo de Estado³⁴.

- c) El nexo causal también puede romperse por la intervención de terceros, ya sean Administraciones Públicas, ya sean particulares.

En el primer supuesto de responsabilidad concurrente de Administraciones, se aplica el principio de solidaridad que resulta del art. 140 de la Ley 30/92.

En el segundo supuesto, en opinión del Consejo de Estado, lo procedente es la distribución de la responsabilidad y aminorar la cantidad indemnizatoria exigida a la Administración a título de responsabilidad patrimonial (Dictamen del Consejo de estado nº 1857/00, de 13-07-00).

En la realidad, en los procedimientos judiciales, el problema de la relación de causalidad se traduce en un problema de prueba.

En este apartado hemos de significar que corresponde al reclamante la prueba, no sólo de la utilización del servicio causante del daño y de la realidad de este último, sino también del título de imputación y de la relación de causalidad³⁵, pudiendo emplear para ello todos los medios admisibles en Derecho.

Por contra, la prueba de la existencia de fuerza mayor u otra exonerante de la responsabilidad de la Administración corresponde a ésta³⁶.

³² «La responsabilidad patrimonial de la Administración...»

³³ Sentencias de 27-11-93, 19-11-94, 25-02-95 y 11-07-95.

³⁴ Dictámenes nº 3156/99, de 25-11-99, nº 223/01 de 8-03-01, nº 652/01, de 26-04-01.

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 16-10-97, entre otras.

³⁶ Dictamen del Consejo de Estado nº 2894/99, de 14-10-99.

Por lo que se refiere al título de imputación, ha de señalarse, en primer término que «no es necesario para imputar a la Administración el resultado dañoso la concurrencia de una actuación negligente perfectamente delimitada en personas concretas basta que una evaluación global de las circunstancias del caso permitan concluir razonablemente que los daños sufridos resultan imputables a la Administración» (Dictamen del Consejo de Estado núm. 825/97, de 5 de junio de 1997). La doctrina legal del Alto Cuerpo Consultivo ha llegado, en esta línea, incluso a establecer una presunción a favor del contagio en hospitales y centros sanitarios, eso sí, contra la que cabe, obviamente, la prueba en contra (Dictamen núm. 4428/96, de 20 de febrero de 1997).

También ha de destacarse que en aquellos supuestos en que no sea fácil determinar qué concreto facultativo, o en general, profesional sanitario de los que hubieren intervenido en la asistencia al enfermo, es el causante del daño, los Tribunales han acudido a la idea del «conjunto de posibles deficiencias asistenciales», lo que exime al paciente de la prueba de en cuál de los momentos de la atención médica se produjo la deficiencia, y por tanto, de la prueba de la identidad del facultativo que hubiere podido incurrir en ella (dictamen del Consejo de Estado núm. 825/97, de 5 de junio de 1997).

Como se ha indicado, también la prueba de la relación de causalidad corre a cargo del paciente perjudicado (Dictamen del Consejo de estado núm. 3030/99, de 28 de octubre de 1999). Como advierte Ramón Vázquez de Rey Villanueva³⁷. Esta desviación a favor del paciente, para conocer el acto productor del daño es muy importante, dado que en un ámbito como el presente, reservado a profesionales cualificados cuya ciencia es prácticamente imposible de conocer por quien no sea médico, establecer el nexo causal es muy difícil para el paciente toda vez que permanece en estado inconsciente durante la intervención o no es experto en la ciencia médica.

El problema surge cuando se trata de demostrar la causa del daño y ningún familiar o allegado estuvo en la intervención, y como determinar si la lesión es imputable a la conducta del médico.

Ante este cúmulo de problemas, se hace preciso advertir que el nexo causal es un juicio de valor reservado al Juez que habrá que respetar en tanto no se demuestre que el Juez al establecer dicho nexo ha seguido un camino erróneo no razonable o contrario a las reglas de la sana lógica o buen criterio (Sentencia del Tribunal Supremo de 26-05-82, entre otras).

³⁷ «La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria». Boletín Colegio de Abogados.

V. ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS SANITARIAS.

Una de las cuestiones más controvertidas a propósito de la institución de la responsabilidad patrimonial, ha sido durante muchos años, la referida al orden jurisdiccional competente para hacer efectivo el derecho a una compensación como consecuencia de la producción de una lesión, lo que ha dado lugar a vivas polémicas doctrinales y a unas pugnas jurisdiccionales notables, llegando a intervenir en esta materia hasta cuatro jurisdicciones diferentes, no solo la civil y la contencioso administrativa, sino también la penal e incluso la laboral.

El alcance de la polémica data de lo que la conocida sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1983 denominó «largo peregrinaje jurisdiccional», en razón a los diversos criterios que se habían mantenido tanto por la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, como por las Salas Primera, Tercera y Cuarta del referido Tribunal, circunstancia que había generado una situación de inseguridad jurídica ante la disparidad de resultados ofrecidos ante un mismo hecho concreto por los distintos órdenes jurisdiccionales.

En principio, hay que poner de manifiesto que un gran sector doctrinal reconocía a la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia para conocer de estas cuestiones, sobre todo a raíz de la entrada en vigor de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, norma que en su disposición adicional décima, modifica el art. 37 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y en su disposición derogatoria deja sin efecto los art. 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del estado, en cuanto a la posibilidad de mantener la dualidad de jurisdicción en esta materia. Recordemos que el art. 41 de dicho texto legal permitía atribuir la competencia a la jurisdicción civil, cuando la Administración actuaba en relaciones de Derecho privado, mientras que la competencia correspondía a la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando actuaba en relaciones de Derecho Público.

Efectivamente, la Ley 30/92, de 26 de noviembre, vino a clarificar la situación respecto el ámbito jurisdiccional competente, estableciendo en su art. 142.6 que «La resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada en que derive, pone fin a la vía administrativa», conduciendo de este modo a la jurisdicción contencioso-administrativo, cual-

quier supuesto de exigencia de responsabilidad patrimonial. Por su parte, el art. 144 señalaba que:

«Cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio (...). La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo prescrito en los artículos 142 y 143, según proceda».

Si bien, pese al intento de clarificar esta cuestión llevada a cabo por la Ley 30/1992, y por la disposición adicional 1ª del Real Decreto 429/1993, regulador del Reglamento de los Procedimiento de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, que recogía la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las reclamaciones planteadas frente a «Entidades gestoras, servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como contra las demás Entidades y organismos del sistema nacional de salud, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria»; lo cierto es que en la práctica no existirá unificación jurisdiccional, advirtiendo la doctrina que no era suficiente la plasmación de la atribución competencial a la jurisdicción contenciosa-administrativa en el Reglamento, siendo necesaria una clarificación por una norma con rango de ley.

Hasta este momento, y ante la ausencia de una cláusula legal concreta de atribución competencial, la Jurisdicción Civil³⁸, como se aprecia en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo y 19 de junio de 1998, iba conociendo de gran parte de las reclamaciones indemnizatorias por daños causados con ocasión de la asistencia sanitaria, utilizando para ello diversos argumentos, tales como la «vis atractiva» propia de dicha Jurisdicción, argumento empleado, entre otras, por las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 22 de abril y 26 de diciembre de 1995, o el expresado en la sentencia de esa misma Sala del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1997 que pone el acento en la circunstancia de que en el ámbito de la atención médico-sanitaria, las entidades gestoras de la Seguridad Social no actúan en el marco de una relación jurídico-pública, pues afirma, ni se hallan investidas de «ius imperium», ni ejercitan actividad de prestación de un servicio público.

³⁸ Magro Servet, Vicente: «La responsabilidad sanitaria bajo el marco competencial del Orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo». LA LEY, núm. 4788/1999.

Por otra parte, no faltaban partidarios de la atribución al orden jurisdiccional social de las reclamaciones sobre esta materia, considerando que al tratarse de una prestación de Seguridad Social, resultaba de aplicación el art. 2b) de Ley de Procedimiento Laboral que atribuye a dicha jurisdicción la competencia para conocer de las cuestiones litigiosas que se promuevan «en materia de Seguridad Social», por lo que se daba cumplimiento al art. 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que determina la competencia de la jurisdicción social para conocer «de las pretensiones que se promuevan en la rama social del derecho».

La Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, en el Auto de 7 de julio de 1994 y 27 de octubre de 1994, trató de resolver los conflictos en relación con reclamaciones por responsabilidad médica, optando por asignar la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa, si bien, después de haberse pronunciado también, sucesivamente, a favor de los otros dos órdenes jurisdiccionales en conflicto³⁹.

En el marco de la discusión planteada hemos de citar la importante sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 10 de julio de 1995 en la que el Alto Tribunal devolvía la competencia, para los asuntos relacionados con reclamaciones por defectuosa asistencia sanitaria, a la jurisdicción social, entendiendo que la acción de reclamación, en estos casos, se funda en la defectuosa prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, no en la responsabilidad patrimonial de la Administración, si bien esta sentencia tuvo un voto particular formulado por cinco Magistrados que entendían que la indemnización por asistencia sanitaria defectuosa no es una prestación de la Seguridad Social.

El problema, pues, continuaba latente. Muchos autores afirmaban que los cambios recientes de la normativa no trataban de prohibir el cauce civil, sino que la nueva legislación sólo afirmaba que competía a la jurisdicción contenciosa conocer las reclamaciones planteadas conjuntamente contra el médico o el Servicio de Salud correspondiente, o sólo contra éste último, y que «mientras que la Jurisdicción contencioso-administrativa continuara siendo revisora y en el contencioso no pueda demandarse a particulares, la responsabilidad patrimonial debía competir con carácter general a los Tribunales Civiles»⁴⁰. De todas maneras, Eduardo Gamero recuerda que el criterio más generalizado era la atribución competencial al

³⁹ A favor de la jurisdicción civil: autos de 23-12-1993, 21-03-1994, 4-04-1994 y 22-12-1995; a favor de la jurisdicción social: autos de 21-06-1991 y 27-10-1994.

⁴⁰ Martín Bernal, José Manuel: «Responsabilidad médica y derechos de los pacientes», Madrid, 1998.

orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y cita las Sentencias de 21 de diciembre de 1995 y 4 de julio de 1996, del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, las sentencias de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 7-07-1994, 27-10-1994 y 11-12-1995, y el Informe del Defensor del Pueblo de 1994.

Esta cuestión vino a clarificarse a raíz de la nueva disposición adicional duodécima de la Ley 30/1992, en virtud de la reforma operada por la Ley 4/1999, que, como dice la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999, trata de poner fin a la disparidad de criterios jurisprudenciales sobre el orden competente para conocer los procesos de responsabilidad cuando el daño se produce en relación con la asistencia sanitaria pública.

En efecto, tal disposición establece que:

«La responsabilidad patrimonial de las entidades gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso».

A clarificar la situación también contribuyó contundentemente la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, cuyo art. 2 e) atribuye a dicho orden jurisdiccional: «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de la que derive, no pudiendo ser demandadas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales, civil o social».

Pero, además, este precepto viene respaldado por el art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder judicial que, con el mayor rango normativo posible, establece que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de «Las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de la que derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional».

Muy en relación con esta cuestión está la posibilidad de que la Administración sanitaria actúe investida de formas de constitución privadas, en especial, mediante la creación de fundaciones.

A este respecto, sería de aplicación lo dispuesto en el art. 144, de la Ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 4/1999, que establece: «Cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de Derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación de los mismos actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los arts. 139 y ss. de este Ley».

Tal y como establece el artículo que acabamos de transcribir, la realidad es que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas cuando actúen en relaciones de Derecho privado se somete al mismo régimen jurídico que cuando actúe sujetas al Derecho administrativo y ello por cuanto la remisión efectuada por el art. 144 lo es a los arts. 139 y ss. de la Ley 30/1992 y no (como se hacía antes de la reforma introducida por la Ley 4/1999) a los arts. 142 y 143, por lo que se entendía que la remisión era sólo al procedimiento pero no al aspecto sustantivo de la reclamación.

En este punto es relevante la Ley 15/1997, sobre Habilitación de nuevas Formas de Gestión del Sistema Nacional de Salud, que establece la posibilidad de que la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos del Sistema Nacional de Salud se lleva a cabo a través de cualquier entidad de naturaleza o titularidad pública. Por lo tanto, para el caso de que por aplicación de esta u otras normas se constituyan los hospitales bajo formas de personificación privadas, la responsabilidad seguiría siendo exigible con aplicación de los mismos criterios y parámetros a que nos hemos venido refiriendo.

Más reciente, el Real Decreto 29/2000, sobre Nuevas Formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud, establece en su art. 3 la posibilidad de que ésta se realice a través de fundaciones y su art. 35 remite expresamente a la Ley 30/1992 en lo que se refiere a las reclamaciones formuladas por los ciudadanos por los daños y perjuicios causados por y con ocasión de la asistencia sanitaria.

CONCLUSIONES AL RESPECTO:

Con la nueva redacción de los artículos 145 y 146 de la Ley 30/1992, dada por la Ley 4/999, y de su nueva disposición adicional duodécima, del art. 2 e) de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y de la nueva redacción del art. 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en concreto su punto cuarto, el sector doctrinal más opti-

mista considera clarificada la polémica en torno al orden jurisdiccional competente, señalando que no hay ya matices o portillos en el Derecho español que permitan que escapen del ámbito jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de las demandas de responsabilidad dirigidas contra la Administración sanitaria⁴¹, para ello citan, entre otras la sentencia de 7 de marzo de 2000, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que afirma que:

«en la actualidad no cabe duda que corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de las pretensiones dirigidas contra la administración sanitaria y sus entidades, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad que determine el nacimiento de la responsabilidad, según las disposiciones en vigor».

Sin embargo, no faltan autores⁴² que se muestran más escépticos en esta materia, señalando que pese a la contundencia y literalidad tanto de la Ley 29/1998, como del nuevo art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, teniendo en cuenta que diversas resoluciones de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo reconociendo la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa (Autos de fecha 22 de marzo ó 18 de junio de 1999), han sido sistemáticamente desatendidas por la jurisprudencia de las Salas Primera y Cuarta, que han seguido atribuyéndose el conocimiento de esta clase de reclamaciones, cabe pensar que se sigan planteando y resolviendo estas cuestiones ante jurisdicciones distintas de la contencioso-administrativa, con la consiguiente merma del principio de seguridad jurídica.

DISTINTOS SUPUESTOS DE RECLAMACIONES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD SANITARIA:

A la luz de la normativa estudiada, podemos resumir del siguiente modo los distintos tipos de reclamaciones que pueden plantearse con ocasión de daños ocasionados en el ámbito sanitario:

⁴¹ Ramón Vázquez del Rey Villanueva «La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria». Boletín del Ilustre Colegio de abogados de Madrid, nº 24, enero 2003.

⁴² José Guerrero Zaplana: «La responsabilidad patrimonial de la Administración. Especial referencia a la Administración sanitaria. LA LEY, 2000-7.

- a) Ante la posible comisión de un ilícito penal (delito o falta), por parte de un profesional sanitario dependiente de un centro sanitario privado, o perteneciente a un centro dependiente de los servicios de la Seguridad Social, estatales o autonómicos, o de entidades, servicios u organismos del Sistema Nacional de Salud, o de centros sanitarios concertados con ella, habrá que acudir siempre a la Jurisdicción penal ventilándose allí también, si el perjudicado así lo eligiere y si se hubieren irrogado daños, las responsabilidades directas o subsidiarias, que correspondan sean de, un particular, de la Administración o de un ente público.
- b) Ante la actuación deficiente de un profesional sanitario que actúe de modo particular o dependiente de un centro sanitario privado, y salvo que se deduzca responsabilidad penal, habrá que acudir a la jurisdicción civil.
- c) Ante la actuación de un profesional de la sanidad dependiente de los servicios de la Seguridad Social, estatales o autonómicos, o de entidades, servicios u organismos del Sistema Nacional de Salud, o de centros sanitarios concertados con ella, el particular podrá exigir responsabilidad directa a la Administración y, en caso de disconformidad, iniciar un procedimiento por vía contencioso-administrativa. Posteriormente, la responsabilidad patrimonial particular de los profesionales sanitarios al servicio de las Administraciones públicas se les será exigida de oficio, por parte de la Administración, mediante el procedimiento actualmente establecido al efecto en el art. 145 de la Ley 30/92 que prescribe la obligatoriedad de la Administración de exigir de oficio a sus autoridades y demás personal a su servicio, la responsabilidad en que hubieran incurrido.

No obstante, es posible que la reclamación de responsabilidad patrimonial se dirija no sólo contra la Administración, sino también contra un particular, que puede ser el médico que realiza materialmente la actividad causante del daño o contra la compañía aseguradora que garantiza los riesgos del propio médico, o del centro u hospital en el que se produjo la actuación médica.

La solución menos razonable sería que las reclamaciones se formularan ante distintos órdenes jurisdiccionales con posibilidad de pronunciamientos diferentes, e incluso contradictorios; por ello se hace necesario proceder a la acumulación de las reclamaciones para su tramitación conjunta.

Con la redacción actual del art. 2 e) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, queda suficientemente claro, según la doctrina⁴³, que la Administración no puede ser demandada ante los órdenes jurisdiccionales civil ni social y que, como no resulta aconsejable dividir la contienda de la causa, resulta obligado tramitar las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En esta línea no se debe olvidar el tenor literal del último inciso del art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la redacción introducida por la Ley Orgánica 6/1998, que añade, que: «Si en la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión en este orden jurisdiccional». Según la propia Exposición de Motivos de dicha Ley Orgánica, por «sujetos privados», hay que entender aquellos que no están al servicio de los «poderes públicos»; ya que «la responsabilidad de quienes si lo están se exigirá, en todo caso, en los términos de la Ley 30/1992».

Por tanto, resulta evidente que de la aplicación literal de estos nuevos preceptos, introducidos con la modificación de la Ley 29/1998, se hace imprescindible que toda reclamación que pueda dirigirse, no sólo frente a la Administración, sino también frente a los médicos, se plantee frente a la jurisdicción contenciosa, única competente para conocer de la responsabilidad patrimonial de la Administración, del personal a su servicio y de los sujetos privados que hubieran concurrido a la producción del daño.

Distintos son los supuestos en los que existe una relación contractual de seguro entre la Administración y una compañía aseguradora, ya que, la compañía no puede entenderse que haya concurrido en la producción del daño, por lo que siempre será posible acudir a la vía civil con la justificación de la existencia de la póliza de seguros, sin perjuicio, de que cuando la Administración se haya hecho responsable de la indemnización, pueda ejercitar la acción de repetición contra la compañía aseguradora.

Con lo cual, una de las grandes novedades de la reforma legal consiste en facilitar la tarea del particular reclamante, asegurándose una vía idónea para obtener indemnización por los daños sufridos en el curso del funcionamiento de un servicio público sanitario. El perjudicado puede, directamente, reclamar responsabilidades a la Administración, ignorando, si lo desea al profesional o a los profesionales concretos, causantes del daño, sin perjuicio de la acción de repetición de la Administración.

⁴³ José Guerrero Zaplana: Ob. Citada.

En esta línea, existe ya más de un fallo judicial en el que se envía a lo contencioso demandas civiles formuladas contra médicos y el INSALUD. Por ejemplo, en la sentencia de 14 de diciembre de 1998 del Juzgado de lo Civil núm. 5 de Palma de Mallorca, y en virtud de que los facultativos demandados «son empleados de la Administración y a través de ellos el INSALUD prestó el concreto servicio sanitario», la resolución concluye que «el conocimiento de las demandas formuladas tras la entrada en vigor de la nueva legislación en materia de reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, incluyendo las dirigidas contra el personal a su servicio por los daños, consecuencia de la asistencia sanitaria, corresponde a la jurisdicción contenciosa».

Muy en relación con esta cuestión debe citarse el auto de la Sala de Conflictos de fecha 23 de marzo de 1999, que contempla el supuesto de un funcionario, adscrito a la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado, que figuraba inscrito en cuanto a la prestación sanitaria a una compañía privada, la cual tenía concertada la asistencia sanitaria con una clínica privada, en la cual se le realiza una operación con la mala fortuna de que se infectó del virus de la hepatitis C.

El auto de referencia considera que la jurisdicción competente para conocer de la reclamación por dicho contagio es la contencioso-administrativa por entender que la mutualidad actúa como gestor de la Seguridad Social y que tienen carácter de administración Pública. Existe un voto particular en dicho auto que insiste en la competencia de los órganos de la jurisdicción civil y ello por entender que el actor perjudicado no tiene por qué saber ni conocer las relaciones que se establecen entre la Mutualidad y la compañía aseguradora y la clínica y que debe admitirse que reclame ante la jurisdicción civil a quien directamente le ha ocasionado el daño.

Si bien, se siguiera el criterio del voto particular, cuando se produzca cualquier intervención de un centro sanitario privado, que mantenga cualquier clase de relación con la Administración o el ente gestor correspondiente, se podría justificar que la reclamación se planteara ante la jurisdicción civil. Con esto se estaría frustrando el cambio jurisdicción pretendido tanto por la nueva Ley de lo contencioso, como por la nueva redacción de la Ley 30/1992⁴⁴.

⁴⁴ José Guerrero Zaplana: Ob. Citada.

VI. REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL ÁMBITO DE LA ASISTENCIA SANITARIA PRESTADA POR EL RÉGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS:

La asistencia sanitaria que presta el Instituto Social de las Fuerzas Armadas a sus asegurados, al amparo de lo dispuesto en el art. 14 del texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto Legislativo, 1/2000, de 9 de junio, y el art.75.2 del Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto 2330/1978, de 29 de septiembre, se lleva a cabo a través de Conciertos con Entidades de Seguro Libre de Asistencia sanitaria, con el Sistema Sanitario Público, y a través del régimen de colaboración concertada con la Sanidad Militar.

Esta diversidad de modalidades en la prestación de la asistencia sanitaria, derivada de vínculos de distinta naturaleza jurídica, determina, como no puede ser de otra manera, que el tratamiento de la responsabilidad patrimonial que pueda exigirse al Instituto Social de las Fuerzas Armadas por los daños que puedan derivarse de la efectiva prestación de asistencia sanitaria en el ámbito del Régimen Especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas que gestiona dicho organismo, sea diferente dependiendo de si la misma es prestada por los Servicios de la Red sanitaria militar, por los del Sistema sanitario público, o por los de las Entidades de Seguro Libre de Asistencia sanitaria.

1.—Partiendo de esta premisa, y por lo que respecta al régimen de colaboración concertada del ISFAS con la Sanidad Militar, significar, que, al amparo del art. 75.2 del Reglamento antes citado que obligaba a concertar primordialmente con la Sanidad Militar la prestación de asistencia sanitaria, el Instituto Social de las Fuerzas Armadas, formalizó en el año 1978 Conciertos con los Cuarteles Generales de los tres Ejércitos que estipulaban la forma y condiciones de acceso a los Hospitales Militares de los asegurados del Régimen Especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.

El marco complejo de relaciones derivado de dichos Conciertos, fue superado con la publicación de la Instrucción 140/1994, de 23 de diciembre que diseña un nuevo sistema en el que, teniendo en cuenta la configuración de la Sanidad Militar como conjunto asistencial único para las Fuerzas Armadas y la reestructuración de la Red Sanitaria Militar, consagraba un régimen jurídico unitario regulador de la colaboración concertada del ISFAS con la Sanidad Militar, poniendo fin de este modo, a la innecesaria

y dispersa variedad de relaciones jurídicas que hasta ese momento regulaban dicha colaboración.

Dicha Instrucción fue modificada, en primer lugar, por la Instrucción 16/1996, de 25 de enero, que dando nueva redacción al apartado decimosexto de aquella dispuso, que la cuota mensual abonada por el ISFAS a Sanidad Militar por tal concepto, incluiría los gastos derivados de la responsabilidad patrimonial consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios encargados de prestar la asistencia sanitaria. Esta cláusula de exención expresa de responsabilidad patrimonial del ISFAS por los daños que puedan ocasionarse en el ámbito de la asistencia sanitaria concertada con la Sanidad Militar, se ha mantenido sin alteración con posterioridad en las sucesivas normas reguladoras de la colaboración concertada con la Sanidad Militar, y así se recoge en la actualidad en el apartado decimoséptimo de la Orden Ministerial num. 52/2004, de 18 de marzo.

Al amparo de esta cláusula, el ISFAS se ha venido declarando incompetente para iniciar e instruir los expedientes de responsabilidad patrimonial en relación con las reclamaciones por daños ocasionados por Centros hospitalarios adscritos a la Sanidad Militar, alegando, asimismo que el daño supuestamente causado, se imputa a un Centro o Servicio de la Sanidad Militar, cuya relación con el ISFAS se limita a la prestación de la asistencia médicoquirúrgica a sus asegurados en el marco de la colaboración concertada, sin que, a tenor de la normativa reguladora de dicha colaboración, dicho organismo participe en modo alguno en la gestión de aquel, ni en la selección del personal facultativo que presta servicio en el mismo, por lo que no puede imputarse la causación del daño al Instituto Social de las Fuerzas Armadas. (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 11-03-04, en el recurso contencioso administrativo nº 325/03).

2.—Por lo que se refiere a las reclamaciones por daños ocasionados por los Servicios de la Red Sanitaria Pública, cuya relación tiene su origen en el Concierto suscrito por el ISFAS con el Instituto Nacional de Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, con fecha 30-12-1986, y en régimen de prórrogas anuales sucesivas, señalar que, este Instituto ha venido igualmente eludiendo su posible responsabilidad patrimonial, alegando que la única vinculación que tiene con los Servicios y Centros hospitalarios dependientes de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas y del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, es la derivada de la suscripción del citado Convenio para la prestación de asistencia sanitaria a sus asegurados. Así lo vienen entendiendo los tribunales de justicia, tanto del orden contencioso-administrativo, como del orden social, cuando han asumido la competencia en dicha materia.

En este sentido, podemos citar, a modo de ejemplo, la sentencia del Juzgado de lo Social, nº 4 de Las Palmas de Gran Canaria, de 24-01-01, que condenó al INSS a abonar una indemnización a una beneficiaria del ISFAS que fue contagiada del virus VIH por causa de una transfusión sanguínea que le fue practicada en el Hospital Materno-Infantil de Las Palmas, absolviendo al ISFAS de la reclamación económica de la demanda.

3.—Por último, el ISFAS ha venido suscribiendo Conciertos con diversas Entidades de Seguro Libre, previa convocatoria pública, para la prestación sanitaria a sus asegurados y beneficiarios, cuya adscripción es voluntaria para los asegurados, pudiendo libremente elegir la Entidad concertada a través de la cual desean recibir dicha prestación. En dichos Conciertos, el último de los cuales fue suscrito el 16 de diciembre de 2002, y prorrogado para el año 2005 por Resolución 4B0/38266/2005, de 22 de diciembre, se incluye una cláusula de exención de responsabilidad del ISFAS, en relación con la actividad prestada por los Centros o facultativos de dichas compañías privadas.

Así establece expresamente su cláusula 5.2.1 que *«El presente Concerto no supone ni hace surgir ninguna relación entre el ISFAS y los facultativos o Centros de la Entidad que presten la asistencia. Las relaciones entre la Entidad y los facultativos o Centros son, en todo caso, ajenas al Concerto»*, y, concretamente, considera *ajenas al conjunto de derechos y obligaciones que determinan los fines del Concerto*, configurándolas como relaciones autónomas entre las partes, en la cláusula 5.2.2:

- A) *Las relaciones de los beneficiarios con los facultativos de la Entidad por causa que afecte o se refiera al ámbito propio del ejercicio profesional de dichos facultativos.*
- B) *Las relaciones de los beneficiarios con los centro de la Entidad, por causa de la actividad asistencial de dichos medios o del funcionamiento de sus instalaciones o por motivo que afecte o se refiera al ámbito propio del ejercicio profesional de los facultativos que, bajo cualquier título, desarrollen actividad en dichos centros.*

Las relaciones mencionadas, tal y como se dispone en la cláusula 5.2.3, tendrán la naturaleza que, con arreglo a derecho, corresponda a su contenido y el conocimiento y decisión de las cuestiones que puedan surgir en las mismas serán competencia de la jurisdicción ordinaria civil, o en su caso, penal.

Por último, en la cláusula 5.4.1 se dispone que queda excluida la vía administrativa para reclamaciones de los beneficiarios referentes a las

relaciones mencionadas en la cláusula 5.2 y que, en caso de plantearse, se contestará al interesado que, por razón de incompetencia del ISFAS, no resulta posible resolver sobre el fondo de la reclamación, con indicación de que puede formularse, si se estima oportuno, frente a los facultativos, Centros o, si procede, la propia Entidad, en la vía jurisdiccional ordinaria que corresponda según la naturaleza de los hechos.

Lo que se concreta, en definitiva, en la redacción de las cláusulas transcritas es la desvinculación del ISFAS respecto a las responsabilidades que se deriven de la actuación de los profesionales incluidos en los cuadros médicos de la Entidad, por lo que, en consecuencia, será el facultativo o la Entidad Aseguradora el responsable de la actuación profesional en que consista la asistencia sanitaria y que puede dar lugar a la producción del daño.

Al amparo de esta cláusulas, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por daños causados en el ámbito de la asistencia sanitaria prestada por los Servicios de la Entidades concertadas, han sido informadas desfavorablemente por la Asesoría Jurídica del Instituto, considerando que no existe una relación de causalidad entre actuación administrativa y daño producido, por cuanto, como se ha expuesto antes, en estos casos la actividad presuntamente productora del daño, no puede imputarse al ISFAS, sino, en todo caso, al facultativo o a la Entidad, contra los que deberá dirigirse la reclamación en la vía judicial ordinaria.

Este criterio ha sido asumido por la Asesoría Jurídica del Ministerio de Defensa, así como por el Consejo de Estado y por los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, que han entendido de este tipo de reclamaciones, hasta la fecha.

En este sentido, el Consejo de Estado en su Dictamen nº. 2041/1995, de 30 de noviembre de 1995 se pronunció en los siguientes términos:

«El Instituto Social de las Fuerzas Armadas actúa como garante público del riesgo de enfermedad, comprometiéndose a que al asegurado se le satisfaga una determinada asistencia sanitaria en el que existe una gran libertad de elección por su parte, escogiendo la entidad prestadora y dentro de ella, el personal sanitario que desee, de acuerdo con la lista ofrecida por cada Entidad. Esta condición no permite imputar a aquel toda responsabilidad que se derive de una posible negligencia profesional de facultativos situados fuera de su organización». Así lo ha entendido la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su Sentencia de 27-09-1994, que se refiere a un caso análogo»

Este criterio ha sido reiterado en posteriores Dictámenes por el Órgano Consultivo, así en los de fecha 3-12-1998 y 24-06-1999.

Los mismos argumentos han venido utilizando los órganos judiciales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para excluir al ISFAS de responsabilidad patrimonial en este ámbito. Así podemos citar, a modo de ejemplo, la sentencia de 5-02-04, de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, que siguiendo el criterio mantenido con anterioridad por diversas sentencias procedentes de dicha Sala, como las de fechas 19-07-01, 22-02-01, 24-01-02, 26-09-02, o 28-11-02, con ocasión de una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración presentada por un asegurado del ISFAS por el daño causado supuestamente por una Clínica concertada por ADESLAS, señala en su Fundamento de Derecho Tercero:

«el daño cuyo resarcimiento se persigue no es imputable al funcionamiento de los servicios públicos, habida cuenta que la actuación administrativa consiste en celebrar conciertos con Entidades o Sociedades para facilitar a los mutualistas y beneficiarios la prestación sanitaria, de tal modo que, a tenor de lo dispuesto en los Conciertos suscritos, la responsabilidad que pueda surgir por la defectuosa asistencia sanitaria no es susceptible de ser imputada más allá del círculo en que efectivamente se realiza la prestación, extendiéndose en la forma pretendida por el demandante .El ISFAS no ha prestado ningún tipo de asistencia sanitaria, ha sido la entidad concertada elegida por la beneficiaria la que lo ha hecho a través de sus servicios y en el ámbito de una relación establecida libremente con la recurrente y que esta no puede desconocer». Posteriormente añade: «Por lo que, cuando la prestación de la asistencia sanitaria, como servicio público al que tiene derecho el demandante, se efectúa, por su exclusiva y libérrima voluntad, mediante la adscripción a una institución privada, concertada con la Administración para la gestión del servicio público de la asistencia médica, los daños imputables a la prestación del servicio efectuado por dicha institución al demandante y sus beneficiarios deben ser indemnizados por la misma, al no indicarse causa imputable a la Administración, en la selección de la indicada institución privada como gestora del servicio público prestado».En este mismo sentido se pronuncia la más reciente sentencia dictada por esa misma Sala de la Audiencia Nacional de fecha 18-03-05.

Con estos argumentos, la jurisdicción contenciosa-administrativa, hasta el momento, ha venido desestimando los recursos contenciosos-administrativos interpuestos contra las resoluciones del Ministro de Defensa en los procedimientos de responsabilidad patrimonial dirigidos contra el Instituto Social de las Fuerzas Armadas declarando, en algunos casos, que las pretensiones indemnizatorias formuladas por los demandantes deben dirigirse contra los facultativos, Centros privados o Entidades por la vía judicial ordinaria, ya sea civil o penal, excluyendo por tanto de responsabilidad patrimonial al ISFAS⁴⁵.

VII. CONCLUSIONES

De lo expuesto en el presente estudio podemos concluir que la regulación del instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas que establecen los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/32, de 26 de noviembre, modificada por la Ley 4/99, de 13 de enero, no esta completa, siendo varias las cuestiones que deberían haber sido contempladas por el legislador y que en su defecto, han quedado a la discreción tanto de las Administraciones Públicas, como de los Tribunales de Justicia, sobre todo en lo que se refiere a los criterios de antijuricidad del daño, a la compatibilidad de las indemnizaciones reconocidas en concepto de responsabilidad patrimonial con otras reconocidas por títulos distintos o con prestaciones sociales, a la determinación de la relación de causalidad o al concepto de fuerza mayor, y que deberán ser matizadas por el legislador en aras de una mayor seguridad jurídica, y para que el sistema de responsabilidad patrimonial no termine por convertirse en un sistema de aseguramiento público universal, de cuyo peligro ha advertido reiteradamente el Tribunal Supremo al insistir en que la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria exige siempre un cuidadoso análisis de los hechos y de todas las circunstancias concurrentes a fin de poder afirmar la relación de causalidad entre la actuación del personal a su servicio y el resultado producido, lo que no resulta tarea fácil en un sector como en el de la salud, en cuya estabilidad, restablecimiento o pérdida confluyen tantos y tan variados factores.

En suma, el sistema de responsabilidad administrativa, con su consagración constitucional, deviene pieza fundamental de nuestro régimen jurídico-administrativo, como garantía de los administrados frente a los daños

⁴⁵ La reciente sentencia del TS de 20-02-07 cambia el criterio de la jurisprudencia antes citada atribuyendo responsabilidad patrimonial a la Administración en un supuesto de asistencia sanitaria prestada por una Entidad de Seguro concertada con el ISFAS.

eventuales que la acción de los poderes públicos, cuya intervención es consustancial al carácter social del Estado, pueda producirles, siendo, asimismo, un instrumento para asegurar un servicio público eficaz, pero como viene afirmando el Consejo de Estado, sin que constituya un sistema protector universal que imponga la provisión de prestaciones resarcitorias a cargo de la Administración para asegurar o garantizar al conjunto de los ciudadanos frente a todos los riesgos posibles como complemento de los sistemas de protección social, lo que desvirtuaría su verdadera naturaleza.

Capitán Auditor D^a Isabel Maria Romero Lucas

BIBLIOGRAFÍA:

- García de Enterría y Tomas Ramón Fernández: «Curso de Derecho Administrativo II»
- Garrido Falla: « La Administración Pública después de la Constitución», en Libro Homenaje a Villar Palasí. Madrid, 1989.
- Alfredo Dagnino Guerra: «La responsabilidad patrimonial del Estado y de la Administración Pública: evolución legislativa y perspectivas constitucionales».
- Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer: «Las bases constitucionales de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas». Sevilla, 1999.
- Leguina Villa: «El fundamento de la responsabilidad de la Administración».
- José Guerrero Zaplana: «La responsabilidad patrimonial de la Administración. Especial referencia a la administración sanitaria». LA LEY, 2000-7.
- Ramón Vázquez del Rey Villanueva: «La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria». Boletín del Ilmo. Colegio de Abogados de Madrid, nº 24, enero, 2003.
- Requero Ibáñez, J.L, en «El consentimiento informado y la responsabilidad de las Administraciones Públicas». Actualidad administrativa, n.º 31.
- De Ahumada Ramos, F.J: «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», Edit. Aranzadi.
- Magro Servet, Vicente: «La responsabilidad sanitaria bajo el marco competencial del Orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo», LA LEY, num. 4788/1999.
- Martín Bernal, José Manuel: «Responsabilidad médica y derechos de los pacientes », Madrid, 1998.