

La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público *

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. LA APLICACION AL AMBITO SANITARIO DEL REGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION. LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. 1. Sobre la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en la materia. 2. Los presupuestos de la responsabilidad. 3. La determinación de la indemnización. 4. El procedimiento para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración. 5. La responsabilidad del personal que presta sus servicios en centros sanitarios públicos. La vía de regreso. III. JURISDICCION PENAL Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION EN EL AMBITO SANITARIO PUBLICO. IV. JURISDICCION CIVIL Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION EN EL AMBITO SANITARIO PUBLICO. V. JURISDICCION SOCIAL Y RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS CAUSADOS A LOS PACIENTES EN LOS CENTROS DE LA SEGURIDAD SOCIAL. VI. RECAPITULACION. *ADDENDA*.

I. INTRODUCCION

La materia sanitaria ha venido a sumarse en nuestro país en los últimos años a otros ámbitos de la actividad pública en los que resulta frecuente la litigiosidad y, concretamente, el ejercicio de pretensiones resarcitorias. Ello resulta en efecto una novedad, pues hasta hace relativamente pocos años era muy infrecuente el ejercicio de acciones de responsabilidad en relación con la actividad médica o sanitaria en ge-

* Abreviaturas utilizadas: LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal; LEF: Ley de Expropiación Forzosa; LJ: Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial; LRJAE: Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado; LRJAP: Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

neral, y en particular en relación con la actividad sanitaria realizada en centros asistenciales de titularidad pública.

Hoy la situación es ciertamente diferente y no resulta en absoluto infrecuente que los Tribunales sean llamados a juzgar sobre conductas productoras de daños realizadas en el ámbito sanitario y sobre la procedencia de la reparación de tales daños por vía indemnizatoria. Sin llegar a los extremos de otros países —el caso de los Estados Unidos es el más notorio— se ha producido en España en los últimos años una perceptible proliferación de reclamaciones ante los Tribunales y, en consecuencia, de pronunciamientos de éstos en relación con la materia.

Las circunstancias determinantes de este cambio en la materia son sin duda diversas, pero entiendo que en lo fundamental se mueven en un doble plano.

De una parte, las propias características de buena parte de la actividad médica que se desarrolla en nuestros días, en la que es patente su progresiva tecnificación y especialización —con métodos cada vez más sofisticados—, y también su mayor complejidad, manifestada en la necesidad de conjuntar en no pocos casos la intervención de una pluralidad de personas y servicios con diversas actuaciones diagnósticas y terapéuticas. Lo cual otorga a la Medicina sin lugar a dudas una mayor eficacia y la hace capaz de enfrentarse a un espectro cada vez más amplio de situaciones y problemas, pero significa a la vez que los riesgos generados para el paciente son también mayores¹ y que son más numerosos que en otros tiempos los casos en que un resultado dañoso para el paciente es imputable a una acción u omisión producida en el ámbito de los servicios sanitarios².

De otra parte, no menos relevante a estos efectos, e igualmente perceptible, resulta el cambio «cultural» producido en la materia que ha

¹ Vid. en este sentido Carlos M.ª ROMEO CASABONA, «Las actuaciones de los profesionales sanitarios y sus repercusiones en la esfera penal», en el vol. col. *La responsabilidad de los profesionales y de las Administraciones sanitarias*, Junta de Andalucía, Sevilla, 1994, pp. 11 y ss., 12.

² En algún caso, la envergadura que han llegado a alcanzar los daños causados por el sistema sanitario público —tanto por la entidad del perjuicio producido como por el número de personas afectadas— ha propiciado el establecimiento de un marco legal específico para ofrecer una respuesta indemnizatoria según criterios que se juzgan adecuados e iguales para todos los afectados. Esto es lo que ha sucedido a través del Real Decreto-ley 9/1993, de 28 de mayo, dictado específicamente para establecer unas «ayudas» a favor de las personas que fueron contagiadas con el virus del SIDA por transfusiones de sangre realizadas en el sistema sanitario público antes de que se conocieran e introdujeran las pruebas de detección del virus en la sangre utilizada.

En dicho Decreto-ley se precisa tanto el ámbito subjetivo de los destinatarios de las ayudas (art. 1) como el contenido de las mismas (consistentes en la entrega de una cantidad a tanto alzado de 10 millones de pesetas y en el otorgamiento de una pensión cuya cuantía varía según los casos en los términos establecidos en el art. 2). En todo caso, para la concesión de las ayudas se exige que los afectados no hayan obtenido en vía judicial una sentencia condenatoria contra las Administraciones Públicas sanitarias por contagio de SIDA y que renuncien al ejercicio de toda acción de responsabilidad contra las Administraciones sanitarias o el personal de las mismas.

dado lugar a un entorno social más propicio que antes al ejercicio de las acciones de responsabilidad. En muchos casos hoy la Medicina se ejerce al margen de ese clima de confianza que tradicionalmente ha caracterizado a las relaciones médico-paciente, habiéndose convertido aquél en una pieza insertada dentro de un complejo engranaje —un «funcionario» en la acepción sociológica del término—. Y no cabe duda, junto a ello, de que los enfermos y sus familias son hoy menos conformistas respecto de los posibles resultados lesivos de una actuación sanitaria y que existe una conciencia social más favorable a que las víctimas de determinados daños —muchas veces irreparables como tales— encuentren una compensación por vía indemnizatoria.

Ante estas coordenadas en las que se mueve el tema no puede sorprender que lo que hasta hace bien poco tiempo era un terreno apenas desbrozado ofrezca hoy un panorama mucho más perfilado. Existe, en efecto, ya en nuestro país un *corpus* relativamente abundante de jurisprudencia sobre responsabilidad médica y sanitaria en general, al cual se suma también un creciente número de contribuciones doctrinales realizadas especialmente desde la perspectiva de los Derechos civil y penal.

Dentro de este panorama progresivamente perfilado que hoy presenta la materia puede detectarse, por un lado, al igual que en tantos otros ámbitos, una tendencia a la objetivación de la responsabilidad. Una objetivación que busca ofrecer una reparación a las víctimas de los daños que con frecuencia se irrogan a los usuarios en esos complejos establecimientos asistenciales que los atienden respondiendo a criterios de solidaridad social más que de estricta culpabilidad. Pero junto a esta perceptible tendencia, se mantiene firme la idea de que la responsabilidad personal del médico o de cualquier otro profesional de la Sanidad sólo puede fundarse en la culpabilidad, esto es, en la reprochabilidad personal de su conducta. Idea que aparece firmemente anclada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y que significa, a la postre, que la aludida objetivación de la responsabilidad sanitaria alcanza a las Administraciones titulares de servicios públicos sanitarios, o incluso a los centros asistenciales privados, pero no al profesional de la Medicina como tal.

Pero no resulta procedente, obviamente, desarrollar aquí esta temática en unos términos generales. Lo que en este lugar interesa subrayar ante todo es que una parte muy importante de la actividad asistencial médico-sanitaria se desarrolla hoy en centros de titularidad pública como consecuencia de un largo proceso de publicación o estatalización de la actividad médico-sanitaria. Proceso que ha conducido a una situación en la que buena parte de los establecimientos sani-

tarios asistenciales —la gran mayoría entre los que tienen una cierta envergadura— son de titularidad pública³.

De ahí que entren en juego las reglas sobre responsabilidad patrimonial de la Administración. Reglas que, según la formulación condensada que luce el artículo 106.2 CE, garantizan a los particulares el «derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos», y que se contienen hoy en el Título X de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (arts. 139-146). Y de ahí también que entre en juego la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para enjuiciar la materia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3.b) de la Ley reguladora de dicha jurisdicción (precepto que le atribuye competencia en relación con «las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública»), siendo, por tanto, dicha jurisdicción la competente para otorgar la *tutela judicial efectiva* en relación con el derecho al resarcimiento constitucionalmente reconocido.

Conforme a la finalidad pretendida por el presente número de la revista *Documentación Administrativa*, procede exponer la concreta proyección que sobre el ámbito sanitario tienen las reglas generales sobre responsabilidad patrimonial de la Administración sobre la base especialmente de la jurisprudencia producida al respecto. Una jurisprudencia que, según lo indicado, deberá buscarse en principio en los Tribunales de lo contencioso-administrativo.

Ahora bien, la materia que nos ocupa presenta en realidad una situación de especial complejidad desde el punto de vista jurisdiccional. Una situación caracterizada por una peculiar «concurencia de jurisdicciones» en la que de hecho los cuatro órdenes jurisdiccionales vienen conociendo sobre supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración. No sólo, por tanto, el orden contencioso-administrativo, sino también el penal, el civil e, incluso, el orden social.

³ Este proceso de publicación responde a la idea de que la protección de la salud individual de los ciudadanos no resulta ajena a la acción de los poderes públicos, sino que, por el contrario, éstos asumen el compromiso de establecer las prestaciones encaminadas a conservar y restablecer dicha salud individual; compromiso hoy plasmado, como es bien sabido, en el artículo 43 de nuestro texto constitucional.

Pero el proceso de publicación al que aludimos arranca, como es bien sabido, de tiempos anteriores a la Constitución, siendo en particular de destacar el importante paso que supuso la creación en los años cuarenta del Seguro Obligatorio de Enfermedad, a través del cual se vino a otorgar atención sanitaria a un volumen creciente de población y cuyo desarrollo significó la superación del carácter meramente benéfico que tradicionalmente había tenido la asistencia sanitaria pública. Véase en relación con ello mi libro *Derecho a la salud y Administración sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, en particular pp. 22-26, 83-88 y 135-136.

Así, sucede en primer lugar que hay supuestos —nada infrecuentes— en los que se sigue un proceso penal por una actuación en el ámbito sanitario público y la pretensión indemnizatoria se acumula a la acción penal. En tales supuestos el juez penal competente puede imponer la reparación de los daños a la persona responsable y *con carácter subsidiario* a la Administración Pública en cuyo marco actúa, conforme a las reglas generales sobre responsabilidad civil derivada del delito establecidas en el Código Penal.

Pero al margen de estos supuestos cabe también que la pretensión indemnizatoria se ejerza ante la jurisdicción civil en base a los preceptos generales del Código Civil sobre responsabilidad civil extracontractual (arts. 1.902 y ss.), dado que la jurisprudencia civil viene admitiendo esta posibilidad en términos que tendremos oportunidad de exponer.

Y no falta, por último, una presencia de la jurisdicción social en la materia, pues ésta ha venido a entender también que cae dentro de su esfera competencial el conocimiento de las reclamaciones de indemnización surgidas como consecuencia de la prestación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

Es por ello que el estado de la cuestión en esta materia no puede ser expuesto cabalmente sobre la base de la estricta consideración de la jurisprudencia contencioso-administrativa, sino que es preciso incluir también una referencia a la perspectiva de los otros órdenes jurisdiccionales. Abordaremos en primer lugar la cuestión desde la óptica de las reglas sustantivas y procedimentales sobre responsabilidad de la LRJAP para referirnos luego sucesivamente a la perspectiva de las jurisdicciones penal, civil y laboral.

II. LA APLICACION AL AMBITO SANITARIO DEL REGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION. LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1. SOBRE LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Como acaba de apuntarse, resulta plenamente aplicable al ámbito sanitario público el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración contemplado hoy en la Constitución (arts. 106.2 y 149.1.18.^o) y desarrollado en la LRJAP (Título X), y puede afirmarse también que cae dentro de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las cuestiones de responsabilidad patrimonial que se planteen en dicho ámbito [art. 3.*b*) LJ].

No cabe duda, en efecto, de que la prestación de servicios médicos, o sanitarios en general, por los entes públicos, cualquiera que sea la Administración titular de los mismos, cae dentro del concepto de *servicio público* que en su momento fue utilizado por la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 y por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, y que hoy utilizan la Constitución y la LRJAP. Concepto éste del que hoy como ayer se predica en la doctrina y en la jurisprudencia administrativas de forma unánime una acepción amplia que de hecho engloba a toda la actividad imputable a la Administración, cualquiera que sea la modalidad o forma en que ésta se presente⁴: lo sanitario encaja, en efecto, dentro de la cláusula «funcionamiento de los servicios públicos» que nuestro ordenamiento jurídico utiliza para describir las actuaciones públicas que pueden dar lugar a una acción de responsabilidad ejercitable en vía administrativa y contencioso-administrativa.

Pero a pesar de la aparente obviedad de las afirmaciones que acaban de hacerse, no resulta impropio insistir en ellas porque han sido cuestionadas, e incluso negadas abiertamente, por la jurisprudencia civil y la social al afirmar la competencia de los respectivos órdenes jurisdiccionales sobre la materia.

Es bien sabido así que la jurisprudencia de la Sala Primera (civil) del Tribunal Supremo ha venido afirmando la competencia de la jurisdicción civil para conocer de las reclamaciones de indemnización

⁴ En la jurisprudencia contencioso-administrativa se encuentra consagrada la interpretación amplia de este concepto. El servicio público debe entenderse a efectos de responsabilidad de la Administración como sinónimo de «actividad administrativa», de «giro o tráfico administrativo» —expresión que procede, como es bien sabido, del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA—, de «gestión, actividad o quehacer administrativo» o de «hacer y actuar de la Administración» (*vid.* Paloma BRAVO FERNÁNDEZ DE ARAOZ, en el vol. col. dirigido por J. A. SANTAMARÍA PASTOR y L. PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1989, pp. 699-700).

Un resumen del estado de la cuestión en la doctrina administrativista y en la jurisprudencia contencioso-administrativa con anterioridad a la LRJAP puede verse en F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 27 y ss. Allí se explica cómo la doctrina administrativista consideraba que la expresión «servicios públicos» abarcaba a toda la actividad de la Administración *sometida al Derecho administrativo*, quedando tan sólo fuera de ella la actividad sometida al Derecho privado, de acuerdo con el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. De esta última matización hay que prescindir hoy obviamente, dada la unificación en el régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración operada por la LRJAP: las reglas sustantivas y procedimentales establecidas al respecto en dicha Ley son aplicables, en efecto, a toda la actividad de la Administración «cualquiera que sea el tipo de relación, pública o privada», a través de la que haya actuado (art. 142.6 LRJAP).

Como muestra reciente de esta consagrada interpretación jurisprudencial puede citarse la STS de 28 de enero de 1993 (Arz. 422), en cuyo fundamento 2.º se afirma lo siguiente: «para que exista responsabilidad administrativa por las lesiones sufridas no es necesario que se trate de la existencia de un servicio público entendido en sentido estricto como una prestación ofrecida al público de forma regular y continuada, bastando que se trate de una actividad pública, con lo que viene a acogerse la acepción más general del concepto de servicio público».

presentadas frente a la Administración por daños causados con ocasión de la prestación de servicios sanitarios. Los soportes argumentales que se aducen para justificar esta afirmación son diversos, pero entre ellos interesa subrayar ahora la persistente línea jurisprudencial según la cual la actuación de las Administraciones Públicas, cuando prestan servicios sanitarios, no tiene lugar en virtud de sus facultades soberanas, sino como un simple empresario privado, de modo que la relación con los pacientes no sería de Derecho público, sino de Derecho privado, sujeta por ello al ya derogado artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado que establecía la competencia de la jurisdicción civil al respecto⁵.

Como muestra reciente de esta línea jurisprudencial puede citarse la Sentencia de la Sala Primera de 15 de marzo de 1993, en cuyo fundamento 3 puede leerse lo siguiente:

«es reiterada doctrina de esta Sala la de que la actuación del INSALUD (por lo que respecta a los actos médicos realizados en sus establecimientos) no tiene lugar en virtud de sus facultades soberanas, como parte de la Administración del Estado, sino como entidad privada que debía procurar la curación de un enfermo que ingresó en uno de los centros dependientes de la misma con ese fin; se está, por tanto, fuera de la relación de Derecho público, siendo más bien de aplicación el artículo 41 de la citada Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, cuando éste actúa en relaciones de Derecho privado, en cuyo caso responderá ante los Tribunales ordinarios directamente [...], es decir, la Administración actúa como un empresario privado fuera de su actividad pública o de un servicio público, causando unos daños por culpa o negligencia de sus funcionarios o empleados, lo que sitúa el tema como propio del Derecho civil»⁶.

⁵ La jurisprudencia civil ha sostenido este planteamiento, con la visión reduccionista del concepto de servicio público que implica, no sólo en la materia que nos ocupa, sino también en muchas otras. Ello ha llevado a la existencia de una amplia zona de confluencia de la jurisdicción civil y la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, zona en la que, como observa Luis MARTÍN REBOLLO («La creciente intervención de la jurisdicción ordinaria en la determinación de la responsabilidad patrimonial de la Administración», en el vol. col. *Ponències del Seminari de Dret Local*, Ayuntamiento de Barcelona, Barcelona, 1993, pp. 235 y ss., 247), pueden encontrarse pronunciamientos de ambas jurisdicciones en supuestos prácticamente iguales, lo que se traduce en la práctica en la existencia de un sistema de libre opción jurisdiccional en tales casos.

⁶ *Vid.* la sentencia reproducida en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 31, pp. 249 y ss.

En alguna ocasión (Sentencia de 29 de octubre de 1992, fundamento 3.º), la Sala Primera del Tribunal Supremo ha llegado a afirmar que «no cabe duda que la relación existente entre una persona afiliada a la Seguridad Social y el centro hospitalario que, integrado en la misma, le presta asistencia médica viene configurada como propiamente contractual», por lo que son aplicables las reglas sobre responsabilidad contractual del Código Civil. Véase un comentario a esta sentencia a cargo de Silvia DÍAZ ALABART en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 30,

Esta visión de las cosas resultaba insostenible ya en su momento ⁷, aunque pudiera explicarse por el propósito de evitar el «peregrinaje de jurisdicciones», pues suponía una visión reduccionista de la noción de servicio público carente de toda justificación. Pero en todo caso ha quedado hoy en día privada de toda apoyatura legal al haberse suprimido por la LRJAP la anterior dualidad de regímenes de responsabilidad patrimonial de la Administración y al haberse optado por un régimen unitario en lo sustantivo y en lo jurisdiccional ⁸. Se trata, por tanto, de una vía argumental que a partir de ahora no podrá utilizarse por el Tribunal Supremo en defensa de la competencia de la jurisdicción civil.

Pero también desde la jurisprudencia social se ha puesto en cuestión la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en esta materia. La jurisdicción social ha venido afirmando en los últimos años su competencia para conocer de las pretensiones indemnizatorias ejercitadas por los beneficiarios de la Seguridad Social por los daños causados con ocasión de la asistencia sanitaria prestada en los centros de la misma. Desde esta posición —a cuya base argumental nos referiremos más adelante— se llega en algunos casos a negar de forma abierta por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa al respecto.

Así se hace concretamente en la Sentencia de 24 de abril de 1990 (Arz. 3486), en cuyo fundamento 6.º se afirma, a propósito de una de-

pp. 977 y ss., donde también puede encontrarse el texto de esta sentencia. Esta autora observa cómo la doctrina civilista se manifiesta unánimemente en contra de la existencia de una relación contractual en estos casos y cómo la propia jurisprudencia civil del Tribunal Supremo no va tampoco en la línea de esta sentencia, pues dicha jurisprudencia viene a situar a la responsabilidad del INSALUD en estos supuestos en el ámbito de la responsabilidad extracontractual.

⁷ En ella late la vieja distinción —ya hace tiempo superada— entre *actos de autoridad* y *actos de gestión* que en otro tiempo se propuso para distinguir la esfera de aplicación del Derecho administrativo y el Derecho privado a las Administraciones Públicas. Es ciertamente insostenible a mi modo de ver la afirmación que se contiene en la sentencia citada de que en las prestaciones sanitarias otorgadas por los entes públicos la Administración «actúa como un empresario privado, fuera de una actividad pública o de un servicio público».

⁸ Aunque la LRJAP no ha sido particularmente explícita en este punto, la unidad del régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración deriva de una parte de lo dispuesto en sus artículos 142 (especialmente en su apartado 6) y 144, y de otra en la derogación del artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, derogación que ha hecho recuperar toda su virtualidad al artículo 3.b) LJ.

Ninguna duda cabe en todo caso sobre este propósito unificador del legislador a través de la LRJAP si se repasan los trabajos parlamentarios de elaboración de la misma. Frente a una enmienda de IU en el Congreso de los Diputados —la 143— en la que se propugnaba que se añadiera al artículo 144 de la Ley un inciso final en base al cual el interesado podrá optar también, en supuestos de relaciones de Derecho privado, por la vía jurisdiccional civil, el portavoz del Grupo Socialista, señor Fajardo Spínola, justificaría el rechazo de la misma señalando en la Comisión de Régimen de las Administraciones Públicas que «no queremos este modelo; queremos que sea la vía contencioso-administrativa la que en todo caso conozca de estas cuestiones» (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, IV Legislatura, Comisiones, núm. 391, p. 14515).

manda de resarcimiento de daños contra el INSALUD por defectuosa asistencia sanitaria, que

«no se suscita aquí una cuestión concerniente a la responsabilidad patrimonial de la Administración —art. 3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa—; no se ventila el derecho del particular a ser indemnizado (art. 40.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y art. 106.2 de la Constitución) por las consecuencias de una lesión dañosa derivada de acto administrativo no impugnabile (art. 40.3 de dicha Ley de Régimen Jurídico)».

En parecidos términos se expresa la Sentencia de 20 de abril de 1992 (Arz. 2662) al señalar (fundamento 4.º) que «la responsabilidad patrimonial del Estado a consecuencia del funcionamiento anormal de los servicios públicos o el derecho del particular a ser indemnizado de los efectos de un acto administrativo no impugnabile *no son*, precisamente, las situaciones jurídicas que se dan en casos como el contemplado en los presentes autos» (referidos también a una demanda de indemnización por defectuosa asistencia sanitaria prestada por el INSALUD).

Dichas afirmaciones no resultan desde luego muy consistentes desde el punto de vista argumental, pues, al margen de la errónea —por incompleta— referencia a las formulaciones legales que presiden la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, falta en ellas cualquier intento de esbozar una interpretación del concepto de servicio público que pueda justificar la negativa a aplicar el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

Frente a ello me parece incuestionable que la actividad asistencial del INSALUD, y de los entes autonómicos correspondientes que han asumido la prestación de la asistencia sanitaria, encaja perfectamente dentro del concepto de servicio público utilizado en nuestro Derecho positivo para configurar el ámbito de aplicación de las reglas sustantivas y procedimentales sobre responsabilidad patrimonial de la Administración. Un concepto amplísimo, como ha quedado subrayado, que engloba a toda la actividad de las Administraciones Públicas, sin restricciones subjetivas ni objetivas ⁹.

⁹ La noción de servicio público a estos efectos resulta, por tanto, mucho más amplia que la que corresponde a la idea de servicio público como una de las modalidades o formas de la acción administrativa que aparece (junto a otras como la actividad de *policía* o limitación, el *fomento* o estímulo de las actividades privadas, las *obras públicas*, la *actividad económica o empresarial* de las Administraciones Públicas, etc.) en las diversas clasificaciones que pueden encontrarse en la doctrina.

En realidad creo que cabe sostener que la actividad asistencial del INSALUD —y de los entes autonómicos correspondientes— encaja hoy ya incluso en esa acepción más restringida del

En la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal sobre la materia apenas pueden encontrarse desarrollos sobre este punto dada la naturalidad con la que se asume la competencia en materia de responsabilidad por servicios sanitarios cualquiera que sea la entidad titular del centro responsable: centros de Diputaciones Provinciales, Hospitales militares, centros del INSALUD, etc. En particular en relación con estos últimos, ninguna duda se plantea al Tribunal Supremo (Sala Tercera) sobre el carácter de servicio público de su actividad a efectos de responsabilidad patrimonial de la Administración¹⁰. En un supuesto concreto en el que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo requirió a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del mismo Tribunal para que se inhibiera de conocer un recurso de apelación relativo a una reclamación de indemnización frente al INSALUD, la posición de esta última Sala fue la de afirmar su propia competencia y negarse a la inhibición solicitada¹¹.

concepto de servicio público como una de las modalidades de la acción administrativa caracterizada por la prestación de servicios individualizados a los ciudadanos en condiciones de *igualdad* para los *usuarios* y con garantía de *continuidad* en la prestación del servicio. La evolución del sistema público sanitario asistencial se ha movido claramente en los últimos años en esta dirección (ténganse en cuenta a este respecto datos tales como la afirmación constitucional de un derecho a la protección de la salud a favor de todos los ciudadanos y su correspondiente desarrollo en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la unificación de todas las redes asistenciales sanitarias en una única red en el ámbito del INSALUD o entes autonómicos competentes; la virtual *universalización* de la asistencia sanitaria prestada por el sistema sanitario público —que la Ley General de Sanidad configura como *Sistema Nacional de Salud*—, o su financiación mayoritaria a través de la aportación del Estado de fondos procedentes de los impuestos frente a la tradicional financiación contributiva, que es hoy minoritaria; datos todos ellos que han ido diluyendo los esquemas propios del *seguro social* que han caracterizado tradicionalmente la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, para aproximarla hacia los propios del *servicio público* en su acepción restringida).

¹⁰ Vid. SSTS de 14 de junio de 1991 (Arz. 5115) (en particular, fundamento 2.º de la sentencia apelada, que se asume por el Tribunal Supremo) y de 22 de noviembre de 1991 (Arz. 8844). En el fundamento 5.º de esta última (ponente: M. Baena del Alcázar) se recoge la doctrina del propio Tribunal Supremo sobre el concepto de servicio público a estos efectos en los siguientes términos:

«debe atribuirse a los conceptos de servicio público y de su funcionamiento el sentido más amplio que su abstracta acepción merece, lo que supone identificar el servicio público con *toda actuación, gestión o actividad propias de la función administrativa* ejercida, incluso con la omisión o pasividad cuando la Administración tiene el concreto deber de obrar o comportarse de un modo determinado».

¹¹ Véase el Auto de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1989 (ponente: Paulino Martín Martín). En él, tras citarse una serie de preceptos legales —entre ellos, el art. 3.º b) LJ y el art. 40 LRJAE—, se razonaba de este modo:

«Toda esta normativa justifica sobradamente la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para entender de todos los asuntos referentes a la responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas por daños, etc., que puedan originar el funcionamiento de los servicios públicos, por la sencilla razón de que el Juez administrativo es el Juez ordinario o común de la Administración (*in genere*) regida por el Derecho administrativo. Al contrario, la jurisdicción laboral o social sólo puede alegar una atribución genérica contenida en el artículo 1.4 de la Ley de Procedimiento Laboral al decir corresponderle el conocimiento de los pleitos sobre Seguridad Social y que en términos análogos el artículo 9, número 5, de la Ley Orgánica del Poder Judicial; pero es que propiamente una reclamación por responsabilidad patrimonial del INSALUD, ra-

Hacemos a continuación un breve repaso a los distintos aspectos que configuran el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Y lo hacemos obviamente desde la perspectiva concreta del tema que nos ocupa y a la vista de la jurisprudencia contencioso-administrativa existente sobre responsabilidad en el ámbito sanitario público. Una jurisprudencia no muy abundante en realidad y que no ofrece por ello todavía un *corpus* de doctrina desarrollado y detallado, pero que presenta algunos datos que no carecen de interés.

2. LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD

Para que proceda la indemnización de los daños que sobre el patrimonio de los ciudadanos produce la actuación de las Administraciones Públicas es necesario que concurran una serie de requisitos o presupuestos contemplados hoy en los artículos 139 y siguientes LRJAP y que la doctrina y jurisprudencia han ido perfilando en su concreto alcance. Tales presupuestos pueden reconducirse básicamente a los siguientes: *a)* Debe tratarse de una «lesión resarcible», lo que implica la presencia de un daño que el particular no tenga el deber jurídico de soportar (art. 141.1 LRJAP), daño que ha de ser «efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas» (art. 139.2). *b)* El daño debe ser consecuencia de una actuación imputable a una Administración —de carácter activo u omisivo— y ha de concurrir una relación de causalidad entre dicha actuación y el resultado dañoso para el particular (la fórmula legal —art. 139.1 LRJAP— se refiere a las lesiones «consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos»). En cohe-

zón o consecuencia de un funcionamiento anormal del servicio público sanitario (responsabilidad a cargo de un Instituto público dotado de personalidad jurídica y presupuesto dotado de dinero público, sometido a la Ley General Presupuestaria, etc.), es más que dudoso que tal temática pueda sin más y simplemente encuadrarse como una cuestión de Seguridad Social, dado que al contrario el principio de indemnidad y no duplicidad por daño o lesión que los particulares sufran por el funcionamiento de todos los servicios públicos responde a un sistema global y coherente que hoy aparece constitucionalizado y sometido a control judicial contencioso-administrativo. Por ello es más que dudosa la corrección jurídica de la inhibición solicitada.»

La Sala Tercera rechazó, en consecuencia, la inhibición solicitada por la Sala de lo Social y remitió las actuaciones, de acuerdo con lo previsto en el artículo 47 LOPJ, a la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, la cual confirmó por Auto de 8 de marzo de 1991 la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Finalmente, la Sala Tercera del Tribunal Supremo resolvería sobre el fondo del asunto dictando la Sentencia de 14 de junio de 1991 (ya citada en la nota anterior).

(Tanto el Auto de la Sala Tercera de 26 de junio de 1989 como el de la Sala de Conflictos de 8 de marzo de 1991 pueden encontrarse íntegramente reproducidos en Antonio PEREIRA DE ANDRADE, «Ejercicio de los derechos y reclamaciones de los usuarios. Diversas vías de actuación», en el vol. col. *Jornadas sobre los derechos de los pacientes. 1990*, INSALUD, Madrid, 1992, pp. 915 y ss.)

rencia con ello se excluyen de la responsabilidad los supuestos de fuerza mayor, en los que no resulta posible la imputación del daño a la Administración. c) La regulación legal de la responsabilidad patrimonial de la Administración prescinde de toda referencia a la exigencia de culpa o negligencia en la causación del daño y se configura por tanto con carácter estrictamente objetivo. Descansa por ello exclusivamente en los requisitos relativos al daño irrogado al particular y en la exigencia de imputación a la Administración y de relación de causalidad.

Por lo que se refiere específicamente al tema que nos ocupa —la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario público— podemos formular algunas observaciones de carácter general sobre tales supuestos a la vista de la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo:

1) Los daños producidos en este ámbito son *daños personales o corporales*, es decir, daños a la salud o integridad física de las personas, e incluso a la vida misma¹². Daños éstos cuya indemnizabilidad, tanto por sus derivaciones estrictamente económicas —por la producción de gastos o privación de ingresos que pueden conllevar— como por su incidencia en la esfera anímica de las personas (el *pretium doloris* o daño moral en sentido estricto), se admite hoy plenamente por la jurisprudencia contencioso-administrativa¹³.

¹² Con todo, la variada tipología de situaciones que se presentan en el ámbito sanitario hace que en ocasiones los daños frente a los cuales se reclama indemnización no puedan conceptuarse como daños corporales, sino que vienen a situarse en cierto modo en el polo opuesto: no se reclama frente a la pérdida de la salud o de la vida, sino que los accionantes se sienten dañados o perjudicados por una vida no deseada.

Es el caso de los supuestos afrontados por el Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1993 (Arz. 10126) y por la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 349/1994, de 25 de abril.

En el primero de ellos un matrimonio reclamaba indemnización al Servicio Valenciano de Salud por el nacimiento de un hijo con «síndrome de Down», pero no por imputar esa malformación al funcionamiento del servicio sanitario, sino por la falta de información o diagnóstico sobre dicha malformación, información que, suministrada en su momento, les hubiera permitido la práctica del aborto. El auto en cuestión resuelve un conflicto de competencias —entre la jurisdicción civil y la social— y no entra por ello en el fondo de la cuestión controvertida.

En el segundo de los pronunciamientos citados, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo enjuicia una reclamación de indemnización frente a un médico por un embarazo no deseado subsiguiente a una operación de vasectomía tras la cual no se había informado suficientemente sobre las limitaciones que tenía la eficacia anticonceptiva de dicha intervención. La Audiencia Provincial había reconocido derecho a la indemnización y el Tribunal Supremo confirma en casación ese pronunciamiento.

En estos supuestos no hay obviamente un daño a la salud o a la integridad física. El bien dañado es, a mi modo de ver, la libertad de la persona, libertad que, dentro de los límites permitidos por el ordenamiento jurídico, puede manifestarse en la decisión de no tener hijos o de no tenerlos con determinadas malformaciones, y cuyo ejercicio se ha visto perjudicado por un defecto de información imputable a quienes realizaron una actuación sanitaria.

¹³ Esta indemnizabilidad del daño meramente moral se evidencia en los supuestos en los que se reconoce a favor de los padres un derecho de indemnización por el fallecimiento de un hijo, incluso tratándose de un fallecimiento que no tiene consecuencias económicas desfavorables para los padres. Así, la STS de 3 de enero de 1990 (Arz. 154) reconoció el derecho de los

2) Las acciones concretas que en el ámbito sanitario pueden producir daños que generen obligación de indemnización son muy variadas, y la casuística jurisprudencial contencioso-administrativa ofrece muestras de ello a pesar de su limitación.

Se pueden encontrar así supuestos reconducibles al núcleo mismo de la actividad médico-asistencial (lesiones consecuencia de una intervención quirúrgica ¹⁴, invalidez consecuencia de la ingestión de un medicamento contraindicado con una vacuna previamente administrada en un centro de la Seguridad Social sin que al paciente se le informara debidamente sobre las contraindicaciones de dicha vacuna ¹⁵, o el agravamiento y muerte de un paciente como consecuencia no de un acto médico singularizado, sino a un conjunto de «deficiencias en el funcionamiento de los servicios del Hospital» ¹⁶), pero también otros vinculados a las actuaciones del personal no médico (lesiones causadas a un internado en un hospital psiquiátrico por el personal enfermero del mismo al intentar reducirle ¹⁷ o lesiones causadas a una paciente por la impericia de un camillero ¹⁸), y otros reconducibles a actuaciones de la propia víctima pero en relación con los cuales las concretas circunstancias concurrentes determinan la existencia de un deber de vigilancia que la Administración incumplió (así, suicidio de paciente con perturbaciones psíquicas ocurrido en un centro sanitario ¹⁹).

padres y hermana de una interna en un centro de subnormales profundos que había fallecido por la ingestión de un producto tóxico a ser indemnizados por la lesión

«a un bien integrado en el ámbito de las relaciones afectivas familiares, o daño moral indemnizable, según la interpretación jurisprudencial [...], por lo cual, estimando cuantificable, dentro de los límites de una apreciación racional, aunque no matemática, el daño sufrido por los demandantes, dada la relación familiar que les unía a la interfecta cuya muerte les afectó por la propia naturaleza del vínculo existente...».

¹⁴ STS de 14 de junio de 1991 (Arz. 5115). Ponente: José María Reyes Monterreal.

¹⁵ STS de 22 de noviembre de 1991 (Arz. 8844). Ponente: Mariano Baena del Alcázar.

¹⁶ STS de 29 de julio de 1986 (Arz. 6908). Ponente: José María Reyes Monterreal. *Vid.* el fundamento 4.º de esta Sentencia, donde se alude a estas deficiencias del Hospital Militar en el que se atendió al enfermo, y se precisa de modo suficientemente explícito en qué consistieron las mismas:

«se consigna como cierto que cuando llegó el enfermo ni el portero se encontraba en el sitio en que le era obligado estar, ni el servicio de vigilancia de puertas ni el de camilleros estaba atendido, así como que tampoco pudo ser localizado en el Hospital el Médico de guardia hasta después de transcurrida más de una hora desde que el internamiento de aquél se produjo, y que el Médico cirujano, no obstante haber sido advertido de la extrema gravedad del enfermo, se limitó a dar su conformidad por teléfono con el tratamiento a que se le había sometido, sin personarse en el Centro para decidir si debía intervenir quirúrgicamente y no aguardar a la mañana siguiente en que procedió a operar-le, constando, por fin, de referido informe que cuando, ante la irreversibilidad de la gravedad del ya operado, hubo de trasladarle a la UVI del Hospital Clínico —por carecer de ese servicio el Militar—, ningún facultativo, sanitario ni subalterno se preocupó de acompañarle en la ambulancia, encomendándose a la esposa del enfermo y a un amigo del matrimonio que cuidaran de sujetar el frasco de goteo del suero, la sonda y el drenaje».

¹⁷ STS de 4 de julio de 1979 (Arz. 3047). Ponente: José Gabaldón López.

¹⁸ STS de 20 de diciembre de 1988 (Arz. 10039). Ponente: José Ignacio Jiménez Hernández.

¹⁹ STS de 15 de julio de 1991 (Arz. 6167). Ponente: José María Reyes Monterreal.

3) Parece importante subrayar por otro lado cómo en la jurisprudencia contencioso-administrativa sobre la materia se insiste acertadamente en la no exigencia de que concurra una actuación negligente de alguno de los médicos o del personal que ha prestado su atención al paciente, viniéndose con ello a separar el tema de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria respecto a la cuestión de la responsabilidad personal —civil o penal— de los profesionales que prestan sus servicios en la Sanidad pública.

Así sucede en la STS de 29 de julio de 1986, en la que se detectaron una serie de deficiencias en el funcionamiento del hospital, en cuyo fundamento 3.º puede leerse lo siguiente:

«conviene advertir, ante todo, que aquí no se trata de calificar conductas tildadas de negligentes en el cumplimiento de obligaciones estrictamente profesionales por parte del personal facultativo o auxiliar actuante [...], lo único que constituye objeto específico de este proceso es que se decida si, en relación con los expresados hechos, la Administración debe responder objetivamente como prestadora de un servicio público, para lo que basta con que se acredite que de la prestación se ha seguido una lesión patrimonialmente reparable a la que fuera ajena todo evento de fuerza mayor, siendo exigible, por supuesto y en todo caso, la prueba de un nexo causal entre el funcionamiento de dichos servicios y el perjuicio resultante...».

O en términos no menos explícitos se pronuncia la STS de 14 de junio de 1991 que enjuició un supuesto de lesiones (hemiplejia) derivadas de una intervención quirúrgica. En ella se afirma que la conducta del cirujano que intervino

«no ha de ser enjuiciada aquí bajo el prisma psicológico o normativo de la culpabilidad, sino más bien, desde la estricta objetividad mecánica de un comportamiento que se integra, junto con otros eventos, en la causalidad material, a nivel de experiencia en la producción de un resultado. Lo único relevante para la Sala ha de ser la incidencia, a efectos de causalidad, de la intervención quirúrgica llevada a cabo en un centro de la Seguridad Social el día 17 de septiembre de 1980, no siendo posible, tampoco, efectuar un juicio crítico de la *lex artis* del profesional, extremo que, por otra parte, ha quedado resuelto —por cierto, con toda clase de pronunciamientos favorables para el cirujano— por los dictámenes periciales obrantes en las actuaciones...»²⁰.

²⁰ Fundamento 4.º de la sentencia apelada, que se asume por el Tribunal Supremo. Sobre

4) Como cabía esperar, los problemas más delicados se plantean en torno a los requisitos de imputación a la Administración y de relación de causalidad entre el resultado dañoso y la actividad administrativa. Cuestiones que son en realidad las que vienen a suministrar las claves para deslindar el daño resarcible producido en el ámbito sanitario de todos aquellos otros supuestos —la mayoría— de deterioro de la salud de los pacientes —agravamiento de enfermedades, lesiones, o incluso fallecimientos— que no son indemnizables por no concurrir aquellos requisitos. Deslinde que en no pocos casos puede resultar problemático.

Al respecto debe decirse que en los tres pronunciamientos producidos a propósito de actuaciones específicamente médico-asistenciales se observa un tratamiento flexible del requisito de la causalidad, requisito que en su formulación más rígida y tradicional venía a traducirse como es sabido en la exigencia de que el nexo causal fuera *directo, inmediato y exclusivo* ²¹. Aunque con matices distintos en cada caso, en las tres sentencias resulta claramente perceptible en efecto una relativización en el tratamiento del tema de la causalidad.

a) En la STS de 22 de noviembre de 1991 se enjuició un supuesto en el que se había administrado a un paciente una vacuna contra la rabia en un centro de la Seguridad Social y posteriormente se le recetó en otro centro igualmente dependiente del INSALUD otro medicamento contraindicado con la anterior vacuna, medicamento que vino a producirle una lesión consistente en una gran invalidez irreversible. Dicha sentencia justificará la concurrencia del requisito de la causalidad afirmando que «*la causa necesaria, aunque quizás no directa, de que la lesión se produjera consistió en la omisión del deber de advertencia por parte de los servicios sanitarios de que la vacuna contra la rabia tenía unas contraindicaciones determinadas*» ²².

b) Por su parte, la STS de 29 de julio de 1986, que declaró la responsabilidad de la Administración en un supuesto en el que los servicios del hospital habían funcionado deficientemente de manera ostensible, vino a enjuiciar el requisito de la causalidad con manifiesta laxi-

el tema vuelve el Tribunal Supremo en la misma sentencia (fundamento 4.º) al afirmar lo siguiente: «como en la Sentencia de esta Sala de 28 de mayo de 1991 hemos explicado —precisamente con ocasión de otro Recurso de Apelación en que el propio Instituto Nacional de la Salud insistía en la correcta conducta de los facultativos concretamente encargados de prestar el servicio público que corre a su cargo—, “alegar en estos casos ausencia de dolo o culpa, impericia o negligencia, resulta intrascendente, y por ello para nada hemos de profundizar en las concretas acciones u omisiones de los intervinientes, porque, en definitiva, es la realidad que se está en presencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración que... tiene carácter objetivo”».

²¹ Véase una referencia a esta línea jurisprudencial en P. BRAVO FERNÁNDEZ DE ARAOZ, *op. cit.*, p. 703.

²² Se viene a prescindir con ello de la exigencia de que el nexo causal tenga carácter directo e inmediato.

tud²³. Afirmaba con carácter general la exigencia de que el perjudicado pruebe la existencia del nexo causal entre el funcionamiento del servicio y el perjuicio resultante, pero a continuación matizaba esta exigencia de prueba en los términos siguientes:

«en ocasiones como la presente, no puede ser exigida [la prueba de la causalidad] con plenitud de incontestable convicción, por las características especiales de la causa determinante invocada y las naturales limitaciones de las posibilidades humanas cuando se trata esencialmente de hechos negativos o de conductas pasivas que se entiende no debieron observarse, ante lo que es obligado estar a simples presunciones racionales deducibles de otros hechos positivos que se hallen debidamente acreditados».

En realidad si se sigue leyendo la sentencia se llega a la conclusión que la concurrencia del nexo causal en este supuesto le suscita dudas al propio Tribunal («no puede decirse que [las deficiencias en el funcionamiento del hospital] fueran la causa única del resultado²⁴ —pues incluso pudieron ser irrelevantes, dada la extrema gravedad del esposo de la actora al ser hospitalizado—»), pero considera decisivo para pronunciarse a favor de la responsabilidad el hecho de que las deficiencias en el funcionamiento del servicio fueran «de por sí aptas para la producción del resultado lesivo cuya reparación se pretende»²⁵.

²³ Véase la descripción de esas deficiencias en el funcionamiento del hospital en el párrafo de la sentencia que hemos transcrito en nota 16.

²⁴ Se aleja aquí claramente, por tanto, el Tribunal Supremo de su criterio tradicional en virtud del cual se exigía el carácter exclusivo del nexo causal entre la acción administrativa y el resultado dañoso.

²⁵ Ratifico aquí la impresión que en algunas ocasiones he tenido al leer los razonamientos del Tribunal Supremo sobre imputación de la acción productora del daño y relación de causalidad de que en los supuestos de «funcionamiento anormal» de los servicios públicos se enjuician tales requisitos con menor rigor, y se viene a producir una cierta relajación respecto a los términos en que los mismos se exigen en los casos de «funcionamiento normal» de los servicios públicos.

Valgan como ejemplo al respecto las SSTs de 15 y 22 de julio de 1988 (Arz. 5896 y 6095 respectivamente), relativas ambas a casos de internos en establecimientos penitenciarios que mueren acuchillados por otros reclusos y en las que el Tribunal Supremo ordena a la Administración a indemnizar a los familiares de las víctimas a pesar de la concurrencia de un hecho de tercero (los reclusos agresores que, por cierto, habían sido identificados y condenados penalmente). La «anormalidad» del funcionamiento del servicio estriba en este caso en el hacinamiento y caos de las prisiones que es constatado por el Tribunal Supremo: dada la superpoblación de las cárceles y la falta de medios personales y materiales de las mismas, la Administración está incumpliendo su deber de mantener a los presos en condiciones de dignidad y seguridad y, en consecuencia, debe responder por los riesgos creados.

En el fundamento 4.º de la segunda de las sentencias mencionadas (Ponente: Paulino Martín Martín) se afirma expresamente que la nota de la «exclusividad» del nexo causal puede exigirse con rigor en casos de responsabilidad por funcionamiento normal de los servicios, pero en los supuestos de funcionamiento anormal

«el hecho de la intervención de un tercero o una concurrencia de concausas, imputables unas a la Administración y otras a personas ajenas e incluso al propio perjudicado, im-

c) Por lo que se refiere a la STS de 14 de junio de 1991 (relativa a unas lesiones consecuencia de una intervención quirúrgica), el Tribunal aprecia la concurrencia de *concausas* relevantes en la producción del daño —además de la intervención quirúrgica realizada en un hospital del INSALUD que motiva la reclamación de indemnización, el propio estado de gravedad extrema en que se encontraba la paciente al ingresar en el hospital, así como también las complicaciones que se presentaron con posterioridad a dicha intervención y que motivaron una segunda intervención en otro hospital— y resuelve esta concurrencia mediante el expediente de imputar a la Administración tan sólo una parte del resultado dañoso ²⁶.

3. LA DETERMINACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN

La cuestión de la fijación de la cuantía de las indemnizaciones que la Administración debe abonar por los daños ocasionados en el ámbito sanitario no presenta en realidad peculiaridades propias respecto a otros sectores, resultando de aplicación los criterios generales sobre la materia.

Es importante subrayar en todo caso: *a)* que estamos ante una cuestión en relación con la cual la regulación legal no establece pautas concretas ²⁷ y resulta por ello una materia típicamente jurisprudencial en la que el arbitrio del juzgador es muy amplio; *b)* que los daños producidos en el ámbito sanitario tienen el carácter, como antes hemos apuntado, de daños corporales —daños a la salud o integridad física de las personas, o a la vida—, daños corporales cuya valoración resulta especialmente problemática porque no es posible en realidad una reparación estricta de los mismos mediante el abono de una indemnización y no cabe aspirar por tanto a fijar el equivalente económico de los mismos ²⁸.

ponen criterios de compensación (asumiendo cada una la parte que le corresponde) o de atemperar la indemnización a las características o circunstancias concretas del caso examinado».

²⁶ Esta sentencia resulta muy ilustrativa sobre lo complejo que puede resultar en algunos supuestos la cuestión de la causalidad de un resultado dañoso en el ámbito sanitario. Véase en particular la detallada narración de los hechos y el análisis de la causalidad que se contienen en los fundamentos 1.º, 5.º y 6.º de la sentencia apelada y que el Tribunal Supremo acepta.

²⁷ El artículo 141.2 LRJAP aborda hoy la cuestión, pero lo hace en unos términos totalmente abiertos al establecer que «la indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado». Obviamente se trata de criterios inservibles en relación con los daños corporales, que son los que se producen en el ámbito sanitario (nada establecen al respecto la legislación de expropiación forzosa ni la fiscal, ni existe por supuesto un «mercado» en el que puedan encontrarse precios de referencia).

²⁸ El problema se plantea en relación con la lesión a todos aquellos bienes o derechos de la persona que no son susceptibles de una valoración económica: además de la salud, integridad

En relación con tales daños corporales y como prueba de la dificultad que ofrece la fijación de la indemnización en relación con los mismos²⁹ debe decirse que la jurisprudencia contencioso-administrativa no ofrece en realidad unas determinadas pautas al respecto aplicables con generalidad³⁰ y los razonamientos que realiza el Tribunal Supremo sobre esta cuestión suelen ser del todo escuetos y no es infrecuente que se resuelva sobre el *quantum* de la indemnización con base exclusivamente en afirmaciones de tono muy genérico (así, el carácter ponderado o proporcionado de la indemnización solicitada por el recurrente u otorgada en primera instancia)³¹. Es claro en todo caso

física y la vida, el derecho a la intimidad personal, el derecho al honor y la propia imagen, etc. En relación con el daño a estos bienes —*daño moral* en el sentido más amplio de la expresión—, la eventual indemnización de los mismos no cumple una función de equivalente económico, sino más bien de compensación satisfactoria cuya determinación queda encomendada al juzgador. Una sentencia civil del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1962 (Arz. 672; Ponente: Bonet Ramón) explicó así la función de la indemnización en estos supuestos:

«en los tiempos modernos se ha aceptado de modo definitivo el principio de la reparación del perjuicio moral, pues, aunque los derechos de la personalidad no se acomodan a una estimación pecuniaria, por lo que el dinero no puede cumplir aquí su función de equivalencia, como en materia de reparación del daño material, la víctima del perjuicio moral padece dolores, y la reparación sirve para restablecer el equilibrio roto (*pretium doloris*), pudiendo, gracias al dinero, según sus gustos y temperamento, procurarse sensaciones agradables, que vendrán a contrapesar las dolorosas o desagradables, o más bien revistiendo la reparación acordada al lesionado la forma de una reparación satisfactoria puesta a cargo del responsable del perjuicio moral, en vez de equivalente del sufrimiento moral».

Sobre el tema véase en la doctrina la completa y excelente monografía de Rafael GARCÍA LÓPEZ, *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1990, donde se analiza en particular, de manera exhaustiva, el concepto de daño moral y la función que la indemnización cumple en relación con el mismo.

²⁹ El problema de la cuantificación de las indemnizaciones por daños corporales no es obviamente específico de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino que se plantea también en los otros órdenes jurisdiccionales. Véase en relación con esta materia últimamente la interesante monografía de Elena VICENTE DOMINGO, *Los daños corporales: tipología y valoración*, Bosch, Barcelona, 1994, con abundantes referencias, por cierto, a supuestos de daños derivados de la asistencia médica y hospitalaria.

³⁰ Véase en relación con ello P. BRAVO FERNÁNDEZ DE ARAOZ, *op. cit.*, pp. 707-710, donde se alude a distintos pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre fijación de indemnizaciones en casos de lesiones o de privación de la vida, y se señala que en no pocos casos su cuantía se fija a tanto alzado, sin que el Tribunal se apoye en criterio objetivo alguno.

En relación con los supuestos de privación de la vida, el criterio que ha solido utilizar el Tribunal Supremo es el del mantenimiento del nivel económico de la familia del fallecido, lo cual implica que ha de buscarse una cantidad equivalente a los ingresos que la familia deja de percibir como consecuencia del fallecimiento de uno de sus miembros. Sobre esta cuestión véase últimamente L. MARTÍN REBOLLO, «Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas», en el vol. col. *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, III, pp. 2812-2815.

³¹ Resultan ilustrativas al respecto las afirmaciones sobre el *quantum* de la indemnización que se contienen en las sentencias producidas en el ámbito sanitario. Así, la STS de 20 de diciembre de 1988 (lesiones causadas a una paciente por la impericia de un camillero) acepta la indemnización de tales lesiones fijada en primera instancia indicando que «siendo de todo punto imposible hacer una valoración económica de la pérdida de funcionalidad inmediata sufrida por la señora P. N., es indispensable sustituirla por una cantidad alzada ponderada y no excesiva, cual lo es, sin duda, la otorgada por la sentencia de instancia». La STS de 29 de julio de 1986 (defi-

que han de tenerse en cuenta no sólo los perjuicios estrictamente económicos que las lesiones o la privación de la vida producen sobre la víctima o sus familiares (gastos realizados e ingresos dejados de percibir), sino también la compensación por el *pretium doloris* o daño moral en sentido estricto (el sufrimiento anímico que conllevan para la víctima los daños a la salud e integridad física o el que produce en los familiares la privación de una persona allegada)³².

Dentro de las innovaciones introducidas por la LRJAP en la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración interesa recordar aquí la posibilidad contemplada en el artículo 141.4 de que la indemnización pueda ser abonada mediante *pagos periódicos* «cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado», modalidad indemnizatoria que puede resultar especialmente idónea en relación con determinados daños personales en los que la víctima sufre una situación irreversible que le priva de ingresos o le acarrea de manera continuada gastos excepcionales. Parece que hay que entender que esta modalidad de indemnización —que se traducirá en el otorgamiento de una pensión a la víctima o sus familiares— puede ser no sólo acordada por la Administración en los procedimientos administrativos de responsabilidad, sino también decidida por los Tribunales al resolver el correspondiente recurso contencioso-administrativo siempre que así haya sido solicitado por el perjudicado.

ciencias en el funcionamiento de los servicios del Hospital) accedió a otorgar la indemnización solicitada por la recurrente por el fallecimiento de su esposo —cinco millones de pesetas— sobre la base de que la misma resulta «totalmente proporcionada en función de la edad del fallecido, de la profesión que venía ejerciendo y del número de hijos habidos en su matrimonio». En el caso de la STS de 14 de junio de 1991 (hemiplejía consecuencia de una intervención quirúrgica) se razona en los siguientes términos: «la Sala, valorando objetiva y adecuadamente las circunstancias personales de la recurrente, mujer casada, de cuarenta y un años en la actualidad, con tres hijos y sufriendo las limitaciones funcionales que se describen en los últimos certificados obrantes en las actuaciones, entiende que debe reconocerse el derecho de los recurrentes a ser indemnizados por la Administración, en este caso el INSALUD, con diez millones de pesetas más el pago de un millón doscientas doce mil setecientas pesetas en concepto de gastos acreditados» (criterio de la sentencia apelada que el Tribunal Supremo acepta íntegramente).

³² La distinción entre ambos componentes de la indemnización no suele aparecer en los pronunciamientos judiciales, que fijan una cantidad en términos globales. Pero la presencia de una valoración del *pretium doloris* se confirma claramente en aquellos pronunciamientos en los que se indemniza por la privación de la vida en supuestos en que tal privación no tiene consecuencias económicas desfavorables para los familiares. Véase la STS de 3 de enero de 1990 a la que más atrás nos hemos referido (nota 13).

4. EL PROCEDIMIENTO PARA EXIGIR LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

La regulación del procedimiento para exigir responsabilidad patrimonial a la Administración está contenida hoy en los artículos 142 y 143 LRJAP y en el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RD 429/1993, de 26 de marzo), disposiciones que regulan en realidad dos procedimientos distintos: el procedimiento general y el procedimiento abreviado.

La aplicación de estos procedimientos en relación con las reclamaciones de indemnización por daños causados por los servicios sanitarios públicos no ofrece duda en la medida en que se trata de actividad imputable a entes que son Administraciones Públicas en el sentido definido por el artículo 2 LRJAP. Precepto que incluye como es sabido no sólo a las Administraciones territoriales (estatal, autonómicas y locales), sino también a las entidades de Derecho público «vinculadas o dependientes» de cualquier otra Administración. Esta última mención incluye sin lugar a dudas tanto al INSALUD estatal como a los Servicios de Salud de las distintas Comunidades Autónomas que éstas han procedido a crear de acuerdo con lo previsto en la Ley General de Sanidad y a los que han venido a dotar de personalidad jurídica propia ³³.

De acuerdo con ello, el procedimiento en vía administrativa se iniciará por reclamación de los interesados ante la Administración titular del servicio (hoy se contempla también la posibilidad de iniciación de oficio por la propia Administración). Una vez realizados los trámites que procedan de acuerdo con el RD 429/1993, el órgano administrativo competente dictará resolución sobre la procedencia o no de la indemnización y, en su caso, sobre su cuantía, resolución que pone fin a la vía administrativa (art. 142.6 LRJAP) y resulta por tanto directamente impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Si la Administración no resuelve en el plazo establecido, se produce la desestimación presunta de la reclamación (el silencio administrativo tiene en este caso carácter negativo; arts. 142.7 y 143.3 LRJAP), quedan-

³³ La aplicación de las reglas procedimentales sobre responsabilidad de la LRJAP y del RD 429/1993 (Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial) a los diversos entes integrados en el sistema sanitario público que prestan asistencia sanitaria ha sido afirmada de forma explícita por la Disposición Adicional 1.ª de dicho RD 429/1993. En ella se dispone que, de conformidad con lo previsto en los artículos 2.2 y 139 y ss. LRJAP, «la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa y contencioso-administrativa prevista en dicha Ley y en el presente Reglamento».

do igualmente abierta la posibilidad de impugnación en vía contencioso-administrativa.

De las innovaciones procedimentales que ha introducido la LRJAP interesa destacar, desde la perspectiva de la materia que nos ocupa, dos órdenes de previsiones:

a) La acertada formulación sobre el plazo de descripción que se contiene en el apartado 5 del artículo 142 LRJAP: «el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o *de manifestarse su efecto lesivo*» —en el ámbito sanitario será frecuente en efecto que el efecto lesivo se manifieste con posterioridad al hecho causante del mismo—, a lo que se añade a continuación la regla referida a los daños a las personas, de carácter físico o psíquico, según la cual el plazo del año empezará a computarse «desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas». Será preciso por tanto que las situaciones estén ya consolidadas desde el punto de vista de la salud e integridad física de las personas —porque se ha producido su curación o porque las eventuales secuelas están ya determinadas— para que empiece a contarse el plazo de prescripción del año, no siendo relevante a estos efectos el tiempo que haya transcurrido desde el hecho causante del daño.

b) El criterio introducido por el artículo 146.2 LRJAP en los supuestos en los que se sigue un proceso penal en relación con el empleado público responsable de la actuación causante del daño. Según dicho precepto, «la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan ni interrumpirá el plazo de prescripción para iniciarlos, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial»³⁴.

³⁴ Se consagra con ello una opción legal contraria al criterio que hasta ahora venía aplicando la jurisprudencia según el cual el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial se interrumpía por la incoación de una causa criminal por el mismo hecho (criterio que por lo demás estaba respaldado por el art. 111 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

La regla que ahora se introduce va a propiciar sin duda un ejercicio separado de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración respecto a la eventual acción penal que pueda seguirse, pues ahora el ejercicio conjunto de ambas acciones ante la jurisdicción penal (que es una opción que la Ley de Enjuiciamiento Criminal abre, pero que no impone) tiene para el perjudicado el riesgo de que en vía penal se produzca una sentencia absolutoria del funcionario —sentencia que por ser absolutoria no podrá declarar la responsabilidad patrimonial de éste ni tampoco de la Administración con carácter subsidiario— y que, entre tanto, haya prescrito el plazo para ejercer la acción de responsabilidad de la Administración en vía administrativa y contencioso-administrativa. Para evitar esta prescripción será preciso ejercitar las dos acciones de forma separada y simultánea (salvo los supuestos en que «la determinación de los hechos por el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial», en cuyo caso sí que se produce la interrupción de la prescripción o, en su caso, la suspensión del procedimiento ya iniciado).

5. LA RESPONSABILIDAD DEL PERSONAL QUE PRESTA SUS SERVICIOS EN CENTROS SANITARIOS PÚBLICOS. LA VÍA DE REGRESO

Los profesionales que prestan sus servicios en centros sanitarios públicos están sometidos, como cualquier otro profesional, a la posibilidad de que se les exija responsabilidad civil o penal por actuaciones realizadas en el ejercicio de sus funciones.

La posible responsabilidad penal se exigirá ante el orden jurisdiccional penal, el cual resolverá también sobre la posible responsabilidad civil derivada del delito (regulada en los arts. 19 a 22 y 101 y siguientes del Código Penal) si la acción civil de resarcimiento se acumula a la acción penal (arts. 111 y 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Pero cabe también que los particulares que hayan resultado dañados con ocasión de la asistencia sanitaria realizada en un centro sanitario público demanden al personal que actuó ante la jurisdicción civil exigiendo un resarcimiento de los daños en base a las reglas generales sobre responsabilidad extracontractual establecidas en el Código Civil (arts. 1.902 y siguientes). Posibilidad ésta que hay que considerar hoy plenamente viable a pesar de la dicción literal del artículo 145.1 LRJAP, que parece contemplar *únicamente* la responsabilidad directa de la Administración por los daños causados por el personal a su servicio³⁵. A pesar del tenor literal de este precepto hay que entender, en efecto, que la afirmación de un principio según el cual la Administración responde directamente por los daños causados por su personal —responsabilidad exigible en vía administrativa y contencioso-administrativa— no excluye la posibilidad de una reclamación dirigida contra el funcionario responsable ante la jurisdicción civil³⁶.

³⁵ Es el tono imperativo con que se formula dicho artículo 145.1 el que puede dar lugar a esa interpretación: «Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este Título, *los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente* las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.»

³⁶ Así viene a desprenderse del ambiguo precepto que la propia LRJAP sitúa a continuación —el art. 146.1—: «La responsabilidad civil y penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas se exigirá *de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente.*» Con anterioridad, resultaba más claro el artículo 43 LRJAE al disponer que «los particulares podrán *también* exigir a las autoridades y funcionarios civiles, cualquiera que sea su clase y categoría, el resarcimiento de los daños y perjuicios que a sus bienes y derechos hayan irrogado por culpa o negligencia graves en el ejercicio de sus cargos». Resarcimiento que obviamente había de exigirse ante la jurisdicción civil.

Véase en relación con ello las observaciones que dedican al tema F. GARRIDO FALLA en su libro conjunto con J. M.ª FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de la Ley 30/1992)*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 355-359, y R. PARADA VÁZQUEZ, *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pp. 453-454.

Por tanto, en los supuestos en los que los daños causados a los pacientes de la Sanidad pública son el resultado de la acción negligente del personal que presta sus servicios en la misma —médicos o personal sanitario en general—, el particular dañado puede optar³⁷ entre interponer una reclamación en vía civil contra el médico o personal responsable, o bien exigir a la Administración la reparación de los correspondientes daños en vía administrativa y contencioso-administrativa de acuerdo con lo previsto en el artículo 145.1 LRJAP.

En el supuesto de que se elija la segunda opción y la Administración proceda a indemnizar efectivamente los daños irrogados al particular se abre la posibilidad de que aquélla recupere la cantidad abonada mediante el ejercicio de la acción de repetición o *vía de regreso* ante la concreta persona responsable. Vía de regreso que conducirá, en definitiva, a una responsabilidad personal del médico o del profesional causante del daño.

Hoy la exigencia de responsabilidad por la Administración al personal a su servicio mediante las acciones de regreso está contemplada en los artículos 145.2 LRJAP y 19 y 21 del RD 429/1993. Para que su ejercicio sea viable se exige, como es sabido: *a)* que la Administración haya indemnizado efectivamente al particular lesionado; *b)* que la persona responsable haya incurrido en *dolo*, o bien *culpa* o *negligencia graves*; *c)* la instrucción de un expediente con audiencia del interesado. Por otro lado, la LRJAP ha introducido (art. 145.2, segundo párrafo) algunos criterios generales que la Administración debe tener en cuenta para ponderar si procede la exigencia de responsabilidad en vía de regreso: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones Públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.

En todo caso es preciso dejar constancia de que el carácter facultativo o discrecional con que ahora como antes se conciben las acciones de regreso (art. 145.2 LRJAP: «la Administración... *podrá* exigir...»; art. 42.1 LRJAE: «*podrá* la Administración exigir...») hace que no se utilicen en la práctica y que hayan constituido hasta el momento una posibilidad más teórica que real³⁸.

³⁷ Dejamos ahora al margen los supuestos en los que se ejerce la acción penal.

³⁸ En un sentido crítico con esta configuración discrecional de la acción de regreso se ha pronunciado J. LEGUINA VILLA en el vol. col. dirigido por él y por M. SÁNCHEZ MORÓN, *La nueva Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 408.

III. JURISDICCION PENAL Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION EN EL AMBITO SANITARIO PUBLICO

En su momento hicimos notar (epígrafe I) cómo la jurisdicción penal puede imponer a la Administración la reparación, con carácter subsidiario, de los daños causados por una conducta realizada en el ámbito sanitario que haya sido objeto de sanción penal.

En efecto, es bien sabido que toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente por los posibles daños consecuencia de la infracción penal (art. 19 del Código Penal) y que, en consecuencia, de todo delito o falta nace una acción penal «para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible» (art. 100 LECrim). Dicha acción civil se ejercerá normalmente ante la propia jurisdicción penal de forma conjunta con la acción penal, aunque cabe también que se opte por su ejercicio separado (art. 112 LECrim)³⁹.

Si ello sucede en relación con una conducta realizada en el ámbito de la Sanidad pública, esto es, si se ejercen conjuntamente las acciones penal y civil ante la jurisdicción penal por la conducta de un médico u otro profesional de la Sanidad pública, será dicha jurisdicción penal la que resuelva sobre la eventual existencia de responsabilidad civil en base a los preceptos del Código Penal que regulan la responsabilidad civil derivada del delito. En tal supuesto la responsabilidad civil corresponde a la persona responsable penalmente, esto es, al médico o sanitario que haya incurrido en delito o falta. Pero la Administración titular del servicio es responsable civil subsidiaria de acuerdo con el criterio general establecido en el artículo 22 del Código Penal⁴⁰, lo que significa que asumirá también la obligación de abonar las indemniza-

³⁹ Recuérdese que, de acuerdo con el artículo 111 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, «las acciones que nacen de un delito o falta podrán ejercitarse junta o separadamente, pero mientras estuviere pendiente la acción penal no se ejercitará la civil con separación hasta que aquella no haya sido resuelta en sentencia firme», añadiendo el artículo 112 del mismo cuerpo legal que «ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar».

⁴⁰ Dicho precepto, modificado por Ley 1/1991, de 7 de enero, atribuye de forma genérica una responsabilidad civil subsidiaria a las personas, entidades u organismos por los delitos o faltas en que incurran sus empleados o dependientes en el «desempeño de sus obligaciones o servicio»:

«La responsabilidad subsidiaria que se establece en el artículo anterior será también extensiva a las personas, entidades, organismos y empresas dedicadas a cualquier género de industria, por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido sus empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicio.»

ciones que procedan, pero tan sólo en caso de insolvencia del médico condenado.

Por tanto, si los Tribunales penales condenan por delito o falta a un profesional al servicio de la Sanidad pública⁴¹ impondrán a dicho profesional la indemnización de los daños causados y, de manera subsidiaria —esto es, tan sólo en el caso de insolvencia del mismo—, a la Administración titular del servicio.

Este carácter meramente subsidiario y no directo de la responsabilidad patrimonial de la Administración en los supuestos en los que hay responsabilidad penal de un empleado público ha sido criticado doctrinalmente⁴², proponiéndose que en relación con las Administraciones Públicas, el artículo 22 del Código Penal se entienda modificado por las reglas generales sobre responsabilidad patrimonial de la Administración en las que se establece el carácter *directo* de la responsabilidad de ésta por los daños causados a los particulares por el personal a su servicio (en la actualidad, art. 145.1 LRJAP). Se aduce en este sentido, con todo fundamento, que no hay ninguna razón para que la responsabilidad de la Administración sea directa cuando la acción civil se ejerce frente a ésta de manera separada a la acción penal⁴³ y sólo subsidiaria cuando se ejercen las dos acciones —civil y penal— conjuntamente ante la jurisdicción penal.

Pero el hecho es que los Tribunales penales no han sido receptivos a esta orientación doctrinal y proceden a aplicar a la Administración el artículo 22 del Código Penal en sus propios términos. En consecuencia, imponen a la Administración, tan sólo con carácter subsidiario, la obligación de reparar los daños a terceros causados con ocasión de una infracción penal cometida por el personal a su servicio.

⁴¹ Sobre responsabilidad penal de los profesionales sanitarios existe ya en nuestro país un relativamente abundante *corpus* de doctrina y jurisprudencia. Para una visión reciente del tema, *vid.* Carlos M.º ROMEO CASABONA, «Las actuaciones de los profesionales sanitarios y sus repercusiones en la esfera penal», en el vol. col. *La responsabilidad de los profesionales y de las Administraciones sanitarias*, Junta de Andalucía, Sevilla, 1994, y J. M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del médico y del sanitario*, 2.º ed., Colex, Madrid, 1994. En la jurisprudencia véase la Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 4 de septiembre de 1991 (Arz. 6021; ponente: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez), en cuyo fundamento 3.º se resume la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia.

⁴² *Vid.* L. MARTÍN REBOLLO, «Responsabilidad de la Administración», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Expropiación forzosa*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 432-433, y «Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad», p. 2810. También J. LE GUINA VILLA, *La nueva Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas*, p. 404, y A. PE-REIRA DE ANDRADE, «Ejercicio de los derechos y reclamaciones de los usuarios», *op. cit.*, pp. 699 y ss.

⁴³ En el caso de una actuación imputable a la Administración, la «acción civil» a la que se refieren los artículos 111 y 112 LECrim se traduce en la reclamación en vía administrativa y, en su caso, contencioso-administrativa a la que se refiere la LRJAP, respondiendo la Administración *directamente* por los daños causados por el personal a su servicio en los términos del artículo 145.1 LRJAP (también puede traducirse dicha acción civil en una reclamación frente al funcionario responsable ante la jurisdicción civil).

Y tampoco en la jurisdicción contencioso-administrativa ha tenido eco este planteamiento doctrinal, como lo muestra la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1992⁴⁴, producida precisamente a propósito de un supuesto de sanción penal a un médico al servicio de la Sanidad pública.

Creo oportuno reparar en el contenido de este último pronunciamiento judicial porque resulta especialmente ilustrativo. Se trataba concretamente de un supuesto en el que la actuación de un médico al servicio del INSALUD había sido objeto de una sentencia penal que le condenó por un delito de imprudencia con resultado de muerte a la pena correspondiente y a satisfacer a los herederos de la persona fallecida, en concepto de responsabilidad civil, la cantidad de tres millones de pesetas. Dicha sentencia penal precisó también que en caso de insolvencia del médico el pago de dicha suma correspondería al INSALUD como responsable civil subsidiario. Además, el Tribunal penal acordó que a efectos de ejecución de la sentencia el INSALUD procediera a practicar en los haberes mensuales del médico la retención de la cantidad permitida por el artículo 1.451 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Tales retenciones fueron efectivamente practicadas por el INSALUD, y frente a las mismas reclamó el médico afectado en vía administrativa y contencioso-administrativa pidiendo la devolución de las cantidades retenidas. Petición que se amparaba, según se indica en la propia STS de 17 de julio de 1992, en la afirmación de que

«la Administración debe responder directamente (arts. 106.2 de la Constitución y 40 de la LRJAE) por el daño causado, que lo fue en consecuencia del ejercicio profesional del apelante [el médico] al servicio de la Seguridad Social».

La pretensión en cuestión sería rechazada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, la cual confirmó el criterio de que la responsabilidad civil del INSALUD en estos casos es subsidiaria, y, por tanto, solamente exigible en caso de insolvencia del responsable principal, y afirmó que la Administración al llevar a cabo las retenciones acordadas por el Tribunal penal no hizo otra cosa que colaborar con el Tribunal competente en la ejecución de una sentencia penal⁴⁵.

De este modo vino a confirmarse también en la jurisprudencia contencioso-administrativa el carácter meramente subsidiario de la responsabilidad de la Administración en los supuestos de condena penal a

⁴⁴ Arz. 6475. Ponente: Eladio Escusol Barra.

⁴⁵ Vid. fundamento 2.º de la Sentencia de 17 de julio de 1992.

los médicos o a cualquier otra persona al servicio de la Administración Pública.

Parece, por tanto, que no cabe esperar que los Tribunales introduzcan un cambio en este punto por vía interpretativa y que será preciso que se produzca una modificación en el Código Penal para introducir un régimen distinto de la responsabilidad patrimonial de la Administración en supuestos de condena penal a un empleado público. Modificación que por cierto se proponía en el Proyecto de Código Penal de 1992 remitido por el Gobierno a las Cortes Generales en la anterior legislatura ⁴⁶ y cuya aprobación por las Cortes no se llegó a producir por la terminación anticipada de la misma. En el artículo 122 de dicho Proyecto se establecía, en efecto, el carácter directo de la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños causados como consecuencia de las acciones penalmente sancionadas de los empleados públicos en el ejercicio de sus funciones ⁴⁷.

El nuevo Proyecto de Código Penal remitido recientemente por el Gobierno a las Cortes ⁴⁸ incorpora, en cambio, un criterio más matizado que viene a operar una distinción según la modalidad delictiva, al establecer (art. 121) la responsabilidad subsidiaria de la Administración por las infracciones penales *dolosas* que cometan sus funcionarios. De los delitos o faltas culposos no se dice nada, lo que significa, a mi juicio, que operará en relación con ellos el criterio general de la legislación administrativa estableciendo la responsabilidad directa de la Administración por los daños causados por el personal a su servicio. Este será, por tanto, el criterio a aplicar en el ámbito sanitario —dado el carácter culposos que, salvo supuestos muy excepcionales, tienen los de-

⁴⁶ Publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie A, núm. 102-1, 23 de septiembre de 1992.

⁴⁷ El primer párrafo de dicho artículo establecía que

«el Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia o el Municipio y demás entes públicos, según los casos, responden patrimonial y directamente de los daños causados por los penalmente responsables de delitos o faltas, cuando éstos sean autoridades, agentes de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones y en el cumplimiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados».

Por otro lado, la formulación que contenía dicho artículo 122 no sólo eliminaba el carácter meramente subsidiario de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en estos supuestos, sino que además venía a suprimir la competencia de la jurisdicción penal para declararla: según disponía su segundo párrafo, esa responsabilidad patrimonial directa de la Administración «habrá de exigirse directamente de la Administración responsable por el procedimiento establecido en su legislación propia». Ello implicaba a la postre la imposibilidad de ejercer conjuntamente ante la jurisdicción penal contra el funcionario y la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración. Esta última quedaba reconducida en todo caso —también en supuestos de infracción penal de un empleado público— a la vía administrativa y contencioso-administrativa regulada en la legislación administrativa.

⁴⁸ *Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A, núm. 77-1, 26 de septiembre de 1994.

litos o faltas que se cometen en dicho ámbito— de aprobarse la regla aludida tal como figura en el Proyecto ⁴⁹.

En todo caso, debemos subrayar que el carácter subsidiario que hoy por hoy tiene la responsabilidad patrimonial de la Administración en casos de infracción penal de un empleado público tiene gran trascendencia en el ámbito sanitario, dada la proliferación que han experimentado últimamente las acciones penales por negligencia médica en supuestos en los que lo que importa en el fondo es conseguir el resarcimiento económico de los daños sufridos ⁵⁰. En estos casos son los médicos los que responden personalmente con su patrimonio de las indemnizaciones que imponga el Tribunal penal, y fácilmente puede comprenderse que frecuentemente no será fácil para tales Tribunales penales resolver adecuadamente a la vez la cuestión de la responsabilidad penal del médico —necesariamente basada en la reprochabilidad de su conducta con una culpa penalmente relevante y en la que opera el principio *pro reo*— y las exigencias de una adecuada y justa indemnización a las víctimas de determinados riesgos que genera el sistema sanitario público —para cuyo otorgamiento es preciso situarse muchas veces en una perspectiva *pro damnato*, con apoyo en criterios de solidaridad social más que de estricta culpabilidad ⁵¹.

⁴⁹ El texto que figura como contenido del artículo 121 del Proyecto es el siguiente:

«El Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia, la Isla o el Municipio y demás Entes Públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de delitos o faltas dolosos cuando éstos sean autoridad, agentes de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones y en el cumplimiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, si resulta probada la relación directa y exclusiva entre su conducta y el servicio público de que se trate, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la Autoridad, agente de la misma o funcionario público, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o Ente público presuntamente responsable civil subsidiario.»

La formulación contenida en este precepto implica que seguirá siendo admisible el ejercicio conjunto ante la jurisdicción penal de la acción penal contra el funcionario público y de la acción de responsabilidad civil o patrimonial, acción esta última que, de ejercerse ante la jurisdicción penal, deberá dirigirse a la vez contra el funcionario y contra la Administración. Pero el régimen de la responsabilidad patrimonial de ésta será distinto en función del carácter doloso o culposo que tenga el delito o falta por el que se condene al funcionario: en el primer caso el Tribunal penal impondrá la responsabilidad civil al funcionario sancionado penalmente, y a la Administración correspondiente tan sólo con carácter subsidiario; en el segundo supuesto —delito o falta de carácter culposo— se impondrá a la Administración de modo directo el deber de resarcimiento (de modo que no responderá el funcionario personalmente, salvo el ejercicio de la vía de regreso por la Administración conforme a lo previsto en la legislación administrativa).

⁵⁰ En ello ha insistido el Presidente de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Enrique RUIZ VADILLO («La responsabilidad de la Administración y de los profesionales sanitarios», en el vol. col. *I Congreso Derecho y Salud*, Comunidad de Madrid, Madrid, 1993, pp. 105 y ss., 109-110, 117 y 138).

⁵¹ Es obvio que en estos casos una condena penal del médico, por leve que sea, podrá conllevar unas consecuencias indemnizatorias de gran envergadura, desproporcionadas con la sanción penal, pues los daños pueden ser importantes aunque la culpa sea leve. Y que, de otra par-

Este estado de cosas contribuye a explicar que en los últimos años se haya propiciado desde la propia Administración sanitaria la contratación de pólizas de seguros que cubren las posibles indemnizaciones que se impongan a los médicos de la Sanidad pública como consecuencia de daños causados en el ejercicio de sus funciones⁵². De consolidarse y generalizarse esta fórmula se llegará a producir una socialización de los riesgos generados por el sistema sanitario público por una vía distinta a la que ofrece la propia responsabilidad patrimonial de la Administración.

te, una absolución del médico dejará sin indemnización a la víctima del daño (la cual tendrá que iniciar con posterioridad a la sentencia penal otra vía distinta a la penal para ejercer la acción de reparación).

L. MARTÍN REBOLLO («Responsabilidad de la Administración», *op. cit.*, p. 433) ha apuntado a los problemas de confluncia de la acción penal y pretensión resarcitoria en estos supuestos en los siguientes términos:

«ante la realidad de una mayor lentitud de la jurisdicción contencioso-administrativa se puede observar el intento de la representación de las víctimas de anudar una responsabilidad penal, aunque sea una falta, para lograr así en breve plazo una responsabilidad civil, aunque sea subsidiaria, de las Administraciones Públicas. Los propios tribunales, a veces, apuran la calificación de una conducta como constitutiva de delito o, sobre todo, falta, no tanto por la condena penal, a veces ínfima, cuanto para hacer derivar la responsabilidad civil y evitar al dañado el peregrinaje jurisdiccional. Pero esta “solución” plantea otros problemas, porque no evita al funcionario toda suerte de complicaciones hasta que, ante su insolvencia, la Administración se hace cargo de la responsabilidad subsidiaria».

⁵² La posibilidad de la contratación de tales pólizas fue legalmente autorizada mediante un precepto incluido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1991 (Disposición Adicional 6.ª de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre). Dicho precepto estableció lo siguiente:

«Contratación de seguros de responsabilidad civil. Se podrán concertar seguros que cubran la responsabilidad civil profesional del personal al servicio de la Administración del Estado, de sus Organismos Autónomos, de las Entidades Gestoras y de los Servicios Comunes de la Seguridad Social en los que concurran circunstancias que hagan necesaria dicha cobertura.

La determinación de las funciones y contingencias concretas que se consideren incluidas en el ámbito del párrafo anterior corresponderá al titular del Departamento, Entidad o Servicio correspondiente.»

Sobre la base de esta autorización legal el INSALUD aseguró la responsabilidad civil de los médicos a su servicio mediante la firma de un contrato con una compañía aseguradora por una prima anual de 225 millones de pesetas. El texto del contrato puede verse en A. PEREIRA DE ANDRADE, *Ejercicio de los derechos y reclamaciones de los usuarios*, pp. 962 y ss.

También en el ámbito de las Comunidades Autónomas se ha recurrido a la fórmula del aseguramiento de la responsabilidad civil. Véanse algunas referencias al caso de Cataluña en la intervención de J. ROMÀ I RODRÍGUEZ en la mesa redonda sobre «El aseguramiento de la responsabilidad de los profesionales sanitarios y de las administraciones sanitarias», en el vol. col. *La responsabilidad de los profesionales y de las Administraciones sanitarias*, cit., pp. 185 y ss.

El aseguramiento de los riesgos en el ámbito sanitario ha sido defendido desde diversos puntos de vista. Desde la perspectiva doctrinal, véase C. ROMEO CASABONA, *El médico ante el Derecho*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1985, pp. 118-119. En el ámbito judicial, *vid.* E. RUIZ VADILLO, *La responsabilidad de la Administración*, pp. 121-122, 138. Sobre la posición de los médicos al respecto véanse las indicaciones de José M.ª BELTRÁN I SOLER en la citada mesa redonda sobre «El aseguramiento de la responsabilidad...», cit., pp. 173 y ss.

IV. JURISDICCION CIVIL Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION EN EL AMBITO SANITARIO PUBLICO

De acuerdo con las ideas más atrás defendidas (epígrafe II.1), la jurisdicción civil carece en principio de competencia para conocer de las pretensiones de resarcimiento dirigidas frente a la Administración por daños causados a los pacientes con ocasión de la prestación de los servicios sanitarios: la jurisdicción competente para ello es la contencioso-administrativa, y la tesis de una competencia de la jurisdicción civil, que ya era difícilmente sostenible con la anterior regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración (contenida en la LEF y en la LRJAE), ha quedado privada, tras la aprobación de la LRJAP, de toda apoyatura legal.

La jurisdicción civil es competente, por tanto, si la acción de responsabilidad se dirige personalmente contra el médico o profesional sanitario que opera en la Sanidad pública con fundamento en los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil, pero no si se dirige contra la Administración con apoyo en los artículos 139 y siguientes LRJAP.

Ahora bien, en la práctica ha sucedido que los Tribunales civiles han venido conociendo de pretensiones indemnizatorias dirigidas contra las Administraciones sanitarias y, en particular, contra el INSA-LUD. Es más, la abundancia de pronunciamientos de esta jurisdicción revela que los reclamantes han preferido esta vía a la contencioso-administrativa.

Hoy, tras la unificación, en lo sustantivo y en lo jurisdiccional, del régimen de la responsabilidad patrimonial operada por la LRJAP, ya no resulta sostenible, como hemos señalado, la tesis de la competencia de la jurisdicción civil, pues resulta ya irrelevante a estos efectos que nos encontremos ante «relaciones de Derecho privado», como reiteradamente se ha sostenido desde la jurisdicción civil. Pero sigue existiendo una posibilidad de reconducir hacia la jurisdicción civil las pretensiones de resarcimiento dirigidas contra la Administración, que no es otra que demandar conjuntamente al funcionario y a la Administración, en la materia que nos ocupa al médico y al INSA-LUD o Administración titular del servicio. En estos supuestos los Tribunales civiles afirman su competencia sobre la base de la necesidad de no dividir la continencia de la causa y en la idea de la posibilidad de que se produjeran pronunciamientos contradictorios si distintos órdenes jurisdiccionales conocieran separadamente de la responsabilidad del funcionario y de la Administración.

Esta vía para justificar la competencia de la jurisdicción civil no ha sido, obviamente, eliminada por la LRJAP, razón por la cual cabe es-

perar que se sigan produciendo en el futuro pronunciamientos de los Tribunales civiles sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones sanitarias si los reclamantes siguen optando, como sucede con frecuencia en la actualidad, por demandar conjuntamente ante la jurisdicción civil al profesional responsable y a la Administración sanitaria ⁵³.

Es por ello que, a pesar de la corrección de la afirmación con la que iniciábamos este epígrafe, no puede exponerse cabalmente la responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario sin una referencia a esta importante presencia de la jurisdicción civil en supuestos de daños causados a los pacientes con ocasión de la prestación de servicios por el sistema sanitario público.

La cuestión más importante que a mi modo de ver se plantea en relación con ello no es otra que la del Derecho material a aplicar por la jurisdicción civil en sus decisiones sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones sanitarias. ¿Qué reglas sustantivas aplicará: el régimen de responsabilidad establecido en los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil, basado en principio, como es sabido, en el requisito subjetivo de la culpa, o el sistema objetivo contemplado en los preceptos que regulan la responsabilidad patrimonial de la Administración?

Al respecto parece que inicialmente habría que decir que los Tribunales civiles aplicarán el régimen de responsabilidad civil extracontractual regulado en el Código Civil, ya que el fundamento de la acción que se sigue ante ellos es precisamente el ofrecido por las reglas establecidas en el mismo. Sin embargo, un estudio de la más reciente jurisprudencia civil producida en supuestos de responsabilidad en el ámbito sanitario público conduce a modificar esta idea inicial.

Sucede, en efecto, que no son infrecuentes últimamente las sentencias que absuelven al médico demandado por entender que no hubo negligencia por parte del mismo y, sin embargo, condenan a la Administración (el INSALUD en la mayoría de los supuestos) a indemnizar los perjuicios causados al paciente, a pesar del reconocimiento de la ausencia de una actuación culposa. Con ello se observa que se está llegando a pautas objetivas o cuasi-objetivas en la apreciación de la responsabilidad de la Administración sanitaria por la jurisdicción civil, de

⁵³ La situación cambiaría si llegara a prosperar la versión del artículo 3.b) LJ, que se ha incorporado a un borrador de nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa elaborado por el Ministerio de Justicia e Interior en junio de 1994. Según dicha versión, la jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de:

«b) Las cuestiones que se susciten sobre responsabilidad patrimonial de la Administración pública, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que aquélla derive, *incluidos los supuestos en que hayan concurrido a la producción del daño sujetos privados. En ese último caso la Administración pública no podrá ser demandada ante los órganos del orden jurisdiccional civil.*»

hecho próximas a las que resultarían si tal responsabilidad se exigiera ante la jurisdicción contencioso-administrativa en base a los artículos 139 y siguientes LRJAP.

Esta tendencia de la jurisprudencia civil hacia una responsabilidad objetiva de la Administración sanitaria se inició con una sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1987 (Arz. 9511), y se ha confirmado últimamente, a partir de 1992, tanto en sentencias dictadas por el Tribunal Supremo como por los Tribunales inferiores⁵⁴.

Para valorar debidamente esta doctrina jurisprudencial es preciso tener en cuenta que en materia de responsabilidad médica nuestra jurisprudencia civil se ha mantenido fiel a los principios tradicionales de la responsabilidad extracontractual, según los cuales se exige el requisito subjetivo de la actuación culposa del agente causante del daño, sin que, a diferencia de otros ámbitos, se haya producido una evolución hacia la objetivación de la responsabilidad. En efecto, en materia de responsabilidad profesional de los médicos, la jurisprudencia civil sigue exigiendo que el reclamante pruebe que el médico actuó de manera negligente y que existe una relación de causalidad entre la actuación médica y el resultado dañoso, de manera que queda descartada toda responsabilidad de carácter más o menos objetivo o la responsabilidad por riesgo⁵⁵. En el mantenimiento de este criterio por la jurisprudencia civil pesan sin duda las propias características de la actividad médica, que en muchos casos no puede asegurar un resultado curativo, siendo inevitable un componente de aleatoriedad en la misma⁵⁶, así como también el peligro de que una objetivación de la res-

⁵⁴ Véase el trabajo de R. de ANGEL YAGÜE «La responsabilidad civil de los profesionales y de las administraciones sanitarias» (en el vol. col. *La responsabilidad de los profesionales*, pp. 37 y ss.), en cuyas pp. 59-70 se contiene una amplia referencia a diversos pronunciamientos tanto del Tribunal Supremo como de Tribunales inferiores, en los que se ha manifestado esta orientación.

⁵⁵ Vid. al respecto J. M.ª FERNÁNDEZ HIERRO, *La responsabilidad civil médico-sanitaria*, Aranzadi, Pamplona, 1984, en particular pp. 123 y ss.; C. M.ª ROMEO CASABONA, *El médico ante el Derecho*, cit., pp. 111 y ss.; L. MARTÍNEZ CALCERRADA, *Derecho médico*, I; *Derecho médico general y especial*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 174 y ss., y R. de ANGEL YAGÜE, «La responsabilidad civil...», cit., pp. 41 y ss.

La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1993 (*Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 31, pp. 293 y ss.) ratifica y resume la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia en los siguientes términos:

«Para que pueda surgir la responsabilidad del profesional sanitario o del centro hospitalario de que aquél depende, como consecuencia del tratamiento aplicado a un enfermo, se requiere ineludiblemente que haya intervenido culpa o negligencia por parte del facultativo que realizó el acto médico o clínico enjuiciado, ya que en la valoración de la conducta profesional de los médicos y sanitarios en general queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida para los daños de otro origen, siendo imprescindible que a la relación causal, material o física haya de sumarse el reproche culpabilístico, que puede manifestarse a través de una negligencia omisiva en la aplicación de un medio curativo o, más generalmente, en la existencia de una acción culposa o negligente en tal aplicación.»

⁵⁶ En el trabajo citado de DE ANGEL se apuntan (pp. 45-46) las ideas que justifican esta opción de la jurisprudencia civil a favor de mantener la actividad profesional sanitaria dentro de

ponsabilidad pueda conducir hacia una alteración de la propia práctica médica en la que se evite a toda costa cualquier riesgo ante la amenaza del ejercicio de acciones de responsabilidad contra el médico⁵⁷.

En cambio, cuando se trata de juzgar sobre la responsabilidad no de un concreto profesional, sino de la institución pública sanitaria en cuyo marco actúa, se produce, como hemos apuntado, un ostensible cambio de orientación.

Puede observarse así que la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo condena a la Administración a indemnizar en supuestos en los que no concurre una negligencia médica y el concreto origen causal del daño no está del todo perfilado, pero se ha detectado —según sus propias palabras— un «conjunto de posibles deficiencias asistenciales» o un «defectuoso funcionamiento de sus servicios», deficiencias a las que se alude en términos ambiguos y sin terminar de precisar qué es lo que no ha funcionado correctamente. Se aduce también, para justificar la responsabilidad en estos supuestos, el carácter público de la entidad titular de los servicios, con expresa mención de los artículos 41, 43 y 106.2 del texto constitucional y del artículo 40 LRJAE, y la nece-

los planteamientos tradicionales en materia de responsabilidad, al margen, por tanto, de la tendencia general objetivadora que puede observarse. Sobre la base de la idea de que la obligación del médico es una obligación de medios y no de resultado, el Tribunal Supremo se refiere a las propias características de la actividad médica en las que está presente siempre un componente aleatorio, con complicaciones o reacciones del paciente imprevisibles y ajenas a la correcta actuación del médico. Por otra parte, el Tribunal Supremo aduce que un sistema de responsabilidad objetiva del médico «tanto supondría como el cercenar su actuar, pues que lógicamente se inhibiría de hacerlo, con evidente perjuicio para el paciente y la sociedad en general».

DE ANGEL cita por otro lado (*op. cit.*, pp. 66-67) una Sentencia de 3 de junio de 1992 de la Audiencia Provincial de Santander, en la que se razona sobre este punto en los siguientes términos:

«no parece hoy adecuado pretender una responsabilidad objetiva del médico, ni siquiera en la confianza en la ficción de que la posible condena, de carácter económico, recaería en definitiva en mecanismos de seguridad social representados por una compañía de seguros y bajo la justificación humanitaria de que toda víctima sea siempre indemnizada.

Quienes así opinan olvidan que, amén de la condena de carácter económico, sobre todo se produce una condena moral y profesional atentatoria a la dignidad y prestigio del facultativo, la cual no se puede producir impunemente sin la constancia de una conducta negligente o impropia de su profesión. Pero además, a nuestro juicio, supondría un trato discriminatorio respecto a otros profesionales o trabajadores de muy difícil justificación».

⁵⁷ Es lo que ha venido a suceder en los Estados Unidos, donde se viene hablando del ejercicio de una «Medicina defensiva» en la que lo que prima es la autodefensa del médico. *Vid.* sobre ello Guido CALABRESI, «Funzione e struttura dei sistemi di responsabilità medica», en el vol. col. *La responsabilità medica*, Giuffrè, Milán, 1982, pp. 43 y ss., 60-61; trabajo en el que se observa que un sistema de responsabilidad cuasi-objetiva ha conducido allí a una situación en la que la protección de la salud del paciente no mejora, sino que empeora, dado que las opciones médicas adoptadas se desvían hacia aquellas en las que la responsabilidad es poco probable. También sobre el tema, entre nosotros, R. de ANGEL («La responsabilidad civil...», *op. cit.*, p. 40), donde se alude al incremento que han experimentado en los Estados Unidos los análisis y pruebas diagnósticas, más allá de los límites que pueden considerarse razonables —lo que viene a encarecer artificialmente el funcionamiento del sistema de salud—, así como también al formidable aumento que han experimentado las cesáreas como fórmula de evitar los riesgos del parto natural.

sidad de tener en cuenta la *aequitas* que postula una justa indemnización de las víctimas, así como la «realidad social» como criterio de interpretación de las normas.

Es el caso de las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1987 (Arz. 9511) y 4 de noviembre de 1992 (Arz. 9199).

La primera de ellas se produjo a propósito de una lesión de ceguera en ambos ojos causada por la administración de suero en defectuosas condiciones. La sentencia absuelve al profesional demandado (el farmacéutico del hospital que había preparado el suero), pero no al INSALUD, porque del relato de los hechos que dieron lugar a la lesión se deduce que hubo, a juicio del Tribunal, un «conjunto de posibles deficiencias asistenciales, no descartables, en esos complejos centros sanitarios en los que la prestación de las atenciones de este tipo se opera por diversos profesionales no sólo de la medicina [...], sino incluso de distintas categorías (doctores, médicos, ATS, enfermeros, fisioterapeutas, etc.)»⁵⁸. Lo cual conduce a la Sala a condenar al INSALUD y al hospital en el que tuvo lugar la prestación sanitaria «como responsables directos del funcionamiento, en este caso anormal y reprochable, de sus actividades sanitarias, pero no autoriza a imputar culpa alguna al recurrente, como preparador del suero cuestionado»⁵⁹.

Por su parte, la Sentencia de 4 de noviembre de 1992 confirmó plenamente esta orientación. En ella el Tribunal Supremo ratificó el fallo de la Audiencia Provincial que absolvía a la anestesista demandada y condenaba al INSALUD y al Principado de Asturias como entidades titulares del servicio. En esta ocasión⁶⁰, la Sala identifica la existencia de

⁵⁸ Como pórtico de esta afirmación realiza el Tribunal la siguiente declaración de alcance general:

«en materia de responsabilidad, y muy especialmente cuando su causa originadora se encuentra en esos complejísimos establecimientos asistenciales dirigidos a la atención sanitaria de cada vez más amplios grupos de población, para inquirir cuál pueda ser la de alguno o varios de sus miembros se hace preciso acudir a una interpretación no sólo lógica, sino también sociológica de los preceptos reguladores de dicha institución, sin olvidar el soporte de la *aequitas* aquí siempre conveniente, y en todo momento, con la atención puesta en la realidad social de nuestro tiempo, como tiene declarado reiteradamente esta Sala».

⁵⁹ A la hora de precisar el concreto origen causal del daño, el Tribunal Supremo se expresa con cautela. Tras señalar que hay datos que revelan una «no muy ortodoxa organización asistencial» del centro sanitario observa:

«Igualmente, aparece que el preparado farmacéutico en cuestión lo fue adecuadamente, y que el mismo “... se enturbió, es decir, presuntamente precipitó...”. Es evidente, por tanto, que habiendo salido el suero, al parecer, en buenas condiciones de la esfera profesional del farmacéutico para entrar en la de quienes habían de aplicarlo, sería en ese marco en el que el enturbiamiento o precipitación debiera observarse.»

⁶⁰ Según el relato fáctico que se contiene en el fundamento 1.º de esta sentencia, se trataba de una demanda deducida por los padres de un menor que había sido asistido en el hospital «Monte del Naranco», dependiente del Principado de Asturias, en el cual había sido ingresado a instancias del INSALUD. En dicho hospital fue operado de una «ostecondritis», operación en cuyo curso, y como consecuencia de unas anomalías relacionadas con el sistema de anestesia,

«unas negligencias no médica ni instrumentalmente particularizables, ni, por tanto, susceptibles de individualización, sino generalizadas y, por tanto, imputables al INSALUD y al Principado de Asturias [...] como titular del Hospital “Monte Naranco”, cuya responsabilidad queda plasmada en esa abstracta o indeterminada frase “conjunto de posibles deficiencias asistenciales” que señala la Sala a quo, comunicación de defectos o irregularidades tanto subjetivos como instrumentales que se canaliza, lógicamente, hacia las entidades de quienes dichos servicios y profesionales dependen, como responsable in genere y al menos en último grado, cuando no otra atribución fuere posible existiendo faltas, defectos o negligencias en el funcionamiento (en este caso anormal y reprochable) de sus actividades hospitalarias o sanatorias».

A lo que se añade a continuación lo siguiente:

«se hacen estas indicaciones porque en unos organismos sanitarios como los actuales, montados en la generalidad de los casos, cual aquí acontece, sobre los esquemas de la Seguridad Social, son dichos entes los responsables, en supuestos como los en este recurso ofrecidos, de los defectos del sistema, de la instrumentación y del funcionamiento, en fin, cuando de ello puedan resultar daños o perjuicios para los asistidos en [los] referidos centros, dado que además los mismos son, según la doctrina más generalizada de los autores, así como de esta Sala, personas jurídicas de Derecho público (para-estatales o para-comunitarias), en cuanto dependientes o conectadas íntimamente con el Estado o las Comunidades, razón por la cual es también de tener en cuenta en orden a la atribución de esta responsabilidad los artículos 41, 43 y 106.2 CE, así como lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley de Ré-

el menor falleció a pesar de los esfuerzos realizados por el equipo médico que le atendía. Los padres demandantes dirigieron su acción contra el INSALUD y el Principado de Asturias, así como contra la anestesista.

Si se lee el fundamento 2.º de esta sentencia se observa que en realidad la causa concreta de la muerte no había sido determinada con precisión. En efecto, el Tribunal reproduce una parte del contenido de la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo —objeto del recurso de casación que se resuelve—, a cuyo tenor

«su causa u origen [del fallecimiento] ha de atribuirse, de acuerdo con los informes médicos aludidos, bien a la existencia de una enfermedad cardíaca previa, no detectada en los estudios preoperatorios realizados en el Ambulatorio de la Seguridad Social y en el propio Centro en el que fue intervenido, bien en una disminución en el aporte de oxígeno, no apreciada inmediatamente por fallo de la sirena de alarma o de algún otro mecanismo de la instalación existente en el quirófano, o bien, finalmente, porque en el curso de la artroscopia que se realizaba se produjo una embolia gaseosa, circunstancias que revelan que en la asistencia dispensada al menor por parte del INSALUD y del Hospital Monte Naranco no fue completa la diligencia, siendo “el conjunto de posibles deficiencias asistenciales” el originador del daño».

gimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, que por cierto dio una nueva dimensión al artículo 1.903 CC, preceptos todos ellos para cuya aplicación en estos casos, a la vez que para la exégesis de los artículos 1.902 y 1.903 CC, es de tener en cuenta el artículo 3.1 CC en orden a la interpretación de las normas en relación con "la realidad social del tiempo en que hayan de ser aplicadas"»⁶¹.

Con la doctrina que se consagra en estas sentencias⁶² se viene a producir en la jurisprudencia civil una clara escisión entre la responsabilidad personal del médico, cuya declaración está condicionada a la prueba de una concreta actuación negligente del médico causante del daño, y la responsabilidad de las Administraciones sanitarias, que en la práctica tiende a incardinarse claramente en los moldes objetivos que presiden la regulación de la responsabilidad en el Derecho administrativo⁶³.

⁶¹ El Tribunal Supremo no es particularmente explícito a la hora de describir esa «realidad social» que postula una interpretación objetivista de las reglas sobre responsabilidad civil cuando se aplican a las Administraciones sanitarias.

A juicio de Eugenio LLAMAS POMBO (en su comentario a la Sentencia de 4 de noviembre de 1992, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 30, pp. 998 y ss., 1001-1002), a la vista de la Sala Primera del Tribunal Supremo está la idea de que cuando la actividad médica se desarrolla en esos «complejíssimos establecimientos asistenciales» —expresión que utiliza la Sentencia de 16 de diciembre de 1987— se produce toda una interrelación de actividades en las que es muy difícil acreditar cuál fue la concreta acción u omisión culpable causante del daño, de modo que la demostración de la culpa y de la causalidad con arreglo a los esquemas tradicionales puede llegar a convertirse en una verdadera prueba diabólica.

⁶² Dentro de la misma orientación cabe citar también a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1992 (Arz. 1427). En ella se enjuició un supuesto planteado por el fallecimiento de un paciente que venía padeciendo una bronquitis crónica y que, debido a su agravamiento, fue ingresado en un hospital del INSALUD. Allí sufrió un proceso grave de neumonía causado por un virus intrahospitalario a consecuencia del cual falleció. La viuda demandó al médico que lo atendió, que permitió que se introdujera al enfermo en una habitación donde se encontraba otro paciente con una neumonía contagiosa, y al INSALUD. La sentencia de la Audiencia Provincial absolvió al médico demandado, pero condenó al INSALUD a pagar la indemnización solicitada por la viuda. Frente a dicha sentencia el INSALUD recurrió en casación al Tribunal Supremo alegando que no había existido negligencia alguna por parte del médico al servicio del INSALUD —negligencia que la sentencia de la Audiencia Provincial descartaba plenamente—, y que no existía nexo causal entre la enfermedad que el paciente contrajo en el hospital y su posterior fallecimiento.

El recurso sería rechazado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de febrero de 1992. En ella se indicaba que la sentencia recurrida condenaba al INSALUD por «un defectuoso funcionamiento de sus servicios», aunque no se hubiera podido precisar «el elemento personal causante directo del mismo», razón por la cual el INSALUD respondía por hecho propio —art. 1.902 del Código Civil— y no por hecho ajeno —art. 1.903 del Código Civil, cuya infracción había sido erróneamente invocada.

⁶³ Ricardo de ANGEL («La responsabilidad civil...», *op. cit.*, pp. 68-69) alude a otras líneas argumentales —distintas a las que figuran en las Sentencias de 16 de diciembre de 1987 y de 4 de noviembre de 1992, y que hemos apuntado en el texto— que aparecen también en la jurisprudencia civil para justificar esta orientación objetivista en la responsabilidad de los servicios sanitarios públicos. Se cita así en algún caso el artículo 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984, de 19 de julio), cuyo apartado 1 establece criterios

V. JURISDICCION SOCIAL Y RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS CAUSADOS A LOS PACIENTES EN LOS CENTROS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Pero también el orden jurisdiccional social ha venido asumiendo un papel en la materia que nos ocupa al afirmar su competencia para conocer de las reclamaciones de indemnización por daños causados con ocasión de la prestación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social⁶⁴. Con ello se cierra el círculo de las competencias jurisdiccionales sobre responsabilidad patrimonial de la Administración en materia sanitaria, que ofrece así un panorama ciertamente complejo en el que concurren los cuatro órdenes jurisdiccionales.

Para justificar esta competencia sobre la materia, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo subraya que la asistencia sanitaria en estos casos se presta en el ámbito de una relación de aseguramiento que vincula a la Seguridad Social con sus titulares y beneficiarios, y considera equiparable a efectos jurisdiccionales los supuestos en que el beneficiario exige la prestación sanitaria misma (o el reintegro de los gastos realizados por la utilización de los servicios ajenos a la Seguridad Social en los casos reglamentariamente autorizados) a aquellos en que se exigen «las consecuencias de la prestación asistencial deficiente», esto es, la indemnización de los daños derivados de la asistencia sanitaria⁶⁵.

de responsabilidad objetiva que son aplicables, según su apartado 2, en una serie de supuestos entre los que se incluyen los *servicios sanitarios*. O se esgrime el principio de igualdad en la aplicación de la Ley, que no consentiría que ante otras jurisdicciones —la contencioso-administrativa y la social— las Administraciones sanitarias respondan con criterios objetivos y no así, en cambio, cuando la cuestión se plantea ante la jurisdicción civil.

⁶⁴ Véase la afirmación de esta competencia en las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1982 (Arz. 6848), 23 de septiembre de 1985 (Arz. 4348), 6 de octubre y 12 de diciembre de 1989 (Arz. 7119 y 8955 respectivamente), 24 de abril de 1990 (Arz. 3486), 5 de junio de 1991 (Arz. 5131) y 20 de abril de 1992 (Arz. 2662).

⁶⁵ Véase el fundamento 5.º de la Sentencia de 24 de abril de 1990.

Obviamente esta idea no cabe invocarla cuando la atención sanitaria se realiza a favor de personas que no están incluidas dentro de la acción protectora de la Seguridad Social. La propia Sentencia de 24 de abril de 1990 subraya expresamente (fundamento 5.º) esta distinción: «la solución a arbitrar será una cuando el beneficiario sea persona protegida por el sistema de la Seguridad Social (arts. 2 y 7 de la Ley General de la Seguridad Social), y otra diferente cuando sea un ajeno a la acción protectora de la misma, aunque tenga plenitud del derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 de la Constitución y regulado por los artículos 1 y siguientes de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad...».

Lo que significa, en definitiva, que la afirmación de la competencia de la jurisdicción social sólo alcanza a los supuestos en los que el paciente es persona incluida en el ámbito de aplicación de la acción protectora de la Seguridad Social, pero no en otros supuestos (las personas sin recursos económicos suficientes a las que se atiende de acuerdo con lo previsto en el art. 80 de la Ley General de Sanidad y en el RD 1088/1989, de 8 de septiembre, y aquellas otras sin derecho a la asistencia que utilicen los servicios sanitarios como enfermos de pago de acuerdo con lo previsto en el art. 16 de la Ley General de Sanidad).

En base a ello entiende que la reclamación del resarcimiento de daños en estos supuestos constituye una cuestión litigiosa promovida «en materia de Seguridad Social», competencia, por tanto, de la jurisdicción social de acuerdo con lo que previene hoy el artículo 2.b) de la Ley de Procedimiento Laboral⁶⁶.

Esta tesis de la jurisdicción social favorable a su propia competencia sobre la materia ha propiciado la utilización de una inesperada vía procesal de exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración en materia sanitaria ajena tanto a la reclamación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, como a la acción ante la jurisdicción civil. Una vía de exigencia de responsabilidad que ha sido de frecuente utilización sin duda por razones de orden práctico, como son la mayor rapidez de los procesos en el orden jurisdiccional social o la mayor generosidad de esta jurisdicción a la hora de otorgar indemnizaciones.

Personalmente debo decir que no me parece consistente el planteamiento sostenido por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al afirmar que las reclamaciones de los pacientes con ocasión de los daños causados por la prestación de la asistencia sanitaria constituyan un litigio «en materia de Seguridad Social» y comparto los reparos que esta tesis ha suscitado en la doctrina. Creo que es acertada en particular la crítica formulada por SERRANO ALONSO, quien subraya en particular que

«la asunción por parte de la Administración del servicio público de la salud determina una obligación de medios y no de resultados; asume poner los medios precisos para que el asegurado, y en general el beneficiario, reciban la atención precisa para hacer frente a sus dolencias; cumplida esa exigencia, el éxito o fracaso, y en su caso los daños personales sufridos con ocasión de las mismas, sobrepasa el límite de la asistencia sanitaria y pasa a integrarse en uno más de los supuestos de responsabilidad civil...»⁶⁷.

⁶⁶ Texto articulado aprobado por RD Legislativo 521/1990, de 27 de abril.

⁶⁷ E. SERRANO ALONSO, «Sobre la jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad civil por daños personales causados a los beneficiarios de la Seguridad Social», *Actualidad y Derecho. Revista semanal de actualidad jurídica*, núm. 34, 1992, pp. 1 y ss., 6. Más adelante (p. 8) vuelve sobre el argumento al afirmar que

«no es admisible identificar “materia o prestaciones de la Seguridad Social” con la acción de indemnización civil por daños extracontractuales; cuando se reclama una indemnización por conducta negligente causada con ocasión de una prestación asistencial se está ejercitando una acción civil, por tanto, de naturaleza diversa a la asistencial, y el órgano judicial —social— competente para conocer de la acción asistencial carece de competencia para conocer al mismo tiempo de tal acción civil, por mucha o poca conexión que tenga con tal acción asistencial. Para que tuviera competencia sobre tal tipo de acción civil sería necesaria una norma semejante a la que en el orden jurisdiccional penal per-

A mi modo de ver, la tesis de la competencia de la jurisdicción social descansa en una visión desmesuradamente expansiva del alcance de la materia de Seguridad Social a efectos jurisdiccionales, implica una equiparación indebida entre el derecho a exigir las prestaciones y el derecho a exigir las posibles consecuencias dañosas derivadas de las prestaciones realizadas⁶⁸ —cuestión ésta plenamente incardinable en las reglas sustantivas y procedimentales establecidas por la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración—⁶⁹, y carece

mite al tribunal que juzga de un delito decidir sobre la acción civil conexas al mismo...».

Hasta aquí suscribo el razonamiento de SERRANO ALONSO; no comparto, en cambio, la afirmación que realiza a continuación al señalar que tal norma de atribución de competencia no existe a favor de la jurisdicción social *ni tampoco a favor de la contencioso-administrativa*. En relación con esta última sí existe una norma atributiva de competencia [el art. 3.b) LJ].

En la misma línea crítica con la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se sitúa M. SERRA DOMÍNGUEZ («Jurisdicción competente para el conocimiento de las reclamaciones frente a la administración sanitaria por lesiones producidas en el transcurso de una asistencia hospitalaria», *Derecho y Salud*, vol. 2, núm. 1, 1994, pp. 5 y ss.) al afirmar que, de acuerdo con el artículo 98 de la Ley General de Seguridad Social (cita el texto refundido de 1974, que en este punto no ha sido derogado por el nuevo texto refundido de 1994), las Entidades Gestoras cumplen simplemente proporcionando a sus beneficiarios «los servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar o restablecer la salud», a lo que añade que no cae dentro de dicha asistencia sanitaria

«la indemnización por los daños producidos como consecuencia de la asistencia ya prestada, indemnización que procedería incluso de no haberse producido la asistencia sanitaria como consecuencia del régimen de la Seguridad Social, siendo, por tanto, extraña e independiente de ésta.

[...] Ciertamente, la negativa a la prestación asistencial sanitaria puede ser enjuiciada por los Juzgados de lo Social. Pero una vez prestada dicha asistencia, el resultado obtenido escapa a las prestaciones de la Seguridad Social, originando la obligación, civil o administrativa según los casos, derivada del funcionamiento de la Administración sanitaria».

SERRA DOMÍNGUEZ ha insistido por otro lado (*op. cit.*, pp. 8-9) en la inadecuación que, a su juicio, presenta el juicio laboral para resolver debidamente las reclamaciones de indemnización por defectuosa asistencia sanitaria: el carácter simplificado y oral del proceso laboral se justifica por la sencillez y el carácter repetitivo de las cuestiones laborales, pero no es adecuado cuando se trata de resolver problemas complejos como son los que se plantean en torno al resarcimiento de los daños consecuencia de la prestación de asistencia sanitaria.

⁶⁸ Así lo ha entendido el Auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1993 (Arz. 10126) al afirmar que las posibles consecuencias indemnizatorias de la prestación de la asistencia médica

«no cabe incluirlas dentro del ámbito de la acción protectora que preconiza el artículo 20.1.a) del precitado Decreto 2065/1974 [texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social; dicho precepto corresponde al art. 38.1.a) del vigente texto refundido aprobado por RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio], pues una cosa es que tal acción comprenda «la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo», y otra bien distinta que el resultado *dañoso derivado de una asistencia de semejante índole proceda atribuirla a la jurisdicción del orden social*».

Dicho Auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1993 falló a favor de la competencia de la jurisdicción civil en un conflicto de competencias planteado entre ésta y la social a propósito de una demanda de indemnización de daños dirigida contra el Servicio Valenciano de Salud.

⁶⁹ Lo que hace surgir el deber de indemnizar los daños causados con ocasión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social no es en modo alguno la acción protectora de ésta —no se reclama una prestación de Seguridad Social—, sino la lesión del genérico principio *alterum non laedere*, del cual son manifestaciones tanto las reglas sobre responsabilidad civil del Código Civil

de una argumentación convincente para negar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en tales supuestos.

Esta competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo resultaba ya plenamente sostenible, como hemos apuntado con la anterior regulación legislativa de la responsabilidad (LEF y LRJAE), pero ha quedado aún más consolidada por el planteamiento unificador sobre la materia que se ha incorporado a la LRJAP. Dicho texto legal no resulta ciertamente muy explícito al respecto, pero no cabe ninguna duda de su propósito de reconducir hacia la jurisdicción contencioso-administrativa todos los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración⁷⁰. Así lo ha venido a entender el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial (RD 429/1993, de 26 de marzo), cuya Disposición Adicional 1.ª aborda específicamente la cuestión:

«De conformidad con lo establecido en los artículos 2.2 y 139 a 144 y concordantes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa y contencioso-administrativa prevista en dicha Ley y en el presente Reglamento.»

Parece que con esta explícita toma de posición normativa el tema quedaba definitivamente resuelto, pero se han producido ya algunos pronunciamientos judiciales que inaplican este precepto reglamentario por considerarlo ilegal⁷¹. Ello significa, a la postre, que la cuestión si-

(arts. 1.902 y ss.) o del Código Penal (arts. 19 a 22 y 101 y ss.), como también las reglas sobre responsabilidad incorporadas a la regulación básica de las Administraciones Públicas (arts. 139 y ss. LRJAP) en desarrollo del artículo 106.2 CE.

⁷⁰ Véase lo que se indica al respecto más atrás, en la nota 8.

⁷¹ Así, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana ha dictado diversos autos en los que se viene a inaplicar, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 6 LOPJ, la Disposición Adicional 1.ª del RD 429/1993 por considerarla ilegal (véase una referencia al contenido de los mismos en M. SERRA DOMÍNGUEZ, «Jurisdicción competente para el conocimiento...», cit., p. 15, y T. SALA FRANCO, intervención en la mesa redonda sobre «El conflicto de jurisdicciones en las reclamaciones por actuaciones sanitarias», en el vol. col. citado *La responsabilidad de los profesionales*, p. 152). En dichas resoluciones se afirma que la LRJAP no establece expresamente que la responsabilidad de la Administración derivada de relaciones sanitarias sea competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y que, por tanto, el RD 429/1993 da un «salto cualitativo» al atribuir esta competencia al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Salto cualitativo que resulta ilegal al infringir «los preceptos legales que atribuían la competencia a la Jurisdicción Social para el conocimiento de estas

que abierta y que, en tanto no se resuelva de manera definitiva, cabe esperar que se sigan produciendo pronunciamientos de la jurisdicción social que afirmen su competencia y, en consecuencia, resuelvan supuestos de responsabilidad patrimonial sanitaria.

Ahora bien, ¿qué Derecho sustantivo aplica la jurisdicción social a las reclamaciones de indemnización por daños causados con ocasión de la prestación de asistencia sanitaria? Obviamente, la legislación de Seguridad Social no contiene reglas al respecto (lo cual viene a confirmar por otro lado el carácter forzado que tiene la consideración de estas reclamaciones como pleitos en «materia de Seguridad Social»), y por ello la jurisdicción social ha de acudir, bien a las reglas generales de la responsabilidad extracontractual del Código Civil, o bien a la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración realizada por la legislación administrativa.

La cuestión de saber cuál de estas dos opciones se utilizaba no resulta clara hasta hace poco tiempo, dado lo poco explícitas que resultaban al respecto las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre la materia, centradas más en la cuestión competencial que en el fondo de los asuntos. Pero a partir de la Sentencia de 5 de junio de 1991 (Arz. 5131), la duda ha quedado despejada porque se ha producido una explícita toma de posición de la jurisprudencia social a favor de la aplicación de los criterios objetivos que rigen en la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el Derecho administrativo. Merece la pena exponer la doctrina contenida en esta sentencia, porque viene a constituir sin duda un *leading case* sobre la materia, lo cual se evidencia tanto por su amplio desarrollo

cuestiones y, en consecuencia, el principio de jerarquía normativa», de modo que «no puede ser aplicado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 6 de la LOPJ».

Esta argumentación no me parece que sea de recibo. Podría serlo de existir, como se afirma, ese precepto legal atributivo de competencias en materia de responsabilidad sanitaria a la jurisdicción social, lo que ciertamente no sucede, pues es más que discutible que el artículo 2.b) de la Ley de Procedimiento Laboral contenga esa atribución. Ciertamente la LRJAP no afirma expresamente la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre responsabilidad en materia de asistencia sanitaria, pero ello sólo tendría algún valor si dicha Ley contuviera al respecto una enumeración de materias —un sistema de lista— (lo cual podría justificar la aplicación del razonamiento *inclusio unius, exclusio alterius*), pero ello no sucede en modo alguno, sino que se utiliza una cláusula general en la que encaja perfectamente la materia sanitaria. Creo por ello que la Disposición Adicional 1.ª del RD 429/1993 viene a afirmar algo que está perfectamente implícito en la LRJAP (arts. 2.2 y 139 y ss., en los que se viene a desarrollar ese «sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas» al que se refiere el art. 149.1.18.ª CE).

La tesis afirmada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Comunidad Valenciana ha sido sostenida también por un auto del Juzgado de lo Social número 12 de Barcelona, que no aceptó un requerimiento de inhibición procedente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Esta última ha afirmado, en cambio, la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre la materia por entender que, tras la entrada en vigor de la LRJAP, se ha producido una completa unificación del régimen jurídico procesal y material del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Véase la referencia a estos pronunciamientos también en los trabajos citados de SERRA DOMÍNGUEZ y SALA FRANCO.

argumental como porque a ella viene a remitir la jurisprudencia social producida posteriormente en relación con el tema.

En el supuesto resuelto por dicha sentencia se trataba de una reclamación de indemnización como consecuencia de la transmisión de una enfermedad —hepatitis crónica de tipo C— producida por una transfusión de sangre realizada con ocasión de una intervención llevada a cabo en un centro de la Seguridad Social. El Juzgado de lo Social competente condenó al INSALUD demandado, a pesar de que, según indica el Tribunal Supremo en su sentencia (fundamento 3.º), no cabía imputar culpa o negligencia alguna al personal de la Seguridad Social.

Recurrida en casación por el INSALUD la sentencia del Juzgado de lo Social, el Ministerio Fiscal estimaba en su informe que procedía estimar dicho recurso de casación por entender —con invocación de los arts. 1.101 y 1.902 del Código Civil— que «en todo nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad de daños y perjuicios se exige sea derivada de un principio de culpabilidad en el agente». Pero el Tribunal Supremo rechaza en su sentencia esta tesis y afirma la responsabilidad objetiva del INSALUD con base en el siguiente razonamiento:

«Es cierto que en el ordenamiento del Derecho privado pervive este principio [el principio de culpabilidad] [...]. Ahora bien, fuera ya del ámbito del Derecho privado y dentro del Derecho laboral y administrativo, el principio de responsabilidad objetiva gana terreno día a día, y es consagrado constitucionalmente en los daños causados como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos en el apartado 2 del artículo 106 de la Constitución.»

Sobre esta base, y tras enmarcar la asistencia sanitaria prestada por la Seguridad Social dentro del contexto normativo que le proporciona el derecho a la protección de la salud garantizado constitucionalmente —art. 43.1 CE—⁷² y la Ley General de Sanidad —Ley 14/1986, de 25 de abril—, concluye lo siguiente:

⁷² Aparece así en la jurisprudencia social la referencia al derecho constitucional a la salud como dato relevante a la hora de justificar una orientación objetivista en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración por daños causados en el ámbito sanitario. Esta referencia al derecho a la salud aparece, por lo demás, también en la jurisprudencia civil sobre la materia (*vid.* Sentencia de 4 de noviembre de 1992, más atrás estudiada).

Con ello se viene a utilizar como criterio interpretativo uno de los preceptos del Capítulo III, Título I, de la Constitución (preceptos que, según dispone el art. 53.3 CE, «informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos»), propiciando una interpretación de las reglas sobre resarcimiento de los daños a la salud en una línea objetivista. Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud y sus diversas proyecciones me permito remitir a mi libro *Derecho a la salud y Administración sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, en particular pp. 93 y ss.

«es claro que la asistencia sanitaria prestada por el INSALUD a los beneficiarios de la Seguridad Social está englobada en el servicio público de protección de la salud, servicio público que como tal, y máxime si está regido por el principio de eficacia, es responsable de la lesión que por su funcionamiento normal o anormal sufra todo particular, lesión que ha de ser indemnizada salvo que sea debida a fuerza mayor, como previene el artículo 40.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado en concordancia con el artículo 106.2 de la CE».

Incardinada la cuestión en este marco normativo⁷³, queda obviamente desvirtuado el criterio del Ministerio Fiscal favorable al recurso interpuesto por el INSALUD, y a partir de ahí la sentencia pasa a enjuiciar la existencia o no de relación de causalidad en el concreto supuesto planteado⁷⁴ y la posible concurrencia de fuerza mayor, cosa

⁷³ La afirmación de esta aplicación por la jurisdicción social de los artículos 106.2 CE y 40 LRJAE viene a contradecir lo sostenido en otros pronunciamientos a los que más atrás hemos aludido (epígrafe II.1) por la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo. En ocasiones, en efecto, y con la finalidad de justificar su propia competencia sobre la materia, la Sala de lo Social ha afirmado que los supuestos de responsabilidad del INSALUD por defectuosa asistencia sanitaria no se engloban en los artículos 106.2 CE y 40 LRJAE (Sentencias de 24 de abril de 1990, fundamento 6.º, y 20 de abril de 1992, fundamento 4.º). En cambio, la Sentencia de 5 de junio de 1991 vino a entender que no existe incompatibilidad entre la aplicación a la materia de la normativa general sobre responsabilidad patrimonial de la Administración y la competencia de la jurisdicción social sobre la misma (*vid.* en particular el fundamento 1.º de esta sentencia, donde se justifica la competencia y se subraya que la misma no es óbice a que nos encontremos ante «una responsabilidad patrimonial de carácter objetivo de la Seguridad Social»).

⁷⁴ En el fundamento 7.º de esta sentencia la Sala de lo Social del Tribunal Supremo realiza un interesante esfuerzo por sistematizar las diversas situaciones que pueden darse en relación con los daños producidos con ocasión de los tratamientos médicos a efectos de determinar si concurre o no la relación de causalidad, sistematización que se hace «en términos generales y como orientación en materia tan compleja».

La sentencia distingue a estos efectos entre daños imputables a la enfermedad y daños imputables al tratamiento médico. A) En relación con los primeros: *a)* no se responderá por «los daños que la enfermedad produce necesariamente, a pesar de todos los tratamientos médicos por adecuados y eficaces que ellos sean, ya que vienen impuestos por el carácter caduco y enfermable de la condición humana»; *b)* en cambio, sí se responderá por los «daños producidos por la enfermedad, pero que son evitables con un tratamiento médico prestado a tiempo y adecuado y que su producción es debida a la falta de asistencia sanitaria o a que la prestada no fue la adecuada». B) En relación con los daños en los que el tratamiento médico es el factor determinante, distingue también dos grupos de supuestos: *a)* no se responde por «aquellos daños que son intrínsecos al tratamiento como tal y que por ello se producen de modo necesario y justificado por su finalidad terapéutica»; *b)* en cambio, sí se responde por aquellos daños que «el tratamiento médico produce, al margen de su finalidad terapéutica, y que son daños producidos bien porque no es el tratamiento procedente o adecuado el prestado, o porque en su realización se introducen circunstancias que lo desnaturalizan y que son ajenas a la constitución individual del enfermo».

En este último grupo de casos viene a incluir el supuesto concretamente enjuiciado en aquella ocasión, relativo, como hemos indicado, a la transmisión de hepatitis C mediante una transfusión de sangre realizada con ocasión de una intervención realizada en el hospital.

que hace en términos que serían perfectamente asumibles en una sentencia contencioso-administrativa sobre la materia ⁷⁵.

La doctrina sentada en esta sentencia se ha visto por lo demás confirmada, como hemos apuntado, por otros pronunciamientos posteriores de la jurisdicción social que expresamente remiten a la misma, tanto por parte del Tribunal Supremo ⁷⁶, como por parte de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia ⁷⁷. De nuevo concluimos, por tanto, al igual que hacíamos a la vista de la jurisprudencia civil, que la diversidad de vías procesales no conduce necesariamente a una diversidad en el Derecho material aplicable ⁷⁸, sino que, por el contrario, se confirma la tendencia hacia una convergencia en los criterios sustantivos aplicados por los distintos órdenes jurisdiccionales a la responsabilidad patrimonial de la Administración en materia sanitaria.

⁷⁵ La sentencia afirma la concurrencia de relación de causalidad por considerar probado que en el tratamiento prestado se hizo una transfusión de sangre portadora del virus de la hepatitis C, y entiende que no se trata de un supuesto de fuerza mayor, sino un *caso fortuito* que «excluye la culpa, pero no la responsabilidad objetiva».

⁷⁶ *Vid.* Sentencias de 20 de abril de 1992 (Arz. 2662), fundamento 7.º, y de 6 de mayo de 1992 (Arz. 3511), fundamento 3.º

⁷⁷ Así, sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de diciembre de 1992 (fundamento 4.º, reproducido en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 90, 25 de febrero de 1993, pp. 1 y 9) y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 13 de mayo de 1993 (reproducida en *Tribunal. Sentències dels Tribunals Superiors de Justícia de Catalunya, Balears i Audiències Provincials*, con el número marginal 137), sentencias producidas ambas a propósito de casos de responsabilidad de la Administración por contagio del SIDA operado por la transfusión de sangre no controlada previamente. En ellas la cuestión se viene a situar en el marco normativo que proporciona el artículo 106.2 de la Constitución y el artículo 40 LRJAE, y se afirma que *los servicios del INSALUD se encuadran dentro del servicio público de protección de la salud* (fundamento 1.º de la segunda de las sentencias citadas).

⁷⁸ Se mantiene, no obstante, una importante diferencia, dotada de indudable trascendencia sustantiva, que tiene la utilización de la vía jurisdiccional social. Según se afirma en la Sentencia de 5 de junio de 1991 —que opta decididamente, según hemos notado, por aplicar los arts. 106.2 CE y 40 LRJAE—, *el plazo de prescripción para reclamar la indemnización no sería el del año contemplado en el artículo 40.3 LRJAE (hoy art. 142.5 LRJAP) y en el artículo 1.968.2 del Código Civil, sino el de los cinco años contemplados en el artículo 54.1 de la Ley General de Seguridad Social (actual art. 43.1 del Texto refundido de 1994) de manera genérica para reclamar «el derecho al reconocimiento de las prestaciones» de la Seguridad Social (vid. concretamente el fundamento 2.º de esta sentencia en la que se afirma que «la acción es inherente a una prestación de la Seguridad Social y, en su consecuencia, es aplicable el art. 54.1 de la Ley de la Seguridad Social, en cuanto a la prescripción de la misma»).*

El criterio es discutible, a mi modo de ver, porque no se trata en rigor de la exigencia de una prestación de Seguridad Social, sino de algo distinto; se trata más bien del ejercicio de una acción de responsabilidad cuyo hecho causante es una prestación de Seguridad Social, acción de responsabilidad cuyo fundamento normativo no es otro, como admite la propia Sentencia de 5 de junio de 1991, que la regulación general de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Estamos aquí sin duda ante una distorsión que se produce por la divergencia entre la regulación sustantiva (contenida hoy en los arts. 139 y ss. LRJAP) y la vía procedimental utilizada. Una vez afirmado que el tema se encuadra en el marco de los citados preceptos de la LRJAP, no hay ninguna razón que justifique la aplicación de un plazo de prescripción distinto. Y a la postre, entiendo que no hay ninguna razón que explique por qué no son aplicables las vías administrativa y contencioso-administrativa que regulan tales preceptos para exigir la responsabilidad.

VI. RECAPITULACION

Con la referencia a la jurisprudencia social se cierra el repaso a las distintas perspectivas jurisdiccionales —ninguna queda excluida, como se ha visto— que vienen incidiendo sobre el tema de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario. Una vez completado este recorrido, me parece oportuno terminar con algunas observaciones de conjunto a la vista de cuanto ha quedado expuesto, tanto desde la perspectiva de la jurisdicción competente como desde la óptica del Derecho material aplicable:

1.º Resulta incuestionable —en la actualidad, tras la LRJAP, menos todavía que anteriormente— la aplicabilidad de la regulación general de la responsabilidad patrimonial de la Administración (arts. 106.2 CE y 139 y ss. LRJAP) a los supuestos de responsabilidad por daños causados a pacientes como consecuencia de la prestación de la asistencia sanitaria pública.

2.º Desde el punto de vista sustantivo, ello implica que el resarcimiento de los daños en este ámbito queda sometido a las pautas generales que rigen en nuestro Derecho sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, lo cual se traduce, en particular, en la configuración objetiva de la misma conforme a los criterios presentes en nuestro ordenamiento administrativo desde los años cincuenta.

La aplicación de estos criterios de responsabilidad objetiva se traduce en una clara diferenciación entre el régimen de la responsabilidad personal del médico o profesional al servicio de la Sanidad pública y el de la Administración misma titular de los servicios sanitarios. La primera está vinculada estrictamente, como no debe dejar de suceder, ya se exija ante la jurisdicción penal o la civil, o por la propia Administración en vía de regreso, a la concurrencia de algún grado de culpabilidad o negligencia en la conducta del agente. En cambio, la responsabilidad de la Administración está desvinculada de la identificación de una concreta actuación negligente y cubre, por tanto, todos los supuestos de daños irrogados a los pacientes que sean *consecuencia* del funcionamiento de los servicios sanitarios, siempre que se cumplan los requisitos generales exigidos para que el daño sea resarcible.

Esta diferenciación resulta sin duda ventajosa, porque permite una cobertura plena de los daños causados por el sistema sanitario público, sin involucrar necesariamente a las personas que hayan intervenido en la causación del daño; personas cuya simple identificación puede resultar en ocasiones problemática, dada la complejidad de muchos procesos asistenciales que hoy se realizan en los centros sanitarios, o que, identificados, pueden haber actuado de modo absolutamente irre-

prochable desde el punto de vista de la diligencia debida⁷⁹. Y por otro lado, no puede decirse —a la vista de la jurisprudencia producida hasta el momento— que la aplicación al ámbito sanitario del régimen de responsabilidad objetiva haya conducido a una hipertrofia de la responsabilidad que haya ido más allá de unos límites razonables, sino que, por el contrario, cabe decir que el tema se mantiene dentro de tales límites razonables y que los requisitos generales de imputación y causalidad resultan suficientes para deslindar adecuadamente la esfera del daño resarcible en el ámbito sanitario.

3.º Desde el punto de vista procedimental, la aplicación de la regulación general de la responsabilidad patrimonial de la Administración implica obviamente que la acción para exigir la responsabilidad se acomoda a los cauces establecidos en la misma, esto es, significa que dicha acción se traduce en la reclamación en vía administrativa contemplada en los artículos 142 y 143 LRJAP, con posibilidad de ulterior recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa. De las reglas legales vigentes se desprende que este cauce procedimental sólo viene exceptuado en dos grupos de supuestos: *a)* cuando se sigue un proceso penal contra la persona responsable y la acción para obtener el resarcimiento de los daños se acumula a la acción penal, y *b)* cuando se acciona ante la jurisdicción civil frente al empleado público responsable y se demanda a la vez a la Administración en cuyo marco actúa aquél⁸⁰.

4.º La situación real en la que se encuentra el tema de la vía jurisdiccional procedente para enjuiciar la responsabilidad sobre la materia resulta con todo más compleja de lo que se deriva del planteamiento que acaba de hacerse, que es el que, entiendo, debe sostenerse a la vista del Derecho positivo vigente. Y ello porque si, de una parte, el orden jurisdiccional social afirma su competencia en relación con la materia sobre la base de una determinada interpretación de los preceptos que perfilan su ámbito competencial, puede detectarse, por otro lado, una persistente tendencia a la jurisdicción civil a enjuiciar cues-

⁷⁹ Resultan particularmente ilustrativos al respecto los casos producidos a propósito del contagio de hepatitis C o de SIDA por transfusiones de sangre realizadas por el sistema sanitario público en un momento anterior a que se conocieran los mecanismos de transmisión de estas enfermedades y se estableciera la necesidad de realizar los oportunos controles previos en la sangre utilizada. Casos que han afrontado con frecuencia los Tribunales en los últimos años y que sólo en un régimen de responsabilidad estrictamente objetiva pueden encontrar reparación, pues es claro que en tales supuestos no concurre actuación negligente alguna (la asistencia médica se prestó conforme al estado de avance de la Ciencia *en aquel momento*, actuando los médicos conforme a la *lex artis* de su profesión) ni puede tampoco detectarse anomalía alguna en el funcionamiento del servicio sanitario.

⁸⁰ Esta última excepción quedará eliminada si prospera la nueva redacción del artículo 3.b) LJ que se propone en el borrador de anteproyecto de nueva LJ de junio de 1994 (*vid. supra* nota 53).

tiones de responsabilidad patrimonial de la Administración, tendencia claramente perceptible en la materia que nos ocupa ⁸¹.

De ello resulta una peculiar situación de fuero jurisdiccional alternativo o «a la carta» en la que el reclamante de indemnización por daños puede optar de hecho entre tres vías jurisdiccionales diferentes —la contencioso-administrativa, la civil y la social—, a las cuales se añade, por supuesto, la posibilidad de que la reclamación se acumule a la acción penal en los supuestos en los que ésta sea ejercida. Situación a la que no ha puesto remedio la LRJAP, a pesar de sus patentes propósitos unificadores en materia de responsabilidad, y que sólo cabe calificar como anómala desde la perspectiva de la claridad y racionalidad de las reglas que regulan el reparto de competencias entre los diferentes órdenes jurisdiccionales. Para poner remedio a esta anómala situación descrita parece que será necesaria una explícita intervención del legislador, habida cuenta de las discrepancias interpretativas que suscitan en este punto los textos normativos hoy vigentes.

5.º La diversidad de opciones jurisdiccionales existentes no conduce necesariamente a una diversidad en el Derecho material aplicable, pues la jurisprudencia producida en los últimos años permite detectar una clara línea de convergencia en los criterios sustantivos o de fondo aplicados por los tres órdenes jurisdiccionales a las reclamaciones de resarcimiento de los daños causados por el sistema sanitario público. Se detecta en particular la tendencia a aplicar a la materia los criterios objetivos que presiden la regulación de la responsabilidad en el Derecho administrativo, tendencia que emerge de manera resuelta en la jurisprudencia social, pero que es igualmente perceptible en la jurisprudencia civil.

De este modo viene a suceder que las reglas generales sobre responsabilidad patrimonial de la Administración tienden a aplicarse también por los «otros» órdenes jurisdiccionales en los casos en los que son llamados a enjuiciar supuestos de daños causados por el sistema sanitario público, confirmando con ello su idoneidad como marco legal de referencia para resolver adecuadamente las complejas cuestiones que plantea el resarcimiento de daños en el ámbito sanitario.

6.º Hace algunos años, en un trabajo publicado en 1984 ⁸², llamaba la atención sobre la escasez de supuestos de responsabilidad que en el ámbito sanitario se habían planteado entonces ante los Tribunales de Justicia en nuestro país, y me aventuraba a prever un progresivo

⁸¹ En la práctica, ésta conoce no sólo de supuestos en los que se demanda conjuntamente al médico y al INSALUD, sino también de demandas dirigidas exclusivamente contra este último. Véase en este sentido la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Murcia de 13 de octubre de 1993, dictada a propósito de un caso de contagio de hepatitis C por transusión de sangre.

⁸² «Hacia un estatuto del enfermo hospitalizado», *Revista de Administración Pública*, núm. 103, 1984, pp. 89 y ss., 137-138.

aumento de los mismos en el futuro inmediato. Apuntaba también la existencia de tendencias hacia la objetivación de la responsabilidad en el ámbito sanitario detectadas en el Derecho comparado y señalaba que en España estaban por descubrir las posibilidades que en esta materia encerraba la cláusula general de responsabilidad patrimonial de la Administración, contenida entonces en el artículo 40 LRJAE, en la que se establecía un sistema objetivo de cobertura de los daños causados por ésta a los particulares.

Hoy el panorama que ofrece la materia es ciertamente distinto, según se desprende de cuanto queda expuesto. Si de una parte han proliferado los supuestos de ejercicio de acciones de responsabilidad ante los distintos órdenes jurisdiccionales, es claro por otro lado, a la vista de la jurisprudencia producida en los últimos años (en la segunda mitad de los ochenta y especialmente en los primeros noventa), que la objetivación en los criterios de exigencia de responsabilidad ha penetrado en la realidad jurídica efectivamente vivida en nuestro país, dejando de ser un mero *desideratum* legal como de hecho sucedía años atrás. Lo que entonces no podía intuir es algo que he podido constatar con sorpresa a la vista de esta jurisprudencia dictada en los últimos años: el papel tan relevante —el protagonismo, incluso— que de hecho han venido a desempeñar otras jurisdicciones distintas a la contencioso-administrativa —la civil y la social— en este camino hacia la objetivación de la responsabilidad en el ámbito sanitario público.

ADDENDA

Con posterioridad a la finalización y entrega de este trabajo he tenido conocimiento de un importante pronunciamiento de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, relativo a la problemática competencial que plantea la responsabilidad de la Administración en materia sanitaria, pronunciamiento cuya existencia es preciso conocer para tener una visión cabal del estado de la cuestión en la actualidad y en particular sobre la posición de nuestros Tribunales al respecto. Aprovecho la oportunidad que me proporciona la fase de corrección de pruebas para aludir al mismo de manera sucinta.

Se trata concretamente del Auto de la Sala de Conflictos de Competencia de 7 de julio de 1994, del que ha sido ponente el Presidente de la misma, D. Pascual Sala Sánchez, resolutorio de un conflicto de competencia entre las jurisdicciones social y contencioso-administrativa producido con ocasión de un supuesto de responsabilidad patrimonial por prestación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social (en nota 71, párrafo 3.º, del trabajo que antecede hemos aludido a las resoluciones judiciales que plantearon dicho conflicto), supuesto al que,

dada la fecha en la que se planteó, resultaba plenamente aplicable la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En él la Sala de Conflictos se pronuncia abiertamente a favor de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre el tema, y por tanto, en contra de la competencia de la jurisdicción social.

En el texto del Auto, que expresa el parecer mayoritario de la Sala (hay un voto particular que recoge la opinión discrepante del Magistrado Víctor Fuentes López), se contiene un sólido desarrollo argumental en el que se subraya la opción unificadora que en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración ha incorporado la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas, y se concluye que la atribución de competencia a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa que se contiene en la Disposición Adicional 1.ª del RD 429/1993 expresa algo que ya está implícito en la propia Ley 30/1992, resultando por tanto perfectamente legal. Queda con ello confirmada la importante incidencia que sobre esta materia ha tenido la nueva regulación legal del régimen jurídico de las Administraciones públicas, regulación que, según se afirma en el texto del Auto, ha alumbrado «un único sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas» en el que quedan unificados tanto el aspecto procedimental y jurisdiccional como el sustantivo o material.

Mayores indicaciones sobre el contenido de esta decisión judicial pueden encontrarse en el comentario que a la misma le dedico en el número 5 de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, de próxima publicación.

