

REFLEXIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA.

Ignacio Granado Hijelmo

Letrado Secretario General del Consejo Consultivo de La Rioja

I. Las IV Jornadas de la Función Consultiva (Logroño, 2002).

En el presente estudio resumiré la obra publicada por el Consejo Consultivo de La Rioja, *IV Jornadas de la Función Consultiva (Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria)*, Logroño, CCR, 2002, ISBN 84-95747-62-6, que, en 200 págs., recoge las Actas de las expresadas *IV Jornadas* celebradas en Logroño los días 17 y 18 de octubre de 2002 con asistencia de los Presidentes, Consejeros, Secretarios Generales y Letrados de los Altos Órganos Consultivos de las Comunidades Autónomas (AOCA) y que, en esta ocasión, organizó el Consejo Consultivo de La Rioja (CCR) para tratar monográficamente sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (RPAS).

Como señala en su *Presentación* el Excmo. Sr. Presidente del Consejo organizador, D. Joaquín Espert-Pérez Caballero, el libro recopila, tanto las ponencias como las intervenciones en los debates posteriores, lo que permite conocer de forma ágil y directa lo tratado en las sesiones. Se recoge también el *discurso inaugural* efectuado por el Excmo. Sr. D., Pedro Sanz Alonso, Presidente de la Comunidad Autónoma de La Rioja, en el que recordó la naturaleza de los AOCA como instancias de asesoramiento jurídico externo, libre e independiente de todo poder público.

Reseñaré seguidamente el contenido de las distintas ponencias y del coloquio posterior relativo a cada una de ellas.

II. Primera ponencia: D. Luis Martín Rebollo, Catedrático de Derecho Administrativo: “Puntos de inflexión en la jurisprudencia sobre responsabilidad de la Administración sanitaria”.

Parte el ponente de que el sistema español, al ser de responsabilidad administrativa, unitaria, general, directa, objetiva, integral y pivotante sobre las ideas de lesión, causalidad e imputación, es también inseguro y casuístico, por lo que puede derivar hacia un imposible aseguramiento universal. Tras afirmar que el sistema, además, debe ser *propedéutico*, para “enseñar” a la Administración qué conductas debe evitar, sostiene que, en el ámbito sanitario, debe entenderse limitado a los casos de funcionamiento *anormal* del servicio, ya que no existe lesión si se actúa conforme a la *lex artis ad hoc*. Por ello, critica el ponente algunas Sentencias contrarias a esta tesis, como la famosa STS 14-7-1991/Ar.5115 (aneurisma) o que tratan de afrontarla como un problema de causalidad (SSTS 11-5 y 4-10-99) cuando es de imputación; y alaba las que apuntan un cambio hacia la dirección que el ponente estima correcta (SSTS 3-10-2000/Ar. 7799 y 3-10-2000), así como las que otorgan indemnización cuando faltó o fue insuficiente el *consentimiento informado*, aunque se observara correctamente la *lex artis ad hoc* (STS 4-4-2000).

En el **coloquio**, el ponente añadió que los supuestos de *caso fortuito* y *daño desproporcionado* deben ser asimilados al funcionamiento *anormal* y dejar el *normal* para

supuestos *cuasi-expropiatorios* de derechos preexistentes lesionados por la Administración actuante. Sin embargo, los de *lesión por omisión* son casos extremos en los que es difícil sentar un criterio general, aunque es claro que tiene que haber límites a la responsabilidad, como los derivados de la idea de los *estándares del servicio*.

III. Segunda ponencia: D. José Enrique Rebés y Solé, Presidente de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña (CJAC): “El principio de la garantía de medios y no de resultados”.

Comienza el ponente resaltando la importancia cuantitativa que estas reclamaciones tienen en los AOCA y detectando que, pese a ser *objetivo*, el sistema de responsabilidad sanitaria sigue pivotando sobre la idea de *culpabilidad*. Los AOCA -apunta- tienen en el mismo una función *de garantía y reparación* para el administrado, y *de control de eficacia* y, eventualmente, *de correctivo y asesoramiento*, para la Administración.

A continuación, recuerda el ponente que, desde la STS 26-5-1986, uno de los parámetros técnicos para afrontar la RPAS es el principio de que la garantía que incumbe a la Administración (como sistema asistencial y no sólo al personal sanitario) es *de medios y no de resultado*. Al ser una excepción al criterio de responsabilidad objetiva, la garantía de medios ha de ser -sostiene el ponente- interpretada restrictivamente, lo que implica que:

-En las *fases de diagnóstico y pronóstico*, deben realizarse todas las pruebas necesarias, pero sólo ellas, para evitar una *medicina defensiva*.

-En la *fase terapéutica o de tratamiento*, deben tenerse en cuenta los siguientes criterios: i) aplicación de *tratamientos mejorables*: debe aplicarse al paciente “lo mejor dentro de lo posible” para la Administración en ese u otro centro sanitario; ii) inaplicación de *tratamientos indignos*: son inaceptables los contrarios a la dignidad humana (D.170/94); iii) imputación de responsabilidad (y no exoneración por fuerza mayor) en las *infecciones hospitalarias*, especialmente en caso de desproporción entre la patología de partida y el daño ocasionado (STS, 3ª, 11-5-1999); y iv) aplicación estricta de la *garantía de medios* en caso de tratamientos consistentes en *intervenciones quirúrgicas*.

-En *todas las fases*, este criterio debe atemperarse al de la *lex artis ad hoc* en el sentido de que, como ha recordado la CJAC: i) deben emplearse todas las técnicas adecuadas que existan, no en términos absolutos (mundiales), sino relativos a la Administración actuante, es decir, en función de las circunstancias de conocimientos científicos, medios técnicos y presupuestos económicos disponibles por la misma (D.288/94 y 172/00); ii) acomodándolas al paciente concreto (D.109/96), sin que se pueda asegurar el mismo resultado a personas con la misma patología (D.194/94); y iii) aplicándolas en tiempo oportuno, ni antes ni después (D.569/99), evitando rutinas y previendo posibles complicaciones (D.354/02).

Concluye el ponente reseñando que la *garantía de medios*, al referirse a una actividad eminentemente técnica como es la sanitaria, debe ser *objetivada* y, para ello, los AOCA deben recurrir: i) a “*protocolos, estándares y guías clínicas*” si los hubiere; ii) a la *histórica clínica*, complementándola con informes independientes cuando sea insuficiente; iii) a los informes clínicos y forenses aportados al expediente incluso por los reclamantes; y iv) al dictamen de órganos médicos especializados, como el previsto Instituto Catalán de Evaluación Médica (ICEM) -actual Centro de Reconocimiento y Evaluación Médica de Cataluña (CRAM)-, si bien

sería deseable que estos organismos fuesen externos e independientes de la Administración.

IV. Tercera ponencia: D. José Luis de la Torre Nieto, Abogado del Estado, Consejero Consultivo de Galicia: “El significado constitucional garantista de la función consultiva en la RPAS”.

Comienza el ponente señalando el *ambiente especulativo* que rodea la materia debido: i) al *intuicionismo* y *voluntarismo* que impera en las resoluciones masivamente denegatorias (lo que el ponente denomina estrategia del “cierre a blancas”) o estimatorias “*pietatis causa*”; y ii) a la *falta de densidad* de la normativa reguladora. Para superar ambos problemas, sugiere el ponente *dotar de rigor a los criterios aplicables*, partiendo de la constatación en la *Memoria del Consejo de Estado de 1998* de que el sistema unitario de responsabilidad administrativa admite *modulaciones y variaciones en los criterios de imputación* de las diversas situaciones.

Una primera vía para lograr el pretendido rigor en la materia es la *densificación normativa* mediante la fijación, en el “segundo escalón” regulativo y a través de una normación técnica especial, de *estándares, criterios de calidad y protocolos de actuación* en la materia, que acoten la *discrecionalidad técnica* inherente a la actividad administrativa de asistencia sanitaria. Para el ponente, este método normativo viene exigido por la moderna concepción del ordenamiento jurídico en un Estado social de Derecho y resulta más seguro para resolver estas reclamaciones que seguir el *criterio de la garantía de medios y no de resultados*. Los precedentes que existen son insatisfactorios: i) los “protocolos científicos” y “guías de práctica clínica”, muchas veces son inexistentes, incompletos o inaccesibles; ii) las “cartas de servicios”, suelen ser demasiado genéricas; y iii) la regulación de las “historias clínicas” es insuficiente.

Una segunda vía de rigor, es la *garantista*. Recuerda el ponente que la constitucionalización de los AOCA en 107 CE y STC 204/1992 no se refiere tanto a los *órganos consultivos*, cuanto a la *función consultiva* en sí, que se convierte en *garantía jurídica* al ser preceptiva su prestación en materia de responsabilidad. Para lograr el rigor garantista, los AOCA deben *tecnificar los parámetros de exigencia de la responsabilidad* y así: i) distinguir y no confundir la *causalidad* y la *imputación*; y exigir la responsabilidad administrativa tanto por funcionamiento *anormal* del servicio público (que es el único al que alude el art. 121 CE), como por el *normal* (que parece incluido en el art. 166.2 CE). En este segundo aspecto, el ponente, aun reconociendo que el *contenido esencial* de la institución se reduce a su carácter *objetivo* y que la doctrina se inclina por reducir los casos de imputación por funcionamiento *normal* a los de naturaleza *cuasi-expropiatoria*, prefiere no alterar el sistema legal existente y tecnificar la exigencia de responsabilidad mediante el empleo de otros parámetros, como el novedoso del “*estado de la ciencia*”.

Pero donde al ponente le parece que más debe extremarse el celo garantista de los AOCA es en el *procedimiento administrativo* vigente para tramitar estas reclamaciones que propicia defectos como la tardanza excesiva, la escasez de pruebas de calidad -en especial, de la historia clínica-, la indebida presunción de la existencia y suficiencia del consentimiento informado, o el escapismo y la autojustificación ante prácticas indebidas. El procedimiento -recuerda- no debe ser entendido como una mera tramitación inerte para integrar el acto final revisable en vía judicial, sino como “*contexto de su descubrimiento y justificación*”, es decir, como garantía de buena administración, objetividad y oficialidad en la instrucción, y de racionalidad, no arbitrariedad y justa motivación en las decisiones.

En este sentido, el ponente insiste especialmente en la vigilancia que los AOCA deben proyectar sobre la *fase probatoria*, recordando que: i) la *carga de prueba* incumbe al reclamante, pero la Administración no debe limitarse a probar los hechos impositivos y *excluyentes*, sino todos los *relevantes* para fundar su decisión, ya que a ella, y no a la judicial, es a la que se encamina el procedimiento; ii) la *instrucción* no debe limitarse a recopilar pasivamente documentos, sino asumir protagonismo probatorio *de oficio*, incluso promoviendo interlocutoriamente el *contradictorio*, so pena de tener por cierto lo alegado por el reclamante, sobre todo caso de *pruebas periciales* costosas o de difícil realización por los particulares; iii) en los casos de *daños desproporcionados* y de *pérdida de oportunidades terapéuticas*, se imponen pruebas de inferencia y presunción; iv) debe descubrirse el *consenso científico compartido* sobre la materia; y v) finalmente, la *historia clínica* es documento delicado que debe ser valorado con cautela, teniendo en cuenta que no surge como prueba sino como instrumento de integración progresiva para la atención sanitaria, por lo que carece de carácter contradictorio, es unilateral e incluso pudiera, a veces, ser *táctica o defensiva*.

V. Cuarta ponencia: D. Mariano Yzquierdo Tolsada, Catedrático de Derecho Civil: “Las Administraciones públicas ante la trampa de la unidad de la culpa civil”.

Partiendo de que el adjetivo *patrimonial* no añade nada a la responsabilidad de la Administración, que -para el ponente- es *civil* aunque *especial* por razón del sujeto responsable y de las normas administrativas que la regulan, se analiza en esta ponencia cómo se ha deslizado en el ámbito de la responsabilidad sanitaria en general y, en particular en el de la RAPS, la idea de la *unidad de la culpa civil* o, al menos, de lo que la STS 12-2-00 denomina *tutela procesal unitaria de la culpa civil*.

A) Doctrina de la diversidad de la culpa civil y asistencia sanitaria:

La doctrina tradicional parte de la *diversidad de la culpa civil* por la que deben distinguirse claramente las acciones, por un lado, de *responsabilidad contractual* (ex art. 1101 Cc, con plazo prescripcional de quince años según el art. 1964 Cc, resarcimiento limitado y operatividad sólo “dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido *negocial*”, en palabras de las SSTS de 9-3-83 y 11-10-91, entre otras); y, por otro, de *responsabilidad extracontractual* (ex arts. 1902 ss Cc, con plazo prescripcional de un año según el art. 1968 Cc., resarcimiento pleno y operatividad sólo al margen de la órbita *negocial* expresada).

Según esta doctrina tradicional, la relación médico-paciente constituye -como declaró una famosa Sentencia de 20-5-1936 de la *Court de Cassation* francesa de la que fue ponente Josserand- un contrato de arrendamiento de servicios. Este contrato, según el art. 1258 Cc, no sólo obliga a lo estrictamente pactado -que en materia sanitaria suele ser poco- sino “a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”. Son, pues, estos tres parámetros de *hetero-integración* -en la terminología de Lacruz Berdejo-, los que (como hacen las SSTS de 9-5-84 y 23-3-88 en casos ajenos al ámbito sanitario) permiten imputar, a título de responsabilidad civil *contractual*, tanto los daños ocasionados al paciente por malpráctica médica o infracción del secreto profesional, como al médico por el impago de sus honorarios. La razón es que -como señala Jordano Fraga- en estos contratos, el médico, no sólo asume *deberes de prestación*, sino también *de protección* de los bienes personalísimos del paciente (vida, salud, integridad física y psíquica) que le han sido confiados y de cuya lesión,

por tanto, responde.

Así pues, con arreglo a esta doctrina -que el ponente estima ortodoxa- sólo procedería efectuar reclamaciones de responsabilidad sanitaria por vía *contractual*, con su propio plazo prescripcional y sus propias normas sobre cálculo de la indemnización, siendo inadmisibles procesalmente -por incurrir, según los casos y perspectivas, en los vicios de incompatibilidad de acciones, *mutatio libelli*, indefensión o incongruencia de la sentencia- el ejercicio simultáneo o subsidiario de la acción *contractual* y de la *extracontractual*.

B) Doctrina de la unidad de la culpa civil y asistencia sanitaria.

Por el contrario, los partidarios de la doctrina de la *unidad de la culpa civil* sostienen que la responsabilidad civil, sea contractual o extracontractual, conforma una figura jurídica unitaria a la que, especialmente en el caso de la asistencia sanitaria, debe aplicarse el mismo régimen jurídico y ello porque: i) son iguales sus parámetros técnicos (lesión, daño, culpabilidad, resarcimiento, indemnización, etc); ii) los bienes personalísimos (como la salud o la integridad) no están en el comercio y, por tanto, no pueden ser objeto de una responsabilidad contractual, sino de una prestación profesional *ex lege artis*; iii) carece de sentido someter la misma acción personal a dos plazos prescripcionales tan distintos como el fugaz de un año y el generoso de quince y a diferentes reglas en cálculo de la indemnización y otros extremos; y iv) hay casos fronterizos en que la jurisprudencia (cfr. SS TS 7-2-73; 20-2-81, 28-3-83, 16-12-86, 10-6-91, 20-12-91, 11-2-93 y 10-11-99, entre otras) ha admitido una “*responsabilidad extracontractual en el seno de un contrato*”.

Prescindiendo de los *falsos* casos fronterizos (demandas de responsabilidad contractual que se refieren a casos de responsabilidad extracontractual prescritos y sentencias que, por motivos de justicia, aplican las reglas de la responsabilidad extracontractual a demandas contractuales), interesan al ponente los pretendidamente *verdaderos* que se producen cuando, en el hecho dañoso, concurren simultáneamente los caracteres de una infracción contractual y del deber general de no dañar a otro, de suerte que el daño se hubiera producido aunque no existiera la obligación contractual de evitarlo (García Valdecasas).

Para solventar estos casos, los partidarios de la *unidad de la culpa civil* han propuesto: i) la *Teoría de la opción*, (seguida en SS TS 2-1-90 y 7-2-90, entre otras), según la cual el dañado debe escoger entre demandar por la vía contractual o la extracontractual, en el bien entendido de que, una vez elegida una, no podrá optarse por la otra hasta que el proceso concluya en firme, momento en que puede elegirse la vía inicialmente rechazada ya que, al ser acciones distintas, no existirá cosa juzgada; y ii) la *Teoría del concurso de normas* (seguida en SSTS 16-12-86 y 18-2-97, 30-12-99, 6-5-98, 8-2-00 y 3-12-01, entre otras) según la cual en estos casos concurren las normas reguladoras de la responsabilidad contractual y las reguladoras de la extracontractual, de suerte que el demandante puede ejercitar ambas acciones simultánea, alternativa o subsidiariamente e incluso accionar sin etiquetar claramente la acción ejercitada, ya que cumple procesalmente con exponer (según el principio *da mihi factum*) los hechos culposos al juzgador que (según los principios *dabo tibi ius* y *iura novit curia*) aplicará la regulación que corresponda al caso.

Por el contrario, el ponente -en congruencia con su postura inicial en favor de la *diversidad de la culpa civil* y del carácter contractual de los servicios médicos- considera que, en estos casos no hay concurso de normas sino *de acciones* y que, si bien normalmente estos

supuestos son de responsabilidad *contractual*, si hay alguna duda al respecto, ha de aplicarse la *Teoría de la absorción o incompatibilidad* (seguida en SS TS 9-5-84 y 11-10-91), según la cual las pretensiones de resarcimiento contractual y extracontractual son diferentes e incompatibles ya que, si existe un previo contrato, significa que las partes han sujetado sus intereses, incluidos los daños que surjan en la órbita natural del contrato, a una particular tutela sustrayéndose a cualquier otra (Chironi).

D) La trampa de la unidad de la culpa civil y la RPAS.

Para el ponente, la doctrina de la *unidad de la culpa civil* es una *trampa* porque ha sido fraguada en el foro para defraudar, según los casos, la fugacidad del plazo prescriptorio anual de la responsabilidad extracontractual o la limitación resarcitoria de la responsabilidad contractual, deslizando teorías- que el ponente considera especiosas- como las citadas de la opción y del concurso de normas.

El último episodio de este fraude es el intento de construir la RPAS como *contractual*. En efecto, la STS 30-12-99 sostiene que la relación de un paciente con el INSALUD es claramente contractual debido a la relación entre afiliación, cotización y prestaciones sanitarias del Sistema de Seguridad Social. Sin embargo, el Voto Particular del Sr. Gullón Ballesteros, seguido luego por la STS 12-2-00, sostiene, en base a la doctrina del TC, que la SS es ya una *función de protección social del Estado* (STC 103/83), consagrada en el art. 41 CE con la técnica de la garantía institucional (STC 32/81) y 26/87), de suerte que el Sistema de SS es *de configuración legal* (STC 65/87), por lo que se trata de un régimen legal y no fruto de un acuerdo de voluntades, que, en suma, conforma una relación jurídico-pública, distinta de la contractual, y encuadrada, así, en el ámbito de lo extracontractual.

Concluye el ponente, sosteniendo que deben eliminarse las diferencias de tratamiento jurídico (especialmente los diferentes plazos de prescripción y ámbito del resarcimiento) entre las responsabilidades contractual y extracontractual para evitar seguir cayendo en los fraudes procesales que propicia esta *trampa* de la unidad de la culpa civil.

E) Coloquio.

En el coloquio, se expuso la comunicación presentada por D. Carlos Millán Hernández, Consejero Consultivo de Canarias, que matiza la ponencia en dos aspectos: i) que debe completarse la visión civilista con la procesal que hace mucho más complejo el problema, puesto que la nueva LEC de 2000 (arts. 218.1 y 400.1) no permite ya una opción doctrinal clara por el *petitum* o la *causa petendi* como identificadoras de la acción ejercitada al centrarse en su fundamento tanto fáctico (teoría de la sustanciación) como jurídico (teoría de la individualización), lo que supera la clásica rigidez que al respecto ofrecía la LEC de 1881, permitiendo así soluciones judiciales compatibles con las teorías criticadas por el ponente; y ii) que la configuración legal del Sistema sanitario de la Seguridad Social no arguye claramente en favor de su carácter extracontractual ya que, aunque se trate de un régimen legal, es obvio que procede de una relación jurídica (aunque sea pública) previa, que es precisamente lo característico de la responsabilidad contractual. El ponente insistió en que los distintos plazos prescripcionales indican que son acciones distintas y que lo propio de la extracontractual es que no existe relación jurídica previa entre las partes.

También se apuntó (Sr. Alcazar Crevillén), que la tesis sostenida por el ponente

permitiría que, desestimada en firme por la jurisdicción contencioso-administrativa una demanda de RPAS, se acudiese a la vía civil para intentar una reclamación de responsabilidad contractual. El ponente declaró no conocer ningún caso en que se hubiera intentado.

El Srt. Cuñat Edo adujo que también en materia de prueba hay diferencias entre la responsabilidad extracontractual y la contractual pues en aquella siempre hay que ir hasta la culpa, mientras que en ésta la prueba se centra en el incumplimiento o su imposibilidad. El ponente recordó que en RPAS, al ser cuestión *de medios y no de resultados*, siempre se habla de culpabilidad.

El Sr. Solchaga Loitegui se pregunta qué encaje puede tener la problemática de la unidad o diversidad de culpas en una responsabilidad que, como la RPAS, es objetiva y no culposa. Para el ponente, culpa es aquí traducción del francés “faute”, equivalente a hecho dañoso, y, por eso, se aplica, no sólo a lo civil, sino también a lo administrativo o laboral.

El Sr. De la Torre Nieto preguntó si la asistencia sanitaria prestada por entidades concertadas con la Seguridad Social debía entenderse contractual o no a efectos de RPAS. Para el ponente estos asuntos son fronterizos pues el demandado es una empresa privada, pero deben residenciarse en la jurisdicción contencioso-administrativa sin descartar el hacerlo una vez transcurrido el año.

El Sr. Aguiló Monjó planteó otro caso fronterizo: un contrato administrativo cuyo cumplimiento deviene imposible en virtud de una Ley que incide en el mismo como *factum principis*. Para el ponente, no es un caso de resolución contractual sin mutuo acuerdo, sino de responsabilidad del legislador o de la Administración que aplica la Ley e impide el cumplimiento del contrato.

V. Quinta ponencia: D. Francisco del Río Muñoz, Abogado del Estado, Consejero Consultivo de Andalucía: “El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, en especial en el ámbito sanitario”.

Pese a que la Res. de 26-6-1996, de la DG. de Seguros, entiende que el aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas contradice la Ley 309/92 y el art. 106 CE, en la actualidad se admite *de facto* en muchos ámbitos (circulación de vehículos, daños en inmuebles, energía, medio ambiente, etc) en que la Administración tiene aseguradas sus responsabilidades por imperativo legal o en que existe presión social para el aseguramiento (colectivos funcionariales, p.e.).

En efecto: i) el aseguramiento cumple la legalidad presupuestaria si se consignan los créditos para hacer frente a las primas; ii), responde al principio de eficiencia de 31.2 CE por la celeridad y seguridad de los cobros; y iii) es posible como contrato privado de la Administración *ex art. 5.3 LCAP*, acogido a las Leyes 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro, y 30/1995, de 8 de noviembre, de Seguros Privados; iv) siempre que su dinámica respete el régimen de legal de la responsabilidad patrimonial de la Administración consagrado en la Ley 30/1994 y el RD 429/1993, de 26 de marzo.

Para esto último, debe siempre tramitarse el correspondiente *procedimiento administrativo*, sin que el perjudicado -que tiene derecho al procedimiento y a una resolución

administrativa expresa- pueda tratar directamente una transacción con la Aseguradora de la Administración, ya que es exclusivamente a ésta última a quien compete *decidir* sobre la existencia de la responsabilidad y *cuantía*, en su caso, de la indemnización, sin que esta competencia corresponda ni pueda atribuirse a la Aseguradora (D. 2/01, CC Andalucía).

Dicho procedimiento debe realizarse *aunque el ente público actuante esté personificado con arreglo al Derecho privado* o sujeto legalmente al mismo (como permite la Ley estatal 15/1997, de 25 de abril, de gestión del Sistema Nacional de Salud ,y algunas normas autonómicas como, p.e, la Ley 5/00, de Galicia, sobre Fundaciones sanitarias), pues la garantía institucional del sistema de responsabilidad *ex* 106.1 CE no puede ser excepcionada por un determinado ejercicio de la potestad de auto-organización (D.60/00 CC Andalucía)

En cuanto a la *intervención de la Aseguradora en el procedimiento administrativo*, no debe ser admitida en concepto de *interesada* ya que es anómalo que en un procedimiento bilateral entre la Administración dañante y el particular dañado, éste vea discutida su pretensión en vía incluso eventualmente contencioso-administrativa por un tercero que deriva su interés de un contrato privado voluntariamente suscrito por la Administración. Tampoco debe ser aceptada como *titular de un derecho posiblemente afectado* ya que sus eventuales derechos sólo nacen una vez reconocida la responsabilidad por la Administración, por lo que el ponente estima como más acertado entender que la Aseguradora es ajena al procedimiento y tramitar éste sin intervención alguna de la misma que deberá limitarse a indemnizar si la resolución administrativa reconoce la responsabilidad de la Administración, sin perjuicio de discutir ante la jurisdicción civil lo que proceda con Administración sobre el cumplimiento del contrato de seguro.

En este sentido, advierte el ponente que, aunque no se haya excluido de la póliza que la Aseguradora asuma la "*dirección jurídica*" del asunto caso de siniestro, ésta posibilidad, reconocida *ex art. 74 Ley 50/80*, no autoriza a la misma a intervenir en el procedimiento ni excepciona la representación y defensa en juicio de la Administración que corresponde a sus propios Letrados *ex art. 447 LOPJ*, sin que pueda tampoco entenderse como una designación de "Abogado colegiado" permitida por el citado precepto, ya que ésta no puede ser general sino expresa y para caso concreto.

En cuanto a la *acción directa* conferida por el *art. 76 Ley 50/80* al perjudicado contra la Aseguradora que puede luego repetir contra el asegurado, más que entender que no existe por ser incompatible con las normas de *ius cogens* del sistema de responsabilidad administrativa, puede ser admitida *ex art. 9 LCAP*, con las siguientes cautelas: i) no puede simultanearse con la acción de responsabilidad contra la Administración y, si se hace, todas las actuaciones deben reconducirse al procedimiento administrativo correspondiente (en contra , el Auto de 27-12-01, de la Sala de Conflictos TS, que optó por la *vis atractiva* clásica de la jurisdicción civil); ii) la Aseguradora no de ha de aplicar en tal caso la normativa civil sino la administrativa; iii) la jurisdicción competente es la civil ya que no se demanda a la Administración; iv) la interposición de la acción directa no interrumpe el plazo de prescripción de la reclamación administrativa; v) cabe repetición de la Aseguradora contra la Administración *ex* 76 Ley 50/80 sólo si hay conducta dolosa de ésta última, que, al ser persona jurídica, sólo cabe referir a sus autoridades o personal; y vi) todo ello se entiende sin perjuicio de la relación contractual interna entre la Administración y su Aseguradora.

Respecto a la *acción subrogatoria*, es claro que la Aseguradora que indemnice se subroga *ex art. 43 Ley 50/80* en el lugar del asegurado, en este caso, la Administración, y, por

tanto, puede ejercer la acción subrogatoria. para reclamar lo pagado a los responsables del siniestro, pero esta acción presenta dificultades cuando tales responsables pertenezcan al personal administrativo, ya que, si bien la reforma de la LPAC efectuada por la Ley 4/99 establece que la Administración “exigirá” (no, como antes se decía, “podrá exigir”) a su personal la responsabilidad en que hubiere incurrido por dolo o negligencia grave, sin embargo tal exigencia requiere, por un lado, un procedimiento administrativo y la Aseguradora sólo puede instarlo; y, por otro, que la Administración hubiera pagado la indemnización (cfr. art. 145 LPAC), y aquí lo ha hecho la Aseguradora. El problema es dudoso pues, si se produce reintegro, habría enriquecimiento injusto de la Administración en cuanto excediera del importe de la prima satisfecha o del incremento que la misma experimentase a consecuencia del pago de la indemnización por la Aseguradora.

En el **coloquio**, se apuntó (Sr. de la Torre Nieto) que el llamado contrato de seguro a favor de una Administración no es un contrato de *seguro de responsabilidad civil* sino una mera garantía financiera de anticipación de costes indemnizatorios, pues la responsabilidad patrimonial de la Administración es una garantía institucional constitucionalizada y, por tanto, indeclinable, de suerte que no cabe ni acción directa, ni subrogatoria, ni nada propio del régimen jurídico de dicho contrato. Por ejemplo, falta la aleatoriedad y el traslado de la responsabilidad a un patrimonio más solvente que el del asegurado, habida cuenta la solvencia indudable de la Administración, que es siempre mayor que la de la propia Aseguradora. Todo esto revela que el pretendido seguro no es tal sino una mera operación financiera para anticipar el coste de la indemnización que facultaría a lo sumo a que la Aseguradora cobrase, no una prima, sino una comisión por descuento, como en las letras de cambio. El Prof. Izquierdo matizó que ello no es totalmente así ya que la acción subrogatoria sólo faculta a la Aseguradora para repetir contra el funcionario culpable a título de dolo o culpa grave y no contra la Administración asegurada. No obstante, el Sr. Alcazar Crevillén, apuntó también que estos seguros no son *de responsabilidad civil*, sino “*de responsabilidad patrimonial de la Administración*”, donde el siniestro no se actualiza para la Aseguradora al producirse el daño sino al declararse en firme la responsabilidad por la propia Administración o por los Tribunales, razón por la que las Compañías no pueden intervenir antes de ese momento, aunque sí después .

El ponente concluyó que lo trataba era de mostrar que, *de facto*, se producen seguros en favor de la Administración y que es preciso confeccionar con cuidado sus cláusulas mientras no se de al problema una solución legislativa.

VI Sexta ponencia: D. Pedro de Pablo Contreras, Catedrático de Derecho Civil, Consejero Consultivo de La Rioja: “Consentimiento informado y responsabilidad por funcionamiento de los servicios públicos sanitarios”.

Comienza el ponente recordando que, según la normativa vigente (art. 106.2 CE y LRJ-PAC), la RPAS es *objetiva* , excluye los casos de fuerza mayor, incluye los de caso fortuito y emplea como criterio legal de imputación el *funcionamiento de los servicios públicos*, incluido el *anormal*, con o sin culpa del funcionario, y el *normal* que, obviamente, conlleva la ausencia de cualquier culpa funcional. Por ello, sorprende al ponente que, en la jurisprudencia de la Sala 3ª TS recaída en esta materia (cfr., p.e, SSTS 10-2-98, 9-3-98, 28-10-98 ó 7-6-01), frecuentemente, tras sentar correctamente las bases objetivas y no culpabilísticas del sistema, sin embargo la resolución de los casos se apoye en criterios culpabilísticos de imputación que restringen la RPAS a los casos de funcionamiento *anormal* de los servicios públicos sanitarios

en los que se aprecia una culpa (*in faciendo, in omittendo, in eligendo o in vigilando*) de la Administración y, en suma, de su personal actuante.

Esta contradicción se explica por el justo deseo de poner límites a una responsabilidad que no puede hacer de la Administración *garante universal de todos los riesgos* incluidos los propios de la naturaleza humana, abocada a las enfermedades y a la muerte. Pero, esto dicho, no pueden olvidarse las bases objetivas del sistema y es imprescindible la *tecnificación* de los elementos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, comenzando por distinguir claramente la *relación de causalidad* de los *criterios de imputación objetiva*.

El análisis de la *relación de causalidad*, en su más estricto sentido, no debe verse interferido por valoraciones jurídicas. El concepto de *causa* no es un concepto jurídico, sino una noción propia de la lógica y de las ciencias de la naturaleza. Conforme a éstas, cabe definir la causa como el *conjunto de condiciones empíricas antecedentes que proporciona la explicación, conforme con las reglas de la experiencia científica, de que el resultado dañoso ha tenido lugar*. Partiendo de este concepto, es evidente que, siendo varias las condiciones empíricas antecedentes que expliquen la producción de un resultado dañoso, ha de afirmarse, *prima facie*, la *equivalencia de esas condiciones*, de modo que las mismas no pueden ser jerarquizadas, por ser cada una de ellas tan causa del resultado dañoso como las demás. A partir de ahí, la fórmula que, en la generalidad de los casos, permite detectar cuáles son las concretas condiciones empíricas antecedentes, o causas, que explican la producción de un daño, no puede ser otra que la de la *condicio sine qua non*: un hecho es causa de un resultado cuando, suprimida mentalmente dicha conducta, el resultado, en su configuración totalmente concreta, no se habría producido.

Problema diferente al de la relación de causalidad es el de la *imputación objetiva*: determinar cuáles de los eventos añosos causalmente ligados a la actuación del responsable pueden ser puestos a su cargo, y cuáles no. Este es el mecanismo técnico, y no a la negación de la relación de causalidad, que ha de utilizar el jurista para impedir que el dañante haya de responder de todas y cada una de las consecuencias valiosas derivadas de su actuación, por más alejadas que estén de esta y por más irrazonable que sea exigirselas. Esta cuestión es estrictamente jurídica, a resolver con los criterios que proporciona el ordenamiento. Tales criterios de imputación objetiva son aplicables a toda relación de causalidad y sirven para eliminar la responsabilidad en los casos en que resulta jurídicamente irrazonable su exigencia al que efectivamente hubiere causado el daño. Esa irrazonabilidad jurídica puede ser *expresa*, cuando esa afirmada explícitamente por el ordenamiento, o *tácita*, cuando se infiere de los criterios generales que este proporciona.

En el ámbito de la RPAS, el ordenamiento jurídico-administrativo ofrece, en primer lugar, un esencial criterio *positivo* de imputación objetiva: el del *funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos*. Pero el ordenamiento ofrece también unos criterios *negadores* de dicha imputación objetiva. Alguno de ellos son *expresos*: que el daño se haya producido por *fuerza mayor*; que el particular *no tenga el deber jurídico de soportar el daño* producido, de acuerdo con la ley; y los denominados *riesgos del desarrollo*, es decir, que el evento derive de hechos circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de su producción. Otros criterios son *tácitos* y pueden inferirse del sistema de responsabilidad patrimonial. Así, la jurisprudencia y la doctrina legal admiten, entre otros: la idea de los *estándares del servicio*; la distinción entre daños producidos *“a consecuencia y con ocasión”* del funcionamiento de los servicios públicos; el *riesgo general de la vida*; la *causalidad adecuada*, etc; en el bien

entendido que el uso de los mismos no puede servir para circunscribir la responsabilidad de la Administración, de modo general e incondicionado, a la hipótesis de funcionamiento *anormal* de los servicios públicos.

Para el ponente, el esquema anterior tiene alcance general y debe servir igualmente para dilucidar los problemas de la RPAS, con las siguientes precisiones: i) en cuanto a la *relación de causalidad*, siempre opera como “concausa” el *estado previo del paciente*, por lo que hay que dilucidar si la asistencia sanitaria es *condicio sine qua non* del daño o si éste se explica exclusiva o suficientemente por la previa patología del paciente; ii) en cuanto a los *criterios negativos expresos de imputación objetiva*, tiene más trascendencia el de la exclusión de los *riesgos del desarrollo*; iii) en cambio, y en contra de alguna jurisprudencia, no le parece al ponente que el requisito de que el daño sea *antijurídico*, o, más exactamente, de que el dañado no tenga el *deber jurídico de soportarlo* de acuerdo con la ley, tenga un papel apreciable en este ámbito puesto que, para el ponente, el paciente no tiene un deber jurídico de soportar el daño de un tratamiento correcto al no existir una norma que efectivamente lo imponga; iv) en cuanto a los *criterios negativos tácitos de imputación objetiva*, tiene especial relevancia en el ámbito sanitario el de los *riesgos generales de la vida*, especialmente en su concreción que se ha dado en llamar los *estándares del servicio*: basta con que el riesgo inherente a la utilización del servicio haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social, para que los demás deban ser asumidos por la propia víctima como riesgo general de la vida.

Salvo estas precisiones, estima ponente que la Administración debe responder *objetivamente* por el funcionamiento del servicio público sanitario. El problema es cómo se insertan los *actos médicos* en dicho funcionamiento, ya que la economía con la que la LEF introdujo la responsabilidad administrativa no era la de una Administración prestacional que actúa en régimen similar al privado, como sucede en la RPAS. Esto está llevando a la jurisprudencia y la doctrina a ceñir esta responsabilidad al funcionamiento *anormal* pero, mientras la legislación no lo determine así, el aplicador debe limitarse a perfilar adecuadamente el parámetro del *funcionamiento servicio público* a estos efectos. Pues bien, en opinión del ponente, en lo que se refiere a los concretos actos médicos capaces de causar un daño a un paciente, el funcionamiento del servicio público consiste en el cumplimiento por la Administración de un *deber jurídico previo e individualizado* respecto a *ese* paciente que es *correlativo al derecho de éste a la protección de su salud y a la atención sanitaria*, por eso cabe decir que la responsabilidad de la Administración en este caso es *contractual*, pues tiene su origen en el cumplimiento de una obligación preexistente, y no *extracontractual*; de ahí que deba exonerarse de responsabilidad a la Administración sanitaria cuando el médico en el caso concreto ha actuado conforme a la *lex artis ad hoc*, por lo que puede afirmarse que, salvo en el caso especial de la medicina *satisfactiva* (que no *curativa*, así las operaciones de estética) es *de medios y no de resultados*. Es así como la *lex artis* se incardina como parámetro de imputación objetivo y no culpabilístico en la materia.

En cuanto al *consentimiento informado* es un *derecho* reconocido al paciente por la normativa internacional, estatal y autonómica que genera un correlativo *deber jurídico* a cargo de los profesionales sanitarios, salvo en los supuestos de estado de necesidad terapéutica, urgencia vital o riesgo inmediato grave donde dicho consentimiento no es preciso. Este derecho es *personal, libre, voluntario y consciente* (corresponde a quienes compete consentir la intervención tratamiento propuestos, es decir al paciente emancipado o con dieciséis años cumplidos y al representante legal del incapaz o a la persona vinculada con el por razones

familiares o de hecho); *previo, continuado* (requerido ante cualquier novedad relevante que se presente); y, normalmente, *escrito* dejando debida constancia de su cumplimiento la historia clínica. Además, habrá de ser *comprensible* para el paciente concreto; y *específico*, o sea, referido a la finalidad y naturaleza de la actuación concreta, sus riesgos y consecuencias, incluidas las distintas *oportunidades terapéuticas* existentes, sus ventajas e inconvenientes.

Pues bien, el significado del consentimiento informado en el sistema de RPAS no es, en contra de lo que a veces parece entenderse en la práctica, una *restricción* de la responsabilidad por daños médicos, sino más bien una *ampliación*, en la medida de que, al deber jurídico de prestar asistencia sanitaria al paciente, se suma ahora el de informarle suficientemente y obtener su consentimiento como *condicio sine qua non* impuesta legalmente para poder realizar la actuación médica de que se trate. Se trata de un *nuevo deber conexo* a la prestación del servicio de asistencia sanitaria, de suerte que, aunque se haya actuado conforme a la *lex artis ad hoc*, el incumplimiento de este nuevo deber, si hay daño, debe dar lugar a la RPAS (no a título de daño moral sino material), incluso en los casos en que: i) el daño se hubiere producido igualmente sin dicho consentimiento; ii) éste hubiera sido prestado por un paciente-medio en parecidas circunstancias; o iii) incluso por el propio afectado si se le hubiera informado bien del riesgo que luego se materializó.

También tiene relevancia el *consentimiento informado* para fijar la *relación de causalidad*, sobre todo en lo que se refiere a la información sobre las consecuencias de la intervención médica o la *pérdida eventual de oportunidades terapéuticas*. Aquí lo relevante no es la *estadística*, sino la *tipicidad* del riesgo que el estado de la ciencia reconoce como asociado, con la frecuencia estadística que sea, a la intervención médica de que se trate, incluidas las condiciones personales del paciente concreto. Así pues, el daño será objetivamente imputable a la Administración cuando consista en *materialización de un riesgo típico o inherente a la intervención practicada*

En el **coloquio**, el Prof. Yzquierdo apuntó otro criterio tácito de imputación objetiva cual es la *norma fundamentadora de la responsabilidad* (como, p.e., la de obligatoriedad de uso de casco en las obras) cuyo conocimiento debe suponerse por un hombre medio del sector pese a no haber sido recordada su observancia mediante carteles o señales adecuadas.

El ponente aclaró también que el carácter más contractual que extracontractual que, a su juicio, reviste la RPAS, no impide que el régimen jurídico aplicable a la misma sea, por imperativo legal, el administrativo, incluido el plazo de un año para la reclamación.

=====