

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNA VEZ TRANSFERIDO EL INSALUD

Alicia Sánchez Cordero
Directora General de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid

1. INTRODUCCION. 2. COMPETENCIAS SANITARIAS 2.1 Reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas A) La asistencia pública sanitaria B) Seguridad Social 2.2 Transferencia de competencias 2.2.1 Materias transferidas 2.2.2. Responsabilidad patrimonial del Estado y de la CCAA en las materias transferidas 3. FORMAS DE GESTIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA 3.1 INSALUD. 3.2 Servicios de Salud autonómicos. 3.3 Otras formas de gestión. 3.3.1 Clasificación de entidades. 3.3.2 Responsabilidad patrimonial de estas entidades 4. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION SANITARIA 4.1 Responsabilidad de las Comunidades Autónomas que han asumido competencias en materia de sanidad, pero a las que aún no han sido transferidas las competencias en materia de Seguridad Social. 4.2 Sistema de responsabilidad patrimonial objetivo. 4.2.1 Actuación en el ejercicio o con ocasión de las funciones sanitarias 4.2.2 Conocimiento de la técnica o de la ciencia 4.2.3 Fuerza mayor y caso fortuito 4.2.4 El consentimiento informado 4.2.5 Concurrencia de culpas 5. SEGUROS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

1. INTRODUCCION

El estudio de la responsabilidad de la Administración como consecuencia de los daños producidos en el ámbito de la actividad sanitaria, debe partir de la referencia constitucional de los artículos 43 y 106 CE.

El primero de ellos, entre los derechos y deberes fundamentales del Título I de la Constitución¹, reconoce el derecho a la protección de la salud y establece los deberes que competen a los poderes públicos en esta

¹ Sobre la diferencia entre los derechos subjetivos constitucionales o derechos fundamentales en sentido estricto, que garantiza directamente la Constitución, con los llamados derechos sociales que exigen su establecimiento por ley y en la normativa de desarrollo, y en concreto con el derecho a la protección de la salud, puede verse FERNANDEZ PASTRANA, José María, El servicio público de la Sanidad: El marco constitucional, Madrid, Civitas, 1984, pág.55 y ss.

materia: organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios; establecer por ley los derechos y deberes de todos al respecto; fomentar la educación sanitaria, la educación física y el deporte; y facilitar la adecuada utilización del ocio. La ubicación sistemática de este artículo dentro de los principios rectores de la política social y económica, supone, de conformidad con el artículo 53.1 CE, la obligación de los poderes públicos - legislativo, ejecutivo y judicial- de reconocer el derecho a la protección de la salud de los ciudadanos, respetar los derechos del paciente y proteger la salud pública organizando el sistema sanitario como servicio público.²

El artículo 106 de la Constitución consagra el derecho de los particulares a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Dicho artículo, encuadrado en el Título VI "Del Gobierno y la Administración" garantiza la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños producidos en la gestión administrativa general, en palabras de la STS, Sala 3ª, de 18 de mayo de 1999 "*consecuencia del funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos, entendidos éstos en el más amplio sentido como gestión pública*".

Dicho precepto constitucional remite a *los términos establecidos en la ley*, ley que conforme al artículo

² FERNANDEZ PASTRANA, José María, en la obra citada, pag. 30-31, señala: "De todo lo cual cabe concluir que si bien el artículo 43.2 implica que la sanidad es, por directo imperativo de la Constitución un servicio público, ello significa solamente que, a partir de ahora, el Estado goza de un título jurídico para intervenir reglamentando y controlando la actividad, pero en modo alguno se está prejuzgando si la gestión va a ser desarrollada en exclusiva o monopolio por el Estado, directa o indirectamente, o si por el contrario, será concurrente con la actividad privada, bien que sometida a la particular disciplina a que nos venimos refiriendo..." Lo que de la Constitución se deduce es, por consiguiente, un Servicio Público de Salud, que no hay que confundir con un Servicio Nacional de Salud monopolizado..."

149.1.18º de la Constitución ha de ser estatal al ser competencia exclusiva del Estado la legislación básica sobre el *sistema* de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas, debiendo, por tanto, las Comunidades Autónomas sujetarse a la legislación general³.

En la actualidad la regulación se encuentra en la Ley 30/92, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en los artículos 139 y ss, objeto de reforma parcial por la Ley 4/1999, de 13 de enero, desarrollados por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo de 1993, que aprueba el Reglamento de procedimientos administrativos en materia de Responsabilidad Patrimonial.

Dicha Ley 4/1999, en su artículo 2, apartado 3, añade una Disposición Adicional Duodécima a la Ley 30/1992 sobre responsabilidad en materia de asistencia sanitaria :

"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 y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al or-

den contencioso-administrativo en todo caso."

Esta disposición pone de manifiesto varios temas en orden a la responsabilidad de la Administración sanitaria:

- distinción entre las entidades gestoras de la Seguridad Social y las entidades que integran el Sistema Nacional de Salud
- la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria a consecuencia o con ocasión de la prestación de asistencia sanitaria
- acciones de reclamación de responsabilidad patrimonial en vía administrativa
- unificación del fuero en la jurisdicción contencioso-administrativa.

Debe partirse de que en el actual sistema organizativo de la sanidad pública española, la Ley 14/1986, General de Sanidad sigue un modelo sanitario integral creando el Sistema Nacional de Salud, que define como "el conjunto de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas convenientemente coordinados", sistema separado de la Seguridad Social encargado de las prestaciones estrictamente económicas. La diferencia competencial de las distintas Comunidades Autónomas en materia sanitaria y en materia de Seguridad Social, las reservas de competencias estatales en una y otra y la intervención de los Ayuntamientos, en las limitadas competencias en materia sanitaria establecidas en la legislación de régimen local, exige, a efectos de atribución de responsabilidad patrimonial, determinar quién gestiona la Administración sanitaria, qué materias se incluyen en la misma, qué entes se integran en ella y cuál es el alcance de su responsabilidad.

2. COMPETENCIAS SANITARIAS

2.1 Reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas

A) La asistencia pública sanitaria

Como hemos visto, el artículo 43 de la Constitución reconoce el derecho a **la protección de la salud** de los ciudadanos, ordenando en su apartado segundo que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, estableciendo por Ley los derechos y deberes de todos al respecto. Este derecho se encuadra dentro de los principios rectores de la política social y económica del Estado, que conforme al artículo

³ La STC 61/1997 razona que el art. 149.1.18 CE no puede excluir que, además de esa normativa común que representa el sistema de responsabilidad para todo el territorio, las Comunidades Autónomas puedan establecer otros supuestos indemnizatorios en concepto de responsabilidad administrativa, siempre que, naturalmente, respeten aquellas normas estatales con las que en todo caso habrán de coherarse y sirvan al desarrollo de una política sectorial determinada. En ese sentido, la eventual regulación de nuevos supuestos indemnizatorios en el ámbito de las competencias exclusivas autonómicas constituye una garantía indemnizatoria que se superpone a la garantía indemnizatoria general que al Estado compete establecer.

GARCIA GOMEZ DE MERCADO, Francisco, "La responsabilidad patrimonial de la Administración tras la Ley 4/1999", en Actualidad Administrativa, LIII, 1999, mantiene que al ser competencia exclusiva [del Estado] el ejercicio de la potestad legislativa sobre el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas, es errónea la declaración del artículo 55.1 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid (redactado por Ley de 9 de abril de 1999), conforme al cual "la responsabilidad patrimonial de la Comunidad de Madrid por los daños ocasionados a los ciudadanos en cualesquiera de sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos se regirá por la legislación básica del Estado en la materia y por las disposiciones que la Comunidad de Madrid dicte en el ejercicio de sus propias competencias".

53.3 informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos y sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

En los artículos 148, apartados 20^a y 21^a - asistencia social, sanidad e higiene -, y artículo 149.1.16^a - sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad y legislación sobre productos farmacéuticos - se establecen las previsiones constitucionales sobre el reparto de competencias en materia de sanidad.

Del juego de ambos preceptos resulta que las materias que son de la **exclusiva competencia estatal**, son las siguientes:

- Sanidad exterior.

El artículo 38.2 de la Ley General de Sanidad incluye en la sanidad exterior todas aquellas actividades que se realicen en materia de vigilancia y control de los posibles riesgos para la salud derivados de la importación, exportación o tránsito de mercancías y del tráfico internacional de viajeros. La STC 329/1994 define el contenido de dicha competencia estatal.

- Las bases y coordinación general de la sanidad, entendida como sanidad interior, esto es, la sanidad dentro del territorio nacional.

El Tribunal Constitucional ha interpretado el artículo 149.1.16 señalando que el concepto de "*bases*" hace referencia al marco de directrices, principios o criterios básicos que aseguren una regulación uniforme en todo el territorio nacional, a partir del cual las CCAA que tengan asumidas competencias en la materia puedan ejercerlas⁴. La competencia de "*coordinación general*" persigue "la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente, la realidad misma del sistema"...debiendo "ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema sanitario"⁵

⁴ STC 1/1982, de 28 de enero, 32/1983 de 28 de abril y 42/1983 de 20 de mayo.

⁵ STC 32/1983, de 28 de abril.

La doctrina constitucional añade dos ideas clave: que el establecimiento por parte del Estado de las bases de ordenación no puede llegar a tal grado de desarrollo que deje vacía de contenido la correlativa competencia de la Comunidad Autónoma, y que las competencias estatales no se agotan en las puramente legislativas, sino que puede también comprender la normativa de desarrollo.

- La alta inspección

Consiste en la vigilancia que corresponde al Estado de fiscalización si la Comunidad Autónoma cumple con la Constitución y con las leyes en virtud del principio general de control que le otorga el artículo 155, "pero no un control genérico e indeterminado que implique dependencia jerárquica de las Comunidades Autónomas respecto de la Administración del Estado" (STC 32/1983). Aunque no aparece expresamente determinada en el artículo 149.1 CE, ha de considerarse implícita en el apartado 1º dentro de la competencia exclusiva del Estado sobre "*la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*".

- Legislación sobre productos farmacéuticos

La competencia no se reduce a la legislación básica, abarcando no sólo las leyes en sentido formal, sino las normas reglamentarias. Así la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, considera de competencia exclusiva estatal algunas actuaciones de ejecución, como la autorización y registro de medicamentos, productos y artículos sanitarios y las de los laboratorios o establecimientos que los produzcan, elaboren o importe. La Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencias de Competencias a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución, amplía las competencias de ejecución de la legislación de productos farmacéuticos a las CCAA que no la tenían, aunque únicamente afectan a las fases del medicamento posteriores a la autorización para su producción.

Y las competencias que pueden asumir las **Comunidades Autónomas**, son las siguientes:

- Las competencias sobre las materias relacionadas en el artículo 148.20 y 21.
- Las competencias sobre materias que el art.149.1 no reserva a la competencia exclusiva estatal
- Las competencias no contempladas en el artículo 149.1

- La competencia legislativa sobre materias de competencia estatal que una Ley Marco les atribuya
- Las facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por Ley Orgánica se les transfiera o delegue

El Estado, al amparo del artículo 149.1.16° CE dictó la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que según su Exposición de Motivos quiere "*establecer los principios y criterios substantivos que permitan conferir al nuevo sistema sanitario unas características generales y comunes, que sean fundamento de los servicios sanitarios en todo el territorio del Estado*", pero poniendo a disposición de las Comunidades Autónomas "*a través de los procesos de transferencias de servicios, un dispositivo sanitario suficiente como para atender las necesidades sanitarias de la población residente en sus respectivas jurisdicciones*". Dicha Ley garantiza, por tanto, las competencias autonómicas reconocidas constitucionalmente en el artículo 148 y las que se pueden asumir estatutariamente conforme a la cláusula residual del artículo 149.3.

Los Estatutos de Autonomía han atribuido, en general, a las Comunidades Autónomas, el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior. Se constituye así un Servicio de Salud en cada Comunidad Autónoma integrado por todos los centros, servicios y establecimientos de las Administraciones territoriales intracomunitarias - Municipios, Diputaciones, islas, Cabildos -. El conjunto de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas constituye el Sistema Nacional de Salud. De este modo, los servicios sanitarios se gestionan bajo la responsabilidad de las Comunidades Autónomas reservándose el Estado los poderes de dirección, en lo básico, y la coordinación del sistema.

B) Seguridad Social

El **artículo 41** del texto constitucional dispone que los poderes públicos mantendrán un **régimen público de Seguridad Social** para todos los ciudadanos que garantiza la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. El artículo 149.1.17° de la CE reserva al estado la competencia exclusiva sobre legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas. En su desarrollo, el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, es de

aplicación general en todo el territorio, salvo los aspectos relativos al modo de ejercicio de las competencias y a la organización de los servicios en las Comunidades Autónomas que, de acuerdo con lo establecido en sus Estatutos de Autonomía, hayan asumido competencias de gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

Además, la Ley 14/1986, General de Sanidad, en su disposición adicional sexta, 1, establece que "*los Centros sanitarios de la Seguridad Social quedarán integrados en el Servicio de Salud sólo en los casos en que la Comunidad Autónoma haya asumido competencias en materia de asistencia sanitaria de la Seguridad Social de acuerdo con su Estatuto*". Por ello, la disposición transitoria tercera de la citada Ley añade que "*el Instituto Nacional de la Salud continuará subsistiendo y ejerciendo las funciones que tiene atribuidas, en tanto no se haya culminado el proceso de transferencias a las Comunidades Autónomas con competencia en la materia.*"

Encontramos pues, dos títulos distintos competenciales de administración sanitaria, la asistencia sanitaria pública descentralizada y la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, lo que ha dado lugar a un doble modelo territorial sanitario. Por un lado, el de las Comunidades Autónomas que siguieron la vía de constitución del artículo 151 CE y cuyos Estatutos asumieron la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social - además de la vía especial de Navarra-, y por otro, las Comunidades Autónomas que se constituyeron por la vía del artículo 143, las de la vía lenta, en las que inicialmente sus Estatutos no asumieron competencias de gestión de la Seguridad Social sino sólo de asistencia sanitaria, y que abarca el actual territorio INSALUD.

En los Estatutos de Autonomía del País Vasco (art.18), Cataluña (art.17), Galicia (art.33), Andalucía (art. 20), Navarra (art.53), Valencia (art. 38) y Canarias (art.34), con una redacción parecida, se establece la competencia de la Comunidad Autónoma:

- el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior
- en materia de Seguridad Social, corresponderá a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, salvo las normas que configuran el régimen económico de la misma

- la gestión del régimen económico de la Seguridad Social en su territorio, sin perjuicio de la Caja Unica
- la ejecución de la legislación del Estado sobre productos farmacéuticos
- podrá organizar y administrar a tales fines y dentro de su territorio todos los servicios relacionados con las materias antes expresadas
- ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y fundaciones en materia de Sanidad y Seguridad Social

El Estado, como se ha señalado, se reserva la alta inspección conducente al cumplimiento de las funciones y competencias señaladas.

Las demás CCAA han recibido en los últimos cinco años la competencia necesaria para la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, aunque aún no se han aprobado los necesarios Decretos de traspaso. Por Ley Orgánica⁶ se han modificado los respectivos Estatutos de Autonomía al amparo de la previsión del artículo 148.2 de la CE para asumir nuevas competencias, entre ellas, en una redacción repetida, se atribuye, en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, la competencia de desarrollo legislativo y la ejecución en las materias siguientes:

- sanidad e higiene
- coordinación hospitalaria en general, incluida la de la Seguridad Social
- ordenación farmacéutica

Y la ejecución de la legislación del Estado en las siguientes materias:

- gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, reservándose el Estado la alta inspección
- gestión de las prestaciones y servicios sociales del sistema de Seguridad Social: In-serso. La determinación de las prestaciones del sistema, los requisitos para establecer la condición de beneficiario

⁶ L.O 5/1996, de 30 de diciembre, Aragón; L.O. 3/1997, de 3 de julio, Castilla-La Mancha; L.O. 1/1998, de 15 de junio, Murcia; LO 5/1998, de 7 de julio, Madrid; L.O. 11/1998, de 30 de diciembre, Cantabria; L.O. 2/1999, de 8 de enero, La Rioja; L.O. 3/1999, de 8 de enero, Islas Baleares; 4/1999, de 8 de enero, Castilla-León; L.O. 5/1999, de 8 de enero, Asturias; y L.O. 12/1999, de 6 de mayo, Extremadura.

y la financiación se efectuará de acuerdo con las normas establecidas por el Estado en el ejercicio de sus competencias, de conformidad con lo dispuesto en el número 17 del apartado 1 del art. 149 de la Constitución.

En estas Comunidades Autónomas existe una coordinación de las redes de Seguridad Social y la del Servicio de la Salud a través de las Comisiones de Coordinación para la Asistencia Sanitaria al no haberse producido la integración de los centros de Seguridad Social en el Servicio de Salud respectivo, si bien en Cantabria y Extremadura aún no se han constituido los Servicios autonómicos de Salud

2.2 Transferencia de competencias

Las Comunidades Autónomas han asumido las competencias constitucionales en materia de sanidad, en una primera fase, a través de una triple vía:

- Entes preautonómicos. Se transfirieron algunas competencias sanitarias por el Estado con anterioridad a la aprobación de los Estatutos de Autonomía, a Cataluña, País Vasco, Galicia, Andalucía, Valencia y Canarias.
- Al aprobarse el correspondiente Estatuto de Autonomía- competencias en materia de sanidad y Seguridad Social: las anteriores y Navarra (Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra).
- Con posterioridad al Estatuto
 - mediante la reforma del mismo: Asturias, Cantabria, La Rioja, Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, Islas Baleares, Madrid y Castilla-León
 - por el sistema diseñado en el artículo 150 CE - Leyes Orgánicas de transferencias - Valencia y Canarias.

Una vez que la Comunidad Autónoma ha recibido las correspondientes competencias estatutarias, tiene lugar la segunda fase, la reglamentaria, mediante los Reales Decretos que aprueban los Acuerdos de las Comisiones Mixtas de traspasos de servicios, funciones y dotaciones. Si bien todas las CCAA han asumido plenas competencias sanitarias, sólo se han transferido los servicios y funciones del INSALUD a siete CCAA⁷, previéndose que el proceso culmine en el próximo año.

⁷ Cataluña, Real Decreto 1517/81, de 8 de julio - Por R.D. 46/1993, de 15 de enero, se amplian los medios patrimoniales; Andalucía, R.D.

2.2.1 Materias transferidas

Corresponde a las CCAA, en el marco de la legislación básica del Estado, y, en su caso, en los términos que la misma establezca, el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de sanidad e higiene y la ejecución de los servicios de la Seguridad Social. Debe señalarse que la disposición transitoria cuarta de la Ley General de Sanidad establece que *«las posibles transferencias a realizar en materia de gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a favor de las Comunidades Autónomas, que puedan asumir dicha gestión, deberán acomodarse a los principios establecidos en esta Ley»*.

• En una fórmula similar, se traspasan a las CCAA:

a) Los servicios y funciones correspondientes a los centros y establecimientos sanitarios, asistenciales y administrativos de la Seguridad Social, gestionados por el Instituto Nacional de la Salud en la Comunidad Autónoma.

b) Los servicios y funciones encomendados por la legislación vigente a las Direcciones Provinciales de la expresada Entidad Gestora de la Seguridad Social en la Comunidad Autónoma, así como las funciones y servicios correspondientes al Ministerio de Sanidad y Consumo respecto a dichas Direcciones Provinciales.

c) La elaboración y la ejecución de los planes de inversión que se aprueben en materia sanitaria en la Comunidad Autónoma

d) La contratación, gestión, actualización y resolución de los conciertos con entidades e instituciones sanitarias o asistenciales que presten servicios en la Comunidad Autónoma, dentro de los límites presupuestarios. A partir de la efectividad del traspaso de estas funciones, la Comunidad Autónoma se subrogará en los conciertos en vigor entre el Instituto Nacional de la Salud y otros Organismos y Entidades, hasta que se extingan dichos conciertos.

e) La creación, transformación y ampliación, dentro de los límites presupuestarios, así como la clasificación y supresión de los centros y establecimientos sanitarios en régimen ordinario o experimental, y de los centros asistenciales y administrativos del INSALUD en la Comunidad Autónoma, de acuerdo con la legislación básica del Estado.

f) Las funciones de gestión que realiza el Instituto Nacional de la Salud a través de sus Servicios Centrales, en cuanto se refiere al territorio de la Comunidad Autónoma y, entre ellas, la inspección de servicios y la gestión de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social.

g) La planificación de programas y medidas de asistencia sanitaria de la Seguridad Social en el ámbito de la Comunidad Autónoma, de acuerdo con la legislación básica del Estado.

h) El análisis y evaluación del desarrollo y resultados de la acción sanitaria de la Seguridad Social en la Comunidad Autónoma.

i) La organización y régimen de funcionamiento de los centros y servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social en así como la definición de criterios generales para la evaluación de la eficacia y rendimiento de los programas, Centros o Servicios Sanitarios en la Comunidad, todo ello de acuerdo con la normativa básica del Estado y la normativa reguladora del Régimen económico de la Seguridad Social.

La gestión de los Centros, establecimientos y servicios, así como de las funciones que se traspasan, se realizará de acuerdo con la legislación básica del Estado. Igualmente, la Comunidad Autónoma se sujetará a la normativa general de la Seguridad Social en lo relativo a la determinación de los beneficiarios, requisitos e intensidad de la acción protectora y regímenes económico-financiero y económico-administrativo.

• Competencias, servicios y funciones que se reserva la Administración del Estado .

a) Las actuaciones que se establecen en el artículo 40 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, sin menoscabo de las competencias de las Comunidades Autónomas.

b) El ejercicio de la alta inspección, en los términos previstos en el artículo 43 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, de acuerdo con lo establecido en la Constitución.

c) La coordinación general sanitaria, en los términos establecidos en el capítulo IV, del título III de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, de acuerdo con lo establecido en la Constitución.

d) Las relaciones y acuerdos sanitarios internacionales.

• Se desarrollarán coordinadamente entre el INSALUD y la Comunidad Autónoma, las siguientes funciones:

400/84, de 22 de febrero; País Vasco, R.D. 1536/87, de 6 de noviembre; Valencia, R.D. 1612/87, de 27 de noviembre; Galicia, R.D. 1679/90, de 28 de diciembre; Navarra, R.D. 1680/90, de 28 de diciembre; Canarias, R.D. 446/1994, de 11 de marzo.

a) El intercambio de información en materia de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, así como el asesoramiento y cooperación con carácter permanente.

b) La elaboración de estudios y proyectos conjuntos, así como la realización de propuestas tendentes al perfeccionamiento de la acción sanitaria de la Seguridad Social y la colaboración en acciones programadas de interés general.

c) El desarrollo de los programas de informática de proyección estatal y el acceso a la información derivada de los mismos.

d) El intercambio de información sobre los conflictos laborales que puedan producirse en los centros y servicios sanitarios de la Seguridad Social.

e) La participación, cuando la Comunidad Autónoma lo solicitara de la Oficina Técnica del Instituto Nacional de la Salud en los aspectos geológicos, arquitectónicos, de ingeniería y mantenimiento de los centros sanitarios.

f) La coordinación entre el Consejo General del Instituto Nacional de la Salud y el órgano de participación que se derive de lo previsto en la Ley que regule el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma.

g) Cualquiera otra que pueda contribuir a la mejor relación y coordinación entre la Administración del Estado y la Comunidad Autónoma de Canarias.

También se traspasan los bienes, derechos y obligaciones del Instituto Nacional de la Salud que corresponden a los servicios transferidos y el personal y vacantes adscritos a los servicios e instituciones que se traspasan.

2.2.2 Responsabilidad patrimonial del Estado y/o de la CCAA en las materias transferidas. Situaciones transitorias.

El problema se plantea en los supuestos de hechos acaecidos con anterioridad al traspaso, cuando el ejercicio de la acción o la sentencia condenatoria son posteriores a la fecha de efectividad del traspaso.

El Tribunal Constitucional ha mantenido que los Reales Decretos de transferencias «no atribuyen ni reconocen competencias, según hemos declarado de forma reiterada, sino que se refieren a los medios necesarios para ejercerlas». El carácter que haya de atribuirse a la

⁸ STC 88/1983, de 27 de octubre y ATC de 14 de marzo de 1989

cesión de bienes del Estado a las Comunidades Autónomas como consecuencia de las correspondientes transferencias de servicios, no constituye en rigor una cesión, sino "una sucesión parcial en el ejercicio de las funciones públicas entre dos entes de esta naturaleza"; porque "las Comunidades Autónomas no son entes preexistentes a los que el Estado ceda bienes propios, sino entes de nueva creación que sólo alcanzan existencia real en la medida en que el Estado se reestructura sustrayendo a sus instituciones centrales parte de sus competencias para atribuir las a estos entes territoriales y les transfiere, con ellas, los medios personales y reales necesarios para ejercerlas."⁹

La jurisprudencia de la **Sala de lo Social** se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la legitimación pasiva del INSALUD o del Servicio autonómico de Salud en reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios derivadas de defectuosa atención sanitaria, atendiendo a la fecha de efectividad de las transferencias de funciones y servicios del INSALUD a la Comunidad Autónoma¹⁰.

La doctrina que se mantiene es que el gasto que supone para la Seguridad Social el pago de las cantidades reclamadas al estimarse la demanda por sentencia, es una obligación de la Seguridad Social nacida después de la transferencia a la Comunidad Autónoma, aunque el gasto reclamado derive de una defectuosa atención sanitaria anterior a la fecha de efectividad del traspaso. Se apoya en los Decretos de Transferencias que establecen el traspaso de las funciones y servicios, así como de los bienes, derechos y obligaciones, personal y créditos presupuestarios a partir de una fecha concreta, y en el apartado del Anexo al Decreto relativo al régimen financiero y presupuestario que establece que a partir de la fecha de efectividad del traspaso, los compromisos de gastos no reconocidos por los servicios centrales del INSALUD serán contraídos con cargo a los créditos de la CCAA por considerar que los mismos se encuentran financiados por el mecanismo de participación en las desviaciones que haya podido experimentar la ejecución del Presupuesto del Instituto Nacional de la Salud no transferido, respecto de su correspondiente presupuesto inicial, que se aplica al presupuesto inicial de gastos asignado a la Comunidad Autónoma para financiar los servicios transferidos del INSALUD.

⁹ STC 58/1982, de 27 de julio y 85/1984, de 26 de julio

¹⁰ STS, Sala 4ª, de 12 diciembre de 1996, 7 de marzo y 8 de mayo de 1997, referidas a la CCAA de Galicia, Sª de 11 de noviembre de 1998, respecto a Canarias, y STS de 23 enero de 1995 y TSJ Valencia de 31 de marzo de 1998 y 11 de julio de 2000, respecto a esta Comunidad Autónoma.

De este régimen general debe excepcionarse a la Comunidad Foral de Navarra, al establecerse en el Decreto de Transferencias expresamente que las obligaciones que correspondan a ejercicios anteriores al de 1991 - la fecha de efectividad del traspaso es el 1 de enero de 1991- serán a cargo del INSALUD.¹¹

La **Sala Primera** del Tribunal Supremo mantiene soluciones dispares. En sentencia de 23 de abril de 1999, se condena al INSALUD a abonar la indemnización por responsabilidad civil extracontractual al haberse producido los hechos con anterioridad al traspaso de competencias en materia de Seguridad Social a la Generalidad de Cataluña, basándose en los artículos 1089 y 1902 del Código Civil de los cuales se desprende que la obligación de indemnizar nace en el mismo momento en que la actitud negligente causa el daño y no en el tiempo posterior de pronunciarse la sentencia¹².

En sentencia de 3 de diciembre de 1999 se condena al Servicio Gallego de Salud razonando que las cesiones del INSALUD de los correspondientes servicios sanitarios a las Comunidades Autónomas, por lo general, operan transfiriendo no sólo los derechos sino también obligaciones, y de esta manera lo que realmente resulta transmitido no es la culpa, sino la responsabilidades derivadas de la misma, que si cabe ceder y traspasar.

Una solución singular se da en la STS de 12 de diciembre de 1998 en la que se desestima el recurso de casación interpuesto por el INSALUD contra sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia que había absuelto al Servicio Valenciano de Salud (SERVASA) y condenado al INSALUD por fallecimiento ocurrido con anterioridad a las transferencias. Se razona: "un demandado que ha sido condenado carece de legitimación para pretender que se condene también a otros codemandados, a quienes absuelve la sentencia recurrida y cuyo pronunciamiento absolutorio ha sido consentido (no recurrido) por los únicos legitimados para impugnarlo (los demandantes perjudicados), lo cual se entiende sin perjuicio de las reclamaciones

¹¹ En el punto 7.10 del Anexo se dispone que "No obstante lo dispuesto en el párrafo precedente, dichas obligaciones, previa conformidad del INSALUD, se reconocerán y harán efectivas por la Comunidad Foral de Navarra, y en contrapartida ésta participará en las desviaciones del presupuesto inicial del INSALUD-Gestión Directa que se produzcan para la cobertura de las citadas obligaciones, en la forma prevista en los números 6 y 7 de este apartado - participación de las ampliaciones e incorporaciones de créditos aprobados, en el ejercicio corriente, en el presupuesto del INSALUD-Gestión Directa.

¹² También la STS de 9-6-1997 mantiene el criterio de responsabilidad del INSALUD por tratarse de hechos anteriores al traspaso

que contra aquéllos pueda formular en el juicio correspondiente, si estimare asistirle algún derecho para ello... porque la transferencia no puede perjudicar a quien ha sufrido el daño, como tampoco las interpretaciones contradictorias de SERVASA e INSALUD, ni la confusión de las normas político-administrativas [se refiere al Decreto de Transferencias], ... procede desestimar el recurso, sin perjuicio de las reclamaciones internas, por la solidaridad impropia frente a la víctima, problema aquel «ad intra» que no ha de resolver esta Sala"

La jurisprudencia **contencioso-administrativa**, que es la que se ha ocupado del tema de la responsabilidad patrimonial después de los procesos de transferencias en todos los ámbitos, ha señalado reiteradamente que las dudas que puedan surgir entre dos Administraciones Públicas en orden a cuál de ellas es la responsable de un supuesto de subrogación - técnica a la que, en definitiva, responden los Decretos de Transferencias- no pueden perjudicar a quien con ellas ha contratado, al cual, en todo caso, le basta con interesar el cumplimiento de la obligación contraída a quien, en ese momento, ostenta la titularidad de la competencia, y ello sin perjuicio de las compensaciones económicas que, en su caso, puedan establecerse entre las Administraciones afectadas, cuestión ajena a quien contrata con la Administración¹³. En definitiva, deriva la responsabilidad patrimonial a la Administración a la que se le haya transferido el servicio originariamente causante del daño o perjuicio, aún cuando tal traspaso hubiera tenido lugar después de acaecido el hecho determinante de dicha responsabilidad patrimonial¹⁴.

Ante la clara interpretación jurisprudencial sobre la asunción de las obligaciones sobre materias transferidas por la Administración que deviene competente, la única forma de no asumir dichas obligaciones es establecer en los Decretos de Transferencias que el INSALUD será responsable de las obligaciones de pago que se reconozcan en sentencias judiciales firmes por hechos ocurridos con anterioridad a la transferencia, con las salvaguardas que precise para que pueda personarse en los procedimientos judiciales, salvo que los mecanismos de compen-

¹³ STS de 23-7-1996 y de 5-2-1998; STSJ Galicia, sec. 3ª, de 25-2-2000

¹⁴ Se pueden citar las STS de 4 de noviembre de 1993, 20 de junio de 1995, 27 de septiembre de 1996, 6 de mayo de 1997 - en esta Sª, que se remite a las de 10 de octubre de 1988 y 4 de noviembre de 1993, se examina la transferencia de servicios operadas por Decretos de 5 de marzo de 1985, en materia de sanidad, del Territorio Histórico de Vizcaya a las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma del País Vasco - y 28 de abril de 1998, entre otras.

sación a la Comunidad Autónoma por hacerse cargo de los pagos estén satisfactoriamente convenidos. La solución, por lo demás, es la que se adoptó en los Decretos de transferencias de sanidad¹⁵

3. FORMAS DE GESTIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA

Este doble modelo de ordenación de la sanidad INSALUD-Servicios de Salud autonómicos, exige examinar cada uno de los entes prestadores de asistencia sanitaria pública, pues a efectos de responsabilidad patrimonial, ya se trate de entes gestores de la Seguridad Social, ya de entes gestores de servicios y centros de asistencia sanitaria, es preciso determinar si tienen la naturaleza de Administración pública en el sentido del artículo 139 de la Ley 30/1992: "*Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.*"

3.1 INSALUD

Es una entidad gestora de la Seguridad Social, adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo, a través de la Secretaría General de Gestión y Cooperación Sanitaria¹⁶ al que corresponde la gestión de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social en el ámbito territorial de las Comunidades Autónomas que no hayan asumido dichas competencias, así como en Ceuta y Melilla.

Su naturaleza jurídica es la de Entidad de Derecho Público, en el sentido del artículo 2.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Admi-

¹⁵ Como ejemplo, el Real Decreto 1359/1984, de transferencia de competencias en materia de sanidad a la Comunidad de Madrid dispone: "*será de cargo de la Administración del Estado el coste derivado del cumplimiento y ejecución por la Comunidad de Madrid de las sentencias judiciales que se pronuncien en los procesos iniciados con anterioridad a la fecha de efectividad del traspaso, o en los que iniciados después de dicha fecha tengan por objeto el reconocimiento de derechos o situaciones jurídicas perfeccionadas con anterioridad a la misma, cuando tales sentencias así las declaren, y siempre que se notifique a la Administración del Estado en tiempo y forma a efectos de que en tiempo hábil pueda personarse debidamente.*"

¹⁶ Se crea por Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de noviembre, afectado por el Real Decreto-Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y Ley 14/1986 General de Sanidad. Se regula por R.D. 702/1998, de 24 de abril de Organización de los Servicios Territoriales y modificación de la composición de los órganos de participación en el control y vigilancia de la gestión del INSALUD, y R.D. 1450/2000, de 28 de julio, que desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Consumo

nistraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: personalidad jurídica propia vinculada o dependiente de cualquiera de las Administraciones Públicas. La Disposición Adicional 6ª de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), equipara a las entidades gestoras de la Seguridad Social a los organismos autónomos.

En cuanto a su régimen de responsabilidad, al regirse los organismos autónomos por el Derecho administrativo, artículo 45 de la LOFAGE, queda sometido al sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992. Ya señalamos que la Ley 4/1999 añadió una disposición adicional duodécima que sujeta la responsabilidad patrimonial de las entidades gestoras de la Seguridad Social a la tramitación administrativa prevista en la Ley 30/1992 y su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo, en todo caso.

3.2 Servicios de Salud autonómicos

Por su naturaleza jurídica se distinguen:

1. Organismos autónomos. Tal es el caso de Andalucía, Aragón, Baleares, Canarias, Castilla-León, Galicia, La Rioja, Madrid, Navarra y Castilla-La Mancha¹⁷
2. Entidades de derecho público sometidas al Derecho privado. Se clasifican así los Servicios de Salud de Asturias, Cataluña, Murcia y País Vasco¹⁸.

¹⁷ Respecto al Servicio Balear de Salud y Gerencia Regional de Salud, para Miriam PEREZ CUETO, *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Valencia, Tiranc lo Blanch, 1997, tienen naturaleza de entidades de Derecho público sometidas al Derecho privado; para Oriol MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, Organización, imputación y causalidad*, Madrid, Civitas, 2000, ambos son organismos autónomos.

En Madrid, la Ley 9/1984, de 30 de mayo, de creación de los Servicios Regionales de Salud y Bienestar Social y del Instituto Regional de Estudios de Salud y Bienestar Social, los califica de organismos autónomos. El proyecto de Ley de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid suprime dichos organismos creando el Servicio Madrileño de Salud - comprador de los servicios sanitarios- y el Instituto Madrileño de Salud -proveedor de los servicios sanitarios- con naturaleza de entes de Derecho público sometidos al Derecho privado. En Castilla-La Mancha se crea el Servicio de Salud por la reciente Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria.

¹⁸ La Ley 15/1990 de Ordenación Sanitaria en Cataluña, crea el Servicio Catalán de la Salud como Ente público de naturaleza institucional, que se rige por el Derecho privado en sus relaciones externas. La nueva redacción dada al artículo 4 por la Ley 11/1995, de 29 de septiembre permite configurarlo como ente de Derecho público sometido al Derecho privado.

Los Servicios de Salud murciano y vasco han cambiado su naturaleza jurídica de organismo autónomo de carácter administrativo a entes de

Hay dos Comunidades Autónomas que no han creado aún sus Servicios Autonómicos de Salud: Cantabria y Extremadura. En Valencia, la Ley 6/1993, de 31 de diciembre, de Presupuestos Generales de 1994, suprimió el Servicio Valenciano de Salud, organismo autónomo de carácter administrativo, encomendando sus funciones a la Consejería de Sanidad y Consumo.

El régimen de responsabilidad extracontractual al que se someten los Servicios de Salud autonómicos, ya se configuren como organismos autónomos ya como entidades de Derecho público sometidas al Derecho privado, es el de responsabilidad patrimonial objetiva regulada en la Ley 30/1992. Normativa y jurisprudencialmente esta solución se apoya en los siguientes preceptos:

- El artículo 106.2 de la Constitución se refiere a "los servicios públicos" comprensivo de toda la actividad desarrollada por las Administraciones Públicas.
- El artículo 2.2 de la Ley 30/1992, en su segundo inciso señala que estas Entidades - las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas - sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan actividades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación. En un sentido amplio, según es interpretado por la doctrina mayoritaria, el concepto de "actividad" engloba también la responsabilidad patrimonial.
- El artículo 144 de la Ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 4/99, pasa a someter la responsabilidad de las Administraciones públicas cuando actúen en relaciones de Derecho privado al régimen de responsabilidad patrimonial de los artículos 139 y ss de la Ley.
- La Disposición Adicional Duodécima de la Ley 30/92, introducida por la Ley 4/99, da rango legal a la previsión establecida en la disposición adicional primera del Reglamento de procedimiento en materia de responsabilidad patrimonial, sometiendo la responsabilidad de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, y las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados, por los daños causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, a la tramitación administrativa de la Ley 30/1992, unifi-

cando el fuero en la jurisdicción contencioso-administrativa.

- La Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, al examinar los conflictos de jurisdicción entre los órdenes jurisdiccionales social y contencioso-administrativo, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/92, viene sosteniendo¹⁹, en relación con el régimen jurídico aplicable en materia de responsabilidad patrimonial por la prestación de asistencia sanitaria, que conforme al alcance general y unitario que ostenta el principio de responsabilidad patrimonial directa y objetiva de la Administración Pública (arts 106.2 y 149.1.18° CE), es indiferente que la actividad administrativa haya tenido lugar en estricto ejercicio de una potestad administrativa o en forma de una mera actividad material o en omisión de una obligación legal, como también es indiferente que la naturaleza de la relación de que la responsabilidad proceda sea pública o privada, entendiéndose que las instituciones correspondientes en materia de relaciones propias de la Seguridad Social y prestaciones sanitarias, son entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a la Administración, y por tanto, Administraciones Públicas en el sentido del artículo 2.2. de la Ley 30/92.

3.3 Otras formas de gestión

Su regulación normativa, en el ámbito estatal, aparece en el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud, que desarrolla la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud - resultado de la tramitación parlamentaria del Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio - y del art. 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, sobre Fundaciones Públicas Sanitarias.²⁰

Las Comunidades Autónomas, antes que el INSALUD, regularon legislativamente diferentes formas de gestión directa e indirecta de la asistencia prestada por

¹⁹ Autos de 25 octubre y 10 diciembre de 1996, 18 de marzo, 4 de julio, 17 de julio y 18 de diciembre de 1997, 26 y 29 de junio y 3 de noviembre de 1998, 25 de marzo y 16 y 22 de junio de 1999.

²⁰ Sobre el tema puede verse SANCHEZ-CARO, Javier "Régimen Jurídico de las nuevas formas de gestión de la sanidad española (la perspectiva del Instituto Nacional de la Salud)", *Revista de Administración sanitaria, Volumen IV, nº 14, abril/junio 2000*; y FERRANDIZ MANJAVACAS, Francisco Alfonso, "Comentarios y reflexiones en torno al Real Decreto 29/2000, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud", en la misma publicación.

Derecho público sometidos al Derecho privado, por leyes, respectivamente, 4/1994, de 26 de julio y 8/1997, de 26 de junio.

sus Servicios de Salud: sociedades, acuerdos, convenios, conciertos, consorcios, fórmulas de gestión integrada o compartida con entidades públicas y privadas o de participación en cualesquiera entidades admitidas en derecho²¹.

3.3.1 Clasificación de entidades:

1. *Fundaciones privadas de iniciativa pública sometidas a la Ley 30/1994, de Fundaciones.*

Se definen como organizaciones sanitarias sin ánimo de lucro constituidas por el INSALUD, que destinen y afecten un patrimonio a la realización de fines sanitarios de interés general y que tengan por objeto la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria.

Estas fundaciones se regirán por sus estatutos, por el Real Decreto y, en todo caso, por la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, y por las demás disposiciones estatales o autonómicas que les sean de aplicación.

Ejemplos de estas fundaciones sanitarias son la Fundación Hospital Manacor y la Fundación Hospital Alcorcón.

2. *Consortios*

Son las organizaciones comunes, dotadas de personalidad jurídica propia y suficiente para el cumplimiento de sus fines, que se constituyan a consecuencia de los convenios, cuyo objeto sea la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria, que celebre el Instituto Nacional de la Salud con las Comunidades Autónomas, las entidades que integran la Administración local, con entidades privadas sin ánimo de lucro, que persigan fines de interés público concurrentes con los de las Administraciones públicas, o con todas ellas conjuntamente.

Se rigen por el convenio regulador y por sus correspondientes estatutos; por el presente Real Decreto; por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; por el Real Decreto legislativo

²¹ A título de ejemplo pueden citarse algunos de estos entes: la Fundación Hospital Verín en Galicia, Fundación Centro de Transfusión de Galicia, la sociedad catalana "Sistema de emergencias médicas S.A.", la vasca "Alta Tecnología Sanitaria S.A.", y las empresas públicas andaluzas para la gestión de los Servicios de Emergencias Sanitarias y del Hospital de la Costa del Sol.

781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, y por el resto de las disposiciones que les sean de aplicación.

3. *Sociedades estatales*

Sociedades en cuyo capital sea mayoritaria o única la participación del Instituto Nacional de la Salud y que se constituyan para la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria. Se rigen por el Real Decreto, por sus estatutos sociales y, en todo caso, por lo establecido en el art. 6 del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre.

4. *Las fundaciones públicas sanitarias*

Son organismos públicos, adscritos al Instituto Nacional de la Salud con personalidad jurídica propia que se rigen por lo dispuesto en el art. 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, por el Real Decreto 29/2000, por sus estatutos, y por lo dispuesto para las entidades públicas empresariales en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en lo no previsto en aquéllos.²² No les es de aplicación la Ley de Fundaciones.

3.3.2 Responsabilidad patrimonial de estas entidades

En cuanto al régimen de responsabilidad por los daños y perjuicios que puedan causarse por la prestación de asistencia sanitaria por estos entes, el artículo 35 del Real Decreto 29/2000 establece que se rige por el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, siguiendo así lo dispuesto en la Disposición adicional duodécima de la Ley 30/92, aunque dichos entes tengan personalidad de Derecho privado y por tanto no sean Administración en el sentido del art.2.2 de la Ley 30/1992. En realidad, quien responde de los daños y perjuicios que puedan ocasionarse es la Administración sanitaria que los crea - el INSALUD- no el ente que tiene responsabilidad de Derecho privado, puesto que como señala la Exposición de Motivos del Real Decreto, "*la finalidad de impulsar la autonomía en la gestión sanitaria, potenciando la separación de las funciones de plani-*

²² Sobre la evolución de las fundaciones sanitarias de iniciativa pública puede verse BERMEJO LATRE, José Luis y MIR PUIGPELAT, Oriol, " Algunas notas sobre las primeras experiencias en la regulación de las fundaciones de iniciativa pública", REDA, n° 104, oct-dic 1999.

ficación, financiación, compra y provisión de servicios, configurando los centros asistenciales como organizaciones autónomas, con facultades de decisión efectivas y responsables,... lo es sin merma del carácter de servicio público, el cual se preserva y garantiza a lo largo de todo su articulado",... por ello " regula la sujeción de estas entidades a los criterios generales de planificación del Instituto Nacional de la Salud, reforzándose los principios de coordinación y de cooperación entre los distintos centros sanitarios y niveles asistenciales, de modo que se asegure plenamente el derecho de los ciudadanos a la protección de la salud."

La doctrina se había mostrado partidaria de imputar a la Administración matriz los daños ocasionados por los entes instrumentales, la doctrina del "levantamiento del velo" al no estar justificada la exoneración de responsabilidad de la Administración que los crea cuando por meras razones organizativas, de eficacia o de operatividad crea personas jurídico-privadas para la gestión directa o indirecta de los servicios públicos²³.

Dispone el artículo 35 del R.D. 29/2000:

"1. Las reclamaciones que formulen los ciudadanos encaminadas al resarcimiento de los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria prestada a través de las entidades recogidas en el art. 3 del presente Real Decreto, se regirán por lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

2. Tales reclamaciones, conforme a lo previsto en el Título X de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se dirigirán por los interesados al Instituto Nacional de la Salud, contra cuya resolución cabe recurso contencioso-administrativo, pudiendo actuar los centros sanitarios, en virtud de su personalidad jurídica, como codemandados. En tal caso, se considerarán parte demandada las personas legitimadas, conforme se establece en el art. 21.1 de la

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa."

El régimen de responsabilidad a que se someten los entes sanitarios autonómicos, en cuanto entidades del Sistema Nacional de Salud, es igualmente el establecido en la Ley 30/92.

Mayores dificultades en cuanto al régimen de responsabilidad extracontractual lo encontramos en los "convenios singulares" - en virtud de los cuales los hospitales privados se vinculan a la red hospitalaria pública - y el "concierto sanitario" - con los hospitales privados previamente homologados que prestan servicios sanitarios en las condiciones pactadas en el concierto, pero sin que su actividad se convierta en pública - ambos previstos en la Ley General de Sanidad. La Ley 4/99, al añadir la disposición adicional duodécima a la Ley 30/92, expresamente somete al régimen administrativo y atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa las acciones de reclamación por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, de los "centros sanitarios concertados", por lo que quedan sometidos a responsabilidad de tipo objetivo.

4. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION SANITARIA

4.1 Responsabilidad de las Comunidades Autónomas que han asumido competencias en materia de sanidad, pero a las que aún no han sido transferidas las competencias en materia de Seguridad Social.

Sentada la distinta distribución competencial en la Constitución en materia de asistencia sanitaria y Seguridad Social, el panorama actual del estado de traspaso de los servicios y funciones de la Seguridad Social correspondientes al INSALUD, y las diferentes formas de gestión de la asistencia sanitaria, antes de examinar algunos de los aspectos regulados en la Ley 30/92 para que se dé la responsabilidad de las Administraciones públicas, un primer tema que se plantea es la incidencia que tiene en esta materia la transferencia de la gestión de la Seguridad Social. Es decir, se trata de determinar cuál es el ámbito de responsabilidad patrimonial de las Comunidades Autónomas en materia de prestación de asistencia sanitaria, antes y después de asumir las competencias transferidas del INSALUD.

Todas las Comunidades Autónomas, como hemos visto, han asumido competencias en materia de sanidad, funciones de organización, estructura, dirección, resolu-

²³ MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián "Las empresas públicas: reflexiones del momento presente", RAP, n° 126, sep-dic. 1991; BORRAJO INIESTA, Ignacio, "La huida hacia fórmulas de gestión del Derecho Privado en la prestación de Servicios Sanitarios: la supuesta crisis del Derecho Administrativo", en AA.VV., La Gestión de los Servicios Sanitarios: Modelos Alternativos, Pamplona, Gobierno de Navarra/Departamento de Salud, 1995, citados por MIR PUIGPELAT, Oriol, en la obra citada nota 16

ción, control, vigilancia y tutela (información sanitaria, publicidad médico sanitaria, epidemiología, control sanitario de las aguas y de la contaminación atmosférica, política sanitaria mortuoria, programas sanitarios, etc), así como la competencia de intervención de las actividades y servicios de la Administración Sanitaria del Estado y el traspaso de centros hospitalarios. En este sentido, las Comunidades Autónomas quedan sometidas al régimen de responsabilidad patrimonial en cuanto Administración sanitaria.

En las Comunidades en que aún no se han transferido la gestión de la Seguridad Social, el INSALUD ha celebrado convenios de colaboración con la Comunidad Autónoma para la prestación de la asistencia sanitaria de todos aquellos beneficiarios de la Seguridad Social que son remitidos por indicación del INSALUD al Hospital propiedad de la Comunidad Autónoma. En los supuestos de reclamaciones de daños y perjuicios por la asistencia sanitaria prestada en dichos hospitales, se plantea el tema de la **legitimación pasiva** del INSALUD, que tiene la competencia exclusiva dentro del sistema de la Seguridad Social de la prestación de asistencia sanitaria y de la ordenación de los servicios médicos, o de la Comunidad Autónoma, que tiene competencia en materia de sanidad y la titularidad del centro hospitalario.

La Ley 30/92, en la Disposición adicional Duodécima, unifica el procedimiento de reclamación por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria y el fuero jurisdiccional, tanto por responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas. El problema es delimitar, ante una prestación de asistencia hospitalaria defectuosa de un beneficiario de la Seguridad Social, si debe reclamarse ante la entidad estatal gestora de la Seguridad Social o ante la Comunidad autónoma propietaria del hospital.

En la jurisprudencia vemos ejemplos de soluciones dispares

- *condena solidaria al INSALUD y a la Comunidad Autónoma* al abono de los daños y perjuicios ocasionados por el mal funcionamiento de los servicios médicos y de la defectuosa asistencia sanitaria prestada en el Hospital, propiedad de la Comunidad Autónoma y concertado con el INSALUD para la prestación de la asistencia sanitaria de beneficiarios de la Seguridad Social. STSJ de La Rioja, Sala de lo So-

cial, de 21 de noviembre de 1996; STS, Sala de lo Civil, de 4 de noviembre de 1992, respecto a un Hospital propiedad del Principado de Asturias.

- *condena a la entidad gestora de la Seguridad Social* al apreciar la falta de legitimación pasiva de la Comunidad Autónoma en una reclamación de responsabilidad patrimonial por una intervención de un enfermo del INSALUD en un Hospital que pertenece a aquélla. Así se resuelve en la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 9ª, de 2 de noviembre de 1999, que añade, "sin perjuicio de que el INSALUD pueda repetir contra la Comunidad, en su caso, sobre la base del concierto firmado entre ellos". También la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, Sª de 26 de abril de 1995 y 9 de febrero de 1996, admite la falta de legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid en reclamaciones por la deficiente prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social en el mismo Hospital Gregorio Marañón, al ser el INSALUD la Entidad que administra y gestiona los servicios sanitarios y la consiguiente prestación sanitaria de los sujetos protegidos.
- *condena a la Comunidad Autónoma y absolución del INSALUD*. Se desestima la falta de legitimación pasiva de la Comunidad en una reclamación de daños y perjuicios por culpa del personal de un Centro Hospitalario cuya titularidad estaba transferida a la Comunidad, pero cuya gestión y administración se realizará por el Instituto Nacional de la Salud hasta el momento en que dicha entidad sea asumida por la Comunidad, según resulta del Decreto de transferencias del hospital. STS, Sala Primera, de 27 de enero de 1997, cuyo sorprendente razonamiento es el siguiente: " Pretende la recurrente [la Comunidad de Madrid] que se consideren separadamente dos centros de imputación de responsabilidad, con una división entre titularidad y gestión que, sean cuales sean las relaciones "ad intra" entre los titulares y los encargados de la Administración, no es admisible "ad extra" mas allá de la pura funcionalidad para fundar, precisamente, una exclusión de responsabilidad de la entidad que figura como titular, y, por ello, ostenta frente a los terceros y administrados en general, la responsabilidad necesaria que se supone insita en aquella calidad o condición".
- apreciación de *responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria* a raíz de *actos de profesionales encuadrados en el sistema de salud dependiente de la Comunidad Autónoma* por el funciona-

miento de los servicios públicos hospitalarios, sin examinar si se trataba o no de un beneficiario de la Seguridad Social. STSJ de Baleares, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 25 de junio de 1999; STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso, de 28 de abril de 1999 (transfusión del virus de la hepatitis C); STSJ de La Rioja, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 9 octubre de 1999

Depende, por tanto, caso por caso, de contra qué ente se dirija la demanda, de las excepciones procesales formuladas por las partes y del orden jurisdiccional que dicte la demanda. Si bien, una vez que ha sido unificado el régimen de responsabilidad patrimonial en la jurisdicción contencioso-administrativa, ya sin ninguna duda, por el artículo 2 apartado e) de Ley 29/1998, de 13 de julio, que dispone que la jurisdicción contencioso-administrativa conocerá: «*La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social*», y artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción dada por la Ley Orgánica 6/1998, de la misma fecha 13 de julio, criterio reiteradamente mantenido por la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo²⁴, será a los Tribunales de este orden a los que compete decidir.

4.2 Sistema de responsabilidad patrimonial objetivo

El sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas españolas es, como se ha dicho, de carácter objetivo. Configurada por primera vez en 1954, en el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, se mantiene en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, en los artículos 40 y 41. Como señala la STS de 10 de febrero de 1998 "*la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado adquiere relevancia constitucional en los artículos 9 y 106.2 de la Constitución como garantía fundamental de la seguridad jurídica, con entronque en el valor de la justicia, pilar del Estado de Derecho social y democrático (artículo 1 de la Constitución) y se desarrolla en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 (Título X) y en el RD 429/1993, de 26 marzo, que aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Adminis-*

²⁴ Autos de 22 y 18 de junio de 1999, 18 de diciembre (tres conflictos), 10 diciembre, 29 de junio (tres conflictos), 26 de junio (siete conflictos), 27 de marzo (cuatro conflictos) de 1998, 18 de diciembre (siete conflictos) y 4 de julio (cinco conflictos) de 1997, entre otros.

traciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial".

El artículo 139.1, que se ha mantenido en su primitiva redacción tras la reforma operada por Ley 4/1999, continúa el sistema de responsabilidad objetiva, ajeno a la idea de culpa o negligencia, al señalar que:

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

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

Según constante jurisprudencia, precisa la concurrencia de una serie de requisitos, que resumidamente expuestos son:

a) **Lesión patrimonial** equivalente a daño o perjuicio, lesión definida como daño ilegítimo, en la doble modalidad de lucro cesante o daño emergente

Para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. No existirá entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable

El daño ha de ser **real** y efectivo, nunca potencial o futuro, además de **evaluable** económicamente e **individualizado** en relación con una persona o grupo de personas.

b) El daño o lesión patrimonial sufrido por el reclamante ha de ser consecuencia del **funcionamiento normal o anormal** de los servicios públicos, esto es, actuación del poder público en uso de potestades públicas

c) Existencia de relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervenciones extrañas que alteren el **nexo causal** entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración.

d) Que **no** se haya producido **fuerza mayor**

El artículo 141.1 de la Ley 30/92 añade un nuevo requisito: que el daño no se derive de hechos o circunstancias **imprevisibles o inevitables** según el estado de los **conocimientos científicos o técnicos**, requisito que es especialmente aplicable en los supuestos de responsabilidad derivados de asistencia médica.

En el ámbito de la Administración sanitaria debe tenerse en cuenta que la prestación de asistencia comprende los tratamientos médicos - pronóstico, diagnóstico y procedimiento terapéutico- que por sí llevan aparejado un riesgo al actuar sobre la salud del paciente, las medidas preventivas (revisiones, prevención de ciertas enfermedades, vigilancia epidemiológica, vacunaciones), y la asistencia sociosanitaria (personas mayores con enfermedades crónicas, personas con enfermedades terminales o crónicas, toxicomanías, rehabilitación...). El constante incremento de las reclamaciones individuales, derivadas por un lado del mayor número de intervenciones por los avances médicos y por otro del reconocimiento normativo de los derechos de los pacientes, así como del aumento de las cuantías de las indemnizaciones solicitadas y reconocidas, ha hecho que la doctrina comience una línea crítica sobre el fundamento y los límites de la responsabilidad objetiva.²⁵

No voy a detenerme en el estudio pormenorizado de todos y cada uno de los requisitos señalados, pues están en cualquier manual sobre responsabilidad patrimonial y en la práctica totalidad de las sentencias contencioso-administrativas, en primera y segunda instancia procesal, pero si quiero examinar, aunque sea someramente, algunos de los temas más actuales de análisis doctrinal y jurisprudencial en su incidencia en el ámbito sanitario en cuanto pueden suponer una exclusión de la responsabilidad patrimonial o una disminución de la cuantía indemnizatoria.

- Actuación en el ejercicio o con ocasión de las funciones sanitarias
- Conocimiento de la técnica o la ciencia
- El consentimiento informado
- Fuerza mayor y caso fortuito

²⁵ MUÑOZ MACHADO, Santiago "Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración sanitaria (algunas reflexiones de las funciones actuales de la responsabilidad civil)", Responsabilidad del personal sanitario, CGPJ-Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1995, pág 191, señala que el incremento de acciones judiciales que exigen responsabilidad a los médicos da lugar a un modo de practicar la medicina conservador y limitado excluyendo decisiones que impliquen riesgos, tratando de avalar su opinión reclamando informes, solicitando análisis y contrastes que ofrezcan la máxima seguridad de diagnóstico, lo que denomina "medicina defensiva".

- Concurrencia de culpas

4.2.1 Actuación en el ejercicio o con ocasión de las funciones sanitarias

En el sistema español de responsabilidad patrimonial (ya desde la Ley de Expropiación Forzosa) basta que la lesión sea consecuencia del funcionamiento *normal* o *anormal* de los servicios públicos. Debe partirse, por tanto, de la imputación a la Administración sanitaria de la conducta que ha producido el daño, entendiendo "funcionamiento de los servicios públicos" en sentido amplio comprensivo de toda la actividad administrativa, del giro o tráfico administrativo, que suponga actividad realizada por una Administración pública²⁶. Y, conforme al artículo 144 de la Ley 30/1992, ya sea de Derecho público o de Derecho privado²⁷.

Para Oriol MIR PUIGPELAT²⁸ es necesario que concurren, acumulativamente, dos circunstancias distintas: que la persona física de que se trate esté integrada en la organización administrativa, y que actúe en el ejercicio o con ocasión de sus funciones. Añade que los artículos 144 y 145 de la Ley 30/1992, sólo se refieren al primer título de imputación - que denomina de primer nivel- a la inserción en la organización administrativa, mientras que el artículo 121 del Código Penal, al establecer la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, y el art. 1903.4 del Código Civil, que regula la responsabilidad del empresario por los daños causados por sus dependientes y es aplicado por la Sala Primera del Tribunal Supremo en condenas a la Administración sanitaria, exigen los dos requisitos de relación de dependencia y la actuación en el ejercicio o con ocasión de sus funciones.

²⁶ STS, Sala 3ª, Sección 4ª, de 22 noviembre de 1991: "Por lo que se refiere a la imputación a la Administración pública hay que partir de la interpretación de cómo debe entenderse el funcionamiento del servicio según ha sido efectuada, entre otras, por la S 5 junio 1989 de este tribunal. A tenor de la doctrina que en ella se contiene 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".

²⁷ Como razona la STS, Sala 3ª, sec. 6ª, de 8 de febrero de 2001, "que la actividad administrativa haya tenido lugar en el estricto ejercicio de una potestad administrativa o en forma de una mera actividad material o en omisión de una obligación legal, del propio modo que también es indiferente -art. 142.6 [de la Ley 30/92]- la naturaleza, pública o privada, de la relación de que la responsabilidad derive"

²⁸ En, La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, Organización, imputación y causalidad, Madrid, Civitas, 2000, pag.144 y ss.

Es la jurisprudencia penal la que principalmente ha examinado la expresión "en ejercicio o con ocasión de sus funciones" recogida en el antiguo artículo 22 del Código Penal y actual 121.

La jurisprudencia contencioso-administrativa se centra en el examen de que el daño sufrido sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa de causa a efecto, sin intervención extraña que pudiera influir en el nexo causal²⁹. Pero también encontramos pronunciamientos que examinan el título de imputación de la integración del servicio público en la organización administrativa, como en la STS de 25 de febrero de 1998, que señala: *"de forma que solo cuando el agente dañoso aparezca obrando dentro de la propia estructura organizativa administrativa, podrá ser posible atribuir a aquélla el resultado dañoso y en consecuencia, hay que considerar como idea rectora en esta materia la de que en toda clase de daños producidos por servicios y obras públicas en sentido estricto, cualquiera que sea la modalidad de la prestación (directamente, o a través de entes filiales sometidos al derecho privado o por contratistas o concesionarios), la posición del sujeto dañado no tiene por qué ser recortado en su esfera garantizadora frente a aquellas actuaciones de titularidad administrativa en función de cual sea la forma en que son llevadas a cabo y sin perjuicio, naturalmente, que el contratista y el concesionario puedan resultar también sujetos imputables"*

Por supuesto, ese funcionamiento de los servicios públicos se da cuando actúan médicos y el resto de personal sanitario público (personal auxiliar facultativo y no facultativo), independientemente de la relación de empleo que les una con la Administración (funcionarial, de carrera o de empleo, laboral o estatutario), integrados en entidades, servicios y organismos de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas. Su responsabilidad frente a terceros es objetiva por el

²⁹ Como reconoce la STS, Sala 3ª, sec. 6ª, de 10 de febrero de 1998 *"Es reiterada la doctrina de esta Sala que considera esencial para que se estime la responsabilidad patrimonial de la Administración la existencia de un nexo causal directo e inmediato entre el acto imputable a la Administración y la lesión causal que para ser resarcible, ha de consistir en un daño real, habiendo precisado la jurisprudencia (en sentencias de 20 de octubre de 1980, 10 de junio de 1981 y 6 de febrero de 1996, entre otras), que el nexo causal ha de ser exclusivo sin interferencias extrañas procedentes de tercero o del lesionado, (...) pero para que esa responsabilidad se haga efectiva, se exige la prueba de una causa concreta que determine el daño, en consecuencia, la conexión entre la actuación administrativa y el daño real ocasionado, como han puesto de manifiesto sentencias como las de 24 de octubre y 5 de diciembre de 1995."*

hecho de haber realizado la conducta productora del daño, aunque la Administración podrá repetir contra los responsables, cuando hubiera hecho efectiva la indemnización a los lesionados, si hubieran actuado con dolo, culpa o negligencia graves. El artículo 145 de la Ley 30/92 dispone que 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*, pudiendo la Administración, de oficio, exigir de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia graves, ponderando una serie de criterios como el resultado dañoso producido, la intencionalidad, la responsabilidad profesional y su relación con la producción del resultado dañoso. La dificultad de esta acción de repetición será mayor en los supuestos de trabajo médico en equipo al hacerse más difícil la individualización de la responsabilidad.

También se considera la existencia de funcionamiento de los servicios públicos responsable en el supuesto de daños causados por pacientes, si se encuentran custodiados por la Administración, derivando la responsabilidad de la "culpa in vigilando" de los encargados de su cuidado. Es el supuesto de los enfermos mentales internados en los hospitales psiquiátricos³⁰ o de daños ocasionados por los pacientes a personal sanitario³¹.

Por último, la jurisprudencia también considera gestión de un servicio público del que es titular la Administración, los daños ocasionados por las instalaciones de las sedes o edificios en que se prestan los servicios públicos al integrarse en el significado propio de éstos y corresponder a la Administración las facultades de vigilancia e inspección de las mismas.³²

³⁰ Como ejemplo, STS, Sala 3ª, de 17-10-2000 y 4-10-1999.

³¹ STS 14-12-2000, "En un sentido amplio y omnicompreensivo acorde con una tradición normativa muy consolidada, que utiliza la expresión "los particulares" como sujeto pasivo y receptor de los daños -art. 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, 133 de su Reglamento de ejecución de 26 de abril de 1957 y 106.2 de la Constitución-, comprende e incluye en el mismo, según declaró esta Sala y Sección en sentencia de 24 de febrero de 1994, siguiendo el criterio de otra anterior, del lejano año de 1964, de 8 de febrero, no sólo a los sujetos privados, sino también a los sujetos públicos, cuando éstos se consideren lesionados por la actividad de otra Administración pública; pues, en realidad, no sólo "los particulares" tendrán este derecho, sino cualquier persona, sea física o jurídica, pública o privada es decir, cualquier sujeto de derecho que hubiese sufrido la lesión que reúna los requisitos que el citado precepto establece."

³² Ejemplos los encontramos en las STS de 24 de junio de 1995, que estimó la caída de un ventilador en dependencias municipales como determinante de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento; de 12 de febrero de 1996, que declaró la responsabilidad patrimonial de la Administración por el deficiente mantenimiento y reparación de la cerca metálica de la zona deportiva de un Centro Público escolar; de

4.2.2 Conocimiento de la técnica o de la ciencia

Se viene empleando el término "lex artis" para referirlo a las reglas técnicas de conocimiento y actuación de una determinada profesión. En la materia objeto de nuestro estudio no se refiere a los conocimientos generales de Medicina, sino a la concreta actuación médica sobre la base de las circunstancias concurrentes. Se denomina "lex artis ad hoc" la actuación profesional correcta en un caso determinado, dada la situación del paciente, según los estándares técnicos del ejercicio del acto médico. Según entiende el Tribunal Supremo, es el patrón o modelo de actuación profesional, criterio valorativo de un concreto acto médico en el que se produce la intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional.³³ Desde un punto de vista legal supone la frontera entre la adecuada actividad del profesional médico, según el estado de la ciencia, en un determinado tratamiento y la actuación negligente, imprudente o errónea, fundamento de la responsabilidad civil.

Al no suponer un criterio general reglado, la práctica judicial debe ponderar, caso por caso, si la actuación del profesional médico se ajusta o no a la "lex artis ad hoc", principalmente a través de la prueba pericial e informes médicos aportados por las partes. No obstante, su ámbito de aplicación, como determinante de resoluciones condenatorias o absolutorias, es la jurisdicción penal - imprudencia profesional e imprudencia grave o leve - y civil-ilícito civil del artículo 1902 del Código Civil -. En materia de responsabilidad patrimonial, el médico, se atempera o no a las exigencias de la "lex artis", está actuando en el ejercicio de sus funciones por lo que siempre habrá un funcionamiento del servicio público determinante de dicha responsabilidad.

La Ley 4/99 ha introducido una modificación del artículo 141.1 de la Ley 30/92. El segundo inciso dice así: " *No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido*

18 de octubre de 1996, que condenó como responsable al Instituto Catalán de la Salud por el mal estado de conservación y mantenimiento del local, perteneciente a otro organismo, en el que aquél prestaba su servicio; y de 28 de noviembre de 1998, en la que se establece la responsabilidad patrimonial de la Administración por las filtraciones de gasóleo, procedentes de los tanques o conducciones de un Instituto de Formación Profesional, que contaminaron las aguas del pozo de un huerto colindante; y de 22 de marzo de 1999, que condenó al Instituto Nacional de Empleo por las humedades causadas en el apartamento de la demandante por condensación, como consecuencia de la deficiente conservación del sistema de aislamiento térmico del aire acondicionado de sus oficinas.

³³ STS, Sala Primera, de 11 de marzo de 1991, 24 de mayo de 1995 y 31 de julio de 1996, entre otras.

prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos".

Existe por tanto un límite - al margen del contenido en el primer inciso: que el particular tenga el deber jurídico de soportar el daño de acuerdo con la ley - o una excepción a la aplicación de la regla de responsabilidad objetiva: *que los daños se deriven de hechos imprevisibles o inevitables según el estado de la ciencia o de la técnica.* En el ámbito sanitario es precisamente donde va a ser de mayor aplicación, si bien los parámetros irán cambiando a medida que lo hagan los avances científicos y técnicos de la Medicina.

La primera sentencia que analizó este precepto fue la de 31 de mayo de 1999, Sección Sexta, ponente González Navarro³⁴, al que han seguido otras como las de 19 y 30 de octubre de 2000, ambas recaídas en recursos de casación en unificación de doctrina. Aborda el tema del contagio de la hepatitis tipo C causado por una transfusión de sangre practicada durante una intervención quirúrgica en un hospital del INSALUD. De su fundamentación, en la que se hace un detenido estudio de los conceptos de "técnica" y "ciencia", se destacan los siguientes párrafos:

" Y debe advertirse, además, que "estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes" no es estado de la legislación, pues es sabido que ésta - la legislación, el derecho positivo- va siempre detrás de los hechos, hasta el punto de que no es infrecuente que se modifique un texto legal para adaptarlo al progreso técnico (cf. por ejemplo, la Directiva 94/15/CE, de la Comisión, por la que se adapta al progreso técnico por primera vez (sic) la Directiva 90 /220/CE, del Consejo, sobre liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente; una norma sumamente previsoras, como se ve, pues da por supuesto que el progreso técnico obligará a hacer nuevas "adaptaciones") De aquí que para probar el estado de los conocimientos de la ciencia en un determinado momento no bastará normalmente con argumentar sobre la existencia o no de una regulación legal aplica-

³⁴ Ver el examen que realiza PEREZ GALVEZ, Juan Francisco "Responsabilidad por acto sanitario y progreso de la "ciencia" o de la "técnica"", REDA n° 104, oct-dic 1999, Civitas, Madrid.

ble al caso. Y conviene tomar nota de que el artículo 141, LRJPA, en su nueva redacción, habla de la ciencia y de la técnica, que son cosas distintas aunque relacionadas.

La técnica es, por lo pronto, un conjunto de actos específicos del hombre mediante los que éste consigue imponerse a la naturaleza, modificándola, vencéndola o anulándola; la técnica es a modo de un camino establecido por el hombre para alcanzar determinado fin, como puede ser vencer la enfermedad, en el caso que nos ocupa; y en este sentido podríamos decir que la técnica es un método para la aplicación de la ciencia [cuando ésta ha sido ya hecha] o para la práctica de una actividad artística; en el bien entendido - conviene advertirlo- de que la técnica unas veces sigue a la ciencia y otras veces la precede: lo primero cuando la ciencia existe ya, lo segundo cuando la ciencia está aún por hacer, situación ésta que puede darse, por ejemplo, cuando el hombre conoce sólo los efectos de un fenómeno pero no sus causas; pese a ello, el hombre tendrá que enfrentarse con esos hechos, aunque - precisamente porque no posee la ciencia- deberá hacerlo a través de meros tanteos y de intuiciones más o menos certeras; y la técnica es también, y por último, equipamiento instrumental con que se cuenta para esa aplicación. Uno de los resultados que se obtiene del empleo de ese camino o método y de la utilización de ese equipamiento es el saber experimental, el saber práctico. La ciencia es otra cosa, la ciencia es saber teórico, conocimiento de los principios y reglas conforme a los que se organizan los hechos y éstos llegan a ser inteligibles. Se hace ciencia cuando, pasando de la anécdota a la categoría, se elabora una teoría que permite entender los hechos haciendo posible el tratamiento de los mismos.

Y nótese, también que el precepto habla de "estado" de esa ciencia y de "estado" de esa técnica. Y es que, una y otra, en cuanto productos humanos que son, se hallan sujetos a un proceso inexorable - imperceptible la mayoría de las veces, pero real- de cambio. Un proceso que suele verse como avance, y por eso se habla de "adelanto" de la ciencia, porque se piensa que ese proceso implica siempre una "ganancia", aunque los hechos, en ocasiones, ven-

gan a desmentir esa creencia. En consecuencia, lo mismo la ciencia que la técnica, en su "avance" constante, pasan por diversos "estados" cuyo conocimiento puede obtenerse de una manera diacrónica - analizando la serie completa de esos distintos "estados"- o sincrónica - estudiando un "estado" determinado, la situación de la ciencia, o de la técnica, en un momento dado. En cualquier caso, hay que tener presente siempre que en el saber teórico - que es lo distintivo de la ciencia respecto de la técnica- hay distintos niveles, porque las teorías están ordenadas jerárquicamente, de manera que hay teorías que dirigen -y engendran- otras teorías. Una teoría de teorías es lo que, utilizando un lenguaje filosófico, se llama "paradigma", que es tanto como decir teoría matriz, teoría capaz de generar otras teorías. Y tan cierto es esto que el descubrimiento de un nuevo paradigma - el "código genético", en biología -, o la sustitución de un paradigma por otro - abandono de la teoría geocéntrica y subsiguiente conversión a la teoría heliocéntrica, en astronomía- produce una verdadera revolución "científica", obligando a reescribir los manuales al uso.

Como se ve, no son pocos ni fáciles los problemas que tendrán que abordar los tribunales de justicia a la hora de afrontar la interpretación del nuevo sintagma que aparece en el número artículo 141.1, inciso segundo, LRJPA, haciendo patente algo que antes sólo estaba sobreentendido."

Considera la sentencia además que la carga de la prueba sobre el estado de los conocimientos científicos sobre hemodonación y hemoterapia en la fecha de la transfusión recaía sobre la Administración "y no habiendo aportado la Administración prueba alguna acerca del estado de la ciencia en el momento de los hechos, de cuya valoración pueda obtenerse una convicción razonable de que los daños derivan de hechos o circunstancias que no se pudieron prever o evitar, estamos ante un daño que se produjo con ocasión y como consecuencia de la relación del paciente con la organización sanitaria, y que, en el mejor de los casos, se originó por caso fortuito lo que no excluye la responsabilidad de la Administración"

4.2.3 Fuerza mayor y caso fortuito

Conectado con el anterior, el artículo 139.1 de la Ley 30/92 excluye la responsabilidad patrimonial cuando el daño derive de fuerza mayor. Se caracteriza por las notas de inevitabilidad y ajenidad del servicio; en palabras de la STS, Sala 3ª, de 19 de abril de 1997 "aquellos hechos que, aun siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado"³⁵

Como ejemplo, la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en sus Sentencias de 22 de diciembre de 1997, 3 de diciembre de 1999, 5 de abril de 2000 y 9 de octubre de 2000, considera supuestos de *fuerza mayor* que no generan responsabilidad patrimonial para la Administración institucional sanitaria, la inoculación del virus C de la hepatitis mediante transfusiones ocurridas con anterioridad al año 1989 porque se ignoraba la existencia del virus descubierto con posterioridad al acto médico, de manera que la prevención del mal era imposible y externa a la actuación de la institución sanitaria, pues no se conocía el medio de detectar la posible infección, cuya investigación correspondía a otras instituciones, e incluso conociéndose la existencia del virus, pero no la forma de protegerse de sus efectos al desconocerse la manera de detectarlo, no se le podía exigir a dicha institución sanitaria que suspendiera todas las transfusiones que en aquel momento practicaba.

La Sala Tercera, en sentencia de 25 de noviembre de 2000, atajando la contradicción existente entre dicha doctrina y las sentencias de la Sala Tercera de 31 de mayo de 1999 y 19 y 30 de octubre de 2000 - antes citadas- deriva la no responsabilidad de la Administración en la exigencia del nuevo artículo 141.1 de la Ley 30/92, al servir de orientación y pauta interpretativa, aunque no sea aplicable al tiempo en que ocurrieron los hechos. Razona que "tanto si se considera, como hace la Sala Cuarta, un hecho externo a la Administración sanitaria o si se estima como un caso fortuito por no concurrir el elemento de ajenidad al servicio, que esta Sala ha requerido para apreciar la fuerza mayor, lo cierto es que resultaba imposible, según el estado de la *ciencia y de la técnica*, conocer al momento de la transfusión si la sangre estaba contaminada por el virus C de la hepatitis, de manera que su posible contagio era un *riesgo que debía soportar* el propio paciente sometido a la intervención quirúrgica, razón por la

³⁵ Sobre la exigencia del origen en una fuerza irresistible extraña al ámbito de actuación del agente, pueden citarse, entre otras, las sentencias de 11 de mayo, 16 y 13 de febrero de 1999, 10 de octubre y 26 de febrero de 1998, 6 de febrero de 1996, 18 de diciembre, 30 y 11 de septiembre y 11 de julio de 1995, 3 de noviembre de 1988, 10 de noviembre de 1987 y 4 de marzo de 1983.

que ese contagio no fue un daño antijurídico y, por consiguiente, no viene obligada la Administración a repararlo al no concurrir el indicado requisito exigible por la doctrina jurisprudencial"³⁶

4.2.4 El consentimiento informado

El artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad establece que "*todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias:...*

5. *A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento*

6. *A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos:*

a) *Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública.*

b) *Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas.*

c) *Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento. ...*

11. *A que quede constancia por escrito de todo su proceso".*

La Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y a la documentación clínica, regula detenidamente el derecho a la información asistencial y el consentimiento informado. Igualmente la Ley 5/2001, de 4 de junio, de Galicia, regula el consentimiento informado y la historia clínica.

Ambos derechos, el de la información y el del consentimiento configuran el llamado "consentimiento informado", que cuando cumple los requisitos señalados - información completa, continuada, comprensible, verbal y escrita sobre el tratamiento o la intervención, consenti-

³⁶ La cursiva es mía. La propia sentencia cita la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso sobre el requisito de no tener el perjudicado el deber jurídico de soportar el riesgo: Sentencias de 22 de abril y 26 de septiembre de 1994, 1 de julio y 21 de noviembre de 1995, 5 de febrero de 1996, 18 de octubre de 1997, 13 de junio de 1998, 24 de julio de 1999 y 3 de octubre de 2000.

miento previo y escrito del paciente, excepto en los casos de riesgo para la salud pública, incapacidad o urgencia-excluye la responsabilidad de la Administración al faltar el elemento de la antijuridicidad del daño³⁷ y porque el usuario asume el riesgo que la actividad médica conlleva.

No obstante, la existencia de consentimiento informado no obliga al paciente a asumir cualesquiera riesgos derivados de una prestación asistencial inadecuada. La inadecuación de la prestación médica realizada puede producirse no sólo por la inexistencia de consentimiento informado, sino también por incumplimiento de la "lex artis ad hoc" o por defecto, insuficiencia o falta de coordinación objetiva del servicio³⁸.

La carga de la prueba sobre el cumplimiento del deber de información se hace recaer sobre el facultativo, por cualquiera de los medios admitidos en Derecho, y aunque no existiera en la época de la intervención requisito formal alguno³⁹ produciéndose una inversión de la regla general sobre la carga de la prueba (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración).

4.2.5 Concurrencia de culpas

A) de varias Administraciones públicas.

En los supuestos de concurrencia de varias Administraciones a la producción del daño, de conformidad con el artículo 140 de la Ley 30/92, se pueden distinguir dos supuestos:

³⁷ Véanse las STS, Sala 3ª, Sección de 4 de abril y 3 de octubre de 2000 sobre definición del consentimiento informado y su relación con el derecho de autodeterminación del paciente; y STS 27 noviembre de 2000, Sala 3ª, sobre la no información a los parientes del paciente: "...En estos casos es claro que, a efectos de entender otorgada la autorización, la presencia de un familiar o allegado y la consignación de la firma de éste no puede considerarse un requisito exigido por la ley como expresión de la existencia de una voluntad que concurre a la perfección del acto de autorización. Entenderlo de otro modo sería tanto como ir contra la naturaleza de las cosas."

³⁸ STS 3ª, sec. 6ª, de 10 de octubre de 2000

Sobre la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre el deber de información en la responsabilidad civil médica y "lex artis ad hoc", ver MANRIQUE DE LARA MORALES, Julio "El deber de información y la responsabilidad civil médica en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (I) y (II). A propósito de la sentencia de 11 de mayo de 2001", *Diario La Ley*, nº 5406 y 5407 (29 y 30 de octubre de 2001), Ed. La Ley, Madrid.

³⁹ STS, Sala de lo Civil, de 28 de diciembre de 1998; Sª AN, Sección 4ª, de 14 de febrero de 2001

En sentencia de 3 de octubre de 2000, el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, considera que la normativa contenida en la Ley General de Sanidad debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento la información no realizada por escrito.

- Actuación de diversas Administraciones de forma conjunta. Es el supuesto de los consorcios, Mancomunidades, convenios de colaboración, conferencias sectoriales, asistencia a que se refiere el art. 4.1 d) de la Ley 30/92 o la encomienda de gestión. La regla es la de la solidaridad, salvo que en el instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta se haya estipulado la distribución de responsabilidad entre las Administraciones.

- Actuación concurrente de diversas Administraciones. La regla general es la inversa: la responsabilidad de cada Administración se determina por los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención; si no es posible determinarla de ese modo se aplica la solidaridad.

B) de la víctima

Cuando concurre culpa de la víctima, la jurisprudencia unas veces ha considerado que se rompe el nexo causal, exonerando a la Administración de su responsabilidad⁴⁰, y otras, que no supone ruptura del nexo causal, pero se disminuye la cuantía de la indemnización⁴¹

C) de sujetos privados distintos de la víctima que no forman parte de la Administración pública.

- Existencia de contrato de gestión de servicios públicos. La Administración responde de las conductas lesivas imputadas a los contratistas derivadas de órdenes impuestas por la Administración contratante

El artículo 1.3 del RPRP. dispone: "Se seguirán los procedimientos previstos en los capítulos II y III de este Reglamento para determinar la responsabilidad de las Administraciones públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos, cuando sean consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, con arreglo a la legislación de contratos de las Administraciones públicas, sin perjuicio de las especialidades que, en su caso, dicha legislación establece. En todo caso se dará audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios."⁴² Este precepto

⁴⁰ Como ejemplo, SSTS, Sala 3ª, de 10 de diciembre de 1992, 21 de diciembre de 1990 y AN de 30 de junio de 1999

⁴¹ STS 27 noviembre 1993, 19 de noviembre de 1994, 25 de febrero y 11 de julio de 1995 y AN de 13 de julio de 1999

⁴² Ver, STJ Murcia de 22 de marzo de 2000

concuera con el artículo 97.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos que establece la responsabilidad de la Administración, dentro de los límites señalados en las leyes, cuando los daños y perjuicios hayan sido ocasionados a terceros como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, y de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación.

- En los supuestos en que junto a la Administración, también hayan concurrido a la producción del daño sujetos privados, sean personas físicas o jurídicas, el artículo 9.4 de la LOPJ, en su segundo apartado, introducido por la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, exige que el demandante exija también frente a ellos su pretensión ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La dificultad de este artículo estriba en que al unificar las reclamaciones en el orden contencioso-administrativo, que anteriormente al precepto podían ejercitarse simultánea o independientemente ante el orden jurisdiccional civil -contra los sujetos privados - y contencioso-administrativo - contra la Administración-, se establece un litisconsorcio pasivo en el que los intereses de ambos demandados puede ser concurrentes o contrapuestos, además de poder intervenir como codemandados, conforme al artículo 21.1.b) de la LJCA " *las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante*", distintas del causante del daño. Indudablemente se trata de un supuesto en el que cada uno de los demandados responde en la parte correspondiente al daño causado, es decir, no hay solidaridad de tal modo que la condena a la Administración lo será por la parte de responsabilidad que le corresponda y si no se demanda también al sujeto privado se entiende renunciada la acción contra el mismo.

GARBERI LLOBREGAT⁴³ mantiene que se trata de un litisconsorcio pasivo voluntario puesto que si lo que impide el precepto es que las acciones de responsabilidad patrimonial contra la Administración y contra el sujeto privado puedan ser ejercitadas separadamente, no es por razones de derecho material, que hagan inviable un pronunciamiento judicial sobre el fondo sin que intervengan todos los titulares del derecho material discutido, sino por salvaguardar la exclusividad del orden jurisdiccional administrativo en todos los casos en que se promueva una

⁴³ GARBERÍ LLOBREGAT, José "Acciones de responsabilidad patrimonial contra la Administración y contra sujetos privados que hubieran concurrido a la producción del daño", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 485, mayo 2001.

acción de este tipo contra la Administración. El demandante puede demandar únicamente al sujeto privado en vía civil, o únicamente a la Administración en vía contenciosa, pero si quiere demandar a ambos, imperativamente tendrá que hacerlo conjuntamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

5. SEGURO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

El Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, prevé la posibilidad que las Administraciones Públicas suscriban contratos de seguros. El artículo 5 los considera contratos privados - se clasifican en el art. 206.6 dentro de la categoría de contratos de servicios- si bien su preparación y adjudicación se rigen por la Ley de Contratos, siéndoles de aplicación expresamente los preceptos reguladores de las actuaciones administrativas preparatorias, publicidad y procedimiento de adjudicación de los contratos de asistencia y de consultoría y los de servicios. Así, los conflictos que puedan surgir respecto a la preparación y adjudicación se impugnan ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, mientras que los efectos y la extinción se someten al orden jurisdiccional civil - artículo 9.

Si bien el aseguramiento de la responsabilidad extracontractual encuentra encaje en el artículo 73 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro, regulador del contrato de seguro de responsabilidad civil, la responsabilidad administrativa extracontractual o patrimonial presenta mayores dificultades de aseguramiento. Por un lado, normativamente no aparece previsto como tal clase de seguro, aunque nada impide que las partes puedan concertarlo en virtud del principio de la libertad de pactos aplicando, por analogía, las normas del contrato de seguro de responsabilidad civil. Por otro, el carácter objetivo de la responsabilidad incluyendo el funcionamiento normal de los servicios públicos hace que el importe de las primas por las pólizas de seguro sean muy elevadas y, dado que las compañías de seguros son entidades con ánimo de lucro, se fija un monto máximo de indemnizaciones a pagar anualmente por la aseguradora y una cifra límite por siniestro, superados los cuales será la Administración asegurada la que haga frente a los pagos.

Se puede hablar, no obstante, de una generalización del aseguramiento privado de los daños derivados de la actividad administrativa tanto de los entes territoriales como del resto de organismos públicos, principalmente

de los entes locales⁴⁴. En la Administración sanitaria, tanto el INSALUD como los Servicios autonómicos de salud tienen suscritas pólizas de seguro entre cuyos riesgos quedan cubiertos los derivados de la responsabilidad extracontractual y la de los profesionales sanitarios y no sanitarios frente a terceros, contratos que suelen realizarse a través de una correduría de seguros.

Dejando al margen el examen sobre la virtualidad de este tipo de seguros en materia de asistencia sanitaria, y sobre si es la mejor fórmula, desde el punto de vista presupuestario, para la Administración, dado el sobre coste que el aseguramiento supone en relación con el montante real de las indemnizaciones que finalmente se abonan, el principal problema que plantea la reclamación de responsabilidad patrimonial, en su aspecto procesal, es la intervención de la compañía aseguradora tanto en la fase administrativa previa, como en el posterior proceso contencioso-administrativo y la posibilidad de acción directa civil del perjudicado frente a la compañía aseguradora.

El Tribunal de Conflictos de Jurisdicción⁴⁵ se ha pronunciado a favor de la Administración requirente frente a los Juzgados de lo civil, declarando que corresponde a aquélla conocer de la reclamaciones en que se solicita indemnización de daños y perjuicios por cualquier título frente a la Administración, y se demanda asimismo a la compañía aseguradora que tiene contrato suscrito para responder por responsabilidad patrimonial y a sujetos privados responsables del daño. Se razona que la reclamación tiene que formularse directamente al Ayuntamiento de acuerdo a lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, en el procedimiento administrativo, debiendo decidir la Administración sobre su propia responsabilidad, sin perjuicio de que la resolución administrativa sea recurrida ante los Juzgados y Tribunales del orden Contencioso-Administrativo, que habrán de conocer también cuando existan corresponsables del daño y codemandados privados, y, en relación con la responsabilidad administrativa, la posible imputación de responsabilidad a aquéllos, pudiendo intervenir la compañía aseguradora como demandada. Solo si el órgano jurisdiccional estimara que no concurre responsabilidad administrativa alguna, la cuestión podría ser objeto de conocimiento del orden jurisdiccional civil, al existir

entonces como únicos demandados y posibles responsables unas personas privadas.

Tras la generalización de las reglas establecidas en los arts. 139 y ss de la Ley 30/1992 a toda responsabilidad de la Administración, incluso cuando actúa en régimen de Derecho privado, la reforma del art. 144 la Ley 30/1992 llevada a cabo por la Ley 4/1999, de 13 de enero, unifica el régimen jurídico de la responsabilidad de la Administración pero no afecta solo al procedimiento y a la jurisdicción competente, sino también al régimen jurídico sustantivo. Se completa con los artículos 2 e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que reconoce la competencia de la misma para conocer de "*la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive*", añadiendo que las Administraciones Públicas no pueden ser demandadas "*por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social*", y la nueva redacción del art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, operada por la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, que, como hemos visto, exige demandar ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo a los sujetos privados que hayan concurrido a la producción del daño.

No es que a las compañías aseguradoras les sea aplicable este último precepto puesto que no se les puede imputar la producción del daño, sino que lo que se quiere significar es ya no hay ninguna vía para demandar a la Administración por responsabilidad patrimonial ante la jurisdicción civil, dejando de tener apoyo legal el mantenimiento de la doctrina sobre la "vis atractiva" de la jurisdicción civil en los casos de pluralidad de sujetos demandados, públicos y privados, como mantenía la Sala Primera del Tribunal Supremo.

El perjudicado debe, por tanto, reclamar ante la Administración en el plazo de un año la responsabilidad por los daños en que haya podido incurrir, acudiendo en caso de discrepancia ante los tribunales del orden contencioso-administrativo, pudiendo actuar la compañía aseguradora como codemandado, al haber desaparecido la situación procesal del coadyuvante. En dicho proceso se va a ventilar si existe responsabilidad o no de la Administración, quedando al margen del mismo el tema de si procede o no abonar la cuantía de la indemnización a la compañía aseguradora, cuestión que pertenece a la relación interna entre la Administración y la aseguradora conforme a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que tengan suscritas. En materia de responsabilidad sanitaria la Disposición

⁴⁴ GAMERO CASADO, Eduardo, "*Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas*", REDA, n° 103, julio-sep. 1999, Civitas, Madrid, afirma "*El fenómeno presenta una especial intensidad en el ámbito local, hasta un punto en que cada vez resulta más difícil encontrar un municipio sin asegurar*".

⁴⁵ Sentencias de 17 y 22 de marzo de 1999

Adicional Duodécima de la Ley 30/1992 apoya esta solución.