

RESPONSABILIDAD EN LA GESTIÓN DIRECTA. ESPECIAL REFERENCIA A LAS NUEVAS FÓRMULAS DE GESTIÓN: FUNDACIONES ⁽¹⁾

Francisco José Villar Rojas

Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de La Laguna,
Vocal de la Junta Directiva de la Asociación Juristas de la Salud

1. INTRODUCCION: EL CONFLICTO

A lo largo de 1999, tres hechos dañosos acaecidos en centros sanitarios públicos merecieron una especial atención: a) el caso del aspergillus que contaminó el sistema de ventilación de los quirófanos de uno de los hospitales de Vigo, cedidos a MEDTEC, sociedad anónima constituida por el Servicio Gallego de Salud para la prestación de servicios de alta tecnología médica; b) el fallo del sistema de oxigenación/gas anestésico del T AC del Hospital "Consorti Sanitario de Mataró" (consorcio administrativo constituido por el Servicio Catalán de la Salud, el Ayuntamiento de Mataró, Consejo Comarcal Mataró), en el que, lo singular, era que el control de calidad de la obra había sido contratado con una empresa privada; y c) la caída de parte de la fachada del Hospital de Valdecilla de Santander, causando la muerte de cuatro personas, en este caso, un establecimiento sanitario perteneciente a la red hospitalaria del Instituto Nacional de la Salud.

En los tres casos, los daños se produjeron en hospitales públicos, si bien cada uno de ellos con una configuración jurídica diferente. En uno se trataba de un centro hospitalario que es parte de la red del Instituto Nacional de la Salud. En los otros dos, los establecimientos cuen-

tan con personalidad jurídica propia, pública en el caso del consorcio sanitario catalán y privada en el supuesto de la sociedad anónima gallega, sin perjuicio de su vinculación con dos entidades de derecho público, el Servicio Catalán de la Salud y el Servicio Gallego de Salud. Los tres sirven de referencia y acotación de la cuestión que centra las páginas que siguen: determinar si el estatuto jurídico del centro sanitario condiciona el régimen de responsabilidad aplicable a los daños que en el mismo se produzcan.

Para dar una respuesta es preciso analizar dos grandes temas: de una parte, las distintas modalidades de gestión directa de la asistencia sanitaria pública, con especial atención a las diferencias de régimen jurídico; de otra, dando por supuesta la concurrencia de los elementos fácticos de la responsabilidad (daño efectivo, actividad de servicio público y nexo causal entre ambos), estudiar a quién impone el ordenamiento jurídico el deber de reparar esos daños (al causante, a un tercero, de forma directa, con carácter subsidiario) y qué clase de responsabilidad es exigible en cada caso (objetiva, subjetiva).

2. GESTIÓN DIRECTA DE LA ASISTENCIA SANITARIA PUBLICA

2.1. Gestión directa versus gestión indirecta

Lo que sea gestión directa puede deducirse de la Ley 15/1997, de 25 de abril, de habilitación de nuevas formas

¹ Texto de la ponencia presentada por el autor en el VIII Congreso Derecho y Salud, "Nuevas perspectivas de la responsabilidad", celebrado en Santiago de Compostela, del 10 al 12 de noviembre de 1999. Se mantiene la estructura original, si bien se han sustituido las referencias al anteproyecto de reglamento de nuevas formas de gestión por las correspondientes del texto definitivo, aprobado por el R.D. 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud, y se han añadido las referencias bibliográficas fundamentales.

de gestión del Sistema Nacional de Salud, aun cuando sus términos resultan algo confusos².

En efecto, en su artículo único se diferencian las nuevas formas de gestión en dos grupos: 1) la gestión de los centros sanitarios "*directamente o indirectamente a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en derecho*", y 2) la prestación "*mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas, en los términos previstos en la Ley General de Sanidad*". La confusión es notoria: la gestión mediante entidades de naturaleza o titularidad pública nunca es gestión indirecta, el que se suscriban convenios a tal efecto no altera un ápice esa afirmación, salvo cuando su titularidad es de una Administración distinta de la que contrata. La lectura de los art. 155.2 y 3.c y d de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas es concluyente. La reciente modificación del citado art. 155.2 aun más (Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la citada Ley de Contratos). Por otra parte, no todos los acuerdos y convenios son gestión indirecta. No lo son los contratos-programas, ni los convenios de gestión ("*mercado interno*"), ni los programas de gestión convenida entre los centros sanitarios públicos y las autoridades sanitarias de las que dependen.

No obstante, en esa disposición es posible encontrar el criterio para diferenciar los modos de gestión directa e indirecta. En el segundo párrafo del número primero del citado artículo se alude a si los centros, servicios o establecimientos se atienden "*con medios propios*" (gestión directa), o si lo es con medios ajenos (gestión indirecta, que explica la llamada a la Ley General de Sanidad, a los fundamentos de los convenios singulares y los conciertos). En la exposición de motivos de la ley se emplea el mismo criterio: "*gestión a través de entes interpuestos*" y "*gestión de los servicios a través de medios ajenos*"³. Este es el criterio: la titularidad de los medios con los cuales se presta el servicio. En consecuencia, gestión

² Esta ley trae causa del R.D. Ley 10/1996. Su contenido fue analizado por Pemán Gavín, I., "*Hacia nuevas formas de gestión de los servicios sanitarios (Real Decreto Ley 10/1996, de 17 de junio)*", en obra colectiva, *Reforma y liberalización económica*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 320 a 330. Sobre la Ley 15/1997, Villar Rojas, F.I., "*La Ley de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud*:"

³ La distinción entre gestión directa e indirecta de los servicios públicos se recoge, de modo didáctico, en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de 1955; norma que sigue siendo la más completa para explicar las distintas modalidades de prestación. Para su análisis es imprescindible el trabajo de Albi Cholíbi, F., *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Aguilar, Madrid, 1960. Más reciente, Sosa Wagner, F., *La gestión de los servicios públicos locales*, 3. ed., Civitas, Madrid, 1997.

directa es la prestación del servicio público con medios (materiales y personales) propios, de la titularidad de la Administración sanitaria. Es gestión directa, por tanto, la prestación de la asistencia sanitaria en cualesquiera centros, servicios y establecimientos de titularidad de la Administración Pública competente, sean las clásicas instituciones sanitarias de la Seguridad Social, sea cualesquiera de las nuevas empresas públicas sanitarias.

Ahora bien, la conclusión alcanzada no supone, además, que esos centros y servicios sean equiparables con un órgano administrativo ordinario (salvo a efectos de su naturaleza jurídica). Esas instituciones sanitarias siempre merecieron la calificación de establecimiento público, una categoría bien distinta del clásico órgano administrativo. Como es sabido, establecimiento público es una unidad orgánica, con o sin personalidad jurídica, dotada de medios materiales, personales y técnicos para la realización de una actividad prestacional en favor de los particulares en cumplimiento de un fin público determinado, que cuenta con cierto grado de autonomía de gestión frente a la autoridad competente en razón al carácter técnico y material de su actividad⁴. Es el caso de los hospitales, pero también de los colegios e institutos de enseñanza pública, de los cementerios, de los teatros o de los museos. La lectura de la Orden de 7 de julio de 1972, por la que se aprueba el Reglamento General para el Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, es la mejor prueba de esta doble afirmación: del carácter de establecimiento público de los hospitales, ambulatorios y demás centros sanitarios, y del grado de autonomía en la gestión de que disponían, en especial en materia de gestión presupuestaria y de contratación. En el caso de la autonomía de gestión de los hospitales, el art. 4 del R.D. 521/1987, de 15 de abril, que aprueba el Reglamento sobre estructura, organización y funcionamiento de los hospitales gestionados por el Instituto Nacional de la Salud, es elocuente: "*Se instrumentarán las fórmulas administrativas precisas tendentes a proporcionar al hospital la mayor autonomía en la gestión y utilización de los recursos*"; sin que para ello pareciera necesario otorgarles personalidad jurídica diferenciada.

⁴ Sobre el concepto de establecimiento público, por todos, Gallego Anabitarte, A., "*De los establecimientos públicos y otras personas jurídico públicas en España*", estudio preliminar al libro de Jiménez de Cisneros Cid, F.J., *Los organismos autónomos en el Derecho Público español: tipología y régimen jurídico*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1986, págs. IX a XL, la definición en pág. XXXVIII.

Siendo así, siendo las instituciones sanitarias establecimientos públicos no personificados, pero dotados de autonomía de gestión, la Ley 15/1997 de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud supone, tan sólo, abrir las puertas de un cambio cuantitativo, no cualitativo: permitir que los establecimientos sanitarios se conviertan u organicen como "*entes interpuestos dotados de personalidad jurídica, tales como empresas públicas, consorcios o fundaciones*", como dice la exposición de motivos de esa ley, con el fin de dotarlos de una mayor autonomía de gestión frente a la que, tradicionalmente, ya tenían. Con todo, si en algún aspecto es relevante la personificación es en materia de responsabilidad. En efecto, la personalidad jurídica convierte a esos establecimientos en centros de imputación de derechos y de obligaciones y, por tanto, en sujetos obligados a responder de los daños que puedan causar a terceros; otra cosa es que el ordenamiento pueda trasladar esa responsabilidad a un sujeto diferente por las razones que sean. El desarrollo de esta cuestión queda para la segunda parte de este trabajo.

Acudir a modos de gestión directa descentralizados (descentralización funcional)⁵ no es nuevo en el ámbito de la sanidad pública. En realidad con la Ley 15/1997 puede hablarse de la segunda ola de descentralización en la organización sanitaria. No puede olvidarse que la gestión de la asistencia sanitaria, inicialmente como prestación técnica o material de la Seguridad Social, siempre lo fue bajo esa fórmula. Por diversas razones, la ordenación y prestación de la asistencia sanitaria pública nunca fue realizada por la Administración territorial; por el contrario, desde su primera regulación, esas funciones fueron encomendadas a una entidad pública instrumental. El Instituto Nacional de Previsión, primero, el Instituto Nacional de la Salud, después, los Servicios autonómicos de Salud, en nuestros días (con la excepción de Valencia), son entidades dotadas de personalidad y patrimonio propio, sujetas a un régimen jurídico "ad hoc". Que del modelo de organismo autónomo clásico (el Instituto Nacional de la Salud, el Servicio Gallego de salud o el Servicio Canario de Salud) se hayan dado pasos hacia los entes de derecho público, que someten parte de su actividad al derecho privado (el Servicio Catalán de la Salud o el servicio Vasco de Salud) es un cambio menor. El modelo organizativo sigue siendo el establecimiento público personificado y dotado de autonomía funcional, patrimo-

⁵ Sobre este fenómeno, sigue siendo referencia obligada, Garrido Falla, F., *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1950, en especial págs. 105 a 175.

nial y financiera, del que dependen los centros, servicios y establecimientos sanitarios en los que se presta la asistencia a los ciudadanos. Como se ha dicho, la Ley 15/1997 y las normas que la desarrollan vienen a permitir que estos centros, servicios y establecimientos puedan contar con personalidad jurídica y patrimonio propio.

2.2. Apunte sobre las viejas y las nuevas fórmulas de gestión

a) El régimen general de entidades públicas instrumentales

Con carácter general, la gestión directa descentralizada, esto es, la creación de entidades públicas con personalidad jurídica propia distinta de la Administración territorial matriz, puede presentarse atendiendo al tipo de personalidad jurídica, pública o privada, siguiendo en este punto la legislación estatal (la Ley 6/1997, de 16 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y el R.D. Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, texto refundido de la Ley General Presupuestaria)⁶.

Con personalidad jurídica pública, la Ley 6/1997 regula los organismos públicos (art. 41 a 65). Se trata de entidades que tienen personalidad jurídica pública, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión. Dentro de su esfera de competencia, les corresponden las potestades administrativas precisas para el cumplimiento de sus fines, en los términos de sus estatutos, excepto la expropiatoria. Por contar con potestades administrativas y disponer de los privilegios propios de las Administraciones Públicas, su creación debe hacerse por Ley. Su régimen jurídico y funcional se delimitará en sus Estatutos y en el Plan inicial de actuación. Su alteración o modificación debe ser por Ley cuanto afecte a sus fines generales. De acuerdo con esta Ley, estos organismos son de dos clases: los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales (art. 43).

Los organismos autónomos son organismos públicos a los que se encomienda, en ejecución de programas

⁶). Para un estudio detallado del estatuto de los organismos públicos en la Ley 6/1997, véase Jiménez de Cisneros Cid, F. J. , "*Organización instrumental pública en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado*", en obra colectiva, *Estudios sobre la Ley de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado*, Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 1999, págs. 153 a 186. Sobre el régimen anterior, el de la Ley General Presupuestaria, del mismo autor, *Los organismos autónomos en el Derecho Público español: tipología y régimen jurídico*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1986. Entre ambos, los trabajos recogidos en el libro homenaje a F. Clavero Arévalo, *Administración Instrumental*, Civitas e Instituto García Oviedo, Madrid, 1994, 2 vols.

específicos de la actividad de un Ministerio, la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos. Se rigen por el Derecho Administrativo. Su personal será funcionario o laboral. Podrán tener adscritos bienes de dominio público y, al tiempo, contar con un patrimonio propio. En materia de contratación se sujetan a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Su régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad y de control financiero, es el establecido en la Ley General Presupuestaria (el aplicable tradicionalmente a los organismos autónomos administrativos). Sus recursos económicos proceden fundamentalmente de las consignaciones específicas fijadas en los Presupuestos Generales, aunque pueden percibir ingresos por sus actividades (art. 45 a 52, y 65.1 Ley 6/1997).

Las entidades públicas empresariales son organismos a los que se les encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación. Se rigen por el derecho privado, salvo en la toma de decisiones, en el ejercicio de potestades administrativas, y en aquellos aspectos que específicamente establezca su ley de creación, sus estatutos o la legislación presupuestaria. Su personal se rige por el derecho laboral. Además de patrimonio propio pueden tener un bienes adscritos por la Administración matriz. Se someten a las previsiones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, salvo aquellas a las que resulte de aplicación la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, de contratación en los sectores excluidos. Su régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero es el previsto en la legislación presupuestaria (el vigente para las entidades de derecho público). Sus recursos económicos proceden de sus bienes y derechos, sin que puedan recibir recursos de los presupuestos generales ni transferencias corrientes o de capital de Administraciones Públicas (art. 53 a 60, y 65.2 Ley 6/1997). La razón es simple: estas entidades se rigen por el principio de autofinanciación (de ahí que desempeñen actividades susceptibles de contraprestación)⁷.

⁷ Es casi imposible diferenciar los organismos autónomos de las entidades públicas empresariales en razón de su objeto legal. Se ha dicho que unos atienden servicios públicos y los segundos sólo servicios (Jiménez de Cisneros, ob. cit. pág. 170 y 171); pero esta distinción no es pacífica (los llamados servicios son los usos de bienes de dominio público). El criterio menos discutible es que, con carácter general, los organismos autónomos precisan financiación de los presupuestos generales por el tipo de actividad que realizan, mientras que las entidades públicas empresariales, también como principio general, se rigen por el principio

Con personalidad jurídico-pública, también deben mencionarse los consorcios administrativos. Como es sabido, el consorcio es una corporación interadministrativa, asociación de administraciones públicas para la gestión conjunta de servicios o competencias concurrentes, dotado de personalidad jurídica propia, que actúa en régimen de derecho administrativo y que puede constituir entes interpuestos para la gestión efectiva de las funciones que se le encomienden. Su regulación básica se contiene en el art. 6.5 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común⁸. Lo decisivo es que todo consorcio es Administración Pública en tanto que entidad instrumental vinculada o dependiente de una Administración territorial (art. 2.2 de la citada Ley 30/1992) y, en consecuencia, un modo de gestión directa de asuntos públicos.

En cuanto a entidades con personalidad jurídico privada, dos deben ser mencionadas: las sociedades públicas y las fundaciones de iniciativa pública.

Las sociedades públicas son sociedades mercantiles cuyo capital pertenece, en todo o en parte, de forma directa o indirecta, a una Administración Pública (art. 6.1.a de la Ley General Presupuestaria)⁹. De personalidad jurídico-privada, su creación (extinción o pérdida de la posición mayoritaria) precisa acuerdo del Consejo de Ministros (art. 6.3 de la Ley General Presupuestaria). Estas entidades se rigen íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el derecho civil, mercantil y laboral, sin perjuicio de las previsiones expresas en materia presupuestaria, contables, control-financiero y de contratación de la legislación presupuestaria (art. 6.2 de la Ley General Presupuestaria). En ningún caso pueden disponer de facultades que impliquen ejercicio de autoridad pública (disposición adicional duodécima de la Ley 6/1997).

de autofinanciación, en la medida que sus actividades generan recursos suficientes para sufragar su funcionamiento. Pero, aun así, es también cuestionable en la medida que, por importante que sea, la financiación es instrumental, vinculada a la decisión del legislador de financiar un servicio o actividad pública con impuestos o con aportaciones de los usuarios; y que, si se trata de actividades de mercado, no tiene sentido adoptar una forma jurídico-pública y los privilegios que la misma comporta.

⁸ Para profundizar en esta figura, el libro de Nieto, E., *El consorcio administrativo*, Cedecs, Barcelona, 1997, págs. 97 al final, y la bibliografía que recoge.

⁹ En tomo a esta figura, el trabajo de Alonso Ureba, A., *La empresa pública*, Montecorvo, Madrid, 1985, págs. 297 y ss., y Montoya Martín, E., *Las empresas públicas sometidas al Derecho Privado*, Marcial Pons, Madrid, 1996, en especial las referencias a esta clase de sociedad estatal en págs. 239 a 297.

Las fundaciones de iniciativa pública son aquellas constituidas por persona jurídico-pública al amparo de la capacidad reconocida expresamente a esos sujetos por el art. 6.4 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general. Se trata de una entidad sin ánimo de lucro que, por voluntad de una Administración Pública, tienen afectado su patrimonio a un fin de interés general. El que su constitución pueda realizarlo un sujeto público no cambia un ápice su estatuto jurídico. El patrimonio tiene que ser adecuado y suficiente para la realización de los fines fundacionales. Los fines fundacionales, fijados en el acto fundacional, son inamovibles, salvo supuestos tasados. Una vez constituida, la fundación tiene personalidad propia, distinta del fundador, del que se separa a todos los efectos. El control del cumplimiento de los fines fundacionales, por ser de interés general, corresponde a la Administración Pública a través del Protectorado de Fundaciones (normalmente, ejercido por la Administración de Justicia). En tanto que persona jurídico-privada, su funcionamiento y actividad se somete al Derecho Privado, en particular en materia de contratación, patrimonio, gestión económica, sin perjuicio de las competencias del protectorado¹⁰.

Junto a las dos anotadas deben situarse las cooperativas sanitarias. La Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, regula esta clase de cooperativas. Su constitución puede ser por iniciativa de prestadores o proveedores de asistencia sanitaria, profesionales sanitarios, e incluso usuarios. Lo singular es que la Ley admite expresamente que una persona pública pueda ser socio cooperativo (art. 102). De constituirse, el estatuto de estas cooperativas estará formado por esa ley y por el ordenamiento privado. De este modo queda abierta la posibilidad de que se constituyan cooperativas de profesionales sanitarios, a imagen de las que ya existen en Cataluña para la gestión de servicios de atención primaria¹¹.

¹⁰ Sobre las fundaciones constituidas al amparo del art. 6.4 de la Ley 30/1994, los trabajos de Piñar Mañas, J.L., "Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones", Revista Española de Derecho Administrativo, 97, 1998, págs. 37 a 63 y, más reciente, Bermejo Latre, J.L. y Mir Puigpelat, O., "Algunas notas sobre las primeras experiencias en la regulación de las fundaciones de iniciativa pública", en la misma revista, 104, 1999, págs. 575 a 593. Sobre la Ley 30/1994, Cabra de Luna, M.A., *El tercer sector y las fundaciones en España. Hacia el nuevo milenio*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1998, en especial 331 a 588, y Ruiz Ojeda, A. (coord.), *Manual de Fundaciones*, Forum Galicia de Estudios Sociales y Civitas, Madrid, 1999, 461 págs.

¹¹ La primera referencia legal a esta figura aparece en la disposición adicional 10ª de la Ley de Ordenación Sanitaria de Cataluña. El Decreto 309/1997, de 9 de diciembre, que regula la acreditación de esas entidades y la forma jurídica que pueden adoptar, menciona la cooperativa junto a la sociedad anónima, la sociedad de responsabilidad limitada y

b) Las "nuevas formas de gestión" en la asistencia sanitaria pública

En el modelo de organización clásico, el que hace suyo la Ley General de Sanidad, los centros y servicios sanitarios (los hospitales, los ambulatorios, los centros de salud y los consultorios) son órganos de esa entidad pública, si bien en el caso de los hospitales debe hablarse de órganos con gestión diferenciada (establecimientos públicos no personificados) en la medida que cuentan con partida presupuestaria propia, cierta capacidad de contratación, gestión propia (mediante Gerente o Administrador), aunque carecen de personalidad, de patrimonio y de caja propia (en este sentido la Ley 37/1962, de 21 de junio, de Hospitales, el R.D. 521/1987, de 15 de abril, y la Orden de 7 de julio de 1972). Su régimen jurídico es público: suma de normas administrativas generales sobre toma de decisiones, contratación, impugnación y revisión de actos y acuerdos, y de normas de seguridad social sobre personal, patrimonio, gestión económico-financiera, presupuesto (disposición adicional 6ª de la Ley 6/1997). Este es el régimen tradicional y el más extendido en la organización de los centros, servicios y establecimientos sanitarios.

Como ya se destacó, la Ley 15/1997 abre las puertas a la conversión de esos centros y servicios sanitarios en entidades con personalidad jurídica propia ya la constitución de los de nueva creación como entes públicos interpuestos¹². Por razones que exceden del objeto de este trabajo, el cuadro de entidades públicas instrumentales antes expuesto parece haber sido insuficiente para desarrollar las previsiones de la citada Ley. El singular estatuto de las fundaciones de iniciativa pública Hospitales de Manacor y Alcorcón¹³, el art. 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, creando las fundaciones públicas

la sociedad laboral. En una línea parecida, el Plan Estratégico del Instituto Nacional de la Salud menciona las sociedades médicas.

¹² La Ley 15/1997 nada innova, tan sólo generaliza formas de gestión ya empleadas con anterioridad a su aprobación por distintas Comunidades Autónomas. A modo de ejemplo, es el caso en Galicia de las entidades instrumentales: Fundación Centro de Transfusión de Galicia, Fundación Hospital de Verín y Medtec, S.A.; en Cataluña, de las empresas: Instituto de Diagnóstico por la Imagen, los Consorcios Sanitarios de Mataró, Barcelona y Hospitalario de Cataluña, y la sociedad Sistemas de Emergencias Médicas, S.A.; en Andalucía, de las entidades públicas: Hospital Costa del Sol y Hospital Alto Guadalquivir, y Emergencias Sanitarias; y en Canarias, de la empresa Gestión de Emergencias Sanitarias, S.A. y el Consorcio Hospitalario de Tenerife.

¹³ Recogido en la Resolución de 21 de enero de 1997, de la Secretaría General del Ministerio de Sanidad, que dio publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de noviembre de 1996, por el que se autorizó al Instituto Nacional de la Salud a constituir dos fundaciones al amparo de la disposición final única del R.D. Ley 10/1996, de 17 de junio (B.O.E., 32, de 6 de febrero de 1997).

sanitarias (un organismo público nuevo), y el R.D. 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud, son la mejor prueba.

En cuanto a entes con personalidad jurídico pública, el legislador crea un nuevo organismo público: las fundaciones públicas sanitarias.

Estas entidades, ni son fundaciones privadas de iniciativa pública (del art. 6.4 de la Ley 30/1994), ni son organismos autónomos, ni son entidades públicas empresariales (de la Ley 6/1997). De acuerdo con el citado art. 111 de la Ley 50/1998, y los art. 62 a 74 del R.D. 29/2000, las fundaciones públicas sanitarias son organismos públicos, por tanto con personalidad jurídico pública. Su constitución, modificación y extinción serán aprobados por Acuerdo de Consejo de Ministros (a imagen de las sociedades estatales), no es precisa una Ley. El plan inicial de actuación no será aprobado por el Ministro, sino por el Presidente del Instituto Nacional de la Salud. Su personal tendrá carácter estatutario, sin que ello impida la incorporación de personal funcionario o laboral. El régimen de contratación se somete a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Dispondrán de bienes propios, y en régimen de adscripción bienes de la Administración General del Estado y de la Tesorería de la Seguridad Social, objeto de administración ordinaria. Sus recursos económicos podrán provenir de las mismas fuentes que los de los organismos autónomos (por tanto, se admiten consignaciones en los presupuestos y transferencias corrientes y de capital). En cambio su régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad e intervención, será el aplicable a las entidades públicas empresariales. El régimen jurídico de éstas últimas les será de aplicación con carácter supletorio.

De este régimen "*ad hoc*" debe destacarse lo siguiente: 1) estos organismos públicos son una mezcla del estatuto de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales, de estas últimas se separan por no sujetarse al principio de autofinanciación, en cambio se someten al derecho privado como ellas a diferencia de los organismos autónomos; por su modo de creación (acuerdo del Gobierno) parecen ser sociedades estatales; 2) siendo organismos públicos, cualquiera que sea su modalidad exacta, su creación debe hacerse por ley, así resulta del art. 103.2 CE y de las SS.TC. 14 y 60/1986, el por qué se encuentra en el carácter público de su personalidad y, lo que es más importante, en la titularidad de potestades y privilegios administrativos, exorbitantes de derecho común (basta pensar en que sus bienes son

inembargables ¿o son embargables?)¹⁴; 3) siendo organismos públicos, su actividad contractual queda sujeta en su totalidad a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no sólo por razones subjetivas, sino sobre todo objetivas, la gestión de un servicio público (art. 1,5 y 7)¹⁵.

La segunda entidad instrumental jurídico-pública son los consorcios. Aparecen regulados en los art. 46 a 52 del R.D. 29/2000. Se trata de una modalidad reconocida expresamente en algunas leyes autonómicas de ordenación sanitaria (Cataluña, Canarias), que no lo está en el ámbito del Instituto Nacional de la Salud. No obstante, la cobertura puede encontrarse en el art. 6.1 y 5 de la Ley 30/1992 (en la redacción que le dio la Ley 4/1999, de 13 de enero), al menos para los convenios con las Comunidades Autónomas y con las entidades locales; en cambio, la incorporación de entidades privadas sin ánimo de lucro carece de referente en la citada Ley (art. 46.1.c del R.D. 29/2000). En todo caso, a falta de otro desarrollo legal, la regulación del citado reglamento viene a completar el estatuto de esta modalidad de gestión con sujeción al ordenamiento administrativo.

En cuanto a formas jurídicas privadas, el reglamento se refiere a las dos clases más atrás reseñadas: las fundaciones de iniciativa pública y las sociedades estatales, a las que tampoco parece ser suficiente la regulación común.

En cuanto a las fundaciones constituidas al amparo del art. 6.4 de la Ley 30/1994 (art. 38 a 45 del R.D. 29/2000) se reconoce capacidad para fundar al Instituto

¹⁴ Se ha dicho que esta deslegalización es necesaria ante el elevado número de hospitales que pueden ser objeto de transformación; incluso que es la Única forma de que sea "voluntaria" la conversión (disposición adicional 5ª y 6ª del R.D. 29/2000). Pero no puede olvidarse que un problema análogo, la constitución de las autoridades portuarias, fue resuelto sin eliminar esa garantía. Basta leer la disposición final primera de la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, de creación de las autoridades portuarias.

¹⁵ Los términos empleados en el art. 111 de la Ley 50/1998: "*respetará, en todo caso, los principios de publicidad y libre competencia y se regirá por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas*", parecen responder a una cierta dificultad en sujetar la contratación de estos organismos a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas; aunque no existe duda al respecto. En todo caso, si la contratación de los hospitales encajara mal con la contratación administrativa, siempre podría pensarse en una ley que sustituyera los contratos administrativos por contratos privados, a imagen de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, de contratación en los sectores excluidos. Pero siempre con sujeción a los principios de publicidad, competencia, igualdad y objetividad en la preparación y adjudicación del contrato, limitándose lo privado a la ejecución y extinción del contrato. En ningún caso sería válida la contratación directa, sin más, por contraria a la Constitución y al derecho comunitario europeo.

Nacional de la Salud, si bien previa autorización del Gobierno. Asimismo, define las sociedades estatales como aquellas sociedades -se supone que mercantiles- en cuyo capital sea mayoritaria o única la participación del Instituto Nacional de la Salud, constituidas para la gestión y administración de centros sanitarios (art. 54 a 61 del R.D. 29/2000). En los dos casos, la actividad contractual se somete al derecho civil y mercantil, si bien con sujeción a los principios de publicidad y concurrencia, y su personal tendrá régimen laboral. En ambos supuestos, esta disposición administrativa general dista mucho del ámbito competencial del reglamento al invadir materias sujetas a reserva de ley y quebrar el principio de jerarquía normativa al regular aspectos ordenados por leyes vigentes (sobre fundaciones y sobre sociedades estatales). Las críticas que han recibido los Hospitales de Alcorcón y Manacor son buena prueba. Las prerrogativas de dirección y control que se reservan las autoridades sanitarias sobre las actividades de esas fundaciones, en particular para interpretar y modificar los fines fundacionales, la inexistencia de patrimonio dotacional propio (los bienes de la seguridad social tan sólo pueden ser objeto de administración ordinaria), la falta de proporción entre patrimonio y actividad desplegada, entre otras razones, suponen la infracción de la legislación sobre fundaciones sin que este reglamento tenga el rango suficiente para salvar esos vicios¹⁶.

c) *Autonomía de gestión versus relación de instrumentalidad*

En principio, de acuerdo con las disposiciones enunciadas y, sobre todo, con las explicaciones que las acompañan, cada uno de los entes que se creen dispondrá de "autonomía para la gestión" (art. 12 del R.D. 29/2000). Sin embargo, su contenido es impreciso, en el mejor de los casos, limitado a aspectos internos ya una cierta descentralización de competencias en materia de contratación o de gestión patrimonial. No otra cosa cabe concluir de las siguientes previsiones reglamentarias: 1) esos entes deben ajustar su actividad a lo establecido por la normativa sobre nuevas formas de gestión, "*a los criterios de planificación que se elaboren con carácter general, por el Instituto Nacional de la Salud*" (art. 4) y a "*las disposiciones y criterios generales que dicte*" sobre estructura organizativa, planes de calidad del centro, normas inter-

nas de funcionamiento, gestión de recursos económicos, gestión de tesorería y patrimonio, recursos humanos (art. 12.1 del R.D. 29/2000); 2) las prestaciones sanitarias que deben realizar, los objetivos y actividades, y los recursos que pueden emplear, serán fijados por el Instituto Nacional de la Salud (art. 4.2 del R.D. 29/2000); 3) es competencia de la entidad gestora el control de gestión y funcionamiento de estas entidades instrumentales (art. 13 del R.D. 29/2000); 4) los miembros sus órganos de gobierno, en el caso de las fundaciones y de las fundaciones públicas sanitarias, son nombrados y cesados por el Presidente del Instituto Nacional de la Salud, en los demás casos, los Estatutos que apruebe el Gobierno lo establecerán (art. 23 a 25 del R.D. 29/2000); 5) es cierto que pueden disponer de un patrimonio propio, pero las adquisiciones y enajenaciones de bienes inmuebles requerirán el previo informe favorable de la Presidencia ejecutiva del Instituto Nacional de la Salud (art. 16 del R.D. 29/2000); 6) los centros facilitarán toda la información económica que se les requiera en orden al ejercicio del control sobre su gestión (art. 17.1 del R.D. 29/2000); 7) el Instituto Nacional de la Salud asume el deber de garantizar la viabilidad económica de estas entidades mediante "*los mecanismos que sean precisos en orden a garantizar el normal funcionamiento*" (art. 17.2 del R.D. 29/2000).

En general, "autonomía de gestión" supone un estatuto basado en dos pilares: la descentralización en favor de los entes interpuestos de la toma de decisiones, con base en su personalidad jurídica diferenciada, y la sujeción a un ordenamiento jurídico "ad hoc", distinto de las normas comunes. En el caso estudiado, la autonomía que se reconoce a las entidades instrumentales sanitarias difiere poco del régimen jurídico de los centros y servicios sanitarios tradicionales, la dependencia del Instituto Nacional de la Salud, de sus normas y criterios generales, lo confirma. La relación de instrumentalidad es incuestionable, la personalidad es ficticia, el patrimonio propio inexistente, la autonomía de gestión, buenas palabras. Con excepción de las diferencias apuntadas con respecto a la legislación común, el R.D. 29/2000 no sólo reduce a la mínima expresión la autonomía de gestión mediante esa relación de dependencia, sino que casi la impide al armonizar, casi hasta unificarlo, el régimen jurídico de las diferentes entidades instrumentales. En todo caso, este resultado es secundario cuando se considera que estas entidades personificadas no son sino instrumentos para la gestión de centros, servicios y establecimientos sanitarios, mediante los cuales la Administración competente cumple el mandato legal de prestar asistencia sanitaria a todos los ciudadanos en condiciones de igualdad, ante los cuales debe responder.

¹⁶ De esto hemos dado cuenta en el trabajo citado "*La Ley de habilitación de nuevas formas de gestión del sistema nacional de salud...*", ob. cit. págs. 79 a 82. Con posterioridad, un análisis detallado de las dos clases de "fundaciones", Vaquer Caballería, M., *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública*, Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 57 a 90.

3. REGIMEN JURIDICO DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES, FUNDACIONES Y EMPRESAS PÚBLICAS SANITARIAS

3.1. La disposición adicional duodécima de la Ley 30/1992: la responsabilidad en materia de asistencia sanitaria

En el caso de daños causados por el personal o los medios de cualquiera de estas entidades instrumentales por o con ocasión de la asistencia sanitaria que prestan, tras numerosas vicisitudes legislativas (desde el art. 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, hasta el art. 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, antes de su modificación, pasando por la disposición adicional primera del R.D. 429/1993, de 26 de marzo), resulta de aplicación lo dispuesto por la disposición adicional duodécima de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, añadida por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que modificó el texto inicial¹⁷. Ese precepto establece:

"La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes 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, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso "

El significado de este precepto pasa por el análisis de cada uno de sus elementos, su ámbito subjetivo (causante del daño y perjudicado), su ámbito objetivo (la asistencia sanitaria), su ámbito causal (relación de causa-

lidad entre el daño y la asistencia), su aspecto procedimental (unidad de procedimiento y unidad de fuero), y su ámbito material (qué derecho resarcitorio es aplicable).

Con carácter previo al estudio de cada uno de cada una de esas materias parece oportuno llamar la atención sobre dos cuestiones, una formal y otra material, que deben ser tenidas en cuenta para situar el análisis en sus justos términos.

De una parte, este precepto es una disposición adicional. Se trata de una norma que añade, completa o precisa, el contenido de la parte principal de la ley con la que tiene relación, en este caso la regulación sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas de los arts. 139 a 145 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre¹⁸. En otras palabras, sin esta disposición, el supuesto de hecho que regula o al que se refiere quedaría fuera, en todo o en parte, de la parte dispositiva de la ley. De ahí que su contenido precise de continuas idas y venidas a la regulación general para articular de forma completa su régimen jurídico.

De otra parte, lo que esta disposición ordena encaja con lo que se conoce como *"responsabilidad extracontractual de la Administración Institucional y de las empresas públicas"*¹⁹, materia siempre compleja. Aun así, en el ámbito sanitario público, la cuestión no es nueva. Tradicionalmente, las reclamaciones y demandas de respon-

¹⁷ De entre los trabajos que se han ocupado con carácter general de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Sanitarias, no sólo del conflicto de jurisdicciones, destacan los siguientes: Rivero Ysern, I.L., *"La responsabilidad de la Administración Pública en materia sanitaria"*, en Libro de Ponencias del II Congreso "Derecho y Salud", Granada, 1993; Muñoz Machado, S., *"Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración Sanitaria (con algunas reflexiones sobre las funciones de la responsabilidad civil)"*, y Pemán Gavín, I., *"La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito de lo sanitario público"*, Documentación Administrativa, 237-238, 1994; Villar Rojas, F.I., *La responsabilidad de las Administraciones Sanitarias: fundamento y límites*, Praxis, Barcelona, 1996; Cueto Pérez, M., *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; Torres García, T., *"La asistencia sanitaria en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración"* y Guerrero Zaplana, I., *La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público*, ambos en Bello Janeiro, D. (dir.), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Junta de Galicia, Santiago de Compostela, 1999, págs. 171 a 203.

¹⁸ Sobre lo que sea una disposición adicional puede servir como referencia el concepto que de la misma las Directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de Ley, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de octubre de 1991 (publicadas por Resolución de 15 de noviembre de 1991, de la Subsecretaría de Relaciones con las Cortes, B.O.E. 276, 18 de noviembre de 1991). Las disposiciones adicionales se situarán en la parte final del texto (apartado 19). Quedarán relativamente abiertas para incorporar aquellas reglas que no puedan situarse en la parte dispositiva sin perjudicar su coherencia y unidad interna (apartado 21). Con carácter general, no exhaustivo, las disposiciones adicionales incluirán: a) los regímenes jurídicos especiales que no puedan situarse en el texto articulado (regímenes territoriales, personales, económicos o procesales), b) los mandatos y autorizaciones no dirigidos a la producción de normas jurídicas y c) los preceptos residuales que no quepan en ningún otro lugar de la nueva Ley. De acuerdo con estos criterios, la disposición adicional estudiada parece tener esa condición por regular un régimen especial de responsabilidad patrimonial, en particular su ámbito subjetivo.

¹⁹ Se han ocupado de esta cuestión, entre otros, Martín Rebollo, L., *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 1977, págs. 153 a 188; más tarde en *"La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España"*, en obra colectiva *Propiedad, expropiación y responsabilidad*, Tecnos, Madrid, 1996; Pantaleón Prieto, F., *Responsabilidad civil y conflictos de jurisdicción*, Tecnos, Madrid, 1985, págs. 53 a 96; Muñoz Machado, S., *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 140 a 145; Montoya Martín, *Las empresas públicas sometidas al Derecho Privado*, ob. cit. págs. 541 a 559, y Gamero Casado, E., *Responsabilidad administrativa: conflictos de jurisdicción*, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 110 a 116.

sabilidad se dirigen contra la entidad instrumental (el Instituto Nacional de Previsión, Instituto Nacional de la Salud, o el Servicio autonómico de Salud competente), que son entidades públicas instrumentales, no se demanda a la Administración territorial de la que aquella forma parte (la Administración General del Estado o la autonómica correspondiente). En consecuencia, existe un bagaje jurisprudencial que admite de modo pacífico la responsabilidad patrimonial de estos organismos públicos instrumentales (es el caso de las SS.TS. 3ª, de 10 de febrero y de 9 de marzo de 1998, Ar. 1452 y 2656, y de 1 de marzo de 1999, Ar. 2317). Ahora bien, la razón de este proceder no es la personalidad diferenciada de estas entidades frente al Estado o a la Comunidad Autónoma. Su fundamento es que cada una de ellas dispone de un patrimonio propio y suficiente para hacer frente a las condenas de responsabilidad; de ahí que sea difícil encontrar controversias en las que se levante el velo de la personalidad de estas entidades. Por el contrario, este mecanismo surge cuando el ente interpuesto carece de solvencia {lo que ocurre con frecuencia en el ámbito local} o cuando la entidad pretende acogerse a un régimen culpabilístico de responsabilidad (lo que ocurre en ocasiones con entidades con personalidad jurídica privada).

3.2. **Ámbito subjetivo: "entidades gestoras y servicios comunes de la seguridad social, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud"**

a) Ámbito subjetivo: la responsabilidad de las entidades de derecho público

Hasta la Ley 4/1999, el estudio de la responsabilidad de las entidades públicas instrumentales sanitarias pasaba por analizar el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y, por tanto el ámbito subjetivo del título referido a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Como es sabido, el art. 139.1 de esa Ley desdobra el presupuesto ("*servicio público*") en dos elementos: uno objetivo o material, el daño debe ser consecuencia del funcionamiento de un servicio público (en sentido de giro o tráfico administrativo), y otro es subjetivo, el daño debe ser imputable a una Administración Pública (mención que no aparece en el art. 106.2 de la Constitución). Ello obliga a acudir al art. 2 de la Ley para conocer qué se entiende por Administración Pública y, más aún, a su número 2, referido a las entidades de derecho público en la medida que -como quedó

dicho- la responsabilidad de la prestación sanitaria recae en organismos de esa naturaleza.

Dice el citado art.2.2: "*Las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación*".

Lo que sean "*entidades de derecho público*" fue objeto de duras críticas. Una interpretación formal llevaba a identificarlas, exclusivamente, con las sociedades estatales, entidades de derecho público con personalidad jurídica propia que sujetan su actividad externa al derecho privado, del art. 6.1.b) de la Ley General Presupuestaria (derogado por la Ley 6/1997). Sólo una interpretación amplia, con referencia a la legislación derogada, permite identificar a cuantas entidades y organismos públicos, dotados de personalidad jurídica-pública, tengan naturaleza corporativa (consorcio) o fundacional (organismos autónomos), son creados por las leyes para la gestión de servicios y asuntos públicos, vinculados a una Administración territorial. Quedan al margen las organizaciones con forma y personalidad jurídico-privada (sociedades mercantiles).

En el caso que se estudia, tanto las entidades gestoras de la seguridad social, como los servicios autonómicos de salud, tanto los que se estructuran como organismos autónomos, como los que lo son como entidades de derecho público, encajan en el ámbito subjetivo de este precepto. Expresamente, la disposición adicional sexta de la Ley 6/1997 incluye en su ámbito a las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, que equipara a los organismos autónomos. Estas entidades son Administración Pública. Recuerdan los tribunales que: "*no cabe sostener que, en materia de relaciones propias de la Seguridad Social y de daños causados en prestaciones sanitarias, la responsabilidad patrimonial de las instituciones correspondientes, que son entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia y vinculada a la Administración del Estado y, por tanto, Administraciones Públicas a los efectos del art. 2.2 de la Ley 30/1992, quede diluida en la acción protectora del sistema de Seguridad Social*" (en este sentido AA.TS. de 18 de marzo de 1997, Ar. 1305/1998,22 y 25 de marzo de 1999, Ar. 3676 y 3680).

Lo mismo debe decirse de las entidades públicas (organismos autónomos, entidades públicas empresaria-

les, consorcios y fundaciones públicas sanitarias) que dependen de las anteriores o de éstas, El ATS, de 23 de marzo de 1999 (Ar, 3678), referido a la actuación de la Muface y a un daño causado por un ente privado dependiente de esa mutualidad, lo resume: *"debe tenerse en cuenta que la intervención de Muface es la de un ente gestor de la Seguridad Social de los funcionarios públicos de la Administración Civil del Estado, cuya actuación tiene carácter de Administración Pública en términos del art. 2.2 de la Ley 30/1992,... la situación entre Muface y los entes concertados de aquella directa o indirectamente es una relación entre una administración pública y sus agentes aun siendo éstos de naturaleza privada, actuando en relaciones jurídicas públicas,... su actuación es la de partícipes, bajo diversas formas incluso, en la gestión que compete a Muface y por lo mismo son cogestores de una actuación presidida por iguales principios materiales y procesales que la que se imputa a Muface"*. No obstante, en estos casos, siendo medios a través de los cuales la entidad pública competente cumple con su obligación legal prestacional, los daños que se causen serán imputables a ella, con independencia de personalidad instrumental y del ropaje jurídico-privado,

Lo cierto es que el análisis formal de este precepto deja fuera todas las modalidades de gestión privadas, que en modo alguno merecen la consideración de Administración Pública. De las citadas más atrás, las fundaciones y las sociedades mercantiles públicas. La jurisprudencia es concluyente: las empresas públicas no son Administración Pública (STS. 3...,26 de enero de 1995, Ar. 1502), si bien con referencia siempre a empresas de mercado.

En cualquier caso, el dato subjetivo no determina por sí solo la aplicación de la Ley. A éste se suma el ejercicio de potestades administrativas.

Lo que sea potestad administrativa a los efectos de esta ley ha merecido dos interpretaciones, si bien la doctrina se ha decantado por la segunda de ellas²⁰,

La primera tesis es la que identifica potestad con prerrogativa, con poder coactivo o soberano (potestad sancionadora, potestad expropiatoria, potestad compulsiva), lo cual dejaría fuera cualesquiera otras actuaciones que, aun apoyadas en títulos exorbitantes, no implicasen de suyo un poder de esa entidad.

²⁰ Para un resumen amplio de las distintas posiciones, De Vicente Domingo, R., *Los entes instrumentales en las leyes de procedimiento y de contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 78 a 96, y Gamero Casado, *Responsabilidad administrativa...*, ob. cit. págs. 93 a 100.

La segunda tesis apunta a la identificación entre potestades administrativas y competencia administrativa, con lo que esta Ley resulta de aplicación a cuantas entidades de derecho público ejercen competencias por mandato legal, con independencia de cuáles sean las potestades y privilegios que para su cumplimiento reciban. Conforme a este entendimiento, la llamada a las potestades administrativas lo es a aquello que mejor identifica lo administrativo, el otorgamiento de una posición exorbitante de derecho común para servir los intereses generales encomendados por la ley (en otro lugar hemos dicho que en sanidad esa posición se manifiesta en el reconocimiento del derecho a la asistencia con independencia de la capacidad económica, en el deber del usuario de acudir a un centro y profesional sanitario en condiciones de coactividad, en el carácter de dominio público de los bienes afectos al servicio, en la limitación del derecho de huelga de los empleados, en la inembargabilidad de los fondos y bienes públicos; ninguno de los cuales aparece en la asistencia sanitaria privada). Todas esas potestades hacen posible, a la par que condicionan, el acto médico y la prestación efectiva, que no puede analizarse al margen de aquellas.

De esta discusión, abandonada ya en el ámbito administrativo, se encuentran vestigios en la jurisprudencia civil que justifica la competencia de los jueces y tribunales de ese orden para conocer de las reclamaciones de responsabilidad contra el Instituto Nacional de la Salud y los Servicios Regionales de Salud: el daño por el que se reclama no se produce por el ejercicio de una potestad soberana²¹.

Un repaso por la jurisprudencia confirma este entendimiento. Con ocasión de conocer de una demanda de responsabilidad frente al Servicio Andaluz de Salud por una deficiente atención en un parto --con deficiente funcionamiento del aparato "vacuoextractor", que causó atrofia cerebral y secuelas de carácter irreversible al menor, que le impiden valerse por sí mismo y necesita de forma constante una persona para su cuidado-, ante el

²¹ Este posicionamiento seguirá produciéndose mientras subsistan controversias anteriores a la vigencia del art. 2.e de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que impone la unidad de fuero en materia de responsabilidad patrimonial. Incluso más, si los tribunales aceptan la tesis que sostiene que las entidades de derecho público sujetas al derecho privado y, por supuesto, todas los organismos con personalidad jurídico-privada quedan fuera del ámbito de aplicación de aquella Ley. No es este, por el contrario, nuestro entendimiento, ni lo fue nunca de la jurisprudencia cuando la entidad presta un servicio público. Villar Rojas, F.J., *"Ámbito del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Actividad impugnabile"*, en obra colectiva, *La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Cóllex, Madrid, 1999, págs. 91 a 130.

alegato de falta de jurisdicción, la sala de lo civil del Tribunal Supremo declaró: " *se trata en todo caso de responsabilidad por daños derivado de culpa extracontractual (art. 1903 CC)* producida en el ámbito del derecho privado... ya que en estos casos a los órganos y entidades públicas se les considera que actúan en el ámbito de relación de derecho privado, estando ante una relación fuera del derecho público". Para añadir más adelante "la doctrina, sin embargo, que evita el peregrinaje de jurisdicciones, admite matizaciones conforme expresa la misma jurisprudencia cuando, en el supuesto de confluencia del orden jurisdiccional civil con el contencioso-administrativo, el caso a resolver implique potestades administrativas genuinas, típicas del *ius imperii*, pues, entonces, el presupuesto de la jurisdicción actúa como condicionante absoluto que debe ser apreciado, incluso de oficio, en cualquier instancia o grado. Más cuando las funciones administrativas dependen en grado apreciable de la coyuntura histórica (hospitales, universidades, etc.) no pueden eludirse en la composición del conflicto criterios de justicia que tienen su asiento en la Constitución y en el sistema de fuentes" (STS. 1ª, 30 de abril de 1998, Ar. 3457). En otra posterior, se insiste en los mismos argumentos: " a partir de la sentencia de esta Sala de 1 de julio de 1986 se mantiene de modo casi absoluto la competencia del orden jurisdiccional civil, salvo cuando se tropieza en los casos a resolver con el ejercicio de potestades administrativas genuinas, típicas, en las que la Administración actúa revestida de *imperium*, pero por propia naturaleza y no mera coyuntura histórica o razones ocasionales... produciéndose el daño más bien con ocasión del servicio y sin incidencia de facultades soberanas" (STS. 1.a, de 30 de mayo de 1998).

De acuerdo con esta doctrina, la competencia civil sería admisible en todos los casos en que siendo el servicio público causante del daño, su funcionamiento no implicara el ejercicio de potestades soberanas, que no se definen, pero que son las "genuinas", las típicas, frente a otras que serían atípicas o no genuinas. En realidad, la única explicación razonable para sustentar esta distinción sería acudir a la separación legal entre servicios que impliquen ejercicio de autoridad y aquellos de contenido económico o material, diferencia que impone la gestión directa exclusiva de los primeros (art. 85 Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local y art. 156.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas). Pero, aun así, esa diferencia lo es entre servicios públicos, a todos los cuales alcanza la responsabilidad patrimonial, que lo es por funcionamiento de los servicios públicos, no por el funcionamiento de los servicios públicos soberanos.

Esta distinción y sus eventuales consecuencias (un régimen de responsabilidad distinto según la clase de actividad administrativa) debe rechazarse, no sólo por la identificación entre potestad y competencia ya señalada, sino sobre todo por el fundamento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (garantía patrimonial de los particulares frente al riesgo inherente a los servicios públicos, como ya dijera la STS. 11 de diciembre de 1974, Al. 5132), que poco tiene que ver con la responsabilidad civil por riesgo (contrapeso del riesgo asumido en beneficio propio) e incluso con el reproche culpable de la responsabilidad civil en general.

Aun así, hasta bien reciente y pese a ser entidad de derecho público, los tribunales civiles siguen conociendo de la responsabilidad patrimonial de la entidad pública empresarial RENFE, por más que los daños que produce la son por o con ocasión del servicio público de transporte ferroviario (por todas, STS. 1ª, de 17 de febrero de 1997, Ar. 1426)²². De tener fundamento, esta situación podría extrapolarse a todas aquellas entidades públicas instrumentales cuya norma de creación se remitiese "in toto" al ordenamiento privado.

Esta tesis podría encontrar cierto apoyo en la Ley 30/1992. Dice el art. 142.2 de aquella Ley, segundo inciso: "*Cuando su norma de creación así lo determine, la reclamación se resolverá por los órganos a los que corresponda de las Entidades de Derecho Público a que se refiere el art. 2.2 de esta Ley*". Frente a la mayoría doctrinal que considera este precepto como mera norma de competencia (el anterior apartado se refiere al órgano competente para conocer de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial en las Administraciones territoriales), adquiriría pleno sentido la posición de quienes consideran que es un mandato que permite la sujeción o no de las Entidades de Derecho Público a ésta regulación, dependiendo de su norma de creación. Esa ley podría excluir el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, siendo de aplicación el régimen común de responsabilidad civil. Cabría incluso encontrar fundamento constitucional a este estatuto: el art. 106.2 de la Constitución regula la responsabilidad por funcionamiento de los servicios públicos, pero llama al legislador para su determinación ("*en los términos de la ley* "), de modo que cabría entender que una ley puede establecer, por razón del modo de gestión, un distinto régimen de responsabilidad.

²² Resume la jurisprudencia civil producida en este caso, Olmedo Gaya, A., *El nuevo sistema ferroviario y su ordenación jurídica*, Aranzadi, Pamplona, 2000, págs. 126 a 139.

Pues bien, si esta fuera la interpretación correcta, la disposición adicional duodécima de la Ley 30/1992 sobre la responsabilidad sanitaria se hacía tanto más imprescindible, habida cuenta el carácter de entidad pública de los organismos competentes. De no existir esta disposición podría entenderse que los daños producidos con o por ocasión de la asistencia sanitaria quedaban excluidos del régimen de responsabilidad patrimonial de esa ley básica.

Con independencia lo que más adelante se dirá sobre esta conclusión, lo cierto es que, de acuerdo con el ámbito formal-subjetivo de la Ley 30/1992, los establecimientos sanitarios con personalidad y forma jurídico-privada y, por supuesto, los casos de gestión indirecta, parecen quedar fuera de su ámbito de aplicación. De ser así, el resultado sería rechazable por contrario, cuando menos, al principio constitucional de igualdad: el modo de gestión, la apariencia o el disfraz que adopte la Administración Pública es suficiente para cambiar el régimen de garantías de los usuarios, que será en unos casos el de responsabilidad patrimonial (objetiva y directa), en otros, el de responsabilidad civil por culpa (sin ocultar la tendencia a la objetivación de la responsabilidad del empresario, art. 1903 del Código Civil). Que esta situación nunca se consideró razonable lo evidencia una constante línea jurisprudencial que viene aplicando la técnica del levantamiento del velo.

b) La solución tradicional: el levantamiento del velo de la personalidad

Ya antes de la entrada en vigor de la Constitución, el Tribunal Supremo, sala de lo contencioso-administrativo, en los casos de gestión de servicios por empresas públicas, venía haciendo una interpretación funcional del concepto de servicio público de modo que los daños que pudieran producirse a los ciudadanos fueran reparados según la responsabilidad objetiva y directa de la Administración Pública.

De la gestión mediante ente público interpuesto pueden traerse a colación varios ejemplos:

-La STS. 3ª, 23 de octubre de 1990 (Ar. 8260) dictada con ocasión de una demanda por responsabilidad objetiva contra un Ayuntamiento por los daños causados por la Mancomunidad encargada de los servicios de abastecimiento y saneamiento de los pueblos mancomunados. En ella se afirma: *"todo servicio público, en cuanto que implica una actividad prestacional del ente público titular del mismo, dirigida a proporcionar una utilidad a los particulares, sólo puede tener como titular activo a dicho ente público originario, y esa titularidad*

es claro que incluye entre sus facultades, la de desarrollar, llevar a efecto, en definitiva gestionar el correspondiente servicio, titularidad de gestión de la que no puede desprenderse, lo cual no impide que la gestión del servicio, y las obras del mismo se haya asumido por la Mancomunidad, ya que en todo caso el Ayuntamiento de Alfaro conserva dicha titularidad de gestión y subsiste en el mismo un poder de dirección y control... "

-La STS. 3ª, 4 de junio de 1992 (Ar. 4928) en relación con una reclamación formulada contra un Ayuntamiento por el fallecimiento de un menor en la piscina municipal. La Corporación alegó falta de legitimación pasiva por encontrarse la piscina en el ámbito de gestión y bajo la dependencia del Instituto Municipal de Deportes, fundación pública local con personalidad y patrimonio propios. La Sala, sin embargo, rechaza este argumento sosteniendo que: *"la personificación como instrumento de la potestad organizatoria de la Administración no puede utilizarse por los entes públicos para eludir el cumplimiento de sus obligaciones y derechos que consagra el ordenamiento jurídico"*.

-La STS. 3ª, de 31 de julio de 1992 (Ar. 6596) pronunciada en el caso de la reclamación formulada por una vecina en relación con la entrega de una vivienda de protección oficial libre de cargas y gravámenes en el que Ayuntamiento demandado alegó que el responsable era el Patronato Local de la Vivienda S.A., persona jurídico-privada diferenciada. El Tribunal recuerda que ese patronato se constituyó *"con la finalidad de atender a un servicio relativo a la construcción de viviendas al amparo del acuerdo municipal en el que el órgano diferencia do se constituye en sociedad anónima con capital de propiedad exclusiva de la Corporación y cuyos órganos de dirección y administración están a cargo de los de la Corporación que asume las funciones de Junta General arts. 89 y 90 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales; de lo que se infiere la identidad entre el Patronato, persona jurídica que adopta la forma de Sociedad Anónima para la prestación de un servicio municipal, de naturaleza industrial con un órgano de gestión directa de un servicio municipal; sometido al Derecho Privado en su actuación sin que de ello se desprenda que el convenio suscrito por el Alcalde, Presidente del Patronato sea ajeno al Municipio, pues este Patronato actúa como sociedad Privada dentro de la Administración del Ayuntamiento como órgano diferenciado del mismo pero en cumplimiento de sus fines; actividad de la Corporación municipal que no se halla exenta de las obligaciones asumidas por dicha sociedad privada"*,

-La STS. 3ª, de 23 de febrero de 1995 (Ar. 1280) dictada con ocasión de la reclamación de reparación de los daños ocasionados por unos fuegos artificiales. El Tribunal rechaza, nuevamente, el argumento del Ayuntamiento de inadmisibilidad por ser el "Centro de Atracciones y Turismo de San Sebastián", organismo con personalidad propia separado del Ayuntamiento, organizador de las fiestas y responsable de los fuegos. Recuerda el juzgador que en ese organismo la Administración municipal ostenta una posición preponderante " como lo demuestra no solo que crea la Fundación, sino que la dota de patrimonio, contribuye a su financiación mediante aportaciones establecidas en el presupuesto ordinario municipal, se integra en su junta rectora por la presencia en la misma del Alcalde, de ocho concejales, el Secretario y el Interventor". La clave es, por tanto, la relación de dependencia o instrumentalidad entre el organismo público y la Administración con competencia en la materia, con el añadido de que la misma no se rompe por la presencia en la junta rectora de personas privadas junto a los representantes municipales.

Si en algo coinciden estas sentencias es en que la creación de entidades públicas personificadas forma parte de la potestad de autoorganización, por tanto es legítima, pero su ejercicio no puede ocultar el carácter ficticio de su personalidad²³, ni menos aun modificar las condiciones o el alcance de las obligaciones de la administración matriz.

En el caso de entidades con personalidad jurídico-privada, el caso resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo, 3.a, de 14 de junio de 1983 (Ar. 3317) sigue siendo la mejor referencia. Se trataba de una reclamación de responsabilidad interpuesta por el titular de una estación de servicio contra Campsa por los daños derivados del acuerdo de suspensión del régimen de pago diferido y posible suspensión del suministro de carburantes. Ante la alegación de que esa compañía estaba sujeta a las normas mercantiles el Tribunal declaró lo siguiente: "no sirve de argumento en contra que según el art. 3 de la Ley de 17 de julio de 1947, la Compañía Administradora del Monopolio goza de personalidad jurídica independiente y funciona en régimen de sociedad anónima, rigiéndose

por sus Estatutos y en lo no previsto por disposiciones especiales, por el derecho común, lo que viene a significar, simplemente que la actuación de tal persona jurídica está, en principio, sometida a derecho privado, pero sin embargo, tiene encomendada la gestión de un servicio público de manera permanente, lo que lo equipara a un concesionario y, en tal gestión, su actividad está regida por el derecho administrativo en cuanto implica una subrogación en el ejercicio de funciones públicas, por lo que debe de aplicarse lo dispuesto en el art. 121 de la Ley de Expropiación Forzosa". En suma, en los casos de gestión del servicio público por entidad pública instrumental, con forma y régimen jurídico-privada, la jurisprudencia equiparaba su régimen de responsabilidad al del concesionario, fundado en el funcionamiento normal o anormal del servicio público. Subyace en este planteamiento, además, la necesidad de asegurar un trato igual de los usuarios cualquiera que sea la modalidad de prestación del servicio. A ello debe añadirse que esta sentencia condena a CAMPSA al pago de la indemnización, pese a su condición de sociedad mercantil pública. Bien distinto es el caso de las empresas públicas que realizan actividades de mercado o industriales, como ENDESA en la producción de energía eléctrica, respecto a las cuáles la sala tercera del Tribunal Supremo rechazó siempre las reclamaciones de responsabilidad.

La misma técnica puede encontrarse en la doctrina del Tribunal Constitucional. Los mandatos constitucionales siguen vinculando a los poderes públicos aunque los servicios se presten mediante persona interpuesta -ente público-. En unos casos se habla de "*relación de dependencia*" de esos entes respecto de los poderes públicos (STC 35/83, f.j. 3º), en otros se alude a la instrumentalidad de los entes que se personifican o que funcionan de acuerdo con el Derecho Privado en cuanto "*remiten su titularidad final a una instancia administrativa, inequívocamente pública*", como público es también el ámbito interno de las relaciones que conexas dichos entes con la Administración de la que dependen (STC. 14/86, f.j. 8º), en fin, que la Administración actúe sometida al Derecho Mercantil o Civil no la exonera de su deber de respetar el orden constitucional de competencias (STC. 52/94, f.j. 5º).

De estos pronunciamientos deben destacarse dos aspectos: en primer lugar, que la imputación de los actos de una entidad instrumental a la administración titular de la actividad está condicionada por el grado de dependencia entre ambas; en segundo término, cuando de servicios públicos se trata, lo público se impone sobre la forma de organización, se difumina la personalidad jurídica y se

²³). Con el significado que explicara Aliño Ortiz, G. en *La Administración Institucional* (I.E.A., 2ª ed., Madrid, 1974, págs. 97 a 99). Sus palabras eran: "*estos entes (los organismos autónomos) son unaficción, no sólo en sentido ontológico, sino jurídico; su misma entidad jurídica como persona es en gran parte inexistente y constituye un puro arbitrio técnico*" (pág. 99). Años más tarde, Villar Palasi volvió a recordar: "*el término autónomos utilizado desde los años cincuenta en enormemente equívoco. Los organismos autónomos lo son todo menos autónomos*" ("*Tipología y derecho estatutario de las entidades instrumentales* ", en libro homenaje a F. Clavero Arévalo, *Administración Instrumental*, vol. I, ob. cit. pág. 153 y 154).

imputan las consecuencias de la actuación a la administración titular del servicio (que es la obligada a su prestación, a los ciudadanos). En el caso de la asistencia sanitaria pública mediante entes interpuestos, públicos o privados, la concurrencia de las dos notas es evidente. Cada uno de esos entes, bien es la conversión de un centro, servicio o establecimiento sanitario no personificado, bien siendo de nueva creación atiende una prestación que es competencia de la Administración matriz. La relación de instrumentalidad es notoria, quedó expuesta cuando se explicaron las nuevas formas de gestión. La condición de servicio público de la asistencia sanitaria completa el cuadro. Como se concluyó en otro lugar, la gestión de la asistencia sanitaria mediante fórmulas jurídico-privadas no determina que deje de ser un servicio público, no exonera de responsabilidad a la Administración obligada a asegurar su prestación, ni puede desplazar su régimen de garantías.

En fin, la necesidad de acudir a estos principios para resolver los problemas derivados de las formas jurídico-privadas de gestión ha quedado en un segundo plano con la reforma llevada a cabo por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

c) *La solución legal: la disposición adicional duodécima de la Ley 30/1992*

Frente al limitado alcance de la Ley 30/1992, la disposición estudiada amplía notablemente su ámbito subjetivo, esto es, los establecimientos públicos a los que es de aplicación. Además de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, estatales y autonómicos, este precepto se refiere a " *las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud*".

El significado de ese párrafo resulta del juego de dos normas. En cuanto a " *entidades, servicios y organismos*", la Ley 15/1997 se refiere a " *centros, servicios y establecimientos*" así como a su gestión a través de " *cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública*", lo cual es casi idéntico que el tenor literal de la citada disposición adicional. De otra parte, el concepto de Sistema Nacional de Salud es funcional, engloba todas las funciones y prestaciones sanitarias que sean responsabilidad pública (art. 50 de la Ley General de Sanidad), y omnicompreensivo, abarca todos los centros y servicios, incluidos los Servicios autonómicos de Salud (art. 7 de la Ley General de Sanidad). Es por ello que la expresión empleada engloba cuantos establecimientos sanitarios, tengan o no personalidad jurídica propia (en su caso, sea pública o sea privada), forman parte del Sistema Nacional de Salud. Cualquier modalidad de entidad instru-

mental, de naturaleza, titularidad o influencia dominante pública, que asuma la gestión y administración de un centro sanitario, queda incluido en el ámbito subjetivo de esa disposición, cualquiera que sea el ropaje jurídico con el que se presente a terceros. El criterio es el apuntado: la naturaleza, titularidad o influencia dominante de una Administración Pública sanitaria.

Sostener lo contrario, esto es, que esta disposición no fuera aplicable a las sociedades estatales, a las cooperativas sanitarias, ni a las fundaciones de iniciativa pública, entendiendo que ni son entidades, ni son organismos (que serían modalidades de organismos públicos), ni tampoco meros servicios no personificados (que únicamente serían los centros y establecimientos del modelo tradicional), iría en contra de la literalidad del precepto, de sus antecedentes y origen (con ella se eleva de rango la disposición adicional primera del R.D. 429/1993, de 26 de marzo), de la voluntad expresada por el legislador en la exposición de motivos de la Ley 4/1999, del carácter adicional de la disposición (los entes con personalidad pública ya tienen cabida en el art. 2.2 de la Ley 30/1992) y de la inclusión en su ámbito de los centros sanitarios concertados (sujetos privados no ficticios, como lo son los entes interpuestos). En todo caso, como quedó dicho, si esta interpretación fuera la tesis válida, el juego de los principios jurisprudenciales más atrás reseñados haría inútil su eventual finalidad excluyente de las modalidades jurídico-privadas de gestión²⁴.

3.3. El sujeto perjudicado: el concepto de "particular"

Nada dice la disposición adicional estudiada sobre quién pueda reclamar daños y perjuicios. En su defecto, parece razonable acudir a lo dispuesto por el art. 139 de la Ley 30/1992, que en ese punto reitera lo ordenado por el art. 106.2 de la Constitución, la responsabilidad patrimonial es una garantía constitucional y legal de los " *particulares*".

De acuerdo con la jurisprudencia tradicional, particular es cualquier sujeto, público o privado, que sufra un daño como consecuencia del funcionamiento de un servicio público. Ello incluye, de acuerdo con el concepto " *integrador*" que utiliza aquella, a los usuarios de los servicios públicos, a los empleados que los atienden, a los terceros ajenos a su funcionamiento ordinario, e in-

²⁴ Igual conclusión alcanza, aunque por un camino diferente, García Llovet, E., " *El régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas tras la reforma de la Ley 30/1992. Un problema resuelto, un nuevo problema* ", en Bello Janeiro, ob. cit., págs. 325 a 347, en concreto pág. 346.

cluso, a otras Administraciones Públicas. Es jurisprudencia asentada que la expresión particulares debe ser objeto de una interpretación integradora, debiéndose incluir en el mismo no sólo los sujetos privados, sino los sujetos públicos cuando éstos se consideren lesionados por la actividad de otra Administración local (SS.TS. de 24 de febrero de 1994, Ar. 1235, de 14 de octubre de 1994, Ar. 8741, de 2 de julio de 1998, Ar. 6059, las dos primeras acompañadas de voto particular en contra).

También engloba la expresión particulares a los funcionarios públicos, cualquiera que sea la relación jurídica que mantengan, cuando sufren daños patrimoniales (STS. 3ª, de 8 de julio de 1995, carcinoma basocelular padecido por dermatólogo que imputa al defectuoso funcionamiento de las instalaciones radiológicas del centro sanitario en el que trabaja).

Este planteamiento, pacífico en la jurisprudencia, no lo es tanto en la doctrina científica. No puede desconocerse -aunque no se comparta-la opinión de quienes sostienen que el usuario de servicio público queda fuera de éste régimen de garantía patrimonial, sujeto en esta materia a lo que disponga el estatuto de cada servicio. La responsabilidad objetiva quedaría para los daños que afectan a terceros ajenos al servicio, no para aquellos con quienes exista una relación jurídica previa²⁵.

Algún autor llega aun más lejos con el fin de mantener la competencia del orden social para conocer de las reclamaciones de responsabilidad²⁶. La clave sería la existencia de una relación jurídica previa, en el más amplio sentido del término, entre el particular y la Administración titular del servicio público. De existir, y ocurre en la mayor parte de servicios públicos "uti singuli" (suministros, comunicaciones, transportes, enseñanza y asistencia sanitaria), los daños producidos deben ser considerados como supuestos de incumplimiento contractual, resolviéndose, a falta de previsión expresa en el estatuto del servicio, conforme a las normas de la responsabilidad civil contractual (art. 1101 del Código Civil). Los otros daños, los sufridos por terceros ajenos al servicio, sin relación jurídica previa, quedarían sujetos al régimen de responsabilidad patrimonial, que se califica como extracontractual (art. 139 y siguientes Ley 30/1992). En el caso de la asistencia sanitaria, con esta interpretación, la

disposición adicional duodécima quedaría reducida a los daños sufridos por los visitantes de los centros sanitarios y poco más. Los pacientes mantienen una relación previa, aunque sea jurídico-pública, con la Administración sanitaria, de modo que los daños que pudieran sufrir quedarían al margen de la responsabilidad por funcionamiento de los servicios públicos; lo mismo puede decirse de los empleados públicos.

Esta clase de análisis no puede compartirse, no sólo por su causa, sino por ser parcial e incoherente. En efecto, olvida el régimen de responsabilidad de los servicios públicos "uti universi", en los que existe deber legal de prestación, derecho a usar y disfrutar del servicio, incluso deber de hacerlo en los servicios de recepción obligatoria, pero en los que no existe la relación jurídica previa, salvo que se considere como talla simple condición de ciudadano (el caso del alumbrado público, de las carreteras, de la recogida domiciliario de basuras, del alcantarillado, entre otros). Identifica la responsabilidad por lesión (presupuesto de la responsabilidad patrimonial) con la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones contractuales, para resolver aquella según las normas de éste segundo régimen resarcitorio sin mayor fundamento. Convierte en un sin sentido la construcción de una institución como la responsabilidad patrimonial (desde la Ley de Régimen Local de 1955, la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, y Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957), que sólo serviría para la reparación de los daños accidentales sufridos por terceros, ajenos al servicio público causante, mientras que la responsabilidad por daños o perjuicios sufridos por los usuarios -la más numerosa y compleja quedaría remitida al ordenamiento civil. Desconoce la razón de ser de la responsabilidad patrimonial: ser garantía del patrimonio de los ciudadanos, en particular de los usuarios, frente a los riesgos inherentes al funcionamiento de los servicios públicos. En fin, tiene una razón de ser: explicar una institución jurídica a partir exclusivamente de los criterios de distribución de competencias entre los distintos órdenes jurisdiccionales; cuando, incluso si una ley expresamente llegara a atribuir el conocimiento de estas controversias a los tribunales sociales, cambiando las reglas vigentes, el fundamento y el régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración seguirían siendo los mismos.

Resumiendo lo expuesto, cualquier particular que sufra un daño por o con ocasión de la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud, sea usuario, sea empleado, sea tercero, puede reclamar su reparación en los tér-

²⁵ Así lo propone García Llovet, aun reconociendo que choca con la garantía constitucional de la institución (ob. cit. pág. 330 y 331).

²⁶ Buenaga Ceballos, O., " *La defectuosa prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social: ¿ un supuesto de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas ?* ", Diario La Ley, n.º 4552 y 4553, de 1 y 2 de junio de 1998.

minos de la disposición adicional duodécima de la Ley 30/1992.

3.4. Ámbito objetivo: "la asistencia sanitaria"

Es sabido que el presupuesto clave de la responsabilidad patrimonial es el "*funcionamiento de un servicio público*". El art. 106.2 de la Constitución es concluyente. Igual que lo es el art. 139.1 de la Ley 30/1992. El concepto de servicio público que se emplea es amplio.

Tienen dicho los tribunales que servicio público es "toda actuación, gestión o actividad propias de la función administrativa ejercida, incluso la omisión o la pasividad, cuando la administración tiene el concreto deber de obrar o comportarse de un modo determinado" (STS. 3...22 de noviembre de 1991, Ar. 8844, reiterado entre otras por STS. de 10 de octubre de 1997, Ar. 7437). El servicio público se reconoce porque el sujeto obligado por la ley a su prestación recibe potestades administrativas bastantes para atender aquél deber; o, como afirma la jurisprudencia, "lo racionalmente determinante es que se actúen las facultades administrativas propias del desenvolvimiento del servicio público de que se trate, con independencia de la condición o cualidad de quien ejerza tales facultades" (STS. 3ª, 22 de marzo de 1995, Ar. 1986). Es irrelevante la forma de prestación del servicio y, por tanto, la condición formal pública o privada del gestor y el régimen jurídico al que somete su actividad. Como ya se destacó, lo público se impone sobre la organización del servicio.

Lo que sea servicio público abarca los servicios y prestaciones administrativas ordinarias, entre ellas la asistencia sanitaria pública, que engloba los daños por acto médico y los daños anónimos imputables a la organización del servicio. A modo de ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo (sala tercera) de 10 de febrero de 1998 (Ar. 1452), ceguera no imputable al servicio ni a la actuación médica; de 9 de marzo de 1998 (Ar. 2656), pérdida de visión por falta de diagnóstico adecuado que esclareciese la existencia de esquizofrenia; de 13 de octubre de 1998 (Ar. 7820), internamiento en centro sanitario que carecía de medios adecuados de diagnóstico y tratamiento; de 28 de octubre de 1998 (Ar. 8928), transfusión de sangre con virus hepatitis B; de 1 de marzo de 1999 (Ar. 2317), falta prueba de error de diagnóstico; y de 11 de mayo de 1999, (Ar. 4917), muerte de paciente por gangrena producida por inyección que produjo entrada de gérmenes y retraso del diagnóstico.

En todo caso, siempre puede surgir la duda de si este concepto, como presupuesto de la responsabilidad patrimonial, opera sólo respecto de los daños causados por el

funcionamiento de cada servicio público, de modo que aquellos que se produzcan en el servicio pero no tengan directa relación con su funcionamiento ordinario quedan excluidos.

En los últimos años, los defensores de la Administración Pública se han opuesto a reclamaciones de responsabilidad esgrimiendo un concepto de servicio público que no abarcaría los daños accidentales que, sin tener que ver con su funcionamiento, en él se producen. Se afirma, por ejemplo, que los daños causados a un inmueble vecino por el sistema de aire acondicionado instalado en las oficinas o dependencias del Instituto Nacional de Empleo, nada tienen que ver con el servicio público que tiene encomendado, debiendo dar lugar a responsabilidad civil (arts. 1907 y 1908 del Código Civil). El Tribunal Supremo rechaza ese argumento afirmando que las instalaciones de las sedes y edificios en que se prestan los servicios públicos se integran en el significado propio de estos (STS. 3ª, de 22 de marzo de 1999, Ar. 3159). Igual postura adopta en cuanto a los daños producidos por la caída de un ventilador en unas dependencias municipales (STS. 3ª, de 24 de junio de 1995, Ar. 5873), de los causados por el deficiente estado de la cerca de un centro público escolar (STS. 3ª, de 12 de febrero de 1996, Ar. 1074), por el mal estado de conservación de un local donde un organismo público desarrollaba sus actividades (STS. 3ª, 18 de octubre de 1996, Ar. 7071), o por la filtración de gas óleo procedente de tanques o conducciones de un Instituto de Formación Profesional, que contaminaron las aguas del pozo de un huerto colindante (STS. 3ª, de 28 de noviembre de 1998, Ar. 10359). Su aplicación en el caso del Hospital de Valdecilla -relatado al iniciar estas páginas es concluyente: el derrumbamiento del muro del edificio del hospital se integra en el concepto de servicio público sanitario a efectos de responsabilidad patrimonial.

El concepto funcional de servicio público que resulta de esta jurisprudencia se resume en los siguientes términos: "lo que distingue la actividad administrativa, en el sentido de los servicios públicos a los que se refiere la ley cuando disciplina la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, no es que sus elementos instrumentales sean diferentes o estén modificados en función de una actividad prestacional o de otra índole de la Administración, sino el fin a que en su conjunto la actividad administrativa se dirige (la satisfacción de los intereses generales), el carácter con que lo hace (de modo continuo y regular), los límites a que está sujeta (los fijados por la atribución de potestades por el ordenamiento jurídico) y las prerrogativas inherentes a la espe-

cífica regulación del ejercicio de las potestades en el marco del derecho público. Los elementos personales o reales que se integran en la actividad administrativa no deben ser diferentes de los necesarios para el desarrollo de cualquier actividad humana útil o productiva, pues su característica radica en la afección teleológica o instrumental al servicio" (STS. 3ª, de 21 de abril de 1998, Ar. 4045).

La proyección de estos criterios sobre la disposición adicional duodécima, tantas veces citada, no suscita dificultad alguna. Es cierto que en su redacción inicial se refería de forma expresa a los servicios públicos sanitarios. Decía así: "*Sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional sexta de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, relativa a los actos de la Seguridad social, los daños producidos por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos sanitarios están sujetos, tanto en sus aspectos sustantivos como procedimentales, al régimen de responsabilidad administrativa establecida en la presente Ley y en la anteriormente citada*". En cambio, el texto aprobado emplea la expresión "*por o con ocasión de la asistencia sanitaria*", elevando de rango la disposición adicional primera del R.D. 429/1993, de 26 de marzo. Pero el concepto funcional de servicio público da cobertura a esta fórmula, que incluye los daños producidos por el funcionamiento del servicio público junto a aquellos que acaezcan de modo accidental, sin que, a estos efectos, la diferencia apuntada sea relevante.

3.5. Nexo causal: "por o con ocasión de la asistencia sanitaria"

La expresión legal "*por o con ocasión de la asistencia sanitaria*" alude al otro presupuesto fáctico de la responsabilidad, la necesaria relación de causalidad entre el daño y la prestación de asistencia sanitaria. En este aspecto, la disposición adicional estudiada debe ser interpretada con aplicación de los criterios asentados ya por una abundante jurisprudencia.

Tiene dicho de forma reiterada el Tribunal Supremo que: "el concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acontecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados, sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal, reduciéndose el problema a fijar entonces qué hecho o condición puede

ser considerado como relevante para producir por sí el resultado lesivo, inclinándose por la tesis de causalidad adecuada" (STS. 3ª, de 26 de septiembre de 1998, Ar. 6836). Ahora bien, pese a esta dificultad, no es menos cierto que sin relación de causalidad no existe responsabilidad administrativa y, en consecuencia, que su existencia debe ser acreditada.

En cuanto a los requisitos que debe cumplir el nexo causal, como es conocido, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha evolucionado desde la necesidad de que la relación fuese directa, exclusiva y excluyente de cualquier otra causa, hacia un entendimiento menos exigente. Cualquier sentencia sobre responsabilidad reciente repite esa doctrina en los siguientes términos: "*esta Sala del Tribunal Supremo ha declarado que la imprescindible relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas o concurrentes, pero, si existen éstas, se ha de moderar proporcionalmente la reparación a cargo de la Administración*" (STS. 3ª, 13 de marzo de 1999, Ar. 3151).

En el caso de la asistencia sanitaria, como se explicó en otro lugar²⁷, el problema principal de la relación de causalidad es el riesgo de presumir su existencia, bien porque la asistencia fue deficiente, bien porque el daño inevitable por evolución de la enfermedad se impute a los servicios sanitarios que "funcionaron mal". En un servicio público que convive con el daño y que incorpora una obligación de medios, no de resultado, la relación de causalidad se convierte en piedra de toque de la institución si se quiere evitar que se transforme en un seguro a todo riesgo; algo que la responsabilidad patrimonial no es²⁸.

En fin, como en todo asunto de responsabilidad objetiva, la prueba de la relación de causalidad, junto a la efectividad del daño, recae sobre el particular. A la Administración corresponde acreditar, en su caso, la concu-

²⁷ Villar Rojas, *La responsabilidad de las Administraciones Sanitarias...*, ob. cit. págs. 153 a 156.

²⁸ La doctrina que se ha ocupado de este vínculo ha calificado el nexo causal de "*contrabalance técnico de la responsabilidad objetiva*". Sobre esta figura, los trabajos de Nieto, A., "*La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado*", Revista Española de Derecho Administrativo, 4, 1975, y "*La relación de causalidad en la responsabilidad administrativa: doctrina jurisprudencial*", en la misma revista, 51, 1986; Leguina Villa, J., *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1983; Fernández Rodríguez, T.R., "*El problema del nexo causal y la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*", en Libro Homenaje a S. Royo Villanova, Madrid, 1977; y Blasco Esteve, A., "*La relación de causalidad en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia reciente*", Revista Española de Derecho Administrativo, 53, 1987.

rencia de fuerza mayor o una causa de justificación (en la asistencia sanitaria, el consentimiento informado, aceptado por STS. 3ª, de 11 de mayo de 1999, Ar. 4802). En este punto no existe singularidad alguna. Una abundante y constante jurisprudencia viene insistiendo en este reparto de la carga de la prueba (modo de ejemplo, la STS. 3ª, de 31 de mayo de 1999, Ar. 6154). Tampoco existe diferencia alguna en cuanto a que esa distribución de la carga probatoria es el elemento más criticable de este régimen de responsabilidad y, en buena medida, uno de los factores que justifican la "huida hacia el derecho penal" en la reclamación de responsabilidad (en el ámbito civil se viene exigiendo al causante material del daño la prueba de su actuar diligente, por todas, STS. 1ª, 20 de mayo de 1993, Ar. 3718).

3.6. Derecho resarcitorio material: "responsabilidad patrimonial"

Se refiere la disposición adicional duodécima de la Ley 30/1992 a " *la responsabilidad patrimonial* " de las entidades, centros y establecimientos públicos que menciona. La pregunta es: ¿qué significa responsabilidad patrimonial?, ¿qué derecho resarcitorio resulta aplicable?

La cuestión era polémica antes de la Ley 4/1999. El capítulo primero del título X de la Ley 30/1992 se titula "*responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*". Antes como ahora se alude a la responsabilidad de la Administración cuando actúa en relaciones de derecho público (art. 139) y cuando lo hace en relaciones de Derecho Privado (art. 144), siendo uniforme el procedimiento de reclamación (art. 142.6). Sin embargo, el art. 144 de la Ley 30/1992 dio lugar a polémica. Decía así: "*Cuando las Administraciones públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentra a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración* bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los art. 142 y 143, según proceda ". Esta última frase suscitó dos interpretaciones: para unos, la remisión lo era al procedimiento administrativo, al orden jurisdiccional contencioso-administrativo ya la responsabilidad objetiva, para otros, la remisión imponía la unidad de procedimiento y de orden competente, pero no el régimen sustantivo de responsabilidad, de manera que, en los casos, de actividades de

mercado, podían ser aplicables las normas de responsabilidad civil extracontractual²⁹.

La Ley 4/1999 ha superado -con razón o sin ella este debate. La frase final del art. 144 ha sido modificada para decir: " *La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los art. 139 y siguientes de esta Ley*". De este modo, la unidad de derecho resarcitorio queda establecida cualquiera que sea el tipo de relación, pública o privada, de que derive. Se desvanece el debate tradicional esas dos clases de relaciones, que servía para diferenciar los art. 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1951.

En resumen, el régimen aplicable a los daños producidos con o por ocasión de la asistencia sanitaria pública es el de responsabilidad objetiva (por funcionamiento del servicio, no por culpa o dolo) y directa (responde la Administración titular del servicio, no sus empleados), de los art. 139 y siguientes de la Ley 30/1992, en definitiva, el de responsabilidad patrimonial por funcionamiento de los servicios públicos.

3.7. Responsabilidad directa de la Administración Sanitaria. Unidad de procedimiento y unidad de fuero

La disposición adicional duodécima estudiada ordena que las reclamaciones se tramiten según el procedimiento administrativo previsto en esa Ley, siendo competente para su revisión judicial los jueces y tribunales del orden contencioso-administrativo. De este modo queda afirmada la unidad de procedimiento y la unidad de jurisdicción. No obstante, para completar este estudio resta aun abordar tres cuestiones de interés, entre ellas aquélla que constituye la razón de ser de este trabajo.

La primera cuestión es competencia!: ¿qué órgano debe conocer de la reclamación de responsabilidad formulada?

²⁹ Entre los primeros, Leguina Villa, J., " *La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio* ", en Leguina Villa, J. y Sánchez Morón, M., *La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 402 y 403; Blasco Esteve, A., " *La responsabilidad de la Administración* ", en obra colectiva, *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Carperí, Madrid, 1993, pág. 425; Martín Rebollo, L., " *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica* ", Documentación Administrativa, 237-238, 1994, págs. 50 a 53. Defienden la segunda postura, entre otros, García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, II, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1993, pág. 386; Cosculluela Montaner, L. *Manual de Derecho Administrativo I*, 5ª ed., Madrid, Civitas, 1994, pág. 512; y Pantaleón Prieto, F., *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 34.

El art. 142.2 de la Ley 30/1992 parece regular la cuestión de la competencia. Se refiere a los Ministros, al Consejo de Ministros si una Ley lo dispone, ya los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas o de las entidades locales. En el caso de las entidades de derecho público se remite a lo que diga su norma de creación. En consecuencia, conocerá de las reclamaciones en materia de asistencia sanitaria el órgano que las normas estatutarias señalen de cada una de las entidades gestoras, estatal y autonómicas, en su defecto, su máximo órgano directivo.

Esta afirmación lleva consigo la respuesta a la pregunta más importante de las planteadas al iniciar este estudio: ¿a quién impone el ordenamiento jurídico el deber de reparar los daños que se causen con o por ocasión de la asistencia sanitaria pública?

La Ley impone el deber de indemnizar el daño causado a la entidad gestora del servicio, que será en unos casos el Instituto Nacional de la Salud y en otros los Servicios autonómicos de Salud, con independencia de que el causante material del daño fuera un empleado público o se hubiera producido en un centro, servicio o establecimiento, personificado o no, del Sistema Nacional de Salud. La repetida disposición adicional duodécima establece la responsabilidad directa de las entidades públicas responsables de la asistencia sanitaria. Su fundamento es que dirigen, planifican y controlan la actividad de los profesionales y de los establecimientos sanitarios a través de los cuales cumplen con el deber legal de prestar asistencia sanitaria. Ni la personalidad de los empleados públicos, ni, en su caso, la personalidad de los entes interpuestos que puedan existir, afecta a este régimen de imputación. El sujeto obligado frente a los ciudadanos es la Administración Sanitaria cualquiera que sea la forma de prestación.

La última cuestión se refiere a la unidad de fuero. La necesidad de reclamación administrativa previa permite superar el escollo del ámbito subjetivo, que no funcional, de la competencia de los tribunales de lo contencioso-administrativo cuando de reclamaciones de responsabilidad patrimonial se trata (art. 2.e de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). La contestación a esa reclamación será un acto administrativo (sea expreso o sea presunto), presupuesto de acceso a esa jurisdicción (art. 1.1 y 25.1 de la Ley 29/1998). En todo caso, si se ofrece una interpretación formal-subjetiva del ámbito de aplicación de la Ley 30/1992 y de la Ley 29/1998, la disposición adicional que se estudia vendría a asegurar una unidad jurisdiccional frente a

cualquier forma de gestión directa, que de otro modo no sería admisible.

No obstante, la personalidad jurídica y el patrimonio propio de las empresas públicas sanitarias podrían dar lugar a demandas civiles de responsabilidad. En efecto, el que esté prohibido demandar a la Administración Pública ante los tribunales civiles o sociales no impide al particular demandar al causante material del daño, únicamente no puede llamarse a aquélla como responsable directo³⁰. A ello debe añadirse que la repetida disposición adicional no obliga a los perjudicados a utilizar sus previsiones, sino que se limita a establecer el régimen sustantivo de responsabilidad aplicable, de modo que, en el supuesto de entes interpuestos jurídico-privados, siempre queda la posibilidad de que sean demandados civilmente. En esta hipótesis, más teórica que real, dos situaciones pueden plantearse: que la entidad instrumental acepte la demanda sin oponer excepción de falta de jurisdicción, siendo aplicable el régimen sustantivo civil; o que la entidad sanitaria formule una excepción, bien de litis consorcio pasivo necesario por el carácter directo de la responsabilidad de la entidad gestora de la que depende, bien de falta de legitimación pasiva por ser "*Administración Pública*" que sólo puede ser demandada ante el orden contencioso-administrativo. Sin embargo, ni una ni otra parecen admisibles. Con ellas la entidad pretendería levantarse a sí misma el velo de la personalidad, lo cual resultaría contraria a su propia razón de ser. Este mecanismo es una garantía de los intereses de los particulares afectados, no una carga frente a ellos, de manera que, como otras técnicas de análoga naturaleza (el silencio administrativo) no pueden emplearse en contra de su fundamento. Si la entidad tiene personalidad jurídica y patrimonio propio puede ser demandada ante los tribunales civiles. Con todo, dados los controles públicos sobre el patrimonio de estas entidades, puede resultar complejo evitar que la Administración matriz, titular del servicio, sea llamada al proceso, haciendo jugar, entonces, aquella excepción legal.

4. CONCLUSION: LA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 vienen a desarrollar el artículo 106.2 de la Constitución,

³⁰ En este sentido, Leguina Villa, I., *Artículo 2.e*), en obra colectiva *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Revista Española de Derecho Administrativo, 100, 1998, pág. 104.

pero es más que dudoso que agoten las posibilidades que ofrece dicho precepto cuando llama a la interposición de una ley para su desarrollo completo (*"en los términos de la Ley"*, dice ese mandato constitucional). La disposición adicional duodécima sobre la responsabilidad en materia de asistencia sanitaria lo prueba. Si el art. 106.2 incorporase una concepción subjetiva de la responsabilidad patrimonial, como la legislación básica ha querido establecer, la disposición adicional estudiada, por ampliar su ámbito subjetivo hacia otro funcional, debería ser considerada inconstitucional; o bien, debería entenderse que el

elemento subjetivo no es determinante de la aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial. La otra opción -como cabe deducir de lo dicho es que la disposición adicional duodécima citada sí tiene cabida en el espacio normativo del art. 106.2 de la Constitución; y ello sólo es posible porque este mandato emplea un concepto funcional de servicio público; con independencia del modo de gestión, de la personalidad del gestor y de su régimen jurídico externo, en tanto que, por encima de cualquier otra función, ese artículo constituye una garantía patrimonial de los ciudadanos frente a los poderes públicos.

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIALEN LA GESTION INDIRECTA DE LOS SERVICIOS PUBLICOS SANITARIOS: CONCESIONES Y CONCIERTOS (*)

Manuel Rebollo Puig

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Córdoba

I. Presentación. Las tres cuestiones clave. II. Ámbito de consideración: supuestos de gestión indirecta de los servicios públicos sanitarios. III. La regla general es la responsabilidad del concesionario y demás gestores privados de los servicios públicos. IV. Los intentos de invertir la regla general. Crítica y rechazo. V. Tendencia a consagrar la responsabilidad subsidiaria de la Administración. VI. Los supuestos en que, por excepción, la Administración será responsable. Su aplicación en el ámbito sanitario. VII. Posibles ampliaciones de las excepciones: ejercicio de potestades públicas por delegación y actuación negligente y anormal de la Administración contratante. VIII. Régimen sustantivo de la responsabilidad del gestor privado de servicios públicos: reglas iguales a las que rigen para la Administración. IX. Vía previa administrativa y competencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa. X. Confirmación de lo mantenido y recapitulación final.

I. PRESENTACIÓN. LAS TRES CUESTIONES CLAVE

Para quien conoce la Asociación de Juristas de la Salud y ha leído las Actas de sus anteriores Congresos y su revista, resulta difícil tener un honor mayor que el de estar aquí invitado como ponente. Pero también sería difícil sentir una responsabilidad mayor. Me gustaría estar a la altura de todo ello, pero como sé que eso me sería imposible pretenderé, al menos, ser claro y breve en la exposición del tema que me ha sido asignado.

Y, la verdad, es que de eso sí me siento capaz porque, según creo, pese a que la doctrina legal y científica no ofrezca un panorama pacífico ni tranquilizador en lo que se refiere a la responsabilidad de los daños causados por los servicios públicos gestionados indirectamente, me parece que nuestro Derecho, en general, resuelve las cuestiones planteadas con relativa claridad. Así lo creo sinceramente, por más que se haya hecho casi todo lo posible por introducir confusión y por hacer prevalecer las opiniones personales sobre lo que se piensa que sería la solución más justa o razonable frente a la que se desprende de nuestro Derecho positivo. Pero permítaseme

adelantar que, a mi parecer, la solución que luce en nuestro Derecho positivo es, además, más justa y razonable que la mayoría de las que se ofrecen como alternativas.

La responsabilidad por los daños causados en la gestión indirecta de los servicios sanitarios, como, en general, en cualquier gestión indirecta de cualesquiera servicios públicos, suscita varios tipos de cuestiones que, a efectos expositivos, podemos reducir a estas tres:

-La primera, es la relativa al sujeto responsable, que puede ser, en principio, la Administración titular del servicio o el sujeto -normalmente, un empresario privado que gestiona el servicio público, por lo general, en virtud de un contrato administrativo. Anticipemos, con todos los matices que después se introducirán, que el Derecho español opta por esto segundo, es decir, por hacer responsable al contratista o gestor indirecto de los servicios públicos, salvo algunas excepciones que luego se referirán.

-En segundo lugar, si el responsable es el gestor indirecto de los servicios públicos, hay que determinar cuál será su régimen material o sustantivo de responsabilidad: si el propio de la Administración pública, en cuya posición se coloca para prestar un servicio público, o el general o común de todos los sujetos privados, como es y sigue siendo, pese a todo, ese empresario que presta el servicio. O dicho de otra forma, se trata de decidir si su responsabilidad será la propia del Derecho administrativo -responsabilidad que tiene su máxima consagración en el

* Este trabajo corresponde a la ponencia presentada por el autor en el marco del VII Congreso "Derecho y Salud": Nuevas perspectivas sobre la responsabilidad (Santiago de Compostela, noviembre de 1999), con alguna pequeña modificación respecto a la ponencia original, para hacer referencia a la más reciente normativa sobre contratación de las Administraciones Públicas.

Art. 106.2 de la Constitución-, o la del Derecho privado, regulada sobre todo en los arts. 1902 y siguientes del Código Civil, pero también en otras Leyes como, por lo que aquí interesa, la Ley General para la Protección de los Consumidores y Usuarios. Nuestra conclusión será que el empresario gestor indirecto de los servicios sanitarios responderá conforme a las mismas reglas del Derecho administrativo.

-Por último, hay que resolver cómo se podrá hacer valer esa responsabilidad, esto es, cuáles son los cauces para ejercer la acción de responsabilidad frente al gestor indirecto de los servicios públicos sanitarios. Las opciones, a este respecto, son básicamente dos: o bien habrá que exigir la indemnización ante los jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil o, por el contrario, la competente será la jurisdicción contencioso-administrativa a la que se accederá impugnando una resolución administrativa dictada tras un procedimiento administrativo ante la Administración titular del servicio. Como, a diferencia de las novelas policíacas, no está aquí prohibido contar al principio el desenlace, afirmo ya que, en mi opinión, es ésta segunda solución, la de la vía administrativa primero y la contencioso-administrativa después la que consagra actualmente el Derecho español.

II. AMBITO DE CONSIDERACION: SUPUESTOS DE GESTIÓN INDIRECTA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS SANITARIOS

Antes de exponer con mayor detención cada una de estas tres cuestiones y sus respuestas, se impone una precisión sobre nuestro ámbito de consideración. Hasta ahora he venido hablando de gestión indirecta de servicios públicos, en particular, de servicios públicos sanitarios. En realidad, cuanto aquí se expondrá no es exclusivo de los servicios sanitarios sino común a todos los servicios públicos gestionados indirectamente. Más aún: la mayoría también es extensible a los daños causados por otros contratistas de la Administración, aunque no gestionen un servicio público sino que, por poner el ejemplo más destacado, realicen una obra pública con ocasión de lo cual causa daños a un tercero.

Pero circunscritos, como corresponde aquí, a la gestión indirecta de los servicios públicos sanitarios, importa destacar desde ahora que incluimos todas las formas posibles de tal gestión indirecta. Desde luego, la del concierto, que es la más tradicional y todavía la más frecuente en el ámbito de la sanidad pública. Pero también

la concesión o la gestión interesada en la medida en que son empleadas en la sanidad.

Asimismo, incluimos a los *hospitales vinculados a la red pública mediante convenios singulares* (arts. 66, 67, 93 y 94 de la Ley General de Sanidad y concordantes de las diversas Leyes autonómicas) pues, si bien la legislación apunta respecto a ellos un mayor control y dependencia de la Administración sanitaria, no llega a haber tampoco en estos casos una integración orgánica sino una relación jurídica cuya naturaleza es más bien asimilable a la de los contratistas en los contratos de gestión de servicios públicos. Como ha dicho Villar Rojas (en su fundamental libro *La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: fundamento y límites*, Madrid, 1996), "el convenio singular con hospitales privados reúne los elementos para calificarlo de contrato administrativo de servicio público en su modalidad de concierto"; si acaso, hay "una diferencia cuantitativa, no cualitativa". Con todo, he de reconocer que la situación de estos "hospitales vinculados" puede presentar aspectos *sui generis*, que está por ahora confusamente regulada e insuficientemente estudiada y que, tal vez, cuando la legislación autonómica vaya perfilando mejor esta figura, haya que matizar o corregir para ellos las soluciones que aquí se darán con carácter general. Por ahora, sólo me atrevo a decir que, aunque las reglas generales y las excepcionales o particulares que aquí se van a formular sean las mismas para estos hospitales vinculados y para los demás centros privados que gestionen indirectamente los servicios públicos sanitarios, tales hospitales vinculados, por su misma posición jurídica -más intenso sometimiento a los poderes de la Administración sanitaria, mayores posibilidades de que actúen como delegados de ésta, superior relación o incluso integración en la red pública, etc.-, es posible que tengan mayor tendencia a caer en las excepciones y, por tanto, a comprometer más frecuentemente la responsabilidad directa de la Administración.

Aunque algunos de los preceptos que se ocupan de la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios prestados mediante gestión indirecta hablen específicamente sólo de los concesionarios o sólo de los contratistas, a falta de otra regulación, deben aplicarse a todas las demás formas de gestión indirecta. Por otra parte, no tendría ningún sentido que el régimen de responsabilidad frente a terceros de estos gestores de servicios públicos variara según cual fuera su relación con la Administración titular del servicio.

Por el contrario, hay que excluir a los centros públicos -organismos autónomos, entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles o fundaciones de titulari-

dad pública incluso en el caso de que, conforme a las nuevas tendencias y técnicas que se imponen de un tiempo a esta parte en la sanidad pública, realicen contratos-programa con la Administración matriz pues de ninguna forma eso permite hablar de gestión indirecta, según ha explicado con especial acierto Villar Rojas; es sólo una forma de gestión directa, aunque con un sistema peculiar de financiación y relación con la Administración sanitaria que, según se piensa, puede estimular la eficiencia. Situación distinta se produce si una persona jurídico pública realiza la prestación de los servicios sanitarios en virtud de un verdadero contrato de gestión de servicios, por ejemplo, en la modalidad de concesión. En tal caso, sí cabría plantear su responsabilidad como la de un gestor indirecto de servicios, pero no es esto lo que está imponiéndose en el panorama actual del Sistema Nacional de Salud.

Tras estas aclaraciones, volvamos a las tres cuestiones centrales enunciadas. Las abordaremos en el mismo orden en que antes las formulamos.

III. LA REGLA GENERAL ES LA RESPONSABILIDAD DEL CONCESIONARIO Y DEMÁS GESTORES PRIVADOS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Por lo que respecta al sujeto responsable, es decir al obligado ante el lesionado a satisfacer la indemnización por los daños y perjuicios causados, el punto de partida estaba -y sigue estando, pues no hay argumentos para entenderlo derogado en el art. 121.2 de la Ley de Expropiación Forzosa (en lo sucesivo, LEF):

"En los servicios públicos concedidos correrá la indemnización a cargo del concesionario, salvo en el caso de que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste".

Conviene ponerlo en relación con el art. 123 de la misma Ley que establece que la Administración resolverá "tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre *quien deba pagarla* de acuerdo con el párrafo 2 del art. 121 ": o sea, que la misma Ley cree que el art. 121.2 LEF ha establecido una regla sobre quien debe pagar la indemnización al lesionado y no sobre eventuales acciones de regreso, como luego algún autor y alguna sentencia ha querido ver.

En la misma línea, el art. 128.1.3:' del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, también todavía vigente. estableció como una de las obligaciones del concesionario la de "indemnizar a terceros los

daños que les ocasionara el funcionamiento del servicio. salvo si se hubiere producido por actos realizados en cumplimiento de una cláusula impuesta por la Corporación con carácter ineludible".

Con sólo alguna variación menor, el art. 72.3 de la Ley de Contratos del Estado de 1965 -e igualmente el art. 218.3 de su Reglamento incluyó también la obligación del concesionario de "indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio", salvo en "el caso de que tales perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración".

Esta Ley de Contratos de 1965 sí está expresamente derogada, pero la Ley que ha venido a sustituirla, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, mantiene idéntica solución en los dos primeros apartados de su art. 98¹:

1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.
2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación.

Si bien las excepciones son referidas en este art. 98 LCAP con alguna modificación (en parte desconcertante, como es esa alusión a "los límites señalados en las leyes" cuyo sentido y alcance son dudosos), la regla general sigue siendo la misma.

Todos estos preceptos fueron entendidos por la doctrina mayoritaria y por la jurisprudencia dominante en el siguiente sentido:

- a) Como regla general, el concesionario -y cualquier otro gestor privado, de los servicios públicos y cualquier contratista es responsable directo y único ante el perjudicado por los daños que, en la gestión del servicio, le cause;

¹ Con posterioridad a pronunciar esta conferencia ya redactar este texto, se ha aprobado por el Real Decreto Legislativo 212000, de 16 de junio, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. El art. 98 pasa a ser el art. 97 pero sin que haya ningún cambio en los dos primeros apartados que son los que ahora interesan.

b) A la Administración titular del servicio -o, en general, a la Administración contratante-no le es imputable la causación de esos daños ni surge para ella ninguna obligación de indemnizar;

c) Excepcionalmente, la Administración será la única y directa responsable de los daños causados por estos contratistas -incluidos especialmente los encargados de la gestión de un servicio público que tengan su origen en alguna cláusula u orden administrativa de ineludible cumplimiento, daños entre los que hay que incluir los que tengan su origen en vicios del proyecto que el contratista ha de ejecutar;

d) En ningún caso se reconoce una acción de regreso de la Administración pagadora contra el contratista o gestor responsable ni, al revés, de este contratista contra la Administración, porque en todos los casos coincidirá el sujeto obligado a pagar la indemnización y el responsable. Tampoco en ningún caso se prevé una responsabilidad subsidiaria de la Administración o del gestor o contratista.

Esta interpretación puede y debe seguir manteniéndose porque los preceptos legales son y siguen siendo inequívocos, porque es teóricamente más correcta y porque, además, conduce a una solución razonable y justa, mucho más que la de intentar hacer siempre responsable a la Administración por el simple hecho de ser la titular del servicio o de la obra públicos. Todo esto es aplicable a los servicios públicos sanitarios prestados por concesión o en virtud de cualquier otra modalidad de gestión indirecta.

IV. LOS INTENTOS DE INVERTIR LA REGLA GENERAL. CRITICA Y RECHAZO

Forzoso es reconocer, sin embargo, que un sector doctrinal minoritario y algunas sentencias del Tribunal Supremo han mantenido esta otra postura: que el perjudicado tiene en todo caso acción directa frente a la Administración titular del servicio, que es ésta la obligada a pagar la indemnización y que luego, en su caso, tendrá acción de regreso contra el concesionario, que, a la postre y sólo si esa acción de regreso es ejercida por la Administración pagadora, correría finalmente con la indemnización. Esto último sería el significado de los artículos que afirman que "correrá la indemnización a cargo del concesionario" y todos aquellos que de una u otra forma le atribuyen la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que causen. Probablemente, la explicación doctrinal más representativa de esta línea sea la del Pro-

fesor González Navarro (*Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público*, publicado, en "Revista de Derecho Administrativo y Fiscal", nº 44-45, 1976); y la sentencia que más argumentadamente mantiene esta tesis sea la del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1989 (Ar. 4487) de la que fue ponente el mismo González Navarro. Otros autores (entre ellos, destacadamente, Villar Rojas, que la aplica al sector sanitario) y alguna otra sentencia e incluso algún dictamen del Consejo de Estado han optado por la misma solución que, en cualquier caso, sigue siendo minoritaria. Pero, sin perjuicio de reconocer con gusto el meritorio esfuerzo realizado para defender tal construcción y la sutileza de sus argumentaciones, no resulta convincente ni adecuada a nuestro Derecho: no sólo choca frontalmente con el clarísimo tenor literal de los preceptos que se ocupan de la cuestión y que antes referimos, sino que no tiene fundamento teórico sólido y conduce a situaciones y soluciones nada satisfactorias, sobre todo teniendo en cuenta que la acción de regreso podría ejercerse tan infrecuentemente y con tan poco éxito como ocurre con la prevista contra autoridades y funcionarios.

Llevaría más lejos de lo que es conveniente en una conferencia exponer cumplidamente la falta de fundamento de esta construcción y sus insatisfactorios resultados. Pero, al menos, quiero dejar aquí apuntado algo de ello.

Por lo pronto, conviene observar que el mismo González Navarro reconoce que las normas, salvo el art. 121.2 LEF, dicen otra cosa distinta de la que él sostiene. Según explica, ese art. 121.2 fue "mal comprendido" y "distorsionado" por la legislación posterior. De tal incomprensión y distorsión acusa a la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, al Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, a la Ley de Contratos del Estado, al Reglamento que desarrolló la anterior ya la Ley de Autopistas. Seguramente habría que añadir ahora en la lista de acusadas a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Pero me parece que, aunque se aceptara a efectos meramente dialécticos que el art. 121.2 LEF quería decir que la Administración era la que respondía en todo caso, si seis normas posteriores, entre ellas cuatro Leyes, lo "distorsionaron", es que la solución ha cambiado. y si además se afirma que el art. 121.2 LEF contenía una "enigmática expresión" (aunque esto sólo es cierto si es que uno previamente se ha propuesto que el precepto no signifique lo que claramente dice) y que ya el mismo art. 123 de la propia LEF habría interpretado mal y distorsionado al art. 121.2, la conclu-

sión es evidente: en realidad, nada ha cambiado y todo significa desde el principio lo que antes hemos sintetizado como doctrina mayoritaria, por más que uno se ponga buscarle cinco pies al gato.

De otra parte, la solución que combatimos sólo puede explicarse teóricamente por una de estas dos vías: o, primera, por hacer responsable a la Administración de un hecho ajeno, lo que como regla general no tiene justificación ni cabida en el régimen actual de responsabilidad administrativa ni es lo argüido por estas tesis; o, segunda, por entender que el concesionario o contratista imputa su actividad a la Administración, lo cual es radicalmente falso y por nadie defendido. Igualmente debe notarse que el concesionario o contratista en general no se integra en la organización administrativa.

En otro orden de consideraciones, no me resisto a llamar la atención sobre lo injusto que sería hacer responsable a la Administración de todos los daños causados por los gestores indirectos de servicios públicos que, aunque sometidos a ciertos poderes de la Administración, conservan básicamente libertad para organizar su empresa, elegir a sus trabajadores, suministradores y material, ordenar los sistemas de trabajo, etc. Creo que ello es evidente en todos los campos, incluido el de la sanidad, pero más aún en otros como el de los transportes públicos o el de las telecomunicaciones. y es que muchas veces convertir una actividad en servicio público para su posterior prestación ordinaria por empresarios privados es sólo una fórmula técnica de intervenir actividades privadas no muy distinta materialmente de las clásicas policiales de modo que no tiene justificación real hacer responsable a la Administración de los daños causados por un empresario privado por el mero hecho de que su actividad esté configurada formalmente como servicio público. En otra ocasión me he preguntado en qué se basaría la obligación de la Administración de indemnizar los daños causados por la conducta imprudente del conductor de una empresa concesionaria del servicio de transportes; o qué argumentos de equidad o justicia legitimarían que los fondos públicos respondan de los perjuicios causados por una errónea información de las llamadas televisiones privadas; o si, siguiendo la tesis que combatimos, habría también que aceptar la responsabilidad de la Administración si los daños los causa el concesionario precisamente por desobedecer las órdenes de la Administración. La respuesta a estas preguntas retóricas me sigue pareciendo evidente y, aunque se vea con menos claridad en el caso de los servicios sanitarios, el fondo es el mismo y la solución tiene que ser común para todos los casos.

Podría pensarse que, al menos, esta solución supone una simplificación para el perjudicado que, sin necesidad de dilucidar quién es realmente el causante del daño, podría dirigirse en todo caso contra la Administración. Si la tesis que rechazamos fuera la única vía para dar tales facilidades a los perjudicados estaría de buen grado dispuesto a hacer los mayores esfuerzos hermenéuticos para darle cabida. Pero esa simplificación y la consecuente seguridad que comporta puede conseguirse, como se verá luego (al establecer el régimen material y procedimental de la responsabilidad de los gestores privados de servicios públicos), por otras vías, sin necesidad de retorcer el clarísimo significado de los preceptos ni de establecer una responsabilidad administrativa completamente injusta e infundada desde todos los puntos de vista.

En suma, nada justifica convertir a la Administración en todo caso en la responsable y por más esfuerzos que se hagan por complicar las instituciones y por hacer decir a las leyes lo contrario de lo que dicen no se conseguirá una argumentación convincente ni una construcción razonable. La solución de nuestro Derecho es muy clara, guste o no guste.

V. TENDENCIA A CONSAGRAR LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DE LA ADMINISTRACIÓN

Más modestamente, partiendo de la misma solución de la regla general de la responsabilidad de concesionarios y otros contratistas por los daños que causen a terceros en la gestión del servicio público, se ha pretendido afirmar, al menos, la responsabilidad subsidiaria de la Administración en casos de insolvencia de su contratista. Esta solución me parece magnífica. Rige ya, al menos, en el Derecho francés y creo que sería muy oportuno que una Ley estatal-precisamente estatal de conformidad con el art. 149 .1.18 a de la Constitución estableciera formalmente esta regla en nuestro Derecho. No sólo aumenta las garantías de los administrados eventualmente dañados, sino que lo hace con justicia pues sigue haciendo primeramente responsable a quien ha causado de verdad el daño y compromete a la Administración sólo en el caso de que encomiende servicios públicos a sujetos insolventes.

Tan razonable es esta solución que algunos la han pretendido consagrar como si ya estuviera vigente en nuestro Derecho. Quiero destacar a este respecto el Dictamen del Consejo consultivo de Andalucía 110/96, de 17 de octubre (nº marginal 119 de la Recopilación de 1996) que, con una argumentación de gran interés, estima que

la responsabilidad del contratista, cuando la causa del daño le es imputable, es directa y objetiva, pero -y aquí está el aspecto que ahora importa-la Administración es responsable subsidiaria para el caso de insolvencia del contratista:

...podría suscitarse la hipótesis de que el usuario del servicio público viera menoscabada la garantía a obtener la indemnización que legítimamente le correspondiese en caso de insolvencia del contratista. Es evidente que tal situación no podría generarla el sistema jurídico por impedirlo la Constitución...; y es claro también que, en tal caso, la Administración no podría desentenderse de la indemnización debida, pues si bien a ésta le es dada por la Ley la facultad de encomendar a terceros la gestión de un servicio como el sanitario..., en ello no puede quedar comprendido un ilimitado poder de exoneración de responsabilidad sin otro fundamento que el propio arbitrio administrativo al decidirse por algo tan instrumental como lo es la opción por un determinado modo de gestión del servicio público. Esa facultad de opción, aunque legítima, no puede llegar a tan últimas consecuencias, y es por ello que *la garantía de cierre del sistema pasa por reconocer la responsabilidad subsidiaria de la Administración* en estos casos, esto es, una vez acreditada la insolvencia del responsable directo, mediante la oportuna excusión.

Pero, aun siendo muy relevante que un órgano consultivo de la Administración acepte ya esta responsabilidad subsidiaria sin norma expresa que la consagre, más lo es que una comunidad Autónoma haya plasmado formalmente esta regla. Me refiero, en concreto, al Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de las Entidades Locales de Cataluña (Decreto 179/1995, de 13 de junio). Tras establecer en su art. 235, con los términos habituales y que ya nos son conocidos, la obligación del contratista de "responder de los daños que se deriven del funcionamiento del servicio, salvo que hubieran sido producidos por actos realizados en cumplimiento de una cláusula impuesta por la Corporación con carácter ineludible", consagra en su art. 237 esta obligación de la Administración contratante:

e) Responder ante terceros, con carácter subsidiario, de los daños derivados del funcionamiento del servicio, en caso de insolvencia del contratista.

Estos datos demuestran que existe cierta tendencia a implantar esta solución en nuestro Derecho. Pero insisto en que, pese a todo, lo correcto sería que esta responsabilidad solidaria la consagrara una Ley estatal y que lo hiciera con carácter general para los daños causados por todo tipo de contratistas, incluidos los gestores privados de servicios públicos sanitarios. Mientras tanto es difícil aceptar esta responsabilidad subsidiaria de la Administración sanitaria.

VI. LOS SUPUESTOS EN QUE, POR EXCEPCIÓN, LA ADMINISTRACIÓN SERA RESPONSABLE. SU APLICACION EN EL ÁMBITO SANITARIO

En todo caso, aun partiendo de la regla general de la responsabilidad del gestor privado de los servicios públicos sanitarios, hemos ya aludido a la existencia de excepciones, de supuestos en que la Administración debe responder directamente. Así, cabe sostener esta responsabilidad administrativa directa en varios supuestos: como quiera que encomendar la gestión material de un servicio público a un concesionario, entidad concertada u otro contratista no supone que la Administración no contribuya a su prestación de ninguna forma, es posible que el daño se deba a la Administración, ya sea sin ni siquiera mediar materialmente el contratista, ya sea actuando éste como mero instrumento, con una figura similar, podría decirse, a la de la autoría mediata del Derecho penal. Corresponden a esta última posibilidad los supuestos de las cláusulas impuestas y de las órdenes de ineludible cumplimiento, así como los de vicios del proyecto elaborado por la Administración que el contratista está obligado a respetar, excepciones todas ellas previstas expresamente por los preceptos aplicables antes recordados. Pero cabe añadir otros casos en los que es la Administración contratante y titular del servicio la que realmente causa los daños, aunque sea, a veces, sirviéndose instrumentalmente del empresario privado; por ejemplo, si es la propia Administración la que obstruye o dificulta de cualquier forma la actuación del concesionario o entidad concertada, si el origen de la actuación dañosa está en bienes afectos o relacionados con el servicio de titularidad administrativa, si le suministra materiales defectuosos. ...

Por la misma mecánica de los servicios sanitarios y por la forma en que normalmente intervienen en el tratamiento de los pacientes los centros concertados y otros gestores privados, cabe reconocer que en este terreno puede resultar relativamente fácil comprometer la responsabilidad administrativa ante daños causados material e inmediatamente por aquellos. Con normalidad, los ciudadanos no reciben prestaciones sanitarias de los centros privados en un proceso exclusivamente dependiente de estos. Frecuentemente, por el contrario, intervienen centros de titularidad pública y de titularidad privada en un mismo tratamiento y en un mismo conjunto de prestaciones sanitarias de servicio público: puede, por ejemplo, que el diagnóstico erróneo se haya realizado en un centro público y que posteriormente se remita al enfermo a una entidad concertada en la que ya se siguen unas actuación-

nes equivocadas pero completamente determinadas por aquel diagnóstico; puede que el retraso en la atención sanitaria causante de daños irreversibles se deba a la Administración sanitaria, aunque la lesión la materialice ya un centro privado; o que el centro concertado se limite a realizar la operación ya indicada erróneamente por un centro público, etc.; o, cabe imaginar, incluso, que, habiendo intervenido centros públicos y centros privados del gestor indirecto, no sea posible determinar con exactitud cuál de ellos es realmente el causante del daño. También en estos supuestos, que no son infrecuentes, puede surgir la responsabilidad directa de la Administración sanitaria.

VII. POSIBLES AMPLIACIONES DE LAS EXCEPCIONES: EJERCICIO DE POTESTADES PÚBLICAS POR DELEGACION Y ACTUACION NEGLIGENTE Y ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN CONTRATANTE

A) Tal vez, si acaso, cabría también incluir entre las excepciones aquellos daños que causara el gestor privado de los servicios públicos cuando actúa con los poderes de la Administración y por delegación de ella. A ello se refiere el art. 203 del Reglamento de Contratos del Estado: "En la concesión administrativa de servicios podrá delegar el órgano de la Administración facultades de policía en el empresario... Contra los actos dictados por el empresario ejerciendo tales facultades podrá recurrirse en todo caso ante la Administración concedente" (en similares términos, art. 126.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales). Quizá aquí sí pueda mantenerse que el empresario, actuando como mero delegado de la Administración, imputa sus actos -que serán actos administrativos [arg. art. 2.d) de la LJCA]- a la Administración delegante y que, por ello, pese a todo, la responsabilidad a que den origen es de la Administración delegante. Con todo, además de que esta conclusión es dudosa, el supuesto es marginal, sobre todo en el ámbito sanitario.

B) Hay otro posible tipo de excepciones a la regla general. Yo mismo he explorado una vía por la que, además de en los supuestos ya analizados, también podría llegar a declararse la responsabilidad de la Administración por los daños causados por los gestores de sus servicios públicos en otro tipo de supuestos (así lo hice en *Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración por hecho de otro*, publicado en Poder Judicial nº 20, de 1990). Aunque yo estoy muy contento con esa construcción, no he convencido a nadie, que yo

sepa, y creo que es un abuso por mi parte aprovechar esta ocasión para, defraudando la confianza que los organizadores han puesto en mí, contársela a Vds. y, encima, tratar de convencerlos. La tentación, sin embargo, es más fuerte que yo. Pero me limitaré a referirla muy brevemente.

Mantengo que puede detectarse en nuestro ordenamiento un principio general según el cual es responsable de los daños causados por otro (que no imputa su actividad a aquél) quien tiene sobre éste unas facultades de vigilancia y ordenación que le permiten determinar su actividad cuando, en el caso concreto, debiendo hacerlo, no empleó la diligencia que le era exigible para prevenir y evitar el daño que el sometido causó. Aplicado este principio a la Administración supondría que ésta respondería por daños que ella no ha causado pero que podía y debía evitar. No es, por tanto, una regla que esté incluida o pueda deducirse del art. 106 de la Constitución ni del art. 139 de la Ley 30/1992 (LAP): estos artículos sólo regulan los casos en que el daño es causado por la Administración y en lo que aquí se propone la Administración responde de un daño que no ha causado; se trata, por ello, de una regla distinta y complementaria a la de los arts. 106.2 CE y 139 LAP que amplía la responsabilidad de la Administración a supuestos no contemplados allí. Pero esta otra responsabilidad administrativa sólo surge si se dan las condiciones que hemos enunciado: la Administración tiene poderes suficientes para determinar la conducta del verdadero causante del daño; estaba en su mano prevenir y evitar el daño, e incluso era su deber hacerlo; no lo ha hecho porque ha actuado negligentemente. En consecuencia, se trataría de una responsabilidad por hecho de otro (hecho de otro que es la verdadera causa del daño) pero en función de una conducta propia de la Administración, antijurídica, disvaliosa, reprochable; una responsabilidad, en suma, culposa y sólo por funcionamiento anormal de la Administración. Esto no supone contradecir lo dispuesto en los arts. 106.2 CE y 139 LAP -que desde luego deben seguir entendiéndose como consagradores de una responsabilidad objetiva que se compromete incluso ante el funcionamiento normal puesto que se trata de una responsabilidad distinta que surge en casos no cubiertos por aquellos, en los casos en que no hay nexo causal entre la actividad administrativa y el daño.

Desde luego, los Tribunales no acogen formalmente esta idea, pero, en el fondo, muchas sentencias concuerdan con ella. Razonan de otra forma: pese a que dicen aplicar los arts. 106 CE y 139 LAP, buscan -aunque no saben explicar por qué el mal funcionamiento y hasta la

culpa (normalmente aludiendo explícita o implícitamente a la culpa in vigilando) de la Administración, y luego afirman que está en ello la causa del daño. Con ello, convierten en incomprensibles, a la vez, los arts. 106 CE y 139 LAP y el mismo concepto de causa. Pero la forma más correcta de explicar estos supuestos de responsabilidad administrativa es, creo, la de ese principio general que hemos enunciado y que hace surgir una responsabilidad distinta de la contemplada en los arts. 106 CE y 139 LAP.

Tal responsabilidad administrativa cubriría sobre todo, si se dan los requisitos expuestos, daños causados por reclusos, internados en centros psiquiátricos, manifestantes a los que la policía no controla... pero también, ocasionalmente, los de concesionarios, entidades concertadas y otros prestadores privados de servicios públicos, incluidos, claro está, los sanitarios. Esto nos llevaría, en suma, a admitir ciertos casos en que la Administración sanitaria respondiera de los daños causados por las entidades concertadas u otros prestadores privados de servicios sanitarios si tuvo o debió tener los conocimientos necesarios para saber que estos actuaban irregularmente y prever que causarían daños, si tenía medios y potestades para evitarlo y si, pese a ello, por negligencia y mal funcionamiento; no lo hizo. Los supuestos serán muy reducidos y, en cualquier caso, como se comprenderá, esta idea no supone de ninguna de las maneras establecer con carácter general, como hace la doctrina que hemos rechazado radicalmente, que la Administración responda en todo caso de los daños causados por los gestores privados de servicios públicos.

VIII. RÉGIMEN SUSTANTIVO DE LA RESPONSABILIDAD DEL GESTOR PRIVADO DE SERVICIOS PÚBLICOS: REGLAS IGUALES A LAS QUE RIGEN PARA LA ADMINISTRACION

Debo entrar ahora en la segunda de las cuestiones anunciadas: suponiendo que de un daño concreto sea responsable el concesionario, entidad concertada, titular del hospital privado vinculado o cualquier otro gestor privado de los servicios públicos sanitarios, ¿cuál es su régimen material o sustantivo de responsabilidad? Las opciones, como ya dije, son dos: o responde conforme al Derecho privado, igual que cualquier otro particular, o lo hace conforme a las reglas de responsabilidad del Derecho Administrativo (básicamente, arts. 139 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento

Administrativo Común, LAP) que tienen su consagración constitucional en el art. 106.2 CE.

La primera opción no remite sólo ni fundamentalmente a los arts. 1902 y siguientes del Código Civil que, por cierto, como es sabido, son interpretados y aplicados actualmente de manera que se atenúan o matizan profundamente los más estrictos caracteres de responsabilidad culposa que los presidían inicialmente. También hay que tener en cuenta otros textos, sobre todo los arts. 25 y siguientes de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, muy en particular su art. 28 que específicamente se refiere a los "servicios sanitarios" para establecer prácticamente una responsabilidad objetiva o muy próxima a ella y, por tanto, más parecida a la de la Administración pública. Sirva esto también para comprender que las diferencias entre el régimen de responsabilidad del Derecho privado y del Derecho Administrativo no son tan radicales como en principio podría parecer y que, por tanto, las consecuencias de optar por una u otra de las soluciones posibles no son, en la práctica, tan dramáticas.

García de Enterría (en su capital libro *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, cuya primera edición es de 1956) defendió que el régimen de responsabilidad administrativa consagrado en el art. 121.2 LEF sólo podía ser aplicado a las excepcionales actuaciones de los concesionarios que, en virtud de una delegación, implicaran el ejercicio de verdaderos poderes públicos, pero no en el resto de sus actuaciones que son las más normales y en las que respondería conforme a las reglas de Derecho privado. Pero el mismo Profesor abandonó después esta tesis que, sin embargo, actualmente ha sido retornada por notabilísimos autores y con argumentos de distinto tipo, entre ellos la redacción de los arts. 139 y siguientes de la LAP y, sobre todo, del art. 98 LCAP. En la misma línea podría decirse que el Derecho Administrativo es sólo el Derecho de las Administraciones públicas y que, por tanto, el régimen de responsabilidad de esas peculiares personas no tiene que extenderse al de otros sujetos por el hecho de que realicen una actividad de servicio público sino que debe aplicárseles el común de los particulares pues eso es lo que esencialmente son y siguen siendo los contratistas, incluidos los prestadores de servicios públicos. Igual que sus relaciones con los trabajadores, con los suministradores, sus contratos, sus bienes, etc., son materias propias del Derecho privado y no objeto del Derecho Administrativo, habría que decir, en principio, de la responsabilidad extracontractual por los daños que causen.

Pero eventualmente es posible, ya veces muy razonable y justo, extender para ciertos aspectos de su actividad la aplicación de normas previstas inicialmente para la Administración. Se trata de un fenómeno más amplio que ni afecta sólo a los contratistas gestores de servicios públicos sanitarios, sino también a otros sujetos privados que realizan funciones públicas o actividades administrativas, ni se circunscribe únicamente a su responsabilidad sino que puede alcanzar a otras facetas de su régimen jurídico. Négrin (en *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, París, 1971) explica que "el régimen jurídico de las personas jurídicas de Derecho privado que intervienen en la acción administrativa no puede ser un régimen homogéneo: hay una tensión entre la naturaleza de la institución, que reclama la aplicación del Derecho privado, y el hecho de la intervención en la acción administrativa, que tiende a entrañar una sumisión al menos parcial al régimen administrativo". Esa tensión se resuelve, según creo, no extendiendo el concepto o el ámbito del Derecho Administrativo ni convirtiendo a éste en un Derecho excepcional para estos sujetos, sino conformando un régimen jurídico propio de estos sujetos en el que habrá normas más o menos semejantes a las que rigen para la Administración o quizá otras que, sin ser iguales a las de Derecho privado ni a las de Derecho Administrativo, se construyen específicamente para las necesidades que presentan. Sea cual fuere la explicación teórica más adecuada, lo cierto es que estos sujetos, aunque tienen un régimen que por lo general es el de Derecho privado, quedan también sometidos en aspectos concretos a normas iguales o más semejantes a las que rigen para la Administración.

Eso es precisamente lo que ocurre en el Derecho español en materia de responsabilidad y creo, incluso, que esa solución la impone ya la propia Constitución cuando su art. 106.2 reconoce un derecho a ser indemnizado por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos sin distinguir según los preste la Administración o sujetos privados en virtud de un contrato u otro título: si existe ese derecho de los perjudicados y si sólo se excluye en casos de fuerza mayor, según se deduce del art. 106.2 CE; y si, por otra parte, el responsable de los daños es normalmente el gestor privado del servicio público, la conclusión necesaria es que ese gestor privado habrá de responder salvo casos de fuerza mayor y que, en suma, responderá por funcionamiento normal o anormal, con o sin culpa, esto es, conforme a un régimen igual al de la Administración pública, un régimen que, por lo menos, ha de tener en común con el de las Administraciones su respeto a lo establecido en el art. 106.2 CE.

Podría completarse lo anterior con la noción de servicio público que late en ese precepto constitucional y su desarrollo legislativo, con un análisis del art. 98 LCAP que ponga de relieve que en él no hay realmente ninguna solución contraria a la aquí alcanzada y con otros argumentos adicionales. Nos conformaremos, sin embargo, con aportar otra perspectiva que confirma lo dicho. No tendría ningún sentido que la situación jurídica del perjudicado y su nivel de protección y garantías cambiara según la modalidad elegida discrecionalmente por la Administración para un determinado servicio público. Esto es especialmente obvio en materia de sanidad pues sería con toda evidencia un despropósito, incluso contrario al principio de igualdad, que los ciudadanos tuvieran o no derecho a indemnización según, por ejemplo, la zona geográfica de residencia que, a veces, puede determinar la adscripción a un centro público o a un hospital privado integrado en la red pública o a un centro concertado...

Podrá discutirse, como recientemente han hecho algunos autores -con especial brillantez, Pantaleón Prieto- la justificación de un régimen propio de responsabilidad de la Administración en vez de su sometimiento al general del Derecho privado [tal vez, partiendo de que en nuestro sistema jurídico la Administración tiene como punto de partida un Derecho propio y específico, sería preferible plantear, más bien, no si la Administración ha de tener o no un régimen de responsabilidad propio o el de Derecho privado, sino hasta qué punto ese régimen propio debe ser idéntico o distinto al de Derecho privado pues, aunque la autonomía del Derecho Administrativo es permanente, su particularismo u originalidad no tiene que serlo y sólo debe surgir cuando aconsejen las singularidades de la vida administrativa]. Pero consagrada esa dualidad de regímenes de responsabilidad de los sujetos privados y de las Administraciones públicas, como indudablemente lo está en nuestro Derecho, me parece que la solución más razonable y justa y la que, además, resulta más congruente con todo el sistema y con el resto de los aspectos de la materia (particularmente con la respuesta a las otras dos cuestiones centrales que aquí nos ocupan) es la de someter a los sujetos privados prestadores de servicios públicos a un régimen igual al de la Administración. Si acaso, podría aceptarse que esa igualdad de regímenes de responsabilidad no supusiera una identidad absoluta y total: cabría aceptar algunas diferencias menores siempre que no comportaran una inferior garantía patrimonial para el perjudicado. Esto quizá permitiría al legislador hacer algunas adaptaciones o matizaciones pero, en tanto no estén consagradas expresamente, el régimen de responsabilidad de estos sujetos por los daños causados en

la gestión del servicio público es exactamente el mismo de la Administración.

IX. VÍA PREVIA ADMINISTRATIVA Y COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Entremos ya en la tercera y última gran cuestión antes apuntada: la de los cauces procedimentales y procesales para hacer valer la responsabilidad por los daños producidos por el funcionamiento de los servicios sanitarios públicos gestionados indirectamente.

A este respecto, conforme a los arts. 123 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, 137 de su Reglamento de 1957, y 134 *in fine* del Reglamento de la Ley de Contratos del Estado de 1975, se aceptaba generalmente que, a instancia del perjudicado, había de tramitarse un procedimiento (el mismo previsto con carácter general en materia de responsabilidad, con alguna especialidad) en el que la Administración o bien desestimaba la solicitud, o reconocía su obligación indemnizatoria, o declaraba la del contratista, y, tras ello, quedaba abierta la jurisdicción contencioso-administrativa para los perjudicados o para los contratistas que quisieran impugnar la resolución.

En estos aspectos formales, sin embargo, se ha originado gran confusión en los últimos años, a partir de los arts. 1.3 del Reglamento de Procedimiento en Materia de Responsabilidad de las Administraciones Públicas (RPR) y 98 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; de hecho, estos preceptos se han entendido en los sentidos más diversos y sobre su base se han construido tesis muy diferentes. En realidad, se han formulado casi todas las imaginables: simplemente habría que demandar al contratista ante la jurisdicción civil; habría que seguir un procedimiento administrativo en el que la Administración se pronunciara sobre la responsabilidad del contratista y esa decisión, a su vez, sería impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa; cabría hacerlo, a elección del perjudicado, ante la contencioso administrativa o la civil...

Entiendo, pese a todo, que la solución no ha cambiado mucho respecto a la anterior que se acaba de recordar. Es importante insistir en que la confusión se originó a partir del RPR, y no de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LAP), que no se ocupó lo más mínimo de la responsabilidad de los contratistas y que no derogó ni expresa ni implícitamente la regulación anterior de esta materia; y que la confusión se agravó dos años después con el art. 98 LCA. Pese a ello, para de-

mostrar que la situación no ha cambiado sustancialmente conviene, invirtiendo el orden cronológico, analizar primero el significado del art. 98 LCA. Después nos ocuparemos del art. 1.3 del RPR.

A) El art. 98 de la LCA aborda los aspectos procedimentales de la responsabilidad por daños a terceros en la ejecución de contratos en sus dos últimos apartados²:

3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción civil.

4. La reclamación de aquellos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto.

Lo previsto en el apartado 3 no es realmente un procedimiento de reclamación de la indemnización ni acaba con una declaración administrativa -de la responsabilidad propia o de la del contratista que tenga ejecutividad. El pronunciamiento de la Administración que allí se produce ni siquiera puede ser considerado un acto impugnabile, no sólo porque no tenga un valor definitivo, sino porque ni siquiera tiene la fuerza ni la presunción de legalidad de un acto administrativo propiamente dicho (si acaso, cuando la Administración contratante se pronuncie en favor de su propia responsabilidad, podría tener el valor que se derive de la doctrina de los actos propios). El art. 98.3 LCA sólo ofrece una vía potestativa para el perjudicado de escasa utilidad en la que, a lo sumo, se le orientará sobre las causas remotas del daño y sobre quién sea probablemente el responsable. No es mucho más que una consulta, una petición de información sobre si hubo una orden de la Administración, o un vicio en el proyecto, o algún otro de los supuestos que desplazan la responsabilidad sobre la Administración. Nada impide que, sin impugnación de este pronunciamiento administrativo y

² Con posterioridad a pronunciar esta conferencia ya redactar este texto, se ha aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. El art. 98 pasa a ser el art. 97 y en los dos últimos apartados se observa una pequeña diferencia: el apartado 3 ya no habla de "... prescripción de la acción civil" sino simplemente de "prescripción de la acción". La diferencia me parece irrelevante pues ya con la redacción originaria de la LCAP se comprendía que esa calificación de la acción como "civil" no era verdaderamente significativa. Pero al menos esa supresión abunda aún más en la línea aquí defendida y debilita o dificulta un poco más las tesis que defienden que la responsabilidad de los contratistas es la del Derecho Civil y debe exigirse ante la Jurisdicción civil, tesis que en algún caso usaron como argumento precisamente esa alusión del art. 98.3 LCAP a la "acción civil".

hasta sin la más mínima consideración del mismo, el órgano judicial decida luego en sentido distinto.

Es el apartado 4 de este mismo art. 98 el que alude a la reclamación propiamente dicha, pero limitándose a una remisión genérica a la legislación aplicable sin entrar en cuál sea y probablemente sin que el legislador se planteara siquiera el resultado de esa remisión. No importa determinar lo. Lo único importante es que, con toda claridad, el art. 98.4 no tiene un contenido que introduzca ningún cambio en la materia a la que se refiere, ni que permita deducirlo: obviamente renuncia a cualquier modificación dando por bueno lo que se desprenda de la legislación vigente.

A ello hay que sumar que la LCA no deroga expresamente ni el art. 123 de la LEF, ni el 134 RCE y que, teniendo en cuenta lo que realmente significa su art. 98.3 y 4, no hay que entender que entrañe una derogación implícita de aquellos preceptos. Por tanto, habría que entenderlos vigentes salvo que otra norma, concretamente el RPR, los hubiera derogado. Pero tampoco lo ha hecho ni expresa ni implícitamente.

B) El art. 1.3 RPR, origen de casi todas las dudas, no dice en realidad nada sorprendente. Al contrario, sólo dice lo que podía decir; si acaso el problema estaría en lo que no dice o, más bien, en lo que de ello se ha deducido. En su primera parte establece:

Se seguirán los procedimientos previstos en... 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, establece dicha legislación...*

Así, pues, aun salvando la posibilidad de especialidades previstas en la legislación de contratos, el procedimiento regulado en este Reglamento ha de seguirse siempre que se pretenda declarar la responsabilidad de la Administración, incluidos los casos en que los daños los haya causado ésta en ejecución de contratos y por mediación del contratista. Es esto lo único importante que se declara en la parte transcrita del art. 1.3. Pero no afirma ni niega si ha de seguirse también ese mismo procedimiento para determinar la responsabilidad que incumbe a los contratistas. Probablemente, y con razón, el RPR no se sentía autorizado para regular esta materia ya que la LAP, a la que pretendía desarrollar, no la había abordado. Por eso, no establece ninguna regla a este respecto, ni está justificado deducirla *sensu contrario* de su art. 13: que este apartado no se refiera a los supuestos de respon-

sabilidad del contratista no significa que los excluya, sino que no se ocupa de ello porque no tiene rango ni habilitación legal para hacerlo. Es más, según creo, el RPR quería que su procedimiento fuera aplicable a todos los casos de daños causados en ejecución de contratos administrativos, incluidos los imputables al contratista, y creía que así debía ser (Como aquí se sostiene) aunque, por no poder hacerlo, no lo declarase expresamente.

No altera nada de esto el hecho de que el RPR sí derogó expresamente los preceptos del REF sobre procedimiento para exigir responsabilidad de la Administración (arts. 134 y ss.), entre los que había uno, el del art. 137, dedicado a las especialidades en el caso de servicios concedidos. La derogación era lógica e inevitable: se derogan los preceptos sobre procedimiento de responsabilidad puesto que el RPR establece uno nuevo; y se deroga también el art. 134 REF porque sólo establecía especialidades dentro de un procedimiento derogado, y es claro que no podían subsistir las especialidades de un procedimiento cuando se deroga el procedimiento en su conjunto.

Pero el RPR no derogó -ni podía ni quería derogar al art. 123 de la LEF ni al art. 134 *in fine* RCE. Los dos quedaban vigentes y entre ambos regulaban la forma de exigir la responsabilidad de los contratistas al mismo tiempo que dejaban sentada la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Como, según hemos visto, tampoco los derogó la LCA hay que entender, hoy por hoy, que esos preceptos siguen vigentes.

C) Ahora bien, estos arts. 123 LEF y 134 RCE, que pudieran haber optado por otra solución, sólo enuncian alguna regla especial (competencia del órgano de contratación, audiencia del contratista) remitiéndose implícitamente (y explícitamente lo hacía el art. 134 REF) al procedimiento administrativo general de responsabilidad de la Administración, hasta el punto de que en tal procedimiento podía -y puede, según mantenemos acabar declarándose la obligación indemnizatoria de cualquiera de las partes contratantes. O sea, que, aunque no lo diga la LAP ni el RPR, por determinación de los arts. 123 LEF y 134 RCE, que están vigentes, la responsabilidad de los contratistas por daños a terceros en la ejecución de los contratos es competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa a la que se llega tras una vía administrativa en la que ha de seguirse, con mínimas especialidades, el mismo procedimiento de la LAP y el RPR. Lo único que ha cambiado es el procedimiento sobre el que las especialidades operan: antes el de los arts. 134 y ss. del REF; ahora el regulado en las arts. 142 y 143 LAP y en el RPR.

A lo anterior hay que añadir todavía que las especialidades que se desprenden de estos arts. 123 LEF y 134 RCE para exigir o declarar la responsabilidad del contratista no son distintas de las consagradas por el RPR para exigir o declarar la responsabilidad de la Administración en los casos de daños causados en ejecución de contratos.

Por una parte hay que tener en cuenta que el art. 1.3 del RPR termina diciendo:

...En todo caso se dará audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se determinen 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.

Se afirma esto para los casos en que se pretende declarar la responsabilidad de la Administración contratante, que son los Únicos que directamente regula el art. 1.3 RPR. Pero con mayor razón ha de observarse, claro está, si se cuestiona la responsabilidad del contratista, según, además, se desprende del art. 134 *in fine* RCE ("... oído el contratista...").

Por otra parte, hay que notar que el art. 1.3 RPR para los casos de responsabilidad de la Administración contratante y aunque declara expresamente aplicable el procedimiento que regula, salva las especialidades procedimentales previstas en la legislación de contratos. No son muchas. La más destacable es la competencia del órgano de contratación, órgano que, por tanto, al margen de lo previsto con carácter general en el RPR (art. 3) y otras normas de organización, será el competente para declarar tanto la responsabilidad de la Administración contratante como la responsabilidad del contratista.

X. CONFIRMACIÓN DE LO MANTENIDO Y RECAPITULACIÓN FINAL

Lo expuesto hasta aquí se vio reforzado -y, en mi opinión, definitivamente confirmado por la reforma de la LAP, en particular por la nueva disposición adicional duodécima introducida por la Ley 4/1999 (similar, pero no idéntica, a la disposición adicional 11~ del Reglamento de los Procedimientos de Responsabilidad de 1993):

Responsabilidad en materia 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, corres-

pondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso.

Los "centros sanitarios concertados", a los que la disposición menciona expresamente, no son nada más que un tipo de contratistas de la Administración y -salvo que se quiera pensar que lo que se pretende es establecer un régimen especial para ellos, lo que no haría sino aumentar la complejidad y confusión-lo lógico es entender que esto no es más que concreción de una regla general aplicable a todos los contratistas de la Administración y, entre ellos, especialmente, los que por concesión, gestión interesada, convenio singular (para los "hospitales privados")... gestionen indirectamente servicios públicos sanitarios. Conste que hay quien afirma que esta disposición adicional es una excepción al régimen general establecido en los arts. 98 LCAP y 1.3 del Reglamento de los Procedimientos de Responsabilidad. Pero, insisto, es sólo concreción de la regla general. Ver en ella una excepción a un supuesto régimen general me parece completamente infundado y una complicación innecesaria por, partiendo de una interpretación equivocada, "mantenella y no enmendalla": ahora que hay un precepto meridianamente claro entre un conjunto de preceptos no tan claros, lo razonable es pensar que todos ellos están en la misma línea y no que el legislador haya decidido algo tan extraño como que todos los contratistas (incluidos parte de los que prestan servicios públicos sanitarios) tengan un régimen, mientras que otros muy concretos (sólo los centros sanitarios concertados) tengan el contrario. Para nosotros no se plantea ningún problema con esta disposición adicional que simplemente confirma que la tesis correcta para todos los contratistas era, ya antes de que se aprobara, la que ahora simplemente se explicita para un caso concreto con el simple fin de cerrar por completo el paso a las jurisdicciones civil y social que tanta imaginación han desplegado para atribuirse las competencias que el legislador les ha negado una y otra vez.

En suma, la situación actual puede esquematizarse así:

a) En todo caso, y con carácter potestativo, el perjudicado puede previamente usar la facultad del art. 98.3 LCA que en ningún caso constituye una verdadera reclamación ni puede terminar declarando el derecho a indemnización;

b) Tras seguir esa vía o directamente, el perjudicado debe dirigir su reclamación al órgano de contratación, tanto si considera responsable a la Administración o como si cree que lo es el contratista o ambos;

c) La Administración deberá tramitar el procedimiento según lo previsto en el RPR dando en todo caso audiencia y participación al contratista como interesado;

d) El procedimiento podrá terminar declarando la responsabilidad de cualquiera de las partes contratantes o, si procede, de ambas o de ninguna;

e) La resolución es impugnabile *por* el contratista y *por* el perjudicado ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Añadamos ya tan sólo que lo que mejor concuerda con este régimen procedimental y procesal de responsabilidad por daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos gestionados indirectamente confirmado por la transcrita disposición adicional es el régimen sustantivo o material de Derecho público pues verdaderamente extraño sería que, primero la Administración, y luego la Jurisdicción contencioso-administrativa, se pronunciaran sobre una responsabilidad de Derecho privado. No es imposible que tal cosa ocurra (de hecho, ahora puede haber casos en que ocurra de conformidad con lo establecido en el nuevo art. 9.4 *in fine* de la Ley Orgánica

del Poder Judicial) pero sí algo tan excepcional que sólo puede admitirse ante una consagración inequívoca que, desde luego, no existe en este caso. O sea, que, indirectamente, esta disposición adicional, aunque no se ocupa del régimen sustantivo de esta responsabilidad, también sirve para confirmar las respuestas que antes dimos a las otras dos grandes cuestiones planteadas. y aunque, en nuestra opinión, esa confirmación es general para todos los sectores y servicios sanitarios, lo es especial y expresamente para los sanitarios que son los que aquí han de centrar nuestra atención.

Así, en conclusión, el conjunto resulta armonioso y coherente. Es, además, según se ha tratado de explicar, un sistema razonable y justo, adecuado no sólo para los gestores privados de los servicios sanitarios sino también para otros servicios públicos y otros contratistas, un sistema que, si acaso, se perfeccionaría si se consolidara definitiva y adecuadamente por una Ley estatal la responsabilidad subsidiaria de la Administración contratante titular del servicio en caso de insolvencia del contratista.

RESPONSABILIDAD POR CONTAGIO AL PACIENTE: DESDE EL PROFESIONAL y DESDE EL MEDIO. UNA VISION ASISTENCIAL (*)

José Javier Viñes Rueda

Director del Servicio de Docencia, Investigación y Desarrollo Sanitarios
del Departamento de Salud del Gobierno de Navarra

INTRODUCCION. UNA VISION RETROSPECTIVA DE LA INFECCIÓN NOSOCOMIAL (IN)

Muchas gracias: Es obligado agradecer los destellos que ha presentado de mi persona D. Ramón García-Malvar y, naturalmente, también a la Asociación "Juristas de la Salud", por haberse acordado, dentro de este marco jurídico, de un médico, de un sanitario, con el fin de que aporte la visión sanitaria en las responsabilidades jurídicas, que son el objeto de estas jornadas.



Figura 1. Ignaz Semmelweis (1818-1865)

Se me ha encargado, precisamente, darles una visión asistencial de las responsabilidades en el contagio a los enfermos en el medio hospitalario, lo que genéricamente venimos conociendo como "la infección nosocomial" (IN). y en este tema resulta referencia obligada una persona excepcional de mediados del siglo pasado, que fue Ignaz Semmelweis (fig. 1), que a los 26 años se incorporó al Hospital General de Viena -él era húngaro como profesor ayudante, y se encontró que en aquella Sala primera de obstetricia del Hospital, en la que trabajaba, había una enorme mortalidad de las madres que acudían para dar a luz. En cambio, la Sala contigua no tenía esa mortalidad. Se daba la circunstancia de que en la primera sala, que él atendía como profesor asistente, se formaban los médicos, los obstetras; en tanto que en la otra sala, donde no había tal mortalidad, se formaban las matronas. Investigó, con los conocimientos de aquella época, cuanto pudo; hizo cosas que más o menos pueden ser sorprendentes ahora, como cambiar la posición de las camas; que alumbraran las mujeres de medio lado en vez de dar a luz en decúbito supino, etc. Pero siempre observando y estudiando lo que en aquel momento era lo más avanzado en la investigación, como eran los estudios anatómicos, a través de las autopsias; y hacía las autopsias de todas las enfermas, para encontrar las lesiones y cuál era el origen de su fallecimiento. Fue un luchador en el estudio del origen de esa elevada mortandad que asustaba a toda Viena, hasta el punto de que las mujeres no querían acudir a la maternidad; prefe-

* Este trabajo es una transcripción revisada de la ponencia presentada por el autor en el marco del VIII Congreso "Derecho y Salud" (Santiago de Compostela, noviembre de 1999).

rían dar a luz en los glacis anteriores de las murallas de la ciudad, antes de ingresar en el Hospital. En esas circunstancias, un compañero suyo, que era profesor de medicina legal, falleció estando él fuera, en un viaje por Italia; y falleció precisamente por la "picadura" del bisturí que le hizo en una autopsia un estudiante. En aquel momento, cuando vuelve de sus vacaciones de Italia, pide el protocolo y se encuentra con que las lesiones de las que muere su compañero son las mismas lesiones que él tiene estudiadas en la sala de autopsias de las mujeres. Él deduce que "partículas cadavéricas" -estamos hablando de treinta años antes del descubrimiento de las bacterias patógenas por Louis Pasteur habían producido la muerte del profesor y que esas partículas cadavéricas, sin duda, eran las que eran el origen de la infección y muerte. Efectivamente, él reflexiona y se da cuenta que en la enseñanza a los alumnos, con lo primero que él empieza su trabajo por la mañana todos los días con los estudiantes son las autopsias, estudiando las causas y las lesiones de la muerte de las mujeres-que habían fallecido el día anterior; y que, posteriormente, pasaba a la sala de preparación de partos, Inmediatamente asocia que están pasando las partículas cadavéricas desde la sala de autopsias a la sala clínica de los alumbramientos, durante la exploración a las parturientas, Tomó una decisión fundamental: colocar un letrero que decía: *"A partir de hoy, 16 de mayo de 1847, todo médico o estudiante que salga de la Sala de autopsias y se dirija a la de los alumbramientos viene obligado, antes de entrar en ésta, a lavarse cuidadosamente las manos en una palangana con agua clorada dispuesta en la entrada. Esta disposición rige para todos sin excepción, Firmado: Semmelweiss"*

Evidentemente, esto produjo grandes debates y discusiones. Sus compañeros obstetras y, sobre todo, los profesores de mayor edad y autoridad que él -tenía en aquel momento 28 años- no aceptan esta situación; no aceptan que los médicos puedan ser la causa de la muerte, cuando el médico es precisamente, "la causa de la vida de las personas"; y, por tanto, tiene fuertes opositores, siendo expulsado del Colegio de Médicos de Viena, truncando su carrera, tiene que volver a Budapest. La situación que consiguió con el lavado de manos, fue el reducir la mortalidad de las madres

que daban a luz desde el 10% en el período 1841-1846, al 3% en 1847; tasas equivalentes a las de la Sala 2ª, la de las matronas, que no recibían clases de autopsias (tabla 1). También observa que no son sólo las partículas de los cadáveres, sino que ellos mismos van llevando de enferma a enferma, en las exploraciones, la infección, e introduce también la norma del lavado de manos entre cama y cama; entre exploración y exploración, con lo que consigue en el año 1848 una tasa de 1,27% frente al 1,33 % en la sala de las comadronas, que también introdujeron el lavado de manos. Había vencido, en cierta medida, la infección hospitalaria, pero le costó la expulsión de Viena y tener que volver a Budapest. Cuando él hace su informe, dolorido de aquella situación en el año 1861, con los datos que tenía, aparece una frase dramática y trágica, que dice: *"Como resultado de mi convicción, debo afirmar que sólo Dios sabe el número de pacientes que fueron a la sepultura prematuramente por mi culpa. Ninguno de nosotros sabíamos que estábamos causando numerosas muertes"*¹.

DEFINICIÓN

- IN es la que aparece durante la hospitalización del paciente y que no estaba presente en el período de incubación ni en el momento de admisión del enfermo en el 6entro (CDC, 1988).
- IN, cualquier enfermedad microbiana reconocible clínicamente en el paciente como consecuencia de ser admitido en el hospital o ser atendido para tratamiento; así mismo, en el personal sanitario como consecuencia de su trabajo (OMS, 1987).

Figura 2. Infección nosocomial (IN) o infección adquirida en el hospital.

Naturalmente, hay otras célebres personalidades que le han acompañado en la lucha contra la infección nosocomial, como puede ser J. Lister, que a partir de 1865 inicia la antisepsia; E. Von Bergmarn en 1886 introduce la esterilización de vapor de agua de las ropas; E. Bassini impone en 1888 la desinfección y el afeitado de la piel; W. S. Halsted en 1890 establece las técnicas quirúrgicas adecuadas con una estricta hemostasia e intro-

duce guantes finos para las intervenciones; en 1894 S. Mikulicz utiliza mascarilla e instrumental estéril, y en el año 1895 C. Meck cierra el círculo, por así decirlo, con el traje ritual de las intervenciones quirúrgicas², con un efecto positivo en la reducción de las infecciones en las intervenciones quirúrgicas. Todos sabemos cómo a principios del siglo XX la hemostasia, la anestesia, y posteriormente, las transfusiones y los antibióticos, hacen suponer que los riesgos quirúrgicos están realmente vencidos. Pero llega la década de los años 1960 y 1970, y la infección nosocomial no ha desaparecido. De tal manera, que en el momento actual sigue siendo una de las grandes preocupaciones de los centros sanitarios y, en conjunto, de

la Salud Pública. Tanto la Organización Mundial de la Salud como el Centro de Control de Enfermedades (CDC) de Atlanta llegan a una definición de lo que debe considerarse como infección nosocomial (fig. 2). A partir de un sincretismo o de una síntesis de las dos definiciones, podríamos encontrar cómo las infecciones por hepatitis C o hepatitis B, por el virus VIH del SIDA, pueden considerarse como IN, aunque aparezcan con posterioridad al alta de un centro sanitario; ya que, evidentemente, la infección nosocomial aparece durante o como consecuencia de la Hospitalización, y no estaba presente en su período de incubación, en el momento de admisión del enfermo en el centro.

Tabla 1. Tasas de mortalidad por 100 en dos clínicas del Hospital Maternidad de Viena, 1841-1846 *

	Primera clínica **			Segunda clínica ***		
	Partos	Defunciones	Tasa	Partos	Defunciones	Tasa
1841-1846	20.042	1.989	9,92	17.791	691	3,38
1847	<i>Lavados de manos con agua clorada</i>					
Junio/Dic	1.841	56	3,04			
1848	3.556	45	1,27	3.219	43	1,33

* Fuente: I. Semmelweis. **Enseñanza a médicos ***Enseñanza matronas.

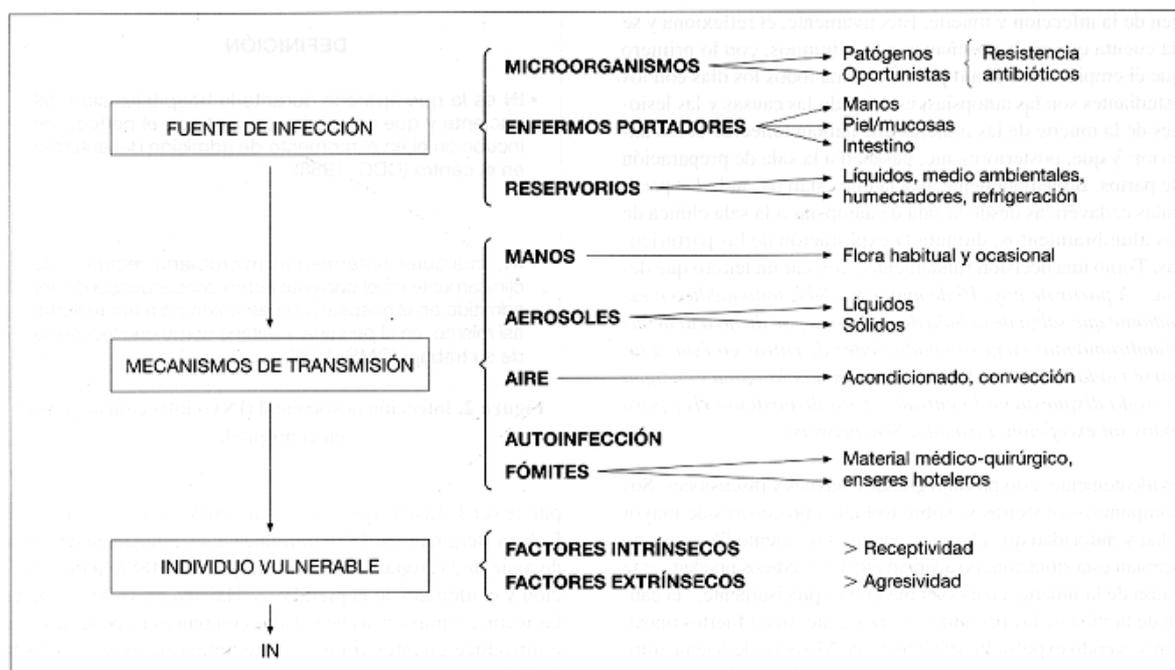


Figura 3. Infección nosocomial (IN). Factores de riesgo y cadena epidemiológica

IMPACTO MÉDICO-SOCIAL DE LA INFECCIÓN NOSOCOMIAL

En la actualidad la IN se encuentra entre las diez primeras causas de muerte, aunque no está contabilizada como tal causa de mortalidad, ya que la Clasificación Internacional de Enfermedades, codifica a las enfermedades en función de la lesión que originan, esto es: una infección urinaria, o una septicemia, pero no la causa u origen de aquella septicemia. No se clasifica la infección nosocomial como diagnóstico propio específico. Si se contabilizara como enfermedad dentro de la Clasificación Internacional de Enfermedades, la infección nosocomial se encontraría dentro de las diez primeras causas de fallecimiento. La infección nosocomial incrementa lógicamente, la estancia hospitalaria entre uno y ocho días -según, naturalmente, las localizaciones anatómicas y el promedio de este incremento para todas ellas es de cuatro días en los hospitales españoles por la infección nosocomial³. Además, se ocupan camas que otros enfermos necesitarían; aumenta el sufrimiento del enfermo, y en los Estados Unidos de América se evalúan en dos millones de casos los que se produjeron por infección nosocomial en el año 1992, con 4.500 millones de dólares como costo sobreañadido⁴. La carga económica, de por sí muy importante, se añade a la carga de sufrimiento de los enfermos ya la pérdida en vidas que puede originar, ya que el 7,5% de los casos de infección nosocomial fallecen, y si el enfermo tiene más de una infección nosocomial se puede llegar al 17% de letalidad. También se conoce en España el impacto, de tal modo que en el año 1994 -últimos datos oficiales que existen de 4.200.000 enfermos hospitalizados, 360.000 padecieron una infección hospitalaria, lo que generó 1.400.000 estancias sobreañadidas en los hospitales; y considerando el coste promedio de la cama en 1994 de 51.000 pesetas, podemos estimar un gasto entre 73 y 75 mil millones de pesetas lo que la infección nosocomial ha supuesto a la Sanidad española⁵.

FACTORES DE RIESGO DE LA IN

Las enfermedades infecciosas tienen tres factores epidemiológicos básicos: la fuente de

infección; el mecanismo de transmisión; y la receptividad del individuo (fig. 3).

Por lo que se refiere a la fuente de infección, sabemos que hay una serie de microorganismos - que no va ser ahora el momento de que los detalleemos-, que actúan como "causa necesaria" en la IN, pero la infección hospitalaria no sólo se produce por agentes patógenos, como el virus de la hepatitis C o el virus VIH del SIDA, sino que se produce por un conjunto de microorganismos que son saprófitos, que no son patógenos en sí mismos para el hombre como la pseudomona, aspergillus, legionella y un largo etcétera; así, no sólo intervienen microorganismos patógenos, sino también microorganismos "oportunistas", que en las situaciones de depresión biológica del enfermo tienen la oportunidad de producir una infección, cuando en condiciones de defensas normales no es un germen patógeno para el individuo. La fuente de infección son los enfermos y el personal portador (médicos, enfermeras, personal hospitalario), en cuanto que estamos colonizados por gérmenes habitualmente saprófitos en manos, en piel, en el intestino, en las mucosas; por microorganismos que van saliendo al exterior y que van creando un microclima de microorganismos en el hospital, donde por otro lado, adquieren una resistencia a los antibióticos. Se añaden ciertos reservorios de gérmenes en cualquier aparato o equipo que tenga humedad, como los humidificadores, circuitos de agua, los aires acondicionados, las columnas de agua de refrigeración o sistemas de agua caliente, los respiradores, sondas, redones, etc. Todos son lugares donde se anidan microorganismos que no son patógenos, que son microorganismos del medio ambiente; pero que pueden encontrar la oportunidad de penetrar en el enfermo, de colonizarlo, y dar lugar a la infección nosocomial.

El segundo grupo de factores de riesgo lo constituyen los mecanismos de transmisión y, entre ellos **las manos**, siguen siendo la estrella de la transmisión; pero hay que tener en cuenta que los microorganismos que tenemos en las manos son los contaminados accidentalmente, que pueden ser microorganismos patógenos, que al lavarnos con agua los eliminamos; pero tenemos además en nuestras manos, una flora habitual de gérmenes que son saprófitos, que los necesitamos en

la piel, que nos hacen una función de basureros, limpiándonos la escamación de la piel; pero esos microorganismos, en ciertas circunstancias, pueden convertirse en oportunistas, produciendo una infección. **El aire** es otro de los elementos de transmisión. En los hospitales -pueden ustedes imaginarlo en cualquier choque de líquidos o en cualquier choque de sólidos, se pueden producir distintas aerosolizaciones. El hospital es un medio cerrado, donde se generan corrientes de convección. Tenemos un aire acondicionado; ese aire, si no está filtrado al 99% para partículas menores de cinco micras, puede difundirse en las áreas de alto riesgo del hospital, como quirófanos, UCIs, salas de prematuros o inmunodeprimidos.

Por otro lado, la **autoinfección**. El enfermo se autoinfecta muchísimas veces. Es decir, la flora intestinal y de sus mucosas nasales o de la piel puede ir colonizando y producir una contaminación de las heridas, de cualquier solución de continuidad o de ruptura de la piel intacta que generan las acciones quirúrgicas o médicas.

Todo elemento, instrumento, equipos médicos que genéricamente los llamamos **fómites**, puede tener gérmenes.

La mayor singularidad, sin embargo, de la infección hospitalaria es la **vulnerabilidad** del enfermo, sobre la que actúan muchos factores: factores propios o intrínsecos del enfermo, y factores del acto médico extrínsecos, que aumentan la receptividad y vulnerabilidad del enfermo, la agresividad de los gérmenes. Un enfermo puede tener muchas puertas de entrada de gérmenes: puede tener una traqueotomía, puede tener varias venoclisis, varias intubaciones y catéteres. Por tanto, son muchas las puertas de entrada abiertas a un microclima hospitalario hostil.

Los **factores intrínsecos** están decididos por la edad, la diabetes, las neoplasias, las cirrosis u otras patologías añadidas; estados del enfermo que disminuyen la resistencia, por su enfermedad o por tratamientos agresivos e inmunodepresores y, por tanto, que aumentan la vulnerabilidad. Uno de ellos, de gran preocupación en la presentación de las infecciones, es la edad. Cada vez, la edad de las personas intervenidas es más avanzada. Del año 1990 a 1997, el promedio de edad de los enfermos en los hospitales ha aumentado en cinco

años y medio³. Eso supone que todas las técnicas, por muy agresivas que sean, se hacen en personas cada vez de mayor edad y, por tanto, con mayor riesgo, mayor receptividad.

Por otro lado, hay **factores extrínsecos**. Todo aquello que por intervención médica (iatrogenia) está alterando la piel, o las defensas del individuo: los sondajes, el cateterismo, la respiración asistida, las diálisis, las transfusiones...

Como consecuencia de todo ello, se produce una maraña de entrecruzamientos de elementos: del aire, de las manos, de las técnicas, de las intervenciones potencialmente contaminadas. Es por ello que la infección nosocomial, ha recibido también la denominación de "infección cruzada", ya que se produce una especie de entrecruzamiento e intercambios entre los enfermos, las visitas, el personal sanitario, los fómites en el microclima contaminado reducido y cerrado del hospital.

A pesar de todo ello, no es suficiente para que se produzca infección hospitalaria. Hay una serie de elementos que intervienen, que facilitan o que impiden que todo ese proceso que hemos visto de los factores epidemiológicos primarios se desencadenen inducidos por "factores epidemiológicos secundarios", que son factores facilitadores, entre los cuales hay elementos en los que se reconocen las responsabilidades de los medios organizativos hospitalarios.

Uno de ellos es la inadecuada antibioterapia, es decir, la administración de antibióticos no controlada, hace que los microorganismos de los hospitales se hagan resistentes a los antibióticos. Por tanto, una antibioterapia inadecuada en un hospital, es un factor que va a condicionar luego la agresividad del germen. Los inadecuados hábitos higiénicos del personal; no todo el mundo es suficientemente higiénico en el medio hospitalario. Donde hay 2 ó 3 mil personas como en el hospital, puede haber la ausencia de adecuados hábitos higiénicos, tan elementales como el frecuente lavado de manos. La disponibilidad o no de recursos para la asepsia y antisepsia que cuestan dinero. Los médicos presionan hacia las tecnologías y los administradores dan dinero para la alta tecnología, pero pedir simplemente para el lavado de manos, pedir equipos de secado de manos con

aire... Eso son cosas que no se entiende que sean técnicas o que sean sanitarias y, efectivamente, suelen faltar -o podrían faltan recursos de asepsia y antisepsia.

Los diseños arquitectónicos obsoletos de los hospitales, a veces, son un lugar en que el desenvolvimiento del personal va a acelerar la infección cruzada. La insuficiencia de material de equipos y de espacios; si se quiere disponer de material estéril, se requiere tres veces más de equipamiento circulando, ya que la dotación de una intervención puede estar en esterilización, puede estar en reserva y puede estar utilizándose en los quirófanos. Este coste triple no se entiende que sea un coste técnico, pero es fundamental para el funcionamiento correcto del proceso de la asepsia. El exceso de días de estancia preoperatoria, por un retraso en las pruebas diagnósticas, da más oportunidad a la colonización de microorganismos, aumentando el riesgo de infección.

Tabla 2. Infecciones nosocomiales (IN) proyecto EPINE, 1990-1997. Prevalencia por 100 pacientes infectados según factores de riesgo.

8 Factores intrínsecos	1990	1997
Coma	24,71	26,35
Insuficiencia renal	15,87	12,95
Inmunodeficiencia	13,92	13,68
Neutropenia	18,17	17,50
Desnutrición	20,37	16,76
Úlcera a presión	33,16	25,83
Diabetes	11,09	9,43
Neoplasia	11,62	9,56

Fuente: Epine.

La ausencia de guías clínicas consensuadas -quirúrgico o de preparación de enfermos es otro de los elementos fundamentales que contribuye a la IN. En este sentido, la Asociación de Cirujanos Españoles acaba de aprobar los protocolos de asepsia y antisepsia; están publicados conjuntamente con el Ministerio de Sanidad². Por tanto, todos los cirujanos españoles tienen una normativa, un protocolo, unas guías de cómo seguir todos los procesos de asepsia y antisepsia, a la que todos los cirujanos deberían atenerse. Creo que es un paso muy importante en la lucha contra la infección.

Otro de los factores facilitadores, es la gran servidumbre de la medicina moderna a la tecnología -luego veremos cómo la medicina moderna es calificada de "poderío y perplejidad"-, creyendo que todo es posible en medicina. Las patologías

crónicas en las personas aumentan en función de la edad; a veces dos o tres patologías conjuntamente en la misma persona, y, sin embargo, creemos que hay que intervenir sin reparar que con la edad aumenta la vulnerabilidad de las personas por las técnicas y los tratamientos agresivos. Es decir, que debido al "poderío" de la medicina, queremos que se utilice para todas las personas, yeso, evidentemente, da lugar a mayores riesgos de IN. Ese exceso de confianza en la medicina 'es un exceso de inseguridad.

Que no exista Comité de Infecciones en los hospitales, ni política de antibióticos, contribuye a la falta de control ya la difusión de las enfermedades dentro del hospital. La escasa formación higiénica del personal sanitario; los fallos en la disciplina de quirófanos... Es decir, el resultado final de una IN es un proceso muy complejo, donde intervienen muchos elementos, no simplemente el acto último o causa próxima al introducir una maniobra contaminante que produce una infección hospitalaria, sino que hay concausas alrededor de ellas que son las que adquieren verdadera causalidad y son responsables del resultado final.

ESTADO ACTUAL DE LA IN EN ESPAÑA

La Sociedad Española de Medicina Preventiva, Salud Pública e Higiene Hospitalarias, desde el año 1990 está controlando las infecciones hospitalarias de los hospitales españoles para conocer cuál es la realidad. Desde 1990 a 1997 se han reducido las tasas de infección desde el 8,45% hasta el 6,94 %; esto es, de cada 100 enfermos que ingresan en los hospitales españoles, 7 hacen una infección hospitalaria³. Se ha reducido un 1,5% prácticamente; y este esfuerzo debe continuar hasta colocar la IN en cifras todavía inferiores. La IN se va a manifestar en distintas localizaciones, tales como: infecciones urinarias, quirúrgicas-respiratorias; bacteriemias; o enfermedades sistémicas, como es el SIDA o la hepatitis C, siendo estas últimas las que más preocupan respecto a las transmitidas por transfusiones.

¿Cuál es la probabilidad de que enfermos con ciertas circunstancias de riesgo intrínseco adquieran una infección hospitalaria? Las personas con

insuficiencia renal hospitalizadas y que tengan riesgo de infección, el 13% va a adquirir una infección hospitalaria; las personas con desnutrición, el 16%, y los enfermos con úlcera a presión, el 25%. Es decir, hay una serie de factores intrínsecos que están sobre aquellas personas que aumentan la vulnerabilidad (tabla 2). Si una persona hospitalizada tiene dos de estos factores extrínsecos, el riesgo es sumatorio. Es decir, en personas que estén muy intervenidas y que estén continuamente en el hospital el riesgo va aumentando. Las sondas urinarias presentan una prevalencia de IN del 14%; los catéteres centrales el 25%; en las ventilaciones mecánicas de los respiradores alcanzan hasta el 39%.

EL CONTROL DE LA INFECCION NOSOCOMIAL

Debemos considerar lo que es útil y lo que es eficaz para luchar contra la infección hospitalaria, esto es, las medidas de eficacia probada; lo que jurídicamente puede considerarse "la prueba", aquello que está probado que es útil. En medicina se hacen muchos actos, muchas "pruebas" que no siempre son útiles, e incluso, que no son necesarias. Resultan medidas de eficacia probadas: la asepsia; la esterilización; el lavado de manos; el drenaje urinario cerrado; la vigilancia de los catéteres; no tocar las heridas; la quimioprofilaxis en cirugía contaminada; la vigilancia, limpieza y desinfección de los respiradores... Esto está probado, es decir, tiene garantía de que es eficaz en la lucha contra la infección hospitalaria.

Hay otras cosas que parecen de sentido común, pero que no está probada su eficacia, como son: los procedimientos de aislar a los enfermos; el hacer educación e información sanitarias a los enfermos o al personal. Hay otras medidas que se hacen y que se solicitan o exigen, cuya eficacia no está probada o es desconocida, como: la desinfección de suelos y de paredes, añadir al lavado desinfectantes no está probado que beneficie a la tasa de infección; la instalación de luces ultravioletas, que dan una impresión por su color ultravioleta, y no tiene efectividad a este fin; las nebulizaciones que tantos años se hicieron en los hospitales; el flujo laminar, que los cirujanos a veces lo piden y que vale millones de pesetas; la qui-

mioprofilaxis en enfermos no contaminados o infectados -poner antibióticos está creando problemas de selección de cepas resistentes y en la cirugía limpia no es de ninguna eficacia-; el control bacteriológico rutinario del ambiente tampoco; o los filtros intravenoso.

Podemos plantear las medidas de control que estimamos que en todos los casos son exigibles. Uno de ellos es que en cada hospital exista un Comité de Infecciones, donde se analicen sistemáticamente las situaciones de la IN: asegurar los medios de prevención; que haya una política de antibióticos y de desinfectantes; esto es, qué antibióticos sí y qué antibióticos no deben utilizarse en el hospital; cuáles de ellos son reservados para ciertos casos de infección; es decir, que no haya una profusión discriminada en el uso de antibiótico. Lo ideal sería que esto se produjera también en la medicina extrahospitalaria, pero dentro de los hospitales es una práctica obligada el tener una política de antibióticos, como también los protocolos de profilaxis antibiótica; los protocolos de preparación del enfermo; las estrictas normas de higiene, de asepsia y de esterilización; las unidades de higiene y medicina preventiva que estén organizadas en de los hospitales; que haya personal de enfermería de higiene hospitalaria haciendo continuamente un control permanente de medidas de higiene; que la prevalencia de IN se considere un índice de calidad asistencial.

Se están produciendo reformas en la gestión hospitalaria; se plantean las fundaciones como nuevas formas de gestión; estamos hablando de eficiencia, de rentabilidad social económica; estamos hablando de indicadores, y estamos hablando en el momento actual de la Calidad Total de los hospitales como una de las exigencias de la Sanidad actual. Pues bien, el control de la infección hospitalaria tiene que ser uno de los indicadores de calidad del hospital. Un contrato programa entre un contratador y un proveedor tiene que exigir, como consecuencia de aquellos resultados, la reducción progresiva del índice y la tasa de la infección hospitalaria, en todos y cada uno de los años; la vigilancia permanente de las infecciones, la inclusión en los programas de control; las auditorías externas de la infección y los controles microbiológicos. Son estos elementos hoy en día

imprescindibles y que no pueden eliminarse de la gestión de calidad hospitalaria.

EL NUEVO EJERCICIO MÉDICO: LA MEDICINA BASADA EN LA EVIDENCIA

Me van a permitir -no sé cuánto tiempo me lo va a permitir el presidente, pero yo creo que en diez minutos lo podemos completar que veamos cómo podemos entroncar o enfocar la infección nosocomial en el ejercicio de la medicina en el año 2000.

Vamos a dar un pequeño repaso -será rápido, luego comentaremos lo que a ustedes les parezca-, a la situación de cómo se lleva a cabo el ejercicio de la medicina. Desde el punto de vista jurídico también es importante conocer cómo se están desarrollando no las nuevas tecnologías, sino el concepto del ejercicio de la medicina en el momento actual. Conocer si en el siglo XXI va a cambiar o no el concepto de cómo ejercer la medicina, y si hay instrumentos o no, para que ese ejercicio de la medicina cambie. Para ello tenemos que hacer referencia al profesor Laín Entralgo, que al acabar su Historia de la Medicina, su magnífica y magna historia de la medicina, en el año 78 -lo demás son reediciones-, plantea que la medicina de final del siglo xx se caracteriza por el **poderío** de la medicina con la tecnología, todo parece que es posible; además, en estos momentos, con todas las nuevas manipulaciones genéticas, todavía tiene más poderío del que supuso la definición del profesor Laín Entralgo; y la **perplejidad** del médico ante ese poderío⁶. Perplejidad del médico que hoy llamamos incertidumbre, porque en efecto existe incertidumbre.

En el año 1992 se constituyó en el Canadá el Grupo de Trabajo de la Medicina Basada en la Evidencia⁶, que hace un nuevo planteamiento de cómo ejercer la medicina -un nuevo paradigma, por así decirlo y ello va a suponer una propuesta de cambio cualitativo del ejercicio de la medicina. Una nueva lógica de la medicina basada en la prueba. Por tanto, a los médicos, a partir del año 1992, se les lanza este reto para que la administración de su arte esté basada en la prueba, algo que los juristas manejan permanente y continuamente en su quehacer diario.

El profesor Laín Entralgo, en el año 1978, dice: "A lo largo de los siglos la medicina se ejerce - el médico ejerce en función de cuatro parámetros. Por un lado, lo que es la ciencia, la ciencia pura y aplicada; que está condicionada por la economía - es decir, cuál es el nivel de la economía, cómo se regula la economía-; por la política - evidentemente la sociedad está influyendo en las decisiones del médico, esto es, cómo la política, el estado, la sociedad se organiza y cómo organiza esa sociedad la medicina, por tanto, la política es otro de los parámetros del ejercicio de la medicina; y finalmente, la ética, es decir, la actitud ante lo lícito, lo obligatorio, sobre lo que se puede hacer o se debe hacer"⁶. Estos cuatro parámetros, hoy, a final del siglo xx y al comienzo del siglo XXI (fig. 4) han tenido un cambio cualitativo. Respecto a la ciencia médica, el ejercicio de la medicina en ese año 2000 se va a hacer en función de la evidencia científica, no en función del empirismo científico. Venimos ejerciendo desde hace cien años el empirismo científico, pero no la evidencia científica. Por tanto, el cambio cualitativo que se va a operar es del empirismo científico por la evidencia científica.

La política de la salud va dirigida hacia las estrategias y los objetivos de salud, ya la revisión de los modelos de gestión que se están analizando continuamente... Hay un cambio cualitativo en la concepción del sistema público; y estamos también delante de un cambio conceptual de la economía de la salud. A finales de los años 1990 ya no hablamos de eficiencia, sino que se habla de coste/efectividad. Cuánto me cuesta el resultado en salud, no cuánto me cuesta tal unidad de producción (actos médicos), que es la moda gerencial de los años 1980 arrastrada en España a los 90. En este campo va a haber también un cambio cualitativo: la exigencia del contrato programa ya no puede ser por actos o producto obtenido, sino en función del resultado en salud que se obtenga de aquellos actos. y finalmente, la ética médica y social, con un cambio substancial, porque ya no hay una única ética/moral de la sociedad, del médico y de la persona, sino que hay éticas y morales compartidas o consensuadas que van a requerir el consentimiento informado y la objeción de conciencia.

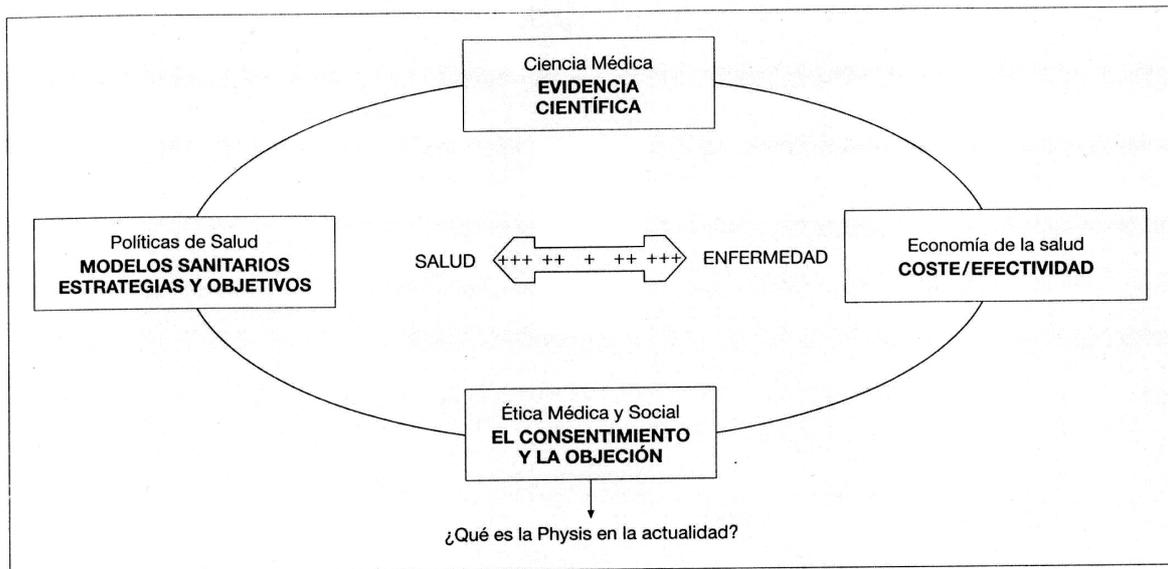


Figura 4. El ejercicio de la Medicina en el contexto médico-social del año 2000

Estos parámetros están cambiando el ejercicio de la medicina tradicional desde el siglo VI a.C., que se inicia en el círculo pitagórico, cuando se dedica a estudiar la naturaleza de las cosas; la natural; la "physis". La medicina se inicia en esta concepción pitagórica, en el análisis y el estudio de la "physis"; esto es, de la naturaleza humana.

Se estudia la naturaleza humana a través de unos conocimientos que se van adquiriendo o la *techné*; ya través de la razón o logos. Y así empieza nuestra medicina occidental y actual, 500 años antes de Jesucristo. ¿Qué es lo que ha cambiado? Cuantitativamente, hemos ido mejorando en la *techné*, en los conocimientos del arte. Realmente, la técnica es lo que ha mejorado, el incremento de conocimientos; pero su ejercicio sigue siendo lo mismo, que es: observar, hacer el análisis, establecer la lógica o el raciocinio de aquello que estamos viendo -por tanto, mejorar el conocimiento-, interpretar aquello que estamos viendo -es decir, la probabilidad y la incertidumbre que forman parte de la interpretación y la experiencia personal. El médico, con esa forma de razonar, con ese "logos" llega a una experiencia personal, a una decisión única, irrepetible, entre él y el enfermo, que es intuitiva, que es empírica. Por tanto, el médico toma la decisión única y empírica ante el enfermo.

La medicina que se viene ejerciendo, en consecuencia, es una medicina yatrocentrica: el médico es el centro de la decisión en función de sus conocimientos. y esa situación, ese empirismo que se basa en esa decisión personal del médico, según sus conocimientos fisiopatológicos y su experiencia, lleva al médico como centro de la decisión. Se supone, por tanto, que el "experto", el

"perito", está en razón de las personas que tienen más años, más experiencia, han visto más casos, y el prestigio de aquella persona es el que se está utilizando para las decisiones judiciales.

Hay que tener en cuenta que en el empirismo hay dos etapas: un empirismo lógico, desde el siglo xviii hasta que empieza el "cientifismo" de Pasteur, de Koch, de Claudio Bernard, Virchow y otros sabios del XIX, que producen el cambio, convierten aquel empirismo lógico en científico: investigan, observan, experimentan, aumentan conocimientos, pero, al final, la decisión médico/enfermo está basada en la incertidumbre, en una decisión personal, subjetiva, individual y empírica. y esto ha sido así, y lo sigue siendo todavía, hasta que ese nuevo paradigma que es la **medicina basada en la evidencia** se introduzca en el ejercicio de la medicina.

¿EN QUÉ CONSISTE LA MEDICINA BASADA EN LA EVIDENCIA (MBE)?

Consiste en una propuesta de toma de decisiones reduciendo la incertidumbre de la decisión personal y subjetiva. El médico necesita reducir la incertidumbre ante el poderío, la potencialidad y el aumento permanente de conocimientos. La medicina basada en la evidencia es un cambio cualitativo que disminuye la responsabilidad individual, disminuye la incertidumbre del médico ante ese poderío; aumenta su seguridad y aumenta el número de aciertos en beneficio del enfermo. De tal manera que de esta medicina basada en la evidencia, esto es, basada en la prueba, resulta una decisión en base a la probabilidad científica del resultado, con pruebas más favorables. El criterio científico se convierte en centro de la decisión;

el conocimiento es el centro de la decisión, no el médico; hasta ahora, en el empirismo, el médico era el centro de la decisión. Ahora el conocimiento es el centro de la decisión, basada en el mejor resultado, según pruebas científicas, en lugar de una decisión empírica e intuitiva del médico que define el empirismo (fig. 5).

El empirismo científico, que es el que ha venido funcionando durante los últimos cien años, versus la evidencia científica, supone el cambiar los conocimientos al servicio del médico -eso es el empirismo para pasar el médico al servicio de los conocimientos. En el empirismo el médico está en el centro y alrededor tiene todos los conocimientos que le han ido llegando, pero la decisión está en función de la intuición, de la experiencia y de las bases fisiopatológicas. La propuesta de 1992 del Grupo de Trabajo de la Medicina Basada en la Evidencia, por el contrario, plantea: "El conocimiento, el hacer uso de la potencialidad, del poderío del conocimiento actual, es el centro; y tu, médico, acércate a ese conocimiento para, a través de paneles de expertos, de guías clínicas, de protocolos, de pruebas, tomar realmente la decisión con probabilidad de un mejor resultado".

Esto, que en el año 1992 se establece en Canadá por parte de un grupo de expertos, en el año 1993 ya lo recogen los tribunales americanos. El Tribunal Supremo norteamericano establece en 1993 normas para sus tribunales⁷, para sus jueces -no sé cuál es su organización-, de tal manera que viene a plantearles: "Cuando venga un perito o un experto no me vale su prestigio, su *autoritas*, sino que hay que saber si se pueden verificar las opiniones, afirmaciones o conocimientos científicos que nos trae el perito en el informe." Dice en segundo lugar: "¿Se ha publicado la teoría, la técnica, en una revista de prestigio que tenga un sistema de revisión por pares?". Por tanto, hace falta demostrar la prueba de que, efectivamente, aquello que me están diciendo está en revistas científicas de prestigio y que aquellos trabajos han sido evaluados por revisores expertos, neutrales y anónimos, y se sigue preguntando: "¿Cuál es la tasa de errores o efectos no deseados -aquí entraría la infección hospitalaria conocida o potencial? ¿Cuál es el grado de aceptación o consenso sobre esa teoría o técnica en la comunidad científica?" Por tanto, el Tribunal Superior norteamericano ha introducido el concepto de *lex artis* no en función del experto o perito en ese ejercicio habitual de la *autoritas* que pueda tener una persona de mucha experiencia, sino la exigencia de pruebas concretas. También en 1995 el Tribunal Supremo de Justicia de Tejas añade: "¿En qué grado la técnica se basa en la interpretación subjetiva del experto? ¿Qué aplicaciones y usos no judiciales se han

derivado de esta teoría?" Es decir, la medicina basada en la evidencia no es algo que esté sólo en el ámbito médico, sino que está introduciéndose ya en el campo de la administración de justicia.

El Real Decreto de 20 de enero de 1995, sobre prestaciones sanitarias en el Sistema Nacional de Salud, ya en el preámbulo habla de la medicina basada en la evidencia. y dice: "No será prestación sanitaria del Sistema Nacional de Salud todo aquel diagnóstico terapéutico que no esté demostrada su eficacia." En este citado reglamento jurídico, ya aparece el término de la medicina basada en la evidencia. Evidentemente, esto tendrá un lento caminar. Por ejemplo, el llamado "medicamentazo" (Real Decreto 1663/1998, de 24 de julio, por el que se amplía la relación de medicamentos a efectos de su financiación con cargo a fondos de la Seguridad Social o a fondos estatales afectos a la sanidad), se basa precisamente en este concepto de la medicina basada en la evidencia, de tal modo que lo no necesario, lo inútil es algo que debemos proteger en el Sistema Público Sanitario de cara a los costes y los gastos.

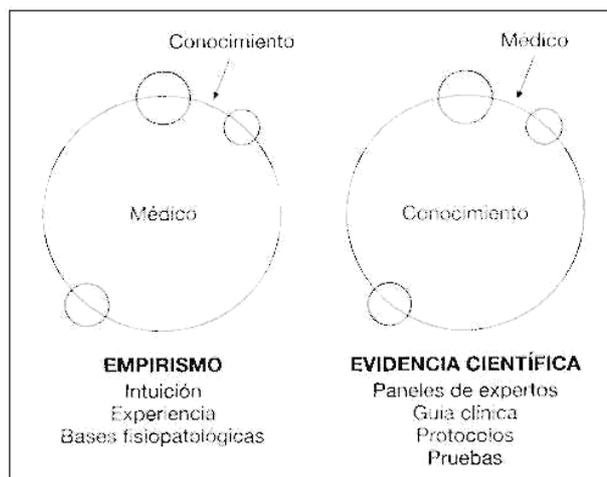


Figura 5. Empirismo científico vs evidencia científica

Finalmente, no me sustraigo en hacer algún comentario del cambio que supone también la ética a final del siglo XXI. Hasta el empirismo científico -siglo XX sólo hay una moral; hay una moral única, basada en principios fundamentalmente religiosos -la moral religiosa, la moral única-, y es la misma moral la del médico, la de la sociedad, la de los políticos, la del enfermo. Al ser única la ética, no hay, normalmente, conflictos. Pero al introducirse tanta tecnología y aumentar la eficacia, puede aumentar la inseguridad entre lo que se puede y lo que se debe hacer, y de este modo nos encontramos que ya no hay una única ética o moral, sino que realmente requiere una interrelación de las diversas éticas: entre el médico y el individuo, entre el individuo y la sociedad, entre la

sociedad y el médico. Eso lleva a la necesidad ineludible de compartir la decisión en función de los riesgos en todas las patologías, como puede ser la infección nosocomial que estamos comentando. La seguridad y la eficacia/riesgo es algo que debe ser compartido: no como una medicina defensiva, sino como una decisión del individuo que está operando en su naturaleza. El consentimiento informado es algo fundamental para, conjuntamente entre el médico y el paciente, evaluar el resultado: hay mucha eficacia, hay muchos resultados positivos, pero hay mucho riesgo, y, evidentemente, debe ser contrastado y compartido. En el mismo sentido, los códigos deontológicos, las guías, los reglamentos, la defensa de la dignidad humana.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Me van a permitir un resumen que surge del contexto de la exposición. Quisiera llevar al ánimo los siguientes aspectos. Uno de ellos que la infección nosocomial es un proceso yatrogénico, es decir, está generado por la medicina, está generado, por tanto, por la práctica médica. Eso da lugar a algo que debe ser importante: el hospital no es un lugar de seguridad. El hospital es un lugar de riesgo que, naturalmente, debe intervenir cuando es necesario para la salud del enfermo. El enfermo quirúrgico que va con su patología a operarse de cualquier proceso adquiere, además de su enfermedad -no lo olvidemos-, un traumatismo quirúrgico, una intoxicación anestésica, una inmunodepresión, adquiere factores de vulnerabilidad. El enfermo de hospital, como consecuencia de estos riesgos, puede, además, adquirir una infección nosocomial. La infección nosocomial es un riesgo real, es inevitable, pero con una variabilidad asumible. Esto es, tiene que estar en los márgenes de lo que puede ser asumible en los medios de lucha que existan. Existe también una probabilidad predecible en base a estudios epidemiológicos.

La infección nosocomial es un riesgo que debe asumirse y compartirse entre el médico y el enfermo por medio de un consentimiento informado, tiene que introducirse la información al enfermo o allegados responsables de que existe esa probabilidad de que se adquiera una infección hospitalaria.

Y finalmente, resulta obligado que el médico, el personal de cuidados, debe observar normas, protocolos, guías clínicas, que, según la medicina basada en la evidencia, garanticen el menor riesgo asumible de Infección

nosocomial. El enfermo y sus allegados deben conocer, asumir y compartir el riesgo predecible de la medicina moderna: eficacia y seguridad, así como el consentimiento informado. y los hospitales, las organizaciones sanitarias, los profesionales deben incorporarse a normas y auditorías de control de la infección como índice de calidad. En el hospital de ayer eran dramáticas las infecciones hospitalarias, pero en el hospital moderno del siglo XXI la infección nosocomial continúa por los factores mentados. Es un objetivo de lucha y de trabajo el seguir combatiendo esos riesgos, mejorando la seguridad, pero la Infección nosocomial sigue en el hospital moderno. Sólo el cumplimiento de las normas y guías basadas en la evidencia y la disponibilidad de recursos, puede minorar la responsabilidad sanitaria, reduciéndola a niveles científicamente asumibles y socialmente tolerables.

BIBLIOGRAFÍA

1. Ignaz Semmelweis. Etiología, concepto y profilaxis de la Fiebre puerperal. En: Organización Panamericana. El desafío de la Epidemiología. Pub. Cient. 505. Washington: OPS, 1989: 47-62.
2. Cainzos Fernández M. Asepsia y Antisepsia en Cirugía. Protocolo de Profilaxis antibiótica. Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo, 1999.
3. Vaqué J. Evolución de la prevalencia de las infecciones nosocomiales en los hospitales españoles. Proyecto EPINE 1990-1997. Madrid: Sociedad Española de Medicina Preventiva, Salud Pública e Higiene, 1998.
4. Grupo de trabajo EPINE, Vaqué J. (ed). Prevalencia de las infecciones nosocomiales en los hospitales españoles, Proyecto Epine 5 años. Madrid: Sociedad Española de Higiene y Medicina Preventiva hospitalaria, 1995.
5. INE. Estadísticas de establecimientos sanitarios con régimen de internado, 1994. Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo, 1997.
6. Lain Entralgo P. Historia de la Medicina. Barcelona: Masson S.A., 1997.
7. Guillén C, Aguinaga I, Guillén F. La medicina basada en la evidencia en el sistema judicial norteamericano. ANALES Sistema Sanitario Navarra 1998,21: 385-383.

LA RESPONSABILIDAD PENAL POR CONTAGIO HOSPITALARIO (*)

Jesús María Silva Sánchez

Catedrático de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra

1. INTRODUCCION

Producido un resultado lesivo -en el caso que aquí interesa, el contagio de una enfermedad- el Derecho penal puede imputárselo a tres sujetos distintos. Por un lado, al agente inicial, esto es, a quien generó en primer lugar el curso causal que, al final, da lugar a la producción del referido resultado. Por otro lado, a un tercero: bien porque éste interrumpa el nexo de imputación del resultado al riesgo creado por el primer agente introduciendo un nuevo riesgo en términos de autorresponsabilidad; o bien porque se encuentre en posición de garantía, debiendo responder, con independencia de que lo haga el agente e incluso con independencia de que "haya" un agente, por no haber controlado el riesgo suscitado. En fin, a la víctima: ya porque ésta, con su comportamiento, haya roto de algún modo el nexo de imputación del resultado al riesgo creado por el agente o el tercero; ya, en última instancia, en virtud del principio "casum sentit dominus": si no hay nadie a quien imputar responsabilidad por el resultado producido, si éste aparece como un caso fortuito, un riesgo general de la vida o, en todo caso, como un riesgo no prohibido, entonces debe soportarlo aquél sobre quien recae.

En el ámbito del contagio hospitalario se dan ejemplos de todas esas diversas situaciones mencionadas. Con todo, sí conviene precisar que las alusiones al contagio hospitalario más clásicas en nuestra jurisprudencia -y que todavía es posible encontrar responden a una estructura peculiar. El sujeto que ha creado dolosa o imprudentemente un riesgo para otro, quien, a su vez, ha sido sometido tras sufrirlo a un tratamiento médico-sanitario, argumenta en su defensa que el resultado lesivo finalmente producido no le es imputable, sino que se debió precisamente a una infección contraída en el hospital, de modo que el contagio hospitalario ha interrumpido el nexo de

imputación, impidiendo que el resultado se le impute a la conducta inicialmente realizada. Este es el caso que contempla, por ejemplo, la STS de 21 de diciembre de 1993, ponente Díaz Palos; o el ATS de 16 de octubre de 1996, ponente De Vega Ruiz.

2. CONTAGIO Y RELACIÓN DECAUSALIDAD

Los ejemplos anteriores ponen de relieve cómo el Tribunal Supremo, para rechazar la interrupción del nexo de imputación, a lo primero que procede es a constatar los aspectos del supuesto fáctico relativos a la relación de causalidad. Ello es correcto en el abordaje jurídico general del problema del contagio hospitalario. Así, respecto a los dos ejemplos standard: la infección postoperatoria¹ y la transfusión.

El sujeto A sufre un traumatismo en una pierna, lo que hace preciso su tratamiento médico-quirúrgico. Tras la intervención, se detecta una infección de gangrena. Al no poder ser contenida ésta, se hace precisa la imputación de la pierna afectada.

La gestante B, debido a ciertas incidencias durante el parto, recibe una transfusión de sangre. Un tiempo después se constata que ha sido contagiada del virus del sida.

Al subrayar la importancia práctica del examen de la cuestión de la relación de causalidad en estos casos no se quiere indicar ni que la determinación de una causa extrahospitalaria de la infección excluya, per se, la responsabilidad hospitalaria por el resultado que se produzca, ni, viceversa, que la constatación de una causa hospitalaria conduzca a una atribución de responsabilidad. En cuanto a lo primero, debe señalarse que, aunque el contagio se haya producido fuera del hospital, puede surgir

* Este trabajo es una versión revisada del texto de la ponencia presentada por el autor en el marco del VIII Congreso "Derecho y Salud" (Santiago de Compostela, noviembre de 1999).

¹ Así, por ejemplo, en un caso de amputación de un miembro por una infección hospitalaria de gangrena gaseosa postquirúrgica, la STS (1ª) de 21 de julio de 1997, ponente O'Callaghan Muñoz; o, para un caso de fallecimiento por infección hospitalaria de tétanos postquirúrgico, la STS (1ª) de 9 de diciembre de 1998, ponente O'Callaghan Muñoz.

responsabilidad dentro de ésta por la incorrecta no detección o el inadecuado tratamiento de la infección (Este tema se debate en la SAP Valencia, secc. 2.ª, de 24 de septiembre de 1998, ponente Andrés López del Baño); en suma, nos hallamos ante un problema general, en su caso, de imprudencia médica. Ahora bien, precisamente por ello, debe señalarse, con todo, que la cuestión del origen de la infección es importante, puesto que el responsable concreto, dentro del centro sanitario, del resultado de una infección hospitalaria y extrahospitalaria no será nunca la misma persona. En cuanto a lo segundo, es obvio que la constatación de una relación de causalidad por sí sola no conduce a una atribución de responsabilidad: es necesario que el riesgo que incorpora el curso causal pueda ser calificado como riesgo prohibido y, a la vez, que pueda imputarse a la imprudencia de algún sujeto concreto. y ello no va de suyo; a pesar de los problemas que conlleva la realización ex post de los juicios teóricos ex ante ya pesar de la creciente tendencia a transformar las desgracias en ilícito de alguien.

La determinación de la relación de causalidad está orientada, en Derecho penal (ya diferencia, por ejemplo, del Derecho civil de daños: STS -1ª- de 26 de mayo de 1997, ponente González Poveda) a la construcción de una relación de imputación personal. Así pues, la individualización del factor infeccioso no es suficiente si no va acompañada de la precisión de la fuente de la infección; en este punto, los principios de presunción de inocencia y de "in dubio pro reo" son determinantes. Quiere con ello significarse que la determinación de que la causa del resultado ha sido una genérica "infección hospitalaria", sin que se pueda precisar más, impide de entrada toda imputación penal. Los problemas que se pueden dar en este punto los refleja muy bien la SAP Granada de 1 de febrero de 1999, ponente Ramos Almenara².

En cuanto a las reglas para determinar la fuente de la infección, seguramente debe tomarse como base el criterio sentado por la STS de 23 de abril de 1992: basta con tener un componente necesario de una explicación suficiente del resultado y con poder excluir explicaciones alternativas (ello, aunque se desconozca el modo en que se ha desarrollado el proceso eficiente de producción de la lesión). Así, la STS (1ª) de 18 de febrero de 1997, ponente Almagro Nosete, en un caso de contagio de hepatitis C y de SIDA, es muy expresiva del modo de acreditar la fuente de la infección: para la hepatitis C es determinante que se trate de una enfermedad de origen funda-

mentalmente posttransfusional y que el período de incubación sea de 3 a 12 semanas desde el contagio, siendo así que en el caso transcurrió en tomo a un mes entre la transfusión y la aparición de los primeros síntomas de la hepatitis. En cuanto al SIDA, se entiende determinante, de nuevo, el que los primeros síntomas se correspondieran con los períodos de incubación, así como el que no se hubiera acreditado que el fallecido demandante perteneciese a grupo alguno de especial riesgo, ni que con posterioridad a las transfusiones antes mentadas hubiera llevado a cabo conductas aptas para producir el contagio de la citada enfermedad³.

3. EL "RIESGO NO PERMITIDO" DE INFECCIÓN

En todo caso, la imputación a una persona concreta del contagio sufrido por un paciente exige que se constate que dicho contagio ha sido debido a un riesgo no permitido. No son riesgos no permitidos aquellos que resultan objetivamente imprevisibles, u objetivamente inevitables.

Así, la STS (1ª) de 7 de junio de 1994, ponente Barcala Trillo-Figueroa, entendiéndose, a propósito de una infección postoperatoria, que no existen medidas de asepsia que puedan eliminar la bacteria "clostridium perfringens" de un quirófano.

Tampoco lo son aquellos que, aunque pudieran estimarse, en alguna medida, previsibles y evitables, proporcionan, con su permisión, mayores beneficios que los que resultarían de su prohibición.

Así, por ejemplo, cabe que suceda con los microorganismos resistentes que pueden existir en centros hospitalarios ya los que se pueden vincular ciertas infecciones. Pese a que el riesgo de infección asociado a tales microorganismos es previsible -y, en algunos casos, evitable, si se renunciara a la actividad hospitalaria o al modelo actual de organización de la actividad hospitalaria cabe entender que nos hallamos ante un riesgo permitido, en la medida en que se adopten, para su contención, todas las medidas compatibles con el funcionamiento del sistema.

Un problema especial puede suscitarse respecto de aquellos focos de infección cuya neutralización, sin llegar a lo anterior, tuviera importantes costes económicos. En este caso, en principio, debe partirse de la inexistencia de un riesgo permitido, salvo que los costes fueran tan importantes que pudieran poner en cuestión el propio mantenimiento del sistema sanitario.

² Cfr. también STS de 13 de febrero de 1997, ponente Martínez-Pereda Rodríguez.

³ Cfr. similar la STS (1ª) de 11 de febrero de 1998, ponente Gu116n Ballesteros.

En todo caso, partiendo de que en la actividad médico-sanitaria una determinada dimensión de riesgo es ineludible, la cuestión habrá de centrarse en la determinación de cuáles son las cautelas cuya adopción permite estimar que el riesgo se mantiene en el ámbito de riesgos "no prohibidos". Al respecto, debe señalarse que ni los protocolos internos del centro hospitalario, ni las normas administrativas establecen el standard de cuidado jurídico-penal. Esto último resulta especialmente importante, por cuanto ha dado lugar a una cierta discusión. En efecto, se trata de determinar qué debe ocurrir cuando, en sectores sometidos a una detallada regulación administrativa, el profesional médico-sanitario se limita a cumplirla, aunque el estado de los conocimientos científicos (al que se accede a través de las revistas especializadas) indique que tal normativa se halla desfasada y exija la adopción de métodos distintos o adicionales de cautela. El tema es, pues, si el cumplimiento de las normas administrativas da lugar a la estimación de un riesgo permitido. En relación con otro sector profesional, el monografista Paredes Castañón⁴ ha señalado que, sentado el cumplimiento de las disposiciones administrativas reguladoras de una determinada actividad, la regla general⁵ es que no se le pueda imputar una imprudencia punible. Ahora bien, por otro lado admite que cabe que se dé una circunstancia excepcional; en tal caso, cuando a los ojos de todo el mundo o incluso a la luz de los conocimientos especiales del sujeto, se advierte que la situación no es de aquéllas para las que está pensada la regulación administrativa, nos podríamos hallar ante un "fraude de ley". En tal caso, el sujeto debería proceder según una ponderación autónoma de riesgos-beneficios⁶, de modo que podría incurrir en imprudencia punible.

En el ámbito sanitario, un caso en el que esta cuestión hubo de barajarse fue el relativo a las "transfusiones de sangre contaminada" del Hospital de Bellvitge: STS de 18 de noviembre de 1991, ponente De Vega Ruiz (Rep. La Ley 12.253). En efecto, en tal caso las pruebas de detección de anticuerpos del VIH sólo se establecieron como obligatorias en Cataluña en virtud de una Orden de la Generalidad de 10 de octubre de 1986. Se planteaba,

⁴ PAREDES CASTAÑÓN, Límites de la responsabilidad penal individual en supuestos de comercialización de productos defectuosos: algunas observaciones acerca del "caso de la colza", Poder Judicial 33, pp. 421 y ss.

⁵ PAREDES CASTAÑÓN, Poder Judicial 33, p. 425, matizando las tesis de la propia sentencia de la colza a partir de una perspectiva centrada en la ha de quedar también exento de toda responsabilidad jurídica, incluso aunque, como consecuencia de la conducta, se acabe por producir un resultado disvalioso".

⁶ PAREDES CASTAÑÓN, Poder Judicial 33, pp. 427-429.

entonces, si cabía imputar a título de imprudencia la transmisión del VIH producida en una transfusión realizada con anterioridad a esa fecha; la cuestión era, pues, si sólo la Orden de la Generalidad permitía configurar una norma de cuidado infringida. La sentencia no lo entiende así. Por el contrario, se subraya que "la imprudencia, si es temeraria, por inobservancia de las más elementales normas de precaución y cautela, no precisa la remisión a norma reglamentaria alguna". O, de modo similar, pero más concreto, que "la Orden de la Generalidad no condiciona necesariamente las conductas imprudentes acaecidas con anterioridad ni es en ningún caso constitutiva per se de la actividad culpable incardinada en el texto articulado je1565, vigente entonces, por hechos posteriores". O, en fin, que "...la imprudencia temeraria no es infracción en blanco, no depende de norma reglamentaria alguna, que puede existir, pero que no es de concurrencia inexcusable para el tipo. La valoración de la culpa está por encima del cumplimiento o incumplimiento de la susodicha Orden, aunque, se repite, su contenido en algún caso sirva para aseverar las características y requisitos del delito en sí.

En sentido opuesto, sin embargo, la SAP Barcelona (secc. 6ª) de [7 de julio de 1993, ponente Perea Vallano (Actualidad penal Audiencias 207), en relación asimismo con un caso de contagio del VIH, afirmaba que "no puede estimarse que obra con olvido de las más elementales normas de precaución -lo que constituye la esencia de la imprudencia temeraria el que ajusta su actuar a lo establecido en la ley dentro de los supuestos por la misma contemplados (...) no pudiendo por tanto exigirse de los acusados otra conducta que la del fiel cumplimiento de lo al respecto ordenado por las autoridades sanitarias competentes. Ciertamente es que la medida resultó insuficiente y hubo de ser sustituida por la obligatoriedad de las pruebas de detección de los anticuerpos del VIH, más ello no implica la existencia de una responsabilidad penal (...) por parte de los acusados, por el hecho le no anticiparse al criterio mantenido por las autoridades sanitarias, cuando los hechos enjuiciados se produjeron, lo que no les es jurídicamente exigible a lo menos en el ámbito penal".

El criterio de esta última sentencia no es asumible. Sin embargo, tampoco lo sería el opuesto, según el cual el baremo del cuidado debido habría de venir constituido por los conocimientos individuales del sujeto. Como la jurisprudencia civil ha ido poniendo de manifiesto⁷, la

⁷ Por ejemplo, STS (1ª) de 28 de diciembre de 1998, ponente Sierra Gil de la Cuesta; STS (1ª) de 9 de marzo de 1999, ponente García Varela. Cfr. asimismo la STS (3ª) de 31 de mayo de 1999, ponente González Navarro, con cita del art. 141 de la LRJAP en su redacción por la Ley

imprudencia (objetiva) se determinará con arreglo a los standard científicos o técnicos cuya existencia pueda constatarse en el momento de que se trate, con independencia de que los mismos hayan sido recogidos -o todavía no por la normativa administrativa. Ello da lugar a alguna sentencia civil que, de entrada, podría resultar sorprendente, pero que, a mi juicio, resulta plenamente correcta. La STS (1.^a) de 18 de febrero de 1997, ponente Almagro Nosete, tuvo ocasión de pronunciarse sobre un caso de contagio de la hepatitis C y del SIDA {por transfusión de sangre) en el que los hechos se habían producido antes de que se dispusiera de los conocimientos necesarios para detectar los virus correspondientes. La sentencia acepta en este punto el alegato de los recurrentes. Sin embargo, termina concluyendo la existencia de imprudencia. En efecto, consta que en el momento de producirse los hechos se conocían estadísticamente los riesgos de las transfusiones (aunque ello no obstará a su práctica en casos de riesgo vital) -obsérvese aquí el argumento en términos de riesgo permitido⁸-. Ahora bien, en el caso no existía un riesgo vital y, además, se disponía de terapias alternativas a la transfusión. Así, lo diligente habría sido prescindir de la transfusión como única vía absolutamente segura de evitar el contagio, o, al menos, haber procedido a informar al paciente de todos los riesgos que comprendía la transfusión para obtener su consentimiento informado.

En efecto, en el caso se pone de relieve lo siguiente. El riesgo de contagio surge que surge de la transfusión se hace, en principio, no permitido en función de su carácter previsible y evitable. La previsibilidad (en el grado que sea) se obtenía del dato estadístico que asociaba contagio a transfusión. Su evitabilidad, por el hecho de que, renunciando a la transfusión, se excluiría el contagio. Por tanto, el riesgo podía ser no permitido incluso antes de que se dispusiera de los conocimientos en cuya virtud fuera posible detectar y aislar el virus. Ahora bien, dicho riesgo podría estimarse permitido en la medida en que la renuncia a la transfusión causara males mayores que su práctica. En tal caso, la transfusión, realizada con las máximas cautelas posibles, no constituiría un riesgo

4/1999, de 13 de enero: "No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquéllos..."

⁸ En los casos de riesgo vital en que se opta por la transfusión, a su vez arriesgada, en realidad es dudoso que se pueda hablar de riesgo permitido. Surge, en concreto, la duda de si se trata de un riesgo permitido -que no genera responsabilidad civil o de un estado de necesidad -que sí la generaría. El tema precisa de un estudio más detallado: las fronteras entre riesgo permitido y estado de necesidad en los delitos imprudentes.

prohibido. Ahora bien, ése no sería el caso de las transfusiones practicadas en casos en que no existía riesgo vital y en los que, además, se daban terapias alternativas.

4. LA IMPUTACIÓN DEL RIESGO (EN COMISIÓN ACTIVA Y EN COMISIÓN POR OMISIÓN)

El riesgo de contagio puede imputarse a quien lo crea activamente o bien, en comisión por omisión, a quien, habiéndose comprometido a impedir su aparición o, en todo caso, a controlarlo, no lo hace. A efectos de imputación de responsabilidad, éstos son, en efecto, los dos grandes grupos: Por un lado aquél que la infección resulta de un proceso en el que se da una intervención médico-sanitaria activa; por otro lado, aquél en el que se produce desde el medio hospitalario, sin intervención activa alguna, pudiendo imputarse, sin embargo, el surgimiento del riesgo de infección y/o su realización en un determinado resultado a alguien que había asumido el control de dicho riesgo.

En cuanto a la imputación activa, deben sin embargo distinguirse situaciones distintas: así, la intervención quirúrgica (o, en general, médico sanitaria) con instrumental contaminado (así, por ejemplo, en un caso en el que se trataba de una implantación mamaria no convenientemente esterilizada, la SAP Zaragoza (secc. 3^a), de 16 de julio de 1998, ponente Rodríguez de Vicente Tutor); la transfusión de sangre contaminada; la exposición del paciente al contacto con personal hospitalario portador asintomático o con otros pacientes ya infectados; o bien intervenciones que no producen directamente la infección, pero facilitan que ésta se produzca (así, la exploración agresiva o intervención quirúrgica como factores que abren barreras del organismo y posibilitan la infección; o la provocación de inmunodepresión como consecuencia de un determinado tratamiento médico); o la agravación de una infección ya contraída en el medio por un tratamiento inadecuado. Respecto a todas estas variantes es preciso analizar si las referidas situaciones, en el momento de realizarse las conductas en cuestión, aparecían como riesgos imprevisibles, inevitables, o, en Última instancia, permitidos en función de la correspondiente valoración de costes y beneficios; de lo contrario, se darán las bases para una imputación jurídico-penal (a reserva de lo que luego se indica sobre el principio de autorresponsabilidad)⁹.

⁹ En todo caso, muchas de estas conductas, aun cuando puedan representar una contribución al resultado de infección, no expresan un domi-

En cuanto a la imputación omisiva, deben distinguirse dos grandes subgrupos: la omisión de deberes de aseguramiento por parte de quien ha asumido la neutralización del propio riesgo de infección (desinfección o control de la aparición de infecciones)¹⁰; y, una vez producido el contagio, la omisión de deberes de aseguramiento por parte de quien se ha comprometido a evitar que el riesgo ya surgido produzca efectos trascendentes (evitación de que la infección ya contraída redunde en un efecto lesivo más grave). Por lo demás, en uno y otro caso la imputación se vincula al hecho de que la realización de la conducta indicada-y no llevada a cabo hubiera impedido el resultado (según un juicio ex post).

Con todo, lo anterior se ve sustancialmente modificado por el hecho de que la actividad médico-sanitaria tenga lugar normalmente mediante la intervención de una pluralidad de personas y, además, en estructuras complejas. Ello genera un doble fenómeno. En el plano horizontal, la vigencia del principio de autorresponsabilidad (que progresivamente va ocupando el lugar del principio de confianza), de modo que no toda aportación causal al resultado da lugar a una imputación de responsabilidad, sino sólo aquella que además implica la infracción de los deberes de cuidado específicamente correspondientes a la posición jurídica ocupada por el sujeto. En el plano vertical, la posible imputación de responsabilidad por la vulneración de deberes de coordinación y vigilancia, de modo acumulativo a la responsabilidad del inferior o, incluso, de modo excluyente, cuando la única vulneración jurídica que puede hallarse es la del referido superior.

A propósito de una infección por el abandono de material quirúrgico en el interior del cuerpo del paciente, analiza esta cuestión la SAP Alicante (secc. 1ª) de 29 de enero de 1998, ponente González Pastor.

Precisamente por el hecho de que la actividad médico-sanitaria tiene lugar en un contexto de intervención (y no intervención) de diversos sujetos, lo usual será que se den también problemas en cuanto a la posible incidencia de la figura de la prohibición de regreso. Así, cuando a una intervención activa de contagio le sucede una omisión de control del riesgo producido por el contagio. O bien cuando a la omisión de evitación de aparición del propio foco infeccioso le sucede otra omisión de evita-

nio sobre el riesgo de la infección; Se tratarla, respecto a ellas, de imputar una participación imprudente en un hecho de autoría imprudente realizado por otro.

¹⁰ Conviene subrayar que es posible que esta función de desinfección o de control de focos infecciosos haya sido delegada por el centro sanitario en un tercero: por ejemplo, una empresa especializada.

ción de las consecuencias lesivas de la propia infección contraída por el paciente.

5. EL CASO MÁS TRASCENDENTE: "LAS TRANSFUSIONES DE SANGRE CONTAMINADA". STS DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1991, PONENTE DE VEGA RUIZ

5.1. Resumen de hechos

En el Hospital "Príncipes de España" de Bellvitge se practicaron 2.284 transfusiones de sangre sin realizar pruebas de detección de los anticuerpos del VIH, pese a la existencia de un consenso en el ámbito científico sobre su procedencia, e incluso después de que el 10 de octubre de 1986 una Orden de la Generalidad de Cataluña estableciera su obligatoriedad en el territorio de la Comunidad Autónoma. Ello dio lugar a la infección de diversos pacientes con el referido virus. Fortunato F.G. era, por aquellas fechas, Director-Gerente del Hospital. En virtud de su contrato "se le atribuían las más amplias facultades para realizar las funciones de gestión (representación, dirección y organización) del ámbito asistencial que le correspondían ostentando entre otras la Dirección de las Comisiones de Dirección y Administración del Hospital; sin embargo, se desentendió de su obligación de velar por el cumplimiento de la orden referida, a pesar de que desde el 17 de agosto de 1985 conocía la importancia del tema, determinando esa falta de vigilancia, respecto al cumplimiento de la normativa, que se verificaran las 6.226 donaciones, así como las 2.284 transfusiones con inobservancia de aquella, aun cuando por su carencia de conocimientos médicos y científicos el acusado no pudiera prever las consecuencias que esas transfusiones, carentes de las oportunas pruebas de detección de anticuerpos antiviral VIH, pudieran producir en los pacientes".

Por su parte, el Dr. José María C.M. era el Director Médico del Hospital. A él le correspondía "dirigir, coordinar y evaluar las actividades clínicas del Hospital, así como llevar a término el seguimiento de los diversos servicios o unidades asistenciales, evaluando su nivel de calidad y proponiendo las medidas necesarias para su mejora". Había asumido la función de examinar las propuestas de orden del día de las Comisiones de Administración. Conocedor del estado de la cuestión en la ciencia sobre la necesidad de realización de las pruebas, no atendió ni a una carta de la Dra. Carmen F.C. (Jefa del Servicio de Hematología y Hemoterapia) en tal sentido, ni a la propuesta de adquisición de reactivos, cuya incorporación al orden del día de la Comisión de Administración

del 6 de noviembre rechazó. El Dr. Javier A.B., Jefe de Suministros, aceptó tal decisión, al ser José María C.M. el Director Médico. y cuando la Dra. Carmen F.C., el 7 de noviembre, comunicó a José María C.M. el contenido de la Orden de 10 de octubre, éste no adoptó medida alguna hasta el 26 de febrero de 1987.

La Dra. Carmen F.C. adoptó las iniciativas referidas, pero, sabedora de todo lo anterior, en vez de dirigirse a otros centros hospitalarios, que tenían técnicas en marcha para realizar detecciones o recurrir a otros bancos de sangre, adoptando medidas tendentes a evitar transfusiones de sangre con anticuerpos, no lo hizo, pese a que sabía el riesgo de transmisión que con ello se corría, determinando de esta forma las referidas donaciones y transfusiones.

En fin, Antonio R.B., al igual que Roberto Ramón S.B., era médico adjunto del banco de sangre, dirigido por el Dr. Pedro A. de S. Antonio gozaba de la confianza de Carmen F.C., a la que en ocasiones sustituía, por delegación de la misma, pero carecía en la práctica de capacidad decisoria que le permitiera incidir en los hechos relatados.

Fortunato ni siquiera fue acusado del delito de lesiones imprudentes; si lo fueron, en cambio, Carmen y José María, condenados en instancia por tal concepto. Por lo demás, los tres fueron acusados y condenados por la Audiencia por los delitos del art. 343 y 343 bis del Código entonces vigente. El Tribunal Supremo casa la sentencia, absuelve a los tres del delito de expedición de medicamentos y condena a José María por un delito de lesiones por imprudencia temeraria ya Carmen por una falta de lesiones por imprudencia simple.

5.2. La asignación de responsabilidades en una cadena jerárquica compleja

De las muchas cuestiones que plantea el caso, algunas ya comentadas más arriba, aquí interesa destacar la que deriva de la existencia en el mismo de cadenas de delegación que abarcan desde la cúspide del centro hospitalario hasta los últimos intervinientes (ejecutores materiales) en el hecho. En casos como éste se observa una de las características del Derecho penal moderno, cual es la relativa al progresivo alejamiento de la atribución de responsabilidad del hecho de la ejecución material. Las estructuras básicas de imputación son entonces la autoría mediata y, sobre todo, la comisión por omisión.

La realización (y aceptación) de un acto de delegación de competencias o funciones tiene como efecto

inmediato modificar las situaciones de competencia de partida. En lo que aquí interesa, ello conlleva, asimismo, una transferencia de responsabilidad. La delegación crea una nueva "posición de garantía": la del delegado. Esto es, proyecta sobre este sujeto un nuevo ámbito de organización y de responsabilidad, al producirse una ampliación de su esfera de competencia en virtud de la asunción de funciones de control de riesgos.

Ahora bien, el acto de delegación, si bien es cierto que constituye una nueva (o unas nuevas) "posiciones de garantía" sobre el (o los) delegado/s, no cancela la posición de garantía que ostentaba el delegante. Por el contrario, el delegante mantiene una posición de responsabilidad residual (o lo que, en otros términos, podría denominarse el resto de su posición originaria de responsabilidad), en la medida en que también retiene algunas competencias a las que a continuación aludiremos. Ello dará lugar, por lo demás, a la apreciación de algunas hipótesis de responsabilidad cumulativa de delegante y delegado, este último con base en las funciones asumidas (compromiso de contención de un cierto ámbito de riesgos con las competencias transferidas) y el primero con base en las competencias retenidas.

En realidad, partiendo de que la delegación convierte al delegado en protagonista fundamental del hecho, el delegante si retiene competencias, que pueden incidir en una atribución de responsabilidad al mismo en el caso de que se produzca un hecho penalmente relevante. En particular, ostenta la competencia de selección del delegado; la de vigilancia y supervisión de su actuación; la de información y formación; la de dotación de medios económicos y materiales; la de organización y coordinación de la actuación armónica de los delegados; etcétera. Ahora bien, conviene subrayar que, en general, de tales competencias y su defectuosa ejecución no cabe desprender, en el caso de que se produzca un hecho delictivo, una responsabilidad a título de autor, sino únicamente a título de partícipe. Así, ejecutado el hecho activamente por un inferior jerárquico (un empleado subordinado), el delegado, que ha asumido la función de control directo de los riesgos derivados de tal actuación, si -pudiendo y debiendo en atención a su competencia no lo evita, podrá ser estimado autor en comisión por omisión. En cambio, el delegante, que eventualmente infringiera su deber de supervisión, y consiguientemente no instara al delegado a ejercer tal control, solamente podrá ser estimado partícipe en comisión por omisión (pues su conducta no equivale según el sentido del texto de la ley a la comisión activa en calidad de autor): él no ostenta ya la competencia directa de evitación del hecho -que ha transferido-, sino

que sólo retiene la competencia de instar a la evitación. Por lo demás, en buen número de casos, la naturaleza de la intervención del delegante en el hecho será la de una contribución imprudente (infracción de deberes de cuidado en la supervisión, coordinación, selección, etc.), lo que ha de conducir frecuentemente (a la luz de lo dispuesto en el art. 12 CP) a la impunidad. Por contra, en el caso de que sea el propio delegado el que cometa activamente un delito en calidad de autor, la aportación del delegante podría llegar a ser calificada de autoría en comisión por omisión, en términos similares a los indicados más arriba. Todo lo anterior, como puede observarse, pone claramente de relieve la posibilidad de una acumulación de responsabilidades de delegante y delegado que, sin embargo, deja en un papel secundario, a veces determinante de la impunidad, al referido delegante. Ello puede ser especialmente patente en el caso, nada infrecuente, de la existencia de cadena de delegación.

La regla general, con todo, es la siguiente: se estima autor en comisión activa a quien ~ el hecho activamente de modo directo o mediato (esto es, instrumentalizando a otros); participe en comisión activa es todo aquél que contribuye activamente al hecho del autor (salvo que se limite a realizar labores "standard", fungibles, sin propia connotación delictiva); autor en comisión por omisión será, en principio, sólo aquél en cuya esfera de competencia se hallaba la evitación directa del hecho (esto es, en principio, sólo el superior jerárquico inmediato a quien ejecutó activamente el delito; o, en el caso de cosas peligrosas, quien ostentara el control inmediato sobre las mismas); participe en comisión por omisión serán, en cambio, todos aquellos otros superiores (mediatos) en cuya esfera de competencia se hallaba la posibilidad de instar a la evitación del hecho. A todas estas estructuras debe superponerse el carácter doloso o imprudente del hecho de cada sujeto (algo que puede ser determinante a la hora de atribuir responsabilidad). Y, en fin, debe tenerse en cuenta la posibilidad de apreciar la concurrencia de alguna eximente en estos sujetos, con las consecuencias conocidas.

Un caso singular -pero, a mi juicio, de gran trascendencia- es aquél en el que el delegado, que carece de los medios para cumplir eficazmente con su función de control de riesgos, porque el delegante no se los suministra, se mantiene no obstante en su posición de competencia y responsabilidad. A mi entender, este tema podría ser planteado desde dos perspectivas. La perspectiva más clásica, vinculada a las nociones de causalidad, previsibilidad o deber genérico, llevaría a la atribución de responsabilidad al delegado. Pues se entendería que éste,

pese a su imposibilidad actual de cumplir con su deber, habría de responder conforme a la estructura, usual en Derecho penal, de la actio libera in causa, según la cual responde quien provoca o no evita el advenimiento de una situación en la que no es dable (ni a él mismo) la evitación del hecho delictivo. En supuestos de esta naturaleza, pues, el delegado que se mantiene en su posición (que no renuncia) y actúa -con previsibilidad- u omite -con previsibilidad y deber general respondería de modo cumulativo con el delegante. Una perspectiva moderna, sin embargo, pondría de manifiesto -según creo- que la competencia para la dotación de medios no ha sido, en puridad, "delegada", sino precisamente retenida por el delegante. Es a éste -y sólo a éste a quien corresponde cumplir con ella. Al delegado le incumbe simplemente percibir de la ausencia de medios y, en tanto ello no se subsana, cumplir con su deber: hacer frente al riesgo asumido con los medios existentes. Aunque no cabe duda de que el tema merece discusión, en el caso de que la producción del resultado se produjera por la ausencia de medios, este punto de vista haría responsable sólo al delegante. Incluso aunque el delegado hubiera causado de modo previsible el resultado.

5.3. Aplicación al caso

El estudio de las cuestiones que plantea el caso desde la perspectiva adoptada puede subdividirse en tres bloques. Por un lado, lo relativo a la responsabilidad de los cirujanos y miembros de sus equipos, en el curso de cuyas intervenciones se producían las transfusiones contaminantes; así como a los subordinados de la acusada Carmen en el servicio de hematología y hemoterapia. Por otro lado, la relación vertical de delegación existente entre José María y Carmen y los problemas peculiares que la misma muestra dada la configuración del caso. En fin, la responsabilidad de Fortunato -siendo discutible si la relación entre éste y José María es, a su vez, una relación "horizontal", participando de las características propias de las mismas (separación de esferas, principio de confianza en la visión clásica del problema) o "vertical", participando de los mismos problemas de "delegación"-.

5.3.1. *La responsabilidad de los "ejecutores inmediatos" (cirujanos, subordinados del servicio de hematología, etc.)*

Esta cuestión no fue abordada por el Tribunal Supremo. En efecto, la mayor parte de ellos ni siquiera fueron acusados ante la Audiencia Provincial; y en el caso de Roberto Ramón, la propia Audiencia lo absolvió. Sin embargo, convendría efectuar una primera reflexión,

que puede ser luego extensiva a otro de los casos objeto de estudio y que, por lo demás, ha de constituir una de las cuestiones debatidas a propósito de la imputación en estructuras jerárquicas de empresa. Verbigratia ¿Por qué no se imputa responsabilidad a los sujetos situados en tales niveles jerárquicos inferiores, aun cuando se trate de un delito común y éstos hayan realizado una aportación causal directa al resultado lesivo?

Las soluciones tradicionales han acostumbrado tomar como base la existencia de un error (normalmente vencible) de tipo o de prohibición, o de una situación de no exigibilidad, o en concreto la concurrencia de obediencia debida, cuya aplicación al ámbito laboral había experimentado un cierto auge en los últimos años de vigencia del Código ahora derogado. Sin embargo, en el caso en cuestión, como en tantos otros -podría decirse que todos que se manifiestan con exacta configuración en la delincuencia de empresa, nada se comenta al respecto. Sí se resalta, a propósito de la responsabilidad de Antonio, que carecía de capacidad decisoria que le permitiera incidir en los hechos relatados. Ello parece aludir a un criterio de gran interés: el criterio de la competencia. Según este criterio, podría afirmarse que cuando un sujeto contribuye naturalísticamente a la producción de un resultado siendo así que éste, sin embargo, discurre al margen de su esfera de competencia en términos normativos, entonces dicho sujeto no responde. Ocurre, sin embargo, que tradicionalmente ese criterio ha sido utilizado para definir el ámbito de responsabilidad en comisión por omisión, pero no en comisión activa. Desde el punto de vista clásico, quienes realizaran aportaciones causales, dolosas o imprudentes, al resultado responderían, pues, aun cuando la evitación del resultado no perteneciera a su esfera de competencia. Modernamente, sin embargo, asistimos a propuestas, todavía en fase de discusión, según las cuales incluso quien causa un resultado, conociendo o pudiendo conocer que lo hace, no respondería penalmente cuando el proceso de producción del resultado queda fuera de su propia esfera normativa (no física) de control. De ser acogido este punto de vista, ello permitiría sin más fundamentar la exclusión de responsabilidad para los cirujanos y los integrantes de sus equipos que procedieron a causar de modo inmediato la contaminación con el VIH. Ello, aun cuando supieran que la sangre que utilizaban no había sido sometida a la prueba de los reactivos correspondientes. Pues tal cuestión no era de su incumbencia, sino de quienes les suministraban la sangre. Fundamentada de este modo la exclusión de responsabilidad de los miembros de los equipos quirúrgicos, el mismo argumento habría de ser empleado para los integrantes del banco de sangre, así como del servicio de

hematología y hemoterapia. y procede subrayar que no se trata de una mera exclusión de la culpabilidad o de la imputación subjetiva, sino de la propia realización típica objetiva.

5.3.2. La "relación vertical" entre el Director Médico y el Jefe del Servicio de Hematología

Nos hallarnos aquí en una situación expresiva de la relación entre "delegante" y "delegado". Sin embargo, si esto es así conviene examinar con cierto detenimiento por qué se estima que Carmen (delegado y, en esa medida, más próxima al hecho típico que el delegante) incurre en una responsabilidad menor que José María. Desde luego, de entrada, parece que no debería haber duda alguna acerca de que la principal responsable del hecho es Carmen; que ella sería el autor. En efecto, en ella, y en su calidad de Jefe del Servicio de Hematología y Hemoterapia, se ha producido por parte de la Dirección Médica del Hospital la delegación básica del control de los "output" en este terreno. En su condición, Carmen, proporcionando sangre no controlada para las intervenciones quirúrgicas, habría producido -en principio, cabe pensar que activamente, aunque los hechos no son explícitos en este punto relativo al funcionamiento del servicio el resultado lesivo: se trataría de una autoría mediata imprudente. En el caso de que pudiera estimarse que no realizó aportación activa alguna, sí cabría de todos modos practicar una imputación a título de autor en comisión por omisión. El fundamento vendría dado por la no evitación de la conducta de sus inferiores, ésta ciertamente causal respecto al resultado.

Con todo, como se ha señalado, parece admitirse de modo general que la delegación no implica una exención de responsabilidad del delegante. Por el contrario, el delegante retiene una posición de garantía, cuya configuración se extiende a los aspectos más manifiestos de la conducta del delegado (o de los delegados): su selección y formación, su coordinación y dotación de medios, la supervisión de los aspectos más trascendentes de su actuación, etc. José María, por tanto, se encontraba en una posición de garantía cuyo contenido era el reseñado. La Sentencia lo asume en su FJ 24º, al indicar que ya la sentencia de instancia acoge la "...amplia función que el acusado realizaba como Director Médico del hospital, entre las que se encontraba el examen diario de las propuestas de las comisiones de administración, como también acoge el conocimiento que tenía sobre los peligros que suponía la sangre no cribada o no depurada a medio de los reactivos oportunos, con las advertencias o peti-

ciones que la doctora encargada del Servicio de Hematología y Hemoterapia le había sugerido al respecto.

En la modalidad de la comisión por omisión descrita más arriba, el acusado fue consciente del 'medicamento' almacenado y del uso que se hacía del mismo. El acusado voluntariamente disponía, en su entorno, de amplias facultades decisorias en la coordinación, dirección y supervisión de los distintos servicios asistenciales o actividades de docencia o investigación. Voluntariamente, pues, disponía el material médico adecuado dentro de una cuota, no exclusiva, de competencia y de responsabilidad".

Sentada, pues, la concurrencia de un modelo en que ambos, delegante y delegado, son susceptibles de ser hechos responsables, merece mención una constatación fundamental. En concreto, por qué la conducta reiteradamente realizada por Carmen (enviar una carta, proponer la adquisición de reactivos, informar en su momento de la existencia de la orden de la Generalidad) por un lado no es suficiente para eximir de responsabilidad; y, por otro lado, sí lo es para degradar su imprudencia a la categoría de imprudencia simple. Pues ello daría lugar al elemento añadido de que el "autor" (delegado) recibe una pena inferior a la del "cooperador" (delegante). En el caso de que se entendiera que Carmen obró en autoría mediata imprudente, se imputaría un contenido de antijuricidad inferior al autor que al partícipe.

Desde la perspectiva más clásica, la conducta de Carmen no podría estimarse suficiente para la exención de responsabilidad. Pues, en efecto, de considerarse que su intervención fue activa, nada podría excluir su vinculación causal y psicológica. Con el hecho: las transfusiones con sangre contaminada, y de seguirse la vía de la omisión, igualmente se apreciaría la infracción de un deber "especial" y la previsibilidad. Frente a ello no se admitiría el argumento de que Carmen, hizo "lo que podía". Pues en situaciones de esta estructura, en la que el sujeto mantiene su posición de deber a sabiendas de que no va a poder cumplir con el deber asumido podrían apreciarse los elementos estructurales de la "actio libera in causa"¹¹ (o, en otros términos, culpa por asunción) lo

¹¹ La diferencia radicaría en que aquí no se provoca la incapacidad de realizar lo indicado, sino que, atendida la incapacidad constatada, se provoca (o no se evita) el advenimiento, para uno, de la situación típica de peligro (y de deber). Lo correcto en tal caso es, por tanto, (dejando aparte la posibilidad que menciona la sentencia de recurrir de otros centros sanitarios en los que sí se practicaban las pruebas) la resolución de la situación de delegación con la consiguiente devolución de la competencia principal al delegante, lo que, al menos, habría tenido un efecto de liberación personal de responsabilidad.

que impediría eximir de responsabilidad. Es cierto que su conducta podría interpretarse, en un determinado momento, como un "intento de cumplimiento del mandato"; pero tal intento se mostró, en seguida, defectuoso, lo que no impidió que Carmen siguiera contribuyendo del modo expresado a la práctica de transfusiones. Ahora bien, si se adopta la referida perspectiva, resulta más que discutible que la conducta de Carmen deba tener como efecto la transformación de la imprudencia "temeraria" apreciada por la Audiencia en una imprudencia "simple", estimada por el Tribunal Supremo. De hecho, el FJ 13º de la sentencia, dedicado a esta cuestión, no tiene un estilo argumentativo sino que simplemente enuncia la presencia de una disminución de la intensidad del deber de cuidado vulnerado, tratando de mostrarlo como algo evidente. Probablemente, para ello se tuvo en cuenta la concurrencia de una situación de exigibilidad parcialmente disminuida (?), así como los intentos "salvadores" puestos en marcha por la acusada. Sin embargo, estos elementos, que ciertamente podrían tener efecto en la determinación de la pena, no modificarían el hecho de que Carmen, pese a todo, contribuyó de forma directa a la realización¹² de las transfusiones, como la propia sentencia reitera .

Con todo, cabría la posibilidad de adoptar una perspectiva distinta sobre toda esta cuestión. Tal perspectiva partiría de la constatación de que nos hallamos ante el caso, supra aludido, en que el delegante no proporciona los medios necesarios y suficientes para el cumplimiento de la función por él delegada y asumida por el delegado. En tal caso, es desde luego cierto que el delegado causa o no impide (de modo previsible) el resultado. Pero también lo es que no ha vulnerado las reglas de la competencia asumida. Pues la competencia de proporcionar tales medios no ha sido delegada, sino, por contra, precisamente retenida por el delegante. Desde esta perspectiva, más atenta a la distribución de competencias ya la configuración de las respectivas esferas, el delegado se comportaría correctamente (de modo "adecuado a rol") cumpliendo su función con los medios de que dispone y haciendo notar sus deficiencias en el caso de que éstas se

La duda en estos casos surge del hecho de que la "devolución de la competencia" no implica en absoluto que se vaya a evitar el resultado.

¹² Sobre el alcance del deber en estos casos cfr. STS 1ª de 18 de febrero de 1997, ponente Almagro Nosete, "reducir el uso de las transfusiones a los supuestos de riesgo vital o de graves e irreparables consecuencias para la salud del paciente, cuando no existiera método terapéutico alternativo, y, de otra parte, a informar al enfermo, que en el caso presente se hallaba plenamente consciente y lúcido, de los posibles efectos gravosos para su salud a que podía dar lugar la transfusión a que iba a ser sometido, de modo que pudiera dar a la misma una conformidad fundada en el conocimiento exacto de dichos efectos y asumiendo el riesgo de que llegaran a hacerse realidad".

produzcan. La realización de conductas distintas entraría dentro del ámbito general de los deberes de solidaridad, no de los presupuestos de una exclusión de la imputación imprudente de resultados. Obsérvese cómo desde esta perspectiva el comportamiento de Carmen no se mostraría imprudente: pues cumplió su función con los medios puestos a su disposición y requirió reiteradamente los reactivos necesarios por el conducto oficial (carta al superior jerárquico, promoción oficial del correspondiente expediente, incluso comunicación verbal). Otras iniciativas, como la mencionada en la sentencia de recurrir a otros centros, no parece que le correspondieran directamente en función de su competencia, sino que, de nuevo, habrían de ser adoptadas por el director médico del propio centro; y, por supuesto, le habría sido posible denunciar el hecho a los medios de comunicación. Sin embargo, esto último respondería más bien al cumplimiento de un deber general de solidaridad con los pacientes de las transfusiones que al cumplimiento de sus funciones en la estructura orgánica del centro¹³.

A la vista de todo lo expuesto, se advierte que el Tribunal Supremo no sigue coherentemente ninguno de los dos puntos de vista. Pues, o bien el tema correspondía a la esfera de competencia del delegado, en cuyo caso la responsable principal sería Carmen, con independencia de la responsabilidad cumulativa de José María, como delegante supervisor. O bien, el tema corresponde a la exclusiva competencia del delegante, en cuyo caso el único responsable es José María, pasando Carmen a integrar el grupo de sujetos que contribuyen al hecho sin que éste se produzca en su "esfera normativa de control". El Tribunal Supremo adopta una solución intermedia, que no acaba de dar razón de ninguna de las perspectivas teóricas posibles y, sobre todo, resulta de muy difícil fundamentación dogmática.

Por lo que hace al acusado José María, debe subrayarse que, a su inicial título de competencia basado en la posición originaria de control sobre los servicios del centro y, en particular, en la competencia para el suministro de medios para los mismos, añade un título de imputación adicional: la interrupción del curso salvador interpuesto por Carmen, al impedir que el expediente por ella promovido llegara siquiera a conocimiento de la

¹³ Por otro lado, su dimisión habría tenido como efecto ciertamente que incluso la perspectiva más clásica hubiera apreciado una exención de responsabilidad. Pero no se advierte qué repercusión habría tenido ello en el modo de funcionamiento del centro. De todos modos no parece que ello debiera examinarse desde la perspectiva del "comportamiento alternativo adecuado a Derecho". Pues según lo dicho, su conducta sería, desde la perspectiva de la imputación a título de imprudencia, "conforme a Derecho".

comisión de administración, cuyo orden del día revisaba. A la vista de todo ello, no cabría duda sobre la atribución de responsabilidad realizada.

5.3.3. La responsabilidad del Director-Gerente

Desde una perspectiva fáctica, como supra se adelantaba, resulta dudosa la posición de Fortunato en relación con José María. En particular, si es ésta una "relación horizontal" entre esferas de competencia situadas al mismo nivel, por el contrario, puede interpretarse que Fortunato es un superior jerárquico de José María, de modo que se encuentra en la cúspide de la "relación vertical" que antes comentábamos. Sea como fuere, en el caso objeto de análisis la posición de este acusado es singular. Debe subrayarse que ni siquiera fue acusado" ante la Audiencia de las lesiones imprudentes producidas, probablemente por estimar las acusaciones que la falta de previsibilidad por su parte respecto a tal resultado lesivo, que se deriva en la redacción de hechos probados de la ausencia de conocimientos médicos específicos, hacía inviable tal acusación. Por otro lado, el Tribunal Supremo le absolvió -como a los demás acusados de los delitos de peligro en materia de medicamentos, por razones derivadas de la interpretación del verbo típico "expender o despachar", en el que no se estimó posible subsumir la conducta realizada por todos ellos. La cuestión que aquí interesa -y que trasciende al concreto pronunciamiento del Tribunal Supremo debe, sin embargo, enunciarse del siguiente modo: ¿Puede responder un Director-Gerente de hechos típicos relacionados con la calidad del "medicamento" en un centro en el que existe un Director Médico?

El Tribunal Supremo, de entrada, habría respondido afirmativamente a esta pregunta, al fundamentar la imputación a dicho Director-Gerente de una cooperación necesaria en comisión por omisión en los delitos de los arts. 343 y 343 bis del Código derogado; es más, el Alto Tribunal llega a criticar "el extraño planteamiento de unas acusaciones que excluyeron desde el principio la posibilidad de una actuación culposa (se refiere a las lesiones imprudentes) por parte de este recurrente". Así, en el FJ 19º de la sentencia se indicaba, entre otras cosas, la siguiente:

"...no se preocupó, adecuadamente, como correspondía al cargo que desempeñaba para, entre otros aspectos, vigilar y controlar el suministro, movimiento y estado de los medicamentos y efectos necesarios para la actividad diaria del centro".

"...el acusado tenía el deber de actuar vigilando el material médico, la sangre donada y la sangre transfundida, deber que nacía de la relación contractual por él asumi-

da con el cúmulo importante de obligaciones y facultades para dirigir, desde su cargo, toda la infraestructura del centro médico. Al no hacerlo así, al permitir que no se llevaran a cabo las instrucciones que la Orden de 10 de octubre de 1986 le marcaban para el cribado y las demás pruebas tendentes al control riguroso del síndrome, y al permitir también, en último caso, que el acopio de ese 'medicamento' se realizara, prescindiendo de la referida orden, haciendo caso omiso de lo que ya en distintos hospitales se realizaba al respecto, vino a crear el daño potencial, dio vida al peligro en cuestión".

Como se advierte, la perspectiva adoptada por el Tribunal Supremo se parte de la idea de que Fortunato es un superior jerárquico de José María, puesto que le atribuye la función de vigilancia, que es típica del delegante en el marco de las relaciones de delegación. Sin embargo, tal atribución parece desproporcionada. Existiendo un Director-Médico, la competencia de un Director-Gerente que ni siquiera posee conocimientos médicos no puede extenderse a la vigilancia del material médico. En todo caso, y admitida la dudosa relación jerárquica, se trataría sólo de supervisar de modo muy genérico, y siempre desde perspectivas de gestión racional, la actuación del responsable. Ello se refiere, desde luego, al estado de cosas en la comunidad científica en el tiempo anterior a

la Orden de 10 de octubre de 1986. Pero parece posible incluso referirlo al contenido de dicha Orden. Pues al Director-Gerente incumbe la canalización económica de las propuestas del Director-Médico, quien a su vez es portador de las necesidades de los servicios y las generales del centro hospitalario. Desde el punto de vista de la información y, en concreto, de la valoración médica-clínica de un supuesto concreto, parece claro que el Director-Gerente depende del Director-Médico. En este caso, José María bloqueó todo acceso de la cuestión a la esfera de Fortunato (la comisión de administración del centro). No cabe advertir, por tanto, que haya tenido lugar vulneración de sus propios deberes, aun cuando éstos tuvieran un contenido de vigilancia de la labor del Director-Médico. Por lo demás, si la relación, en lugar de seguir siendo vertical, como la sentencia parece estimar, fuera horizontal, con mayor motivo todavía regiría el principio autorresponsabilidad y de separación de esferas de competencia (en la línea del ya tradicional principio de confianza, pero trascendiendo más allá del mismo); lo que fundamentaría todavía más la ausencia de responsabilidad de Fortunato.

INTRUSISMO EN LAS ESPECIALIDADES MEDICAS (*)

José Antonio Choclán Montalvo
Magistrado de la Audiencia Nacional

Antes que nada, agradecer la amable presentación de nuestro compañero, fiscal jefe y con altas responsabilidades en la carrera fiscal, como es conocido; agradecer a la Asociación Juristas de la Salud la amabilidad que ha tenido en invitarme a este ya octavo Congreso de Derecho y Salud; al margen de fórmulas estereotipadas de cortesía, sino en expresión de un profundo agradecimiento por haber tenido la oportunidad de participar con ustedes en un foro de debate, que ya se ha demostrado cualificado, en el ámbito académico, en el ámbito científico y en el ámbito práctico. En las publicaciones a las que se refería el excelentísimo fiscal jefe, él ha expresado la enorme inquietud de quien les habla de acercar lo que es la teoría y la práctica, algo que en el ámbito de la medicina yo creo que está claro desde hace mucho tiempo. No obstante, no siempre ha estado claro en el ámbito del derecho.

Me corresponde hablarles hoy del problema del intrusismo en las especialidades médicas. Es un congreso sobre derecho y salud, a mí me corresponde hablarles de derecho, pero yo quiero decir que si entre los asistentes hay alguien no jurista le pido disculpas de antemano en la medida en que no sea comprensible lo que les voy a decir. El profesor Viñes ha tenido la certeza de, siendo médico, hacer comprensible su exposición para los juristas. Trataré de estar a la recíproca en lo que a mí compete. Soy consciente que la doctrina del intrusismo en las especialidades médicas ha preocupado sobremanera al sector médico, fundamentalmente a partir de la entrada en vigor del Código penal de 1995. Ello produjo cierta alarma y determinadas consecuencias en el orden social y laboral: algunos despidos de médicos no especialistas que trabajaban para la Administración. He traído un recorte de prensa de aquellas fechas, publicado en el *Diario médico*, de 14 de abril de 1997, en el que se dice concluyentemente: "La nueva regulación del delito de intrusis-

mo aboca a la Administración que mantiene al meste, si existe el especialista disponible, al delito de intrusismo."

Lo primero que debemos decir es que aquella alarma, a mi juicio, es injustificada. y digo que es injustificada porque el problema del intrusismo en las especialidades médicas no es un problema asociado al Código penal de 1995.

Las únicas sentencias firmes de condena de un médico no especialista, tanto por el Tribunal Supremo como en vía de amparo por el Tribunal Constitucional, son sentencias dictadas al amparo de la legalidad vigente con anterioridad al Código penal de 1995. En realidad es un problema ya antiguo que ocupó la atención de los primeros monografistas sobre la materia.

El intrusismo relacionado con la profesión médica se ha planteado en la práctica, fundamentalmente, en tres supuestos. El primero, en relación con la llamada, en sentido amplio, "medicina alternativa" o "medicina popular". Un segundo caso, con relación al ejercicio de la profesión por extranjeros sin título homologado en España. Y, por último, y con una menor frecuencia en la práctica, el problema del intrusismo en las especialidades médicas del que me corresponde hablarles en esta mañana.

El primer problema que ha planteado el intrusismo en el ámbito de la medicina es el de determinar en qué consisten los actos propios de la medicina, es decir, en qué consiste el acto médico. Realmente, en España no existe una configuración jurídica precisa de la profesión del médico. Ello ha determinado también, en la práctica, una dificultad de delimitación con relación a este supuesto que les digo de la medicina alternativa o popular.

En general, se puede decir que el acto médico es aquella actividad tendente a la curación o a favorecer la salud individual que se lleva a cabo aplicando un método científico, un método científico-médico. Ese es el método que se aprende en la Facultad de Medicina. En consecuencia, el acto propio de la medicina es el acto en el que

* Este trabajo es una transcripción revisada de la ponencia presentada por el autor en el marco del VIII Congreso "Derecho y Salud" (Santiago de Compostela, noviembre de 1999).

se aplica el tratamiento médico-científico. Cualquier otra actividad tendente a la curación, al tratamiento de las enfermedades en las que no se aplique este método, queda fuera del ámbito de lo punible desde el punto de vista del intrusismo. Por tanto, hay que distinguir el llamado acto médico oficial o convencional, que es aquel que se imparte en las facultades de Medicina y el acto médico en sentido amplio, que es todo aquel dirigido a la curación o al tratamiento de enfermedades con técnicas alternativas al método científico: técnicas como la de la medicina naturalista, la medicina popular, la actividad desarrollada por sanadores, por curadores espirituales, por curanderos y también en la llamada, más propiamente, medicina alternativa, que si no me equivoco, alude a la acupuntura, al naturópata, al osteópata, al reflexoterapeuta, al radioterapeuta, etc. En estos casos, en consecuencia, no hay delito de intrusismo en cuanto se aplica un método natural, diverso al científico. Estas actividades parasitarias hoy preocupan no ya tanto desde el punto de vista del delito de intrusismo, cuanto desde el punto de vista de los delitos de lesión, por el riesgo que en ocasiones supone, desde el punto de vista del delito de lesión, y también preocupan sobremanera desde el punto de vista de la estafa. El aprovechamiento de la especial vulnerabilidad de la víctima, más fácilmente sugestionable por padecimientos incurables, ha suscitado siempre un interés criminológico desde el punto de vista de la definición del engaño, como elemento característico de la estafa. Esta es la primera cuestión relacionada con el intrusismo en el ámbito médico en la que no me voy a detener más porque lo hago simplemente a título de introducción.

Una segunda cuestión tampoco suscita especiales problemas de tipicidad, cual es la de la no homologación de un título extranjero, toda vez que nuestro precepto penal incide, normalmente, como cuestión prejudicial administrativa, de tal manera que a la penal la existencia o no existencia de títulos le viene de alguna manera ya dada por parte de la jurisdicción administrativa. Sin embargo, el problema todavía es dudoso en cuanto a las especialidades médicas -a mi juicio, no ha recibido el tratamiento jurisprudencial adecuado y existe una clara divergencia entre pensamiento científico y la aplicación práctica en este ámbito del precepto del intrusismo.

Posiblemente, las dudas en esta materia -y aprovechando la presencia del profesor Silva, que aunque no ha sido mi maestro directo, es maestro para todos aquellos que tenemos alguna inquietud por la dogmática jurídico-penal diríamos que se produce aquí lo que se llama la "difuminación del bien jurídico". El profesor Silva, en su conocida obra de "Aproximación al Derecho penal con-

temporáneo", decía que "asistimos a un proceso creciente de difuminación del bien jurídico ya la sanción de conductas muy lejanamente afectantes al individuo". Esto era una realidad con anterioridad a la reforma. El Tribunal Constitucional trató de remediar esta indeterminación del bien jurídico, iniciando una línea interpretativa del delito del intrusismo, a mi juicio correcta, en el sentido de que la tutela penal por medio del delito de intrusismo debía limitarse exclusivamente a aquellas profesiones para las que se requiere título académico y, además, que afectan a bienes esenciales del individuo. No habría ninguna duda que la medicina se encontraría entre ellas. Pero yo creo que, con toda lógica, el Tribunal Constitucional dijo que profesiones en las que existía un interés social menor, como por ejemplo en los agentes de la propiedad inmobiliaria, los gestores administrativos, los administradores de fincas, es decir, en aquellos supuestos no debe intervenir el derecho penal. El que alguien gestione una comunidad de propietarios, al margen de si tiene o no título, no afecta a bienes esenciales del individuo. Tampoco los afecta una intermediación inmobiliaria, aunque sea con carácter habitual.

Como digo, esta doctrina del Tribunal Constitucional, en realidad, lo que hacía es actualizar, en el sentido histórico que había tenido, el delito de intrusismo. El delito de intrusismo, inicialmente, es un delito estrechamente vinculado al ámbito de la medicina, a la vida ya la salud individual como bienes fundamentales. Así se reconoce en las partidas. En el derecho histórico, el intrusismo es un delito que trata de sancionar la impericia. O prevenir la impericia, mejor dicho. Es un delito que tiene un claro sentido de anticipación de la tutela frente al riesgo que supone el ejercicio de la medicina sin la adecuada preparación técnica. Con la codificación, con la sanción del Código penal de 1822, se da un giro absoluto del entendimiento de este delito, configurándolo desde entonces como un delito contra la fe pública. Sin embargo, la doctrina que se ha producido al respecto es prácticamente unánime en el sentido que no se protege la fe pública en este delito, salvo en el caso en el que se atribuye a alguien falsamente la cualidad que no le pertenece. En consecuencia, si a pesar de la ubicación sistemática que se contiene en el Código penal del 95 como delito de falsedad, entre las llamadas falsedades personales, no nos sirve esta calificación o esta caracterización, es necesario, como es lógico, tratar de definir en qué consiste el bien jurídico que se protege en el intrusismo, porque todo esto tiene una clara incidencia en la solución que demos al problema de las especialidades médicas. El bien jurídico cumple, como es sabido, una clara función de inter-

pretación de tipo penal, y además una función de garantía para concretar, precisamente, el ámbito de lo punible.

La doctrina penalista, y de esto también sabe mucho el profesor Silva porque lo ha puesto de manifiesto en reiterados trabajos, admite una dimensión social del bien jurídico. Es decir, el bien jurídico no ligado a intereses ya estrictamente individuales, sino el bien jurídico con la conformación o dimensión supraindividual. Pero claro, tenemos el riesgo al que aludíamos antes de la lejanía de la referencia central a la persona que yo creo que debe tener toda interpretación de un tipo penal. Desde este punto de vista supraindividual, afirmando, admitiendo y dando por bueno que en el delito de intrusismo se tutelan bienes supraindividuales, se ha dicho que el delito de intrusismo no protege la salud individual, no protege bienes individuales de quien recibe el servicio, que en este caso los concretamos en el servicio médico. Es decir, da igual que quien presta el servicio médico sin título sea un experto, da igual que esté en posesión de esos conocimientos científicos que, formalmente, acredita el título de medicina. Da igual, es indiferente. Aquí se sanciona como intrusismo, aunque ejerza la actividad sin título un profesional, incluso alguien cualificado que ha obtenido una titulación extranjera no homologada. Inversamente, quien está en posesión del título de licenciado en Medicina, aunque realmente no tenga la experiencia necesaria para el desarrollo de la profesión, no comete delito de intrusismo. Se puede decir que, desde el punto de vista de este delito -y matizo de este delito-, el supuesto es atípico: existe una especie de riesgo permitido de ejercer la actividad por aquel que posee el título, que formalmente acredita los conocimientos, aunque de hecho no los tenga. Sin perjuicio, lógicamente, de la posible responsabilidad a título de imprudencia en el caso de que haya asumido el ejercicio de una actividad para la que no estaba capacitado, y ello, además, se traduzca en la producción de un resultado lesivo.

¿ Con esto qué se quiere decir? El médico especialista de hecho, *de facto*, aquel que en la práctica ha adquirido los conocimientos científicos propios de la especialidad que no esté en posesión del título, en principio, hipotéticamente, realizaría la conducta de intrusismo. Inversamente, el médico especialista, aunque se le presupone una capacidad por haber recibido esa formación especializada, aunque en el caso concreto no tenga la experiencia necesaria, no cometería el delito de intrusismo.

Desde este punto de vista, podría decirse: ¿qué es lo que se está protegiendo aquí? Es decir, estamos protegiendo la ordenación administrativa de la profesión sani-

taria. ¿Puede constituir un bien jurídico que legitime la intervención penal la mera ordenación administrativa de la profesión sanitaria? En el Real Decreto 127/84, que regula el acceso a la especialidad médica, si leemos su exposición de motivos, parece que tiene como preocupación fundamental el excesivo número de licenciados en Medicina sin empleo y parece que ordena un sistema de distribución de los bienes escasos, de las limitadas ofertas de puestos de trabajo entre los distintos licenciados. Sin embargo, yo creo que esto no nos da el substrato material necesario para justificar, en este caso, la intervención penal. y creo que esto es muy importante. Es necesario buscar alternativamente un bien jurídico más profundo, por decirlo así, que el de la mera ordenación administrativa de la profesión sanitaria. y esto se vincula con lo que, a mi juicio, constituye la esencia de este problema. Es decir, si decimos que un licenciado en Medicina no especialista no puede ejercer la actividad de médico especialista, estamos estableciendo una restricción al ejercicio de la profesión. Si ello es así, y acudimos al texto constitucional, es evidente que los artículos 35 y 36 de la Constitución dicen que "la restricción del acceso a una profesión, la limitación del derecho que todos tenemos de acceso al trabajo, tiene que hacerse por medio de una ley, y además la ley debe regular el ejercicio de la profesión titulada". Esto es lo que dice la Constitución, y además el Tribunal Constitucional ha interpretado claramente que toda ley que limite el acceso a la profesión, que toda ley que regule la actividad y que la reserve en exclusiva para los titulados, debe fundamentarse en un interés público. y precisamente el delito de intrusismo sanciona el ejercicio de esa actividad sin título. Luego, por un mero razonamiento lógico, podemos decir que lo que protege el delito de intrusismo es el interés público que subyace en la ley que restringe el acceso a una profesión. y con esta finalidad de tutelar este interés público, que habrá que determinar en cada caso en qué consiste, es por lo que se establece un bien instrumental, es decir, la función o la tutela de la función de fiscalización, que corresponde al Estado, de que aquellas actividades que requieren título se ejerzan, efectivamente, con la previa posesión del título. Como decíamos, el Tribunal Constitucional ha ido acotando claramente el delito de intrusismo. y había dicho que precisamente ese interés público que requiere la Constitución para limitar el acceso a la profesión no lo requerían esas profesiones en las que subyacían intereses de menor entidad. De hecho, hoy en día -y si hay algún administrativista, que me consta que lo hay, ya me corregirá si me equivoco se está cuestionando seriamente si todos los colegios profesionales deben ser todos los que son, porque piden una restricción al acceso de una profe-

sión, que sólo se justifica constitucionalmente en la medida en que concurra un interés público.

¿Qué consecuencias podemos extraer de esto en el problema específico del intrusismo en las especialidades médicas? De lo dicho hasta ahora podemos obtener dos conclusiones. Primero, el bien jurídico protegido en el delito de intrusismo es el interés público en la exclusividad del ejercicio de la profesión por determinados titulados; es decir, tiene que establecerse legalmente una exclusividad en el ejercicio de esa profesión. No basta con una norma que regule el acceso al título, no estamos protegiendo la facultad del Estado de expedir títulos, sino que estamos protegiendo el interés público que subyace en la restricción de la profesión. Luego, no basta con regular el acceso a un título, sino que es necesaria una ley que nos diga que asocia a ese título el ejercicio en exclusiva de la actividad y, en nuestro caso, con exclusión de los meros licenciados en Medicina.

En segundo lugar, hay una clara reserva de ley en la materia. No puede regularse esta cuestión, no puede restringirse válidamente el acceso a una profesión por vía de un reglamento. La ley debe establecer, con rango normativo de ley formal, qué profesiones quedan reservadas y, además, definir el contenido de esa profesión. En consecuencia, para resolver el problema de intrusismo en las especialidades médicas, tenemos que, primero, determinar si existe el interés público en que se reserve el ejercicio del ámbito propio de la especialidad sólo para los titulados que disponen de ese título de la especialidad, con exclusión de los meros licenciados en Medicina; y en segundo lugar, verificar si en nuestro caso se cumplen los requisitos de la reserva de ley en la materia.

En cuanto a lo primero, quizás no sea yo el más indicado para resolver esta cuestión. Parece que la respuesta podría ser afirmativa, es decir, existe un interés público en que sólo ejerzan las materias propias de la especialidad quienes hayan acreditado una formación adicional a la que proporciona el título de Medicina. Sobre todo después de escuchar al profesor Viñes -si no me equivoco respecto de los paradigmas del ejercicio de la medicina para el próximo milenio o para el siglo XXI. Parece que se tiende hacia esta especialización, cada vez mayor en todos los sectores. Este interés público, como es lógico, sería un interés del usuario del servicio. El usuario del servicio tiene interés en que el servicio médico se preste en las condiciones de capacitación máxima, no sólo con una formación básica que acredita el título de licenciado en Medicina, sino con la máxima capacidad que quepa exigir al profesional. En consecuencia, una ley futura que restringiera el acceso al ejercicio de la espe-

cialidad sólo al que no esté en posesión del título de especialista, probablemente, sería una ley adecuada a la Constitución.

Si ello es así, el delito de intrusismo se configuraría como un delito de peligro abstracto. Es decir, se sancionaría *ad cautelam* aquellas conductas, aquel ejercicio de la actividad sin título de especialista por quien no lo posee. Y, como decíamos al principio, sin posibilidad de prueba en el caso concreto de si se tenía o no la pericia o la formación especializada en este caso. Se establece, por tanto, una presunción de derecho, *iuris et de iure*, de comportamiento peligroso, con la sola circunstancia del ejercicio mismo ya de la actividad sin el título. Es lo que Beling hubiera llamado "los tipos de lesión y sin peligro", tipos de lesión y sin peligro que, quizás en este caso, en atención a los bienes esenciales que se encuentran en principio implicados, pudieran asumirse.

Este problema de la reserva de ley no es tanto una cuestión jurídico-penal cuanto de derecho constitucional. Y, además, a mí me parece que es evidente la necesidad de ley formal en derecho constitucional. No lo ha entendido así la jurisprudencia: ni el Tribunal Supremo ni el Tribunal Constitucional. Aunque hay que reconocer que el Tribunal Constitucional, en las dos sentencias que conozco sobre esta materia, ha soslayado o ha esquivado el problema del rango normativo relativo a la especialidad médica, y lo ha soslayado por la cuestión de que los casos que ha conocido se han producido en el ámbito de la odontología, único supuesto en el que existe una ley reguladora, la Ley 10/86, de Odontología. Con lo cual no ha habido un pronunciamiento constitucional serio todavía sobre si el Real Decreto 127/84 tiene o no el suficiente rango normativo.

Como ustedes saben, el Real Decreto 127/84, de 11 de enero, regula la obtención de los títulos de las especialidades. y este precepto dice que el título de médico especialista expedido por el Ministerio de Educación y Ciencia, sin perjuicio de las facultades que asisten a los licenciados en Medicina y Cirugía, será obligatorio para utilizar de modo expreso la denominación de "médico especialista", para ejercer la profesión con este carácter y para ocupar un puesto de trabajo en establecimientos o instituciones públicas o privadas con tal denominación, estableciendo, como ustedes conocen muy bien, como único sistema de acceso el sistema de médicos internos y residentes, aunque la artificialidad de la situación ha llevado a establecer excepciones en cuanto al acceso para favorecer o solucionar el grave problema social de médicos especialistas sin título oficial. También el Real Decreto 931/95, de 9 de junio, establece la necesidad de una

formación específica para la obtención del título de médico especialista en Medicina familiar y comunitaria. A mi juicio, el Real Decreto 127/84 es insuficiente para integrar la norma penal del intrusismo.

Primero: no es una ley en el sentido formal. Si se le atribuye el alcance que le otorga la jurisprudencia, como veremos ahora, a continuación, en el sentido de ser la norma de restricción del acceso a la profesión para los no titulados especialistas, es abiertamente inconstitucional, por vulnerar el principio de legalidad del artículo 25 en relación con los artículos 35 y 36 de la Constitución.

Con independencia del rango normativo, segundo: no establece de modo claro y preciso la exclusividad del ejercicio del ámbito de la especialidad con relación a los médicos no especialistas. Como hemos visto, habla de "sin perjuicio" de las facultades que se le reconocen al licenciado en Medicina. Es decir, es una norma que no nos aclara absolutamente nada: el intérprete tiene serias dificultades para conocer qué es lo que se quiere decir con esto, si se le atribuye al Real Decreto ese alcance de restringir el acceso a la especialidad de los no especialistas.

Y tercero: no regula en qué consiste el contenido de cada especialidad. No nos dice que exista una profesión de pediatría, de estomatólogo, etc. No reserva, como exige la Constitución, los actos propios de cada especialidad, no nos define en qué consiste cada especialidad.

En estas condiciones me atrevo a afirmar que si el delito de intrusismo se ha caracterizado frecuentemente como norma penal en blanco, en este ámbito que nos ocupa sigue todavía en blanco. Es decir, no hay normas idóneas para integrar el tipo de intrusismo. Pero como decimos, la jurisprudencia no ha sostenido este criterio. No se ha planteado el problema del punto de vista de la reserva de ley. Conozco -bueno, son las sentencias que he localizado una sentencia inicial de 13 de junio de 1990, proveniente de Ruiz Vadillo, reiterada en otra posterior de 5 de febrero de 1993, en la que, tratando de interpretar el Real Decreto 127/84, viene a decir que es claro que "el médico no especialista no puede ejercer el ámbito de la especialidad de una manera habitual". Cuando el artículo citado se refiere a que el título de médico especialista es necesario para ejercer la profesión con este carácter, ello ha sido interpretado por la jurisprudencia en el sentido de habitualidad. Es decir, ejerce con el carácter de especialista aquel que realiza la actividad de una manera habitual, considerando, sin embargo, atípico, el ejercicio ocasional de la especialidad en situaciones especiales. Yo creo que se confunde el ámbito de la tipicidad con el

ámbito de la antijuricidad. Es decir, está primero reservando el tipo a los casos en los que se ejerce habitualmente la profesión para decir que es atípico el supuesto en situación de necesidad. La jurisprudencia no ha solucionado todavía qué ocurre en el caso de un solo acto de la actividad relacionada con una especialidad fuera o al margen de esas situaciones de necesidad que señala la jurisprudencia. Las situaciones de necesidad se concretan en situación de urgencia, no presencia de especialistas, levedad de la primera intervención, etc.

Es decir, no nos clarifica si, fuera de estas situaciones de urgencia, el ejercicio de la actividad en un solo acto es o no típico.

En cualquier caso, esta sentencia del Tribunal Supremo. ha sido confirmada posteriormente por sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1996 y 25 de septiembre de 1995 -anterior-; concluyen estas resoluciones en el sentido de que la Ley nunca habilitó a los simples licenciados para el ejercicio profesional de la estomatología. y que debe considerarse que ejerce sin título en el sentido *de:l* delito de intrusismo quien realice la actividad propia de la actividad de una manera habitual sin haber obtenido la correspondiente especialización.

La doctrina ha criticado esta jurisprudencia diciendo que el tipo no exige la habitualidad. Yo creo que la crítica no debe ir por este camino, porque el que no lo exija expresamente no es óbice en cuanto el tipo se remite al ejercicio de una profesión. Si decimos que la profesión requiere, para ser tal, la habitualidad, esa remisión indirecta es admisible desde el punto de vista de la tipicidad.

Como digo, el mayor problema es la ausencia de una ley. La ausencia de una ley nos impide conocer cuáles son las valoraciones del legislador. El Real Decreto 127/84 me parece que tiene una finalidad distinta que la restricción del acceso a una profesión con fines de garantizar el que la actividad se preste en condiciones de capacitación suficiente. De hecho, en la práctica se demuestra que la titulación en Medicina ha sido una titulación suficiente para ejercitar las áreas propias de una especialidad sin necesidad de una titulación adicional. Ustedes conocen mejor que yo el problema de los llamados "médicos sin título oficial". Pero es que digo que en este caso el Tribunal Constitucional, no sé si esquivando el problema, tuvo la oportunidad y no lo hizo, no se pronunció sobre el problema de la reserva de ley. En cambio, sí que se ha pronunciado en muchas otras resoluciones relacionadas también con el delito de intrusismo, con la reserva de profesiones tituladas, sobre esta exigencia de reserva de ley.

Es reiterada la doctrina del Constitucional en el sentido de que toda restricción al acceso a una profesión debe establecerse por ley formal cuando ello tiene lugar tras la entrada en vigor de la Constitución. El Real Decreto 127/84 es una norma postconstitucional. El Tribunal Constitucional había excepcionado este principio de la reserva de ley, en sentencia 11/1981, conforme a una doctrina ya reiterada en otros ámbitos, de que no es posible exigir la reserva de ley de manera retroactiva para anular disposiciones reguladoras de materias y situaciones respecto de las cuales esta reserva no existía de acuerdo con el Derecho anterior. Pero recuerden que nos encontramos con una norma postconstitucional. ¿Qué ha dicho a propósito' de las normas postconstitucionales que pretenden restringir el acceso a una profesión? y tengamos claro que si reservamos la profesión a los especialistas estamos excluyendo del ejercicio de la profesión a los meros licenciados en Medicina. La sentencia 83/84 es clara en este sentido á propósito de la profesión farmacéutica. Admite la posibilidad de que las leyes contengan determinadas remisiones a normas de rango inferior, a normas reglamentarias, como complemento de la ley. Dice el Tribunal Constitucional, sin embargo, que una total aplicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines y objetivos que la reglamentación ha de perseguir, es un caso claro de inconstitucionalidad.

En consecuencia -y ya concluyendo, tratando de abreviar estas consideraciones-, si tenemos en cuenta esta doctrina, nos quedan dos alternativas. Primera, si se le atribuye al Real Decreto 127/84 el alcance de norma que restringe el acceso a la profesión, de norma reguladora de la profesión y que define los actos propios de la profesión, esa norma es claramente inconstitucional e inaplicable, en consecuencia, por los tribunales. En segundo lugar, como alternativa, conforme al principio de vigencia, si entendemos que no es una norma que restringe el acceso a la especialidad de los licenciados no especialistas, el ejercicio habitual por parte de los licenciados en Medicina no especialistas es un supuesto atípico desde el punto de vista del delito. Sólo en los casos en los que existiera una atribución pública de tal cualidad, a lo sumo integraría una falta prevista en el artículo 637 del Código Penal, a cuyo tenor se sanciona al que se atribuyere públicamente cualidad de profesional amparada por título académico que no posea. Con todo, existen dudas de

poder subsumir esa conducta en la falta, toda vez que el título de especialista, en principio, no es un título académico.

Y con esto enlazamos con otra cuestión, porque los problemas de tipicidad no se derivan sólo respecto de la normativa o el complemento extrapenal llamado a integrar la norma penal en blanco, sino con el propio tipo del artículo 403 del Código penal. Porque, como ustedes saben, en el 403 se recogen dos párrafos -uno primero relativo al ejercicio de la profesión sin título académico y uno segundo relativo al ejercicio de la profesión sin título oficial que acredite la capacitación necesaria-, y es en este segundo párrafo donde se pretende subsumir la conducta del médico que, aún con título académico, no tiene el título oficial que acredite esa capacidad o capacitación adicional. En este sentido se ha pronunciado el profesor Quintero Olivares, que creo que dispusieron de él en el día de ayer. Podría ser, yo no me atrevo a pronunciarme sobre esto. Lo cierto es que el sentido del precepto, en atención a los antecedentes legislativos, a los trabajos parlamentarios, no tiene en cuenta el problema de la especialidad. El segundo párrafo se refiere claramente a aquellas profesiones que no requieren título académico como base. Es decir, son profesiones que se restringen a la previa posesión de un título oficial no académico. Como decíamos, el Código 95 ha corregido una doctrina del Tribunal Constitucional precisamente para dar cabida a esas profesiones de intereses sociales menores (API, gestores administrativos...), y se subsumen sus acciones en este párrafo segundo. Pero incluso yo creo que habría dudas desde el punto de vista del tipo del artículo 403.

En cualquier caso, y ya concluyo, podemos decir que puede existir un interés público, constitucionalmente relevante, para la restricción del acceso, pero que, en cualquier caso, es un interés que tiene que expresarse en una ley aprobada en el Parlamento. El legislador tiene que pronunciarse expresamente sobre esta problemática, que actualmente no existe esta normativa, por las razones dichas de falta de rango normativo, falta de definición de la profesión y de la reserva clara con exclusividad de los licenciados y que, en cualquier caso, reiterando lo dicho, el delito de intrusismo sigue en blanco, no está integrado por ninguna norma penal. A mi juicio, hoy por hoy, estas conductas, aún ejercitadas de un modo habitual por quien no posee título de especialista, son atípicas conforme a la legalidad vigente.

¿EL FIN DEL PEREGRINAJE JURISDICCIONAL? (*)

Pablo García Manzano
Magistrado del Tribunal Constitucional

Buenos días. Muchas gracias a mi compañero por sus amables y excesivas palabras de presentación, y gracias por sus conocimientos, porque ha dado una miniponencia y demuestra, porque le salen por los poros, su conocimiento del problema.

Después de la conferencia del profesor Pantaleón, yo tengo todas las papeletas para garantizar el aburrimiento del auditorio. Yo también me sumo al agradecimiento a los organizadores de estas jornadas, a la Asociación Juristas de la Salud ya la Escuela Gallega de Administración Sanitaria, y les agradezco que me hayan invitado a poder compartir estas jornadas con los ponentes tan ilustres y tan doctos que han pasado por esta tribuna.

Voy a tratar, en primer lugar, de calificar de acertado el tema de mi ponencia, porque no lo han hecho en tono asertivo, sino en tono interrogante: ¿fin del peregrinaje jurisdiccional? No seré yo quien dé una respuesta afirmativa, aunque me inclino por ella, pero me parece que el primer acierto es ya colocarlo entre interrogantes.

Creo que son peligrosas las materias jurídicas en las que se produce una aluvión de doctrina, de sentencias, de preocupaciones, y que tiene eco, además, en los medios de comunicación. Son peligrosas porque la reflexión jurídica no se produce entonces con sosiego, no se produce por evolución, se produce más por aluvión, por incorporación y creo que algo de esto ha sucedido con la responsabilidad de la Administración sanitaria. He tocado enseguida la Administración, porque vamos a dejar la medicina privada a un lado. Yo voy a dejar a un lado dos cosas o dos materias: una, la medicina preventiva, naturalmente, y otra, la responsabilidad penal o exigible en vía penal, de los profesionales sanitarios, incluso de los vinculados a Entes públicos.

Voy a centrar el problema en la responsabilidad de la Administración sanitaria y también en la responsabilidad civil, si es exigible hoy en esta vía, de los profesionales sanitarios. Yo creo que un problema de esta naturaleza debe ser precedido siempre de las premisas, por muy sabias que éstas sean, y yo quiero destacar rapidísimamente, para entrar en el problema, dos premisas.

La primera es que el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas es un sistema, y así lo califica el Constituyente cuando le atribuye competencia exclusiva -y no de bases, como se ha dicho a veces, exclusiva para regular el sistema de responsabilidad patrimonial (Entre paréntesis, llama la atención que alguna ley autonómica, como la de Cataluña, establezca competencias de desarrollo legislativo en esta materia).

Y la otra premisa es que esta responsabilidad, desde la vieja Ley de 1954 -retocada ahora, curiosamente (la de expropiación) por la Ley de ordenación de la edificación en una pérdida adicional, como suele ser desgraciadamente habitual, en la que se reforma el régimen de reversión expropiatoria, pero ésa es otra cuestión siempre se ha caracterizado por dos características. Yo creo que las dos hacen muy al caso y requieren de alguna reflexión: esta responsabilidad es directa y es objetiva. Se ha analizado más y se ha profundizado más en el carácter objetivo y se ha olvidado un tanto que la responsabilidad es directa.

Antes de enfrentarnos con lo que de específico tiene la responsabilidad de quienes (médicos, ATS y personal sanitario de toda índole) prestan servicios vinculados a un ente público sanitario, yo quisiera decir algo sobre las dos notas a las que acabo de aludir. Responsabilidad directa porque el funcionario desaparece como responsable. No estoy afirmando que el funcionario no tenga responsabilidad, ni que no le sea exigible la responsabilidad, sino que la tiene frente al lesionado, al particular lesionado. ¿y particular por qué? Particular no excluye a las personas jurídico-públicas ni a las personas jurídicas, por supuesto, privadas; particular excluye a los funcionarios, justa-

* Este trabajo es una transcripción revisada de la ponencia presentada por el autor en el marco del VIII Congreso "Derecho y Salud" (Santiago de Compostela, noviembre de 1999).

mente. Cuando desde siempre se ha dicho "los particulares podrán reclamar", quienes no pueden reclamar son los funcionarios en tanto que funcionarios. PUES por esto mismo, porque están incardinados en la Administración, forman parte de ella, actúan en nombre de ella, orgánicamente, y imputan a ella sus actos, sean estos jurídicos, sean actos de aplicación de técnicas materiales. y de ahí lo de exigencia directa. Nuestro legislador (Ley de 1954, Ley de régimen jurídico de 1957, Constitución -el 106-, Ley 30/92, reforma de la 30/92, Ley de la jurisdicción contenciosa), ninguno de esos legisladores se ha separado de esta característica: la responsabilidad patrimonial, es decir, extracontractual de las Administraciones públicas es de carácter directo. ¿Qué quiere decir?: que el particular lesionado, frente a quien ha de dirigir su acción resarcitoria, es frente a la Administración titular del servicio que ha ocasionado el daño: no frente al funcionario, agente o persona vinculada a esa administración, sino directamente a la Administración. Quiero detenerme aquí, porque después vendrán los problemas de cómo se puede un lesionado dirigir a también a un médico al que estime culpable, con dolo o culpa grave.

Segundo: objetiva. Está produciéndose una quiebra de la objetividad, diría yo. Vamos a ver, se ha entendido siempre, y yo creo que se ha extendido inercialmente que como la Ley de expropiación y la Ley de régimen jurídico y en las leyes sucesivas se exige responsabilidad a una Administración pública, esa responsabilidad no requiere, como requisito para la procedencia de la indemnización, que incurra en culpa -culpa o dolo que no haya, para emplear el tópico, "reproche culpabilístico" a aquella Administración a la que se imputa el daño. ¿Pero se puede llevar esta responsabilidad objetiva a todos sus extremos? ¿No ha habido matizaciones en un sentido y en otro diverso? ¿No ha suavizado, desde el otro lado, la jurisprudencia civil la exigencia de culpa cuando llega a hablar, como recoge el profesor Diez-Picazo, recientemente, de "culpa quasi objetiva"? ¿No se está acercando a la teoría del riesgo más que en el reproche por culpa, para ir más intensamente dando lugar a las acciones resarcitorias? y en sentido contrario, desde el propio Consejo de Estado, el profesor Rodríguez Piñero, haciéndolo explícito en un trabajo doctrinal, ¿no está el Órgano consultivo, y quizás alguna incipiente línea jurisprudencial, comenzando a decir que la responsabilidad objetiva aplicada a daños provenientes de tratamientos sanitarios que no son de resultado sino de medios requieren, para imputarlos al Ente público por el cual actúan esos médicos, una infracción de la *lex artis*, una desatención en las técnicas o en los procedimientos curativos, terapéuticos, diagnósticos, etc. ?

Bien, yo dejo aquí el problema. A mí me parece que hay dos líneas que quizás sean convergentes: una de la jurisdicción civil, que inicialmente, y me parece correcto, debe de buscar en el demandado, cuando se le quiere imputar una indemnización, una culpa; y otra de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando se enfrenta con el problema de responsabilidad sanitaria. Hasta qué punto están, yo no voy a decir abandonando, pero sí modulando esa responsabilidad objetiva.

He de entrar ya en el tema concreto del denominado "peregrinaje de jurisdicciones" (por cierto la expresión originaria se halla, según creo, en una sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo).

¿Por qué han intervenido tres jurisdicciones? Vamos primero a la causa del peregrinaje y vamos después a comprobar si tenemos ya un legislador que haya puesto orden y que haya unificado -evitado el peregrinaje diciendo "aquí hay una jurisdicción que debe conocer", y quiero dejar para el final otro aspecto, porque el que haya una única jurisdicción que dar a conocer, que es pretendidamente la contencioso-administrativa, no evita todos los problemas. Aparecen problemas, como aparece la vía de regreso de necesario ejercicio. Las palabras del legislador están en los textos legales, pero su aplicación, luego, plantea enormes problemas.

Resumiendo, la causa del peregrinaje es que confluyen varios aspectos en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas; primero, no se entiende bien lo de exigencia directa, se individualiza el autor del daño, se piensa que la jurisdicción civil es más rápida que la contenciosa y si son instituciones gestoras de la Seguridad Social -tanto en el territorio Insalud como en los homólogos de las Comunidades Autónomas (el SERGAS en Galicia, el Servicio Valenciano de Salud o el SAS andaluz) se piensa que por la vía de lo social, cuando son Seguridad Social y beneficiarios, se va a obtener más rápidamente una solución.

Y entonces comienzan a producirse cuestiones procesalmente disonantes: la jurisdicción civil se encuentra con demandas frente a un médico -como prototípico, porque el médico podría ser ATS, fisioterapeuta o cualquier otro profesional sanitario por un daño que se imputa a un profesional sanitario, pero no suele demandarse sólo al profesional sanitario, sino que acumula (estamos en profesionales integrados al servicio de las Administraciones sanitarias) la acción y demanda al Ente público gestor del servicio, sea el Insalud, sea el hospital de la naturaleza que sea. Luego hablaremos de las personificaciones públicas y de si esto produce algún problema.

¿Y qué hace la jurisdicción civil? La jurisdicción civil asume esa competencia, siendo una responsabilidad patrimonial de la Administración Pública de exigencia directa, con varios argumentos, desde mi modesta opinión ninguno convincente. ¿El peregrinaje de jurisdicciones? Bien, pero el peregrinaje es una solución extralegal, extraprocesal, que a la larga, no evita las dilaciones indebidas y crea inseguridad jurídica, y este valor es un valor constitucional y muy importante: la seguridad jurídica, la certeza.

Segundo: porque yuxtapone, al asumir esta competencia, dos regímenes jurídicos distintos de responsabilidad, es decir, un régimen por culpa (el del profesional individual demandado) y un régimen objetivo (el de la Administración Pública a la que conjuntamente se demanda). El argumento es la *vis atractiva*. Bueno, hay dos argumentos: el carácter residual de la jurisdicción civil como jurisdicción matriz (esto es un viejo argumento histórico, como si hubiera una escala jerárquica entre los órdenes jurisdiccionales), y un segundo argumento que es evitar lo que se llama "dividir la contienda de la causa". Ninguno parece convincente. La doctrina, o un sector de la doctrina, ha criticado -yo creo que con razón esta tendencia a asumir la jurisdicción civil este tipo de demandas. y la jurisdicción Social las ha asumido en cuanto se trataba de prestaciones derivadas de la Seguridad Social, entendiéndolo -yo creo que muy forzosamente que eran cuestiones relativas a materias de Seguridad Social. Se llaman a la parte tres jurisdicciones: la civil, que sigue conociendo; la social, cuando se plantea en relación con beneficiarios y con Entes gestores de la Seguridad Social, y la Contencioso-administrativa, cuando se recurre frente a la Administración. Cada una, además, precedida de una vía administrativa distinta, porque no nos olvidemos, cuando se va ante la jurisdicción civil y se demanda a una Administración sanitaria, hay que seguir la reclamación previa a la vía civil; si se reclama a la social, a un ente gestor de la Seguridad Social, pero antes hay que agotar la vía de reclamación proveniente de la jurisdicción social.

Llega el momento en que, verdaderamente, se produce una insatisfacción en la doctrina, en los aplicadores del derecho, de que las tres jurisdicciones no están contribuyendo a zanjar el conflicto y la Sala especial de competencias en el Tribunal Supremo dicta un Auto -e17 de julio de 1994-, en el que trata de poner orden y establece razonadamente que la materia corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. Un año después, la Sala de lo Social, la llamada Sala General, desatiende directamente ese criterio y entiende que cuando se trata

de prestaciones integradas en la Seguridad Social es materia de Seguridad Social y la Ley de Procedimiento Laboral le atribuye título para conocer.

¿Qué hace el legislador, mientras tanto? En el régimen posterior a la Constitución aparece la Ley tan criticada -creo que justamente criticada 30/92, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común y quiere también poner orden, pero lo hace, como sucede a veces, de una manera oblicua o, por lo menos, no de una manera clara y frontal. Su artículo 142.6 viene a establecer que se podrá exigir o se pondrá fin a la vía administrativa, cualquiera que sea la actuación, en régimen de derecho público o en régimen de derecho privado. Este precepto (artículo 142.6) da lugar a una cuestión de inconstitucionalidad que es inadmitida por el Tribunal Constitucional en un Auto de 22 de julio de 1997. ¿Por qué? Porque el proponente de la cuestión, el órgano judicial proponente de esta cuestión, entendía que se alteraba el sistema de la Ley Orgánica del Poder Judicial de distribución de órdenes jurisdiccionales, entendiéndolo que llevar al contencioso-administrativo por ley ordinaria esta competencia alteraba y vulneraba el principio de reserva de ley orgánica del artículo 122 de la Constitución (reserva a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Constitución y funcionamiento de los Tribunales). La respuesta que da el Auto, que es un Auto de inadmisión, de la cuestión, es que ese precepto 142.6 de la Ley 30/92 no efectúa una atribución específica a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino que lo que hace es entender cuándo está agotada la vía administrativa y se sitúa más en el plano del procedimiento administrativo previo. Esto se podrá compartir o no, pero ésta es la respuesta que da el Auto de 22 de julio de 1997, inadmitiendo esa cuestión.

Esto quiere decir que el problema seguía oscuro, que el legislador no había puesto suficiente claridad para entender o para dar a entender al aplicador del derecho cuál era la sede jurisdiccional donde debían llevar los lesionados, frente a la Administración sanitaria, sus problemas de acciones resarcitorias. Se aprueba el Reglamento que desarrolla esa Ley en lo relativo a la responsabilidad patrimonial, y en una disposición adicional trata también de dar una respuesta. Establece ya, refiriéndose a los Entes sanitarios, que tanto los entes que son entidad gestora del Insalud como todos los demás entes del Sistema Nacional de Salud -ahí todavía no habla del régimen de conciertos-, por los daños ocasionados -y es muy expresivo "por o con ocasión de sus actuaciones", serán susceptibles de reclamación en vía administrativa y, su-

perada o agotada ésta, en el orden contencioso-administrativo. Ahí sí que ya hay una respuesta.

Esa respuesta del Reglamento -de agosto de 1993 es utilizada por el Auto de la Sala especial de conflictos, que viene a decir a la jurisdicción social: "Jurisdicción social: deje de conocer de esas acciones de reclamación e indemnización cuando provengan de médicos o de acciones relacionadas con el sistema de Seguridad Social, porque el Reglamento de 1993 ya lo ha establecido".

Y no sin razón jurídica, un sector de la doctrina y la propia Sala Cuarta del Tribunal Supremo viene a decir: "Esa determinación competencial o de jurisdicción está contenida en una norma de insuficiente rango. Se contiene en un reglamento, en un Real Decreto, y aquí se exige rango de Ley orgánica para modificar o alterar el régimen de distribución de competencias entre las ramas jurisdiccionales" . y es necesario que, después de la Ley 30/92 y del Reglamento, venga ya -y ésta es la etapa en que nos encontramos, y yo con esto voy a terminar esta primera parte la Ley de reforma, la Ley 4 de 1999, y la Ley de lo contencioso en su bifurcación: nueva Ley de lo contencioso del 13 de julio de 1998 y reforma de 19.4 de la Ley Orgánica del poder judicial.

¿Qué es lo que estas leyes nos vienen a decir? Si yo lo tuviera que resumir, diría que lo que estas leyes vienen a decir es recordar que estamos en la responsabilidad por sanitarios vinculados, personal al servicio de un ente público bajo cualquier personificación pública, incluido en el régimen de conciertos, que es lo que a mí más dudas me ha planteado personalmente, y que la responsabilidad es de la Administración titular del servicio, sea el servicio gestionado directamente, sea el servicio gestionado a través de entidades públicas empresariales, como el Hospital Costa del Sol de Marbella, sean gestionados por conciertos vinculados singularmente con los entes públicos, sea gestionado por concierto. En todos los casos la responsabilidad es directa de la Administración. y en el artículo 145.1 , al desaparecer y reformarse el 146.2 que hablaba de la responsabilidad civil y penal del médico seguirá exigida con arreglo a su legislación correspondiente, al eliminar responsabilidad civil, lo que se está diciendo a los ciudadanos es: "Si recibe una lesión, un daño que no tenga obligación jurídica de soportar, si hay un hecho causal de que ese daño procede de la actuación de servicios médicos o sanitarios vinculados, como personal "al servicio de" un ente público que presta la asistencia sanitaria, sea en gestión directa o indirecta, el camino es la reclamación directa al Ente titular del servicio público en vía contencioso-administrativa". De modo que no se reclame al médico individualizadamente en la

vía civil, ni siquiera accionando o incorporando a esa acción otra en la que resulte demandado el Ente público sino que la responsabilidad es directa (145.1 y modificación del 146): "Exigencia directa en vía contencioso-administrativa, naturalmente, precedida de la reclamación ante el propio servicio de la propia Administración; y denegada ésta o concedida indemnización insuficiente, vía contencioso-administrativa".

Y no se queda ahí el legislador. El legislador, en la Ley de lo contencioso-administrativo, en la Ley 29/98 y en la reforma por Ley Orgánica 6/98 -el 9.4- va a añadir dos reforzamientos dirigidos -empleo la expresión conscientemente- a dejar clara la exclusión de la jurisdicción civil y la exclusión de la jurisdicción social, quizás más de la primera, y utiliza dos reforzamientos que van a dar lugar a problemas. Dos reforzamientos y un cláusula de cierre.

Voy a aludir primero a la cláusula de cierre. No quiere decir que desaparezca y se elimine la responsabilidad del agente funcionario, el personal médico, si individualizadamente se demuestra que ha habido dolo o culpa grave en la causación del daño. Si ha habido dolo o culpa grave en la causación del daño profesional sanitario, lo que procede -ésta es la cláusula de cierre es que la Administración que ha asumido esa responsabilidad directa y ha indemnizado al lesionado -y yo digo, entre paréntesis, bien en la vía administrativa, sin juicio, que puede ser que reconozca por las pruebas la Administración que resuelve, el consejero o el órgano competente, el órgano que sea de comunidad autónoma o del Insalud, y concede una indemnización cuando sea satisfecha esa indemnización al lesionado, la . Administración tendrá vía de reintegro -la vía de regreso frente a ese profesional si se demuestra que su actuación, la que ha determinado la indemnización abonada, ha incurrido en culpa grave o en dolo. Esa acción de regreso cierra el círculo, de tal manera que la responsabilidad del funcionario, llamémosle así, o del agente o del personal estatutario, se produce no frente al lesionado, pero sí se mantiene, en estos supuestos, de negligencia grave frente a la Administración. Los reforzamientos son, de un lado, que en la Ley de lo contencioso-administrativo se contiene una cláusula de atribución -el artículo 2, apartado e)después de establecer cuál es el ámbito de cognición normal. Conoce prototípicamente de la validez de los actos administrativos, pero conoce el control de legalidad de los reglamentos, de la posibilidad de *ultra vires* de los Decretos legislativos, conoce de las inactividades y omisiones, de las vías de hecho y conoce de una parte de contratos que son actos bilaterales, para entendemos, estarían en el viejo núcleo,

pero conoce también de la acción resarcitoria frente a las Administraciones, y éste es un título específico. Es que el derecho procesal es un sistema de acciones, por mucho que queramos reconducirlo a unidad. ¿Por qué conoce del sistema resarcitorio? Porque es un control de la Administración, y esto el profesor Martín Rebollo, desde siempre, lo ha puesto muy bien de relieve. A través de las técnicas de resarcimiento, se logra no sólo la indemnidad de los lesionados, sino que se logran estándares de calidad y de eficiencia de las Administraciones públicas, y las Administraciones públicas -si funcionan correctamente deben extraer de esas condenas sus consecuencias en orden al eficaz funcionamiento. Pues bien, el artículo 2 e) de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción contencioso-administrativa establece que conoce de las cuestiones sobre "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".

Pero, por otro lado, la Ley orgánica del Poder Judicial, en el artículo 9.4, hace también un reforzamiento. No le basta con decir que conocerá, asimismo, la jurisdicción contenciosa de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones por los daños que cause el funcionamiento normal o anormal del servicio -dice- y del personal "al servicio de", sino también dice: "Y podrán también, en la Ley contenciosa, ser demandados si al daño concurren sujetos privados."

Bien, lo que hay que decir inmediatamente es que estos sujetos privados no son los funcionarios. Está claro. Porque antes ha hablado del personal a su servicio. En fin, en la vía contenciosa-administrativa no se demanda al funcionario, en la vía contenciosa-administrativa se exige responsabilidad de la Administración, y el punto de enfoque, de referencia, es el acto que ha denegado esa indemnización o que la ha concedido en cuantía insatisfactoria para el recurrente, a través de una resolución administrativa; que pone fin a la vía administrativa.

Cuando concurren sujetos privados, que va a ser un caso difícil en la Administración sanitaria, porque son sujetos privados y no funcionarios, se está pensando -yo creo, fundamentalmente en terceros ajenos que pueden tener concausas o producir concausas, y se está pensando, quizás también, en concesionarios del servicio, que también serán demandados. y yo aquí hago más las palabras del profesor Leguina, en un trabajo reciente: "No nos debe causar escándalo. Si no ha causado escándalo que la jurisdicción civil condene en sentencia a indemnizar a una Administración pública, cuando el juez civil no ha

sido nunca el juez de los entes públicos, tampoco debe causarlo ni debemos rasgarnos las vestiduras que el juez de lo contencioso, porque tenemos una visión muy reductora, condene no sólo a una Administración, sino que condene también, cuando procede -quizás no procede porque no aprecie culpa o porque ahí ya el estándar, el nivel es de culpa o negligencia gravea quienes, demostrándose que concurrieron a la causación del daño, con culpa o negligencia grave, hayan sido partes en el proceso, se les haya llamado al proceso, hayan tenido todas las garantías y alegaciones y de fase probatoria, y si en todo o en parte se les atribuye la culpa, se determine la obligación de abonar la indemnización".

Con relación a la vía de regreso, configurada ahora como de ejercicio obligatorio (artículo 145.2 de la Ley 30/1992, en la reforma introducida por Ley 4/1999), conviene hacer alguna precisión. La primera es que en el contencioso inicial pueda comparecer el profesional afectado. Si de alguna manera el expediente lo ha individualizado, ¿por qué? Porque lo que me parece falta de garantía es que condenar a la Administración a abonar una indemnización por vía de una sentencia firme recaída en la jurisdicción contenciosa, en cuya fundamentación o a través de la cual se desprende que lo contencioso condena porque hay una responsabilidad objetiva -más o menos objetiva-, pero puede determinar que, como es objetiva, condena, pero que ha habido una actuación sin calificar, negligente, o por lo menos está individualizada, de un personal sanitario, de un médico, de un profesional, de un ATS, y ese ATS ha podido estar al margen y ajeno a ese proceso. Si después, abonada esa indemnización a la que condena la jurisdicción contenciosa, la Administración sigue un procedimiento de reintegro de esta cantidad ya abonada, el médico que comparece en ese expediente es verdad que no puede pedir pruebas, que no podrá hacer alegaciones, pero se encuentra ya en una fase y se encuentra con una indemnización concedida ya por la jurisdicción contenciosa, con lo cual se encuentra con una situación de partida que le coloca difícilmente, o por menos le disminuye, su garantía, y no estaría de más entonces un llamamiento al proceso o un intento, al menos, de que comparezca voluntariamente -si quiere, naturalmente ese profesional para que pueda, en una posición que no sería de codemandado, pero sí de coadyuvante -de comparecido en el proceso-, que pueda alegar o que pueda hacer alegaciones dirigidas no solamente a la procedencia e improcedencia, sino incluso al *quantum* indemnizatorio, porque, al final, si hay culpa o negligencia imputable a él, va a repercutir.

Dejemos claro que la jurisdicción social no debe entender que se trata de materia de Seguridad Social, porque no está en juego la relación de beneficiario con la seguridad, no estamos ante problemas de cotización, de períodos, de alcance, de defectuosas prestaciones sanitarias, estamos ante actuaciones que vinculan el servicio público sanitario. Porque, en definitiva, ésta es la otra premisa. Estamos ante prestaciones que se integran en un servicio público, en funcionamiento de la Administración. Pero el problema no queda ahí. Es decir, aunque tuviéramos un foro único, que sea el de la jurisdicción contencioso-administrativa, con estos problemas un poco laterales, ¿en esta jurisdicción pueden ser demandados sujetos privados que concurren al daño? Yo eso lo veo más en los daños anónimos o no personalizados, es decir, no abandonando la Administración sanitaria, los dictámenes del Consejo de Estado y de los órganos consultivos están llenos de casos en que los daños provienen no de actuaciones clínicas o médicas, provienen de daños con ocasión de la sede en que se prestan los servicios. y miles de casos, la casuística es enorme. Pérdida de gafas, sustracción de gafas graduadas en hospitales en una fase de estancia o en una fase de cura ambulatoria, etc.

Ahí pueden concurrir terceros a producir el daño. O pueden concurrir en otras situaciones. Pero lo que me interesa decir es que el régimen jurídico sustantivo, por el hecho de que sea la jurisdicción contencioso-administrativa, se podría pensar: "Vale una mayor exigencia de responsabilidad de los profesionales sanitarios." ¿Por qué? Porque cuando es la jurisdicción civil y la social, la jurisdicción civil sigue partiendo de la idea de culpa -el 1902 y 1903 del Código civil- y la jurisdicción social va a operar también con este criterio. Sin embargo, la jurisdicción contenciosa va a ir a una responsabilidad por riesgo, y es verdad que algún ejemplo reciente hay: en una intervención quirúrgica, por ejemplo, en las transfusiones, en los contagios transfusionales de sida y hepatitis. y hay alguna sentencia reciente de contagio, incluso de etapa en que ya hay obligación de pruebas, etc., que establece responsabilidad objetiva.

¿Ha venido a solucionar eso la exclusión, ampliando el concepto de fuerza mayor, del artículo 141.1 en la redacción de la Ley 4/1999? Porque aquí se plantea un problema importante. Algún autor, comentando este precepto -y yo creo que exageradamente- llega a decir: "Se puede dudar de su constitucionalidad. Este precepto contraviene el concepto de fuerza mayor de la Constitución." Bien, yo no he encontrado en la Constitución el concepto de fuerza mayor, lo que encuentro es que la Constitución, cuando regula la responsabilidad de las

Administraciones públicas, excluye, como ha sido tradicional, la fuerza mayor, pero no hay, ni quizás deba haber, en un texto constitucional un concepto de fuerza mayor.

Pues bien, este artículo 141.1 de la Ley 4/99, en el que la disposición adicional duodécima ya establece la responsabilidad en materia de asistencia sanitaria atribuida a la jurisdicción contenciosa, sin problemas de rango normativo, va a establecer una modificación del 141.1. y yo creo que esto va muy ligado a la responsabilidad por actos sanitarios. Porque el 141.1, después de añadir que "sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley", añade esta previsión normativa: "No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer". Es decir, hay aquí una extensión del concepto de fuerza mayor que parece que no es solamente el elemento extraño al ámbito del servicio, que proviene del exterior, a diferencia del caso fortuito, y que provienen del exterior con las notas de imprevisibilidad e inevitabilidad, sino que se liga con el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica. Es decir, la lectura de este precepto podría hacerse en estos términos: "Si con arreglo a los conocimientos de la ciencia y de la técnica, el personal sanitario ha actuado conforme a la *lex artis ad hoc*, no se puede exigir indemnización o no procederá la indemnización exigida por los daños que se deriven."

Aquí habría que hacer una distinción, que creo que ya va siendo también tradicional, entre actuación médica o sanitaria de resultado y actuación de medios. Yo creo que en la actuación de resultado de la responsabilidad objetiva juega con mucha mayor intensidad, y por lo tanto esta cláusula pierde gran parte de su valor excluyente. Cuando se somete un paciente a una operación de extracción dental o de cirugía estética, o del tipo de intervenciones que vayan directamente a conseguir un determinado resultado, a mí me parece que no juega, o no juega en toda su intensidad, esta cláusula. Ahora, en lo que es actividad terapéutica, curativa, operaciones quirúrgicas, tratamientos sanitarios, etc. yo creo que la *lex artis ad hoc* es un elemento de referencia fundamental. Porque el profesor Rodríguez Piñero ha hecho notar una cosa muy lógica: no hay que olvidar que estamos hablando -el legislador y la doctrina de un sistema de responsa-

bilidad objetiva de la Administración. Pero cuando vamos a los repertorios jurisprudenciales, en las condenas a indemnizar, y en todos los ámbitos, aunque provengan como título de responsabilidad objetiva, en definitiva se aprecia siempre un elemento de irregularidad en el servicio. No voy a llamarlo de culpa, pero sí de irregularidad: una anormalidad. Es raro encontrar algún supuesto en que, funcionando con plena regularidad el servicio, se impute responsabilidad objetiva.

¿Se puede exigir en estos términos a la Administración sanitaria una responsabilidad totalmente objetiva? Aquí iríamos a lo que la doctrina francesa ha llamado, en alguno de los recientes trabajos, una "responsabilidad aseguramiento", y el Consejo de Estado francés también lo ha calificado así.

Creo que hay una preocupación, preocupación que se ha traducido, quizás con mayor o menor acierto, en este artículo 141.1.

El Consejo de Estado, en una ponencia que constituyó en su seno, para examinar los problemas de responsabilidad -yo creo que es de donde emana el 141-, establece esto. Establece que "no se puede excluir el estándar medio de los conocimientos científicos y técnicos en la fecha en la que se produce la lesión". y creo que es verdad que en medicina, y quizás todos los oyentes lo saben mejor que yo, no se puede prescindir de la correcta o incorrecta aplicación de la *lex artis ad hoc*. El artículo 141.1 puede plantear algún problema. Algún autor ha planteado ya si este precepto no está entrando en contradicción con la Ley de productos defectuosos en relación con la sangre; siempre que se considere a la sangre, el plasma sanguíneo, un medicamento. Porque "en relación con productos defectuosos" no se establece esta cláusula, sino la contraria: fabricante o importador que suministra productos defectuosos, cualquiera que sea el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica. es decir, la previsión totalmente en línea diversa.

¿Será aplicable esta cláusula -la del 141.1 también a estos casos? ¿Prevalecerá como ley especial, aunque sea anterior en el tiempo, la Ley sobre productos defectuosos? Yo dejo ahí los interrogantes. Vuelvo, y con esto termino, a creer que en un sistema que había sido enormemente fluido cuando tres jurisdicciones conocían in-

distintamente, dando lugar a sentencias dispares, contradictorias, cuando los propios ciudadanos, carentes de seguridad jurídica no conocían bien a qué jurisdicción debían acudir, ese peregrinaje, cuando las vías administrativas previas son diversas, creo que se ha empezado, se ha intentado poner orden, estableciendo la atracción o la residencia en un solo órgano, en un solo orden jurisdiccional: la vía contencioso-administrativa. Estableciendo -para mí es más importante que la demanda a los médicos, al personal sanitario individualizadamente, no se puede hacer en vía civil, ni siquiera conjuntamente con las Administraciones porque se aparta de 10 que es la responsabilidad directa. Por eso ha sido necesario que diga-el legislador de la Ley de lo contencioso sin que puedan ser demandadas las Administraciones en la vía civil o social.

Y, finalmente, no dejo de reconocer que siguen en pie problemas importantes: el de las compañías aseguradoras (hasta qué punto pueden comparecer o mostrarse parte); qué se entiende cuando los sujetos privados concurren en el daño y si hay que demandarlos, etc.

Creo que esos y otros problemas están aún en una fase muy incipiente porque no se ha producido aún doctrina con sosiego y, menos, la jurisprudencia que no ha tenido ocasión de aplicar esta legislación, de tal manera que si yo tuviera que dar, porque esto sería por lo que se me emplaza aquí, una respuesta al interrogante que muy acertadamente planteaba el título de la ponencia que se me ha asignado -"¿Fin del peregrinaje jurisdiccional?"-, pues casi que habría que terminar con una frase musical: "Pues sí, *ma non troppo*". Sí, pero no demasiado. Los problemas y las espadas siguen en alto, quizás más recortadas, quizás menos dispuestas a infligir un daño, pero yo creo que sí, que ha habido una cierta tendencia a poner orden y que por ese camino deben colaborar -debemos colaborar todos los aplicadores del Derecho, es decir, plantear los problemas, y tratar de buscar las mayores garantías de las partes que comparezcan en el proceso. Nos queda el tema del *quantum* indemnizatorio.

Creo que he cumplido la promesa de aburrirles, después de una conferencia del profesor Pantaleón, y, por lo tanto, a mí ya no me queda más que darles de nuevo las gracias a todos y, de nuevo, al presentador y moderador y compañero, señor Romero.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR NEGLIGENCIA MEDICA. SU ACREDITACION PROCESAL

José Domingo Valls Lloret

Profesor de Derecho civil. Facultad de Derecho. Universidad de Barcelona

Como preludeo a la determinación y estudio de la carga probatoria de la actuación profesional médica en el ejercicio ordinario de su actividad, deberemos dejar constancia que la misma tiene como finalidad conseguir determinar a quién corresponde probar los hechos en los que se fundamenta una posible demanda por negligencia profesional, y después, para el caso que así sea, deberán determinarse los efectos de su no prueba.

Estos problemas de acreditación, así como cualquier referencia a la carga de la prueba, y la necesidad de su inversión por imposibilidad de acreditación, no llegará a suponer problema en ningún momento, si todos los hechos de la demanda resultan probados o existen indicios racionales para fundamentar el criterio del juez con arreglo a las normas de la "sana crítica". Esta idea es la actualmente admitida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así se expresa en la reciente Sentencia de 7 de enero de 1999, donde recogiendo ideas ya contenidas en Sentencias de 30 y 31 de diciembre de 1997, establece que *"...el artículo 1214 del Código civil que ha dado lugar a la doctrina de la carga de la prueba, mal enunciada legalmente, profusamente desarrollada en la doctrina y reiteradamente expuesta en la jurisprudencia, se aplica en cuanto hay hechos que no han sido probados y se imputa su falta de prueba a una u otra de las partes litigantes, lo que se resume en la frase el problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de prueba"*. Sólo cuando queda acreditada la falta de prueba o cuando los supuestos fácticos que necesitan ser probados para la mejor decisión de la controversia judicial no han sido probados, es cuando se plantean diversas cuestiones sobre los mismos, y en concreto sobre quién debe probarlos. Si, por el contrario, con la práctica de la prueba propuesta en la demanda se consigue un resultado probatorio indudablemente completo, no surgirá en ningún momento la cuestión ni la controversia sobre la existencia, ni sobre la carga de la prueba.

Ello no obstante, deberá determinarse quién tiene la obligación de probar los hechos, lo que se entiende por la carga de la prueba, de modo que el obligado será quien deba sufrir las consecuencias de su incumplimiento, infringiéndose el artículo 1214 cuando a falta de pruebas se hacen recaer las consecuencias en persona distinta a la obligada a probar. Así lo entiende un importante sector de la doctrina al considerar que la finalidad fundamental e inmediata de la doctrina no es la de determinar quién tiene la obligación de probar, sino que la razón teológica sustancial de la teoría es la de solventar el vacío de falta de prueba trascendente para la solución de la litis. Sólo entonces, cuando se da tal ausencia vacío o laguna probatoria, y por tanto como consecuencia indirecta o mediata, aparece como relevante determinar a quién incumbe la carga de probar¹.

La fórmula seguida habitualmente por la jurisprudencia consiste en hacer un razonamiento previo en relación con el reparto de la carga de la prueba y verificar si el cumplimiento de dicha actuación ha sido realizada por aquel a quién corresponda, inicialmente el demandante. El juzgador sólo se remite a la doctrina de la carga cuando para resolver alguno de los problemas litigiosos se encuentre con una deficiencia probatoria que le impide determinar con exactitud los hechos, por eso la carga de la prueba, por su carácter supletorio, es de contemplación judicial posterior a la apreciación o valoración probatoria y al discurso lógico del juez mediante el que se integra el acervo fáctico.

Solventar las cuestiones que puedan recaer en tema de carga de la prueba, además de resolver un importante problema práctico del proceso, presenta otros alcances de diferente valor institucional, impidiendo al juez buscar

¹ Ver el contenido de la Sentencia del T.S. de 29 de julio de 1997, así como CORBAL FERNANDEZ. "La adquisición procesal y la carga de la prueba", en la obra general "La prueba en el proceso civil". pág. 174.

por sí la prueba no suministrada por las partes y contribuyendo a explicar y justificar la prohibición del "non liquet"². La carga de la prueba, así como el principio de "iura novit curia" resultante del Código civil, impiden que una cuestión litigiosa, o al menos planteada por las partes como tal, no quede resuelta por falta de convicción o conocimiento o como consecuencia de existir duda o incertidumbre acerca de cuál fue el real devenir del acontecer fáctico. Se combina un principio de efectos fácticos con otro de efectos jurídicos que impiden el no conocimiento ni resolución de la cuestión planteada.

1. LA PRUEBA DE LA NEGLIGENCIA MÉDICA

La carga de la prueba es uno de los actuales problemas del proceso, por cuanto no existe al respecto una reglamentación dispositiva legislativa. La prueba, y la determinación de a quién corresponde aportarla, es la columna vertebral del proceso civil, siendo un problema pendiente de resolución definitiva y concluyente en nuestro sistema procesal, ello desde hace más de dos mil años. La práctica de la prueba repercutirá de modo definitivo en la acreditación y posterior reconocimiento judicial de los derechos alegados. La carga de la prueba, y su distribución, se fundamenta en los principios de justicia distributiva, igualdad de las partes, libertad y responsabilidad de las partes en su actuación procesal, lo que contribuirá a facilitar el reconocimiento de los derechos alegados. Ello es consecuencia de la puesta en práctica de los principios de exigibilidad y flexibilidad probatoria, así como del desplazamiento hacia una de las partes del peso probatorio del proceso, dentro de los principios anteriormente expuestos. Lo anterior tendrá una influencia decisiva para la resolución del proceso y para la efectividad del derecho sustantivo material.

No obstante, interesa destacar dos aspectos básicos. En primer lugar, cuando se dice que la importancia de la doctrina de la carga de la prueba es inversamente proporcional al incremento de los poderes del juez en esta fase procesal, sólo ha de entenderse cuando ese aumento incida sobre la actividad probatoria, porque la ampliación de las facultades del juez para el reparto o distribución no restan trascendencia a la doctrina en sí, aunque ello influya sobre los principios o normas que la integran, pues siempre el juzgador habrá de contemplar una regla de distribución que fundamente su apreciación, ya que ésta

² CARNELUCCI, Francesco: "Derecho Procesal Civil y Penal". Traducción de Santiago SENTIS MELENDO. Madrid. 1971. Tomo I. Pág. 298.

en modo alguno puede ser discrecional. Otro aspecto digno de ser reseñado es el de que en el primer momento histórico de desarrollo de la institución su operatividad se configuró en tomo a reglas concretas. El esfuerzo doctrinal, en cambio, se encaminó a la obtención de soluciones genéricas. Ha sido en vano, no se ha conseguido reducir la doctrina a unos principios generales o generalizadores. Tanto más que al principio, nos encontramos ante una pluralidad de fórmulas, orientaciones o estímulos, que no esconden la formulación de un principio fundamental tal que la prueba de un hecho o de un derecho incumbe al que lo pretende, y que son fundamento de su pretensión procesal, así incumbirá a cada parte alegar y probar los hechos que forman el supuesto de la norma favorable, es decir de aquellos en que se funda su pretensión. Esta mayoritaria opinión doctrinal es la que está recogida en la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo³.

2. LA CARGA DE LA PRUEBA

Sin ánimo de extenderme en excesivas consideraciones terminológicas, hemos de considerar que el sistema de la carga de la prueba en nuestro proceso civil se articula en tomo a un principio común de carácter material, constituido por la regla genérica del artículo 1214 del Código Civil, complementada por normas procesales mucho más formalistas, incluyéndose en estas las disposiciones de la L.E.C. así como distintas normas concebidas en diferentes cuerpos legales no procesalistas, que van desde el Código de Comercio hasta el Código Civil. Esta idea es la que históricamente ha venido imperando en nuestro derecho al quedar recogida en el artículo 1196 del Proyecto de 1851, del que GARCIA GOYENA dice que responde a precedentes históricos del Derecho romano y de nuestra legislación histórica⁴.

El contenido y la forma adoptada por esta regla en nuestro Código Civil ha sido criticada por la doctrina científica, calificándola de imperfecta, incorrecta e in-

³ En Sentencia de 30 de octubre de 1998, manifiesta que "La moderna doctrina jurisprudencial viene matizando el principio del onus probandi que sanciona el artículo 1214 del Código Civil en el sentido de que incumbe al actor la prueba de los hechos normalmente constitutivos de su pretensión y al demandado, en general, la de los impeditivos o extintivos que alegue; y aún cuando no cabe admitir en todos los casos que los hechos negativos no puedan ser probados, pues pueden serlo por hechos positivos contrarios, aquella norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles, sino que se deberá adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte".

⁴ Establece el artículo 1214, que "Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone".

completa, ya que sólo parece referirse a la necesidad de probar las obligaciones, cuando son los hechos los que deberán probarse, refiriéndose Únicamente a los hechos constitutivos y extintivos, sin mencionar los impeditivos y los excluyentes⁵. Sin embargo la norma ha sido completada por la doctrina y la jurisprudencia mediante la ficción de entender comprendidos la globalidad de los hechos, en relación con la regla de que quien enuncia, asevera o niega un hecho deberá acreditarlo⁶. La regla general atribuye al actor la actividad intransferible de probar los hechos constitutivos de su derecho, y al demandado le incumbe la de los hechos impeditivos, modificativos, extintivos y excluyentes, en la idea de que cada parte ha de probar los hechos que integran el supuesto de la norma jurídica cuya aplicación invoca en su beneficio o interés. En esta línea, ver la Sentencia del T.S. de 5 de Noviembre de 1993, cuando dice que *"...la obligación contractual o extracontractual del médico y, en general, del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo o, lo que es igual, no es la suya una obligación de resultados, sino una obligación de medios, es decir, está obligado, no a curar al enfermo, sino a proporcionar todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia; además, en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida por esta Sala para los daños de otro origen, estando, por tanto, a cargo del paciente la prueba de la culpa y de la relación o nexo de causalidad, ya que a la relación causal material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico, por lo que no hay responsabilidad sanitaria cuando no es posible establecer la relación de causalidad culposa, por no depender de la misma el resultado dañoso."*

No es posible fijar apriorísticamente la naturaleza jurídica de los hechos alegados en juicio. No hay regla que permita determinar anticipadamente cuándo un hecho es constitutivo o impeditivo, constitutivo o extintivo, debiendo atenderse en cada momento a la situación jurídica concreta en la que el hecho se produce y realiza su función. En la práctica forense, ocurre que la actividad de las partes no opera en contemplación de la doctrina de la carga. Las partes suelen intentar la aportación de prueba

en relación con todos los hechos alegados en la demanda, o en su contestación, aunque siempre desde una perspectiva favorable a su postura procesal. El interés en la alegación de los hechos es unilateral por lo que una correcta aplicación del citado artículo 1214, y una adecuada distribución de la carga probatoria, impone acreditar, por ser de interés de una o de las dos partes litigantes, y ser una actividad a su cuenta e incumbencia, los hechos en los que se basa la pretensión suplicada. Dicha cuestión obedece a veces a la incertidumbre acerca de la naturaleza del hecho y del cumplimiento de las obligaciones, pero sobre todo responde a la previsión de evitar que una prueba poco fundamentada de una de las partes pueda permitir llegar definitivamente a una conclusión o un dato fáctico de difícil acreditación, como es el caso que nos ocupa respecto de la actuación médica y sanitaria, donde el hecho de haberse producido un daño objetivo ordinariamente queda convenientemente demostrado, pero no queda acreditada la anormalidad de la actuación del sujeto agente respecto de los datos objetivos. El problema es trascendente, pues no existe ninguna norma o regla que permita predeterminar la cantidad de prueba necesaria, debiendo ser el arbitrio judicial el criterio determinante de la prueba que necesariamente ha de ser practicada, así como quién ha de llevarla a cabo y, en su caso, determinar el juego del principio de inversión de la carga de la prueba, cuando se traslada dicha carga no a quién alega el hecho y el daño, sino al demandado⁷. A esta posibilidad se la ha considerado como una flexibilidad en la apreciación de la prueba⁸, de forma y manera que será el demandante perjudicado quién deberá alcanzar la prueba de los hechos constitutivos de la acción que ejercite, como le viene impuesto por el texto del artículo 1214 del C.C., que a sensu contrario pondrá de cargo de la parte demandada la prueba de los hechos extintivos, impeditivos u obstativos que se produzcan en cada caso, dando lugar a la llamada inversión tácita o unilateral de la carga de la prueba, sobre todo cuando una de las partes procesales adopta respecto de un hecho alegado por la contraparte un interés probatorio especial y directo, como si le incumbiera la carga de acreditar el haberse, o no, producido un determinado hecho, en tanto que con arreglo a la legislación vigente y la normativa del "onus probandi" la actividad probatoria debería desplegarla la otra

⁵ CORTÉS DOMINGUEZ, Matías: "Derecho Procesal. Parte General". Tomo I. Madrid. 1990; MONTERO AROCA, Juan: "Derecho Jurisdiccional". Barcelona. 1993. Tomo II.

⁶ Ver Sentencias del T.S. de 26 Mayo de 1986, 12 de Julio de 1988, 7 de Febrero de 1990, 8 de Mayo de 1991, 20 de Febrero y 13 de Octubre de 1992.

⁷ Sentencias T.S. de 23 de septiembre de 1986, 23 de septiembre de 1989, 15 de noviembre de 1991 y Sentencia de la A.P. de Tarragona de 30 de octubre de 1998.

⁸ En esta línea se manifiestan las Sentencias del T.S. de 20 de marzo de 1987, de 3 de enero de 1989; 17 de junio de 1989 y 18 de mayo de 1988: "según criterios flexibles y no tasados, que se deben adaptar a cada caso según la naturaleza de los hechos afirmados o negados".

parte, por cuanto en ella se producirían las consecuencias procesales desfavorables de no poder probar el hecho determinante o causante de su reclamación⁹. Una conducta de tal tipo puede conducir a la denominada por la doctrina, asunción implícita de la carga probatoria, que si bien no se ha desarrollado doctrinalmente sí se ha venido aplicando aisladamente por los tribunales como consecuencia de una mitigación del rigor probatorio, sobre todo respecto de hechos negativos que pueden pugnar con las reglas de la buena lógica, haciendo imposible el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva¹⁰.

El artículo 1214 del C.C. contiene una regla genérica y abstracta de naturaleza procesal, de especial trascendencia en el ámbito casacional, por cuanto el Tribunal Supremo tiene declarado que el citado precepto no contiene una norma de valoración probatoria, y que sólo se infringe cuando se haya realizado una indebida inversión de la carga de la prueba. Esta regla genérica recogida en el artículo 1214, se complementará con axiomas jurídicos y con otras normas de carácter específico, aplicables a casos singulares de prueba, sin perjuicio de su posterior extensión objetiva consecuencia de la realización de una abstracción general del supuesto juzgado¹¹. Estos preceptos son los llamados normas legales complementarias de carácter específico, llamadas, según los distintos autores como normas de asignación probatoria en tanto que disponen el medio de prueba a emplear, así como el hecho relevante a probar; las normas de atribución probatoria y normas especiales de la carga de la prueba¹².

3. LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA Y LA ACREDITACIÓN DEL NEXO CAUSAL ENTRE EL HECHO RESULTANTE Y LA ACTUACIÓN MÉDICA NEGLIGENTE

Hasta aquí me he referido a la prueba ya la distribución material de la carga de la prueba. A partir de aquí, pasaré a referirme a los supuestos en que se produce una ruptura de la regla general atributiva del artículo 1214, para pasar a la llamada inversión de la misma o "probatio diabólica", descargando, en aras de una mayor sensibilidad probatoria y en beneficio del demandante, a éste de la necesidad de probar el hecho alegado, y cargando consecuentemente con dicha obligación al demandado o sujeto pasivo de la reclamación, que no necesariamente del hecho, por cuanto que de no hacerlo así, se atentaría contra los principios constitucionales de igualdad, responsabilidad y seguridad, cayendo, incluso, en situaciones de arbitrariedad. Se produce una constitucionalización del derecho de prueba¹³, sobre la idea básica de ofrecer al administrado la cobertura y protección jurisdiccional necesaria, que combinará el principio constitucional de tutela judicial efectiva con el principio a un proceso justo y eficaz. Para ello, conviene destacar que doctrinalmente se acogen diversas posturas en la determinación del alcance de la inversión de la carga probatoria.

Un sector doctrinal, el más arcaico en la materia, representado por PRIETO CASTRO mantiene una postura restrictiva, entendiendo que no cabe hablar de inversión legal y judicial como tal, sino que se trata simplemente de exoneraciones pactadas a la regla general del 1214 y siguientes¹⁴.

Existen otras corrientes doctrinales y jurisprudenciales favorables a la inversión en determinados casos, atendiendo al aumento de los riesgos procesales consecuencia de los avances técnicos y la necesidad de facilitar el ejercicio de los derechos, evitando que se produzca aquello a lo que antes nos hemos referido como una arbitrariedad con tintes inconstitucionales, acudiendo para ello a instituciones de diversa naturaleza como la respon-

⁹ Sentencias del T.S. de 8 de marzo de 1996; 27 de octubre de 1998 y 24 de noviembre de 1998.

¹⁰ Sentencias del T.S. de 26 de mayo de 1986, 12 de julio de 1988, 7 de febrero de 1990, 8 de mayo de 1991, 20 de febrero y 13 de octubre de 1992 y 15 de noviembre de 1993; de 17 de noviembre de 1993; de 5 de diciembre de 1994; de 12 de junio de 1997 y 29 de septiembre de 1997.

¹¹ Se citan como supuestos, entre otros, los preceptos de los artículos 33,434,686, párrafo segundo; 850,861, párrafo segundo; 1.183, 1.277,1.750, párrafo segundo, y 1.900 del Código Civil, 361, párrafo tercero; 709 y 731 del Código de Comercio, y 38, párrafo segundo, de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro.

¹² MONTERO AROCA, op. cit. págs. 210 y ss.; FAIREN GUILLÉN, V: "Doctrina General del Derecho Procesal". Barcelona, 1990. Págs. 421 y ss.

¹³ Sentencias del T.S. de 22 de diciembre de 1998; 18 de julio de 1991; 30 de abril de 1992 y 30 de septiembre de 1992 y del Tribunal Constitucional 15111985, 89/1986, 111992 de 23 de enero, y 87/1992, de 8 de junio, entre otras.

¹⁴ En cambio, PRIETO CASTRO no parece compartir las modernas teorías, al considerar que "...ahora se propugna, naturalmente a base de restringir el principio controversia!, sustituir la división rígida de la carga, atribuyéndole ser un residuo de prueba legal, para la adecuación al caso concreto". "Tratado...". Tomo I. pág. 631.

sabilidad objetiva legal o jurisprudencial; presunción de culpabilidad; doctrina de la "in re ipsa loquitur"; prueba "prima facie", etc.

La más moderna, ya su vez más consolidada doctrina científica, hace referencia a las modernas doctrinas de normalidad, facilidad y flexibilidad en la determinación y práctica de la prueba, atendiendo a cada situación procesal o hecho concreto del procedimiento. De esta forma el Tribunal Supremo, ya en Sentencia de 24 de diciembre de 1958, entendió que *"la doctrina legal sobre la carga de la prueba que se refiere a criterios legales, flexibles, usuales y de disponibilidad de los medios probatorios"*¹⁵. Así, MONTERO AROCA alude a las doctrinas de la normalidad y de la facilidad probatoria, considerando que es necesario distribuir la carga de la prueba atendiendo no tanto a una serie de principios teóricos o a la posición que se ocupa en el proceso, cuanto a criterios prácticos y en concreto a la proximidad real a las fuentes de prueba¹⁶. Con la doctrina de la normalidad, se impulsa al juzgador a resolver atendiendo a máximas de experiencia obtenidas por haber resuelto anteriormente situaciones similares ya producidas. Ante unos mismos hechos o situaciones similares la resolución y la determinación de la prueba inicialmente será el mismo¹⁷. Igualmente, DE LA OLIVA Y SERRA DOMINGUEZ se refieren al llamado principio de la normalidad, y resaltan que debe distribuirse la carga de la prueba, atribuyendo a cada parte la que, según la experiencia, suele estar más próximo a ella. La doctrina de la facilidad probatoria valora las posibilidades de las partes, desplazando la carga de una o otra según criterios de mayor facilidad o dificultad¹⁸. En este sentido, a cada parte le corresponde la prueba de lo que, conforme a

la razón ya la experiencia, es más fácil de probar para ella que para la parte contraria, siguiendo por tanto un criterio de facilidad probatoria en cuanto a la acreditación de la existencia del hecho alegado. Habrá que acudir al criterio de la facilidad probatoria a fin de mantener el principio de igualdad en el proceso. A esta circunstancia, así como a la necesidad de aplicar este criterio de normalidad o proximidad a la carga de la prueba de la existencia de culpa o al de la relación o nexo causal entre ésta y resultado dañoso, se refiere el T.S. en Sentencia de 28 de enero de 1999, cuando carga al paciente con la obligación de acreditar que el facultativo demandado no ha obrado con la pericia exigida, "Tex artis ad hoc", en el ejercicio de su profesión¹⁹. Realmente se está recogiendo un criterio por el que la prueba se exigirá, no al demandante o al demandado con carácter genérico, sino que la carga probatoria se atribuirá o se desplazará a aquella de las partes litigantes que más fácil lo tenga para llevarla a cabo, bien por un criterio de proximidad con la prueba o la fuente de aquélla²⁰, bien por conocer la existencia de la misma o el modo de llevarla a cabo²¹, bien por tener una mejor disponibilidad o, en general, por tener una mayor facilidad probatoria²².

En la jurisprudencia se aprecia, cada vez con mayor intensidad, el acogimiento de las modernas orientaciones en materia de carga de la prueba, y en concreto las doctrinas de la normalidad, flexibilidad y facilidad probatoria, así como la idea de oportunidad de la práctica de la prueba, que han sido recogidas y están integradas en la moderna doctrina jurisprudencial. Así, respecto de la oportunidad de la prueba a practicar, insiste el T.S. en Sentencia de 24 de octubre de 1998, 'que consecuencia de este principio de oportunidad, se rechaza la arbitrariedad pero no la libre facultad valorativa del juzgador,

En la práctica forense, con escaso soporte doctrinal hasta la fecha, se sigue un criterio muy amplio, comprendiendo todos aquellos casos en que la carga se resuelve con una solución diferente de la que sería previsible con

¹⁵ Sentencia de la A.P. de Tarragona de 30 de octubre de 1998, donde de acuerdo con reiterada jurisprudencia del T.S., considera en referencia a la norma genérica del artículo 1214, que "...aquella norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles, sino que se deberá adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte". Ver Sentencias del T.S. de 23 de septiembre de 1989 y 15 de noviembre de 1991.

¹⁶ MONTERO AROCA, op. cit. La doctrina de la facilidad está recogida en Sentencias del T.S. de 23 de septiembre de 1986 y 17 de octubre de 1983.

¹⁷ Sentencias del T.S. de 13 de enero de 1951, 18 de octubre de 1966, 24 de abril de 1987, 19 de julio de 1991 y las más recientes de 29 de mayo de 1998, 27 de octubre de 1998 y 24 de noviembre de 1998.

¹⁸ Como doctrina general aparece ya en la Sentencia de 3 de junio de 1935 que dice que: "...de la misma forma habrá de acreditar también aquellos eventos que por su naturaleza especial o su carácter negativo no podrían ser demostrados por la parte adversa sin grandes dificultades", En la misma línea se expresan resoluciones posteriores hasta nuestros días, Sentencia del T.S. de 23 de septiembre de 1986, 23 de octubre de 1991, 17 de noviembre de 1993, 29 de septiembre de 1997, 22 de diciembre de 1998, 28 de enero de 1999, entre otras.

¹⁹ DE LA OLIVA SANTOS, op. cit. págs. 272 y 55.

²⁰ Sentencias del T.S. de 25 de junio y 29 de octubre de 1987, 17 de noviembre de 1988, 17 de junio de 1989, 15 de noviembre de 1991, 30 de abril de 1998, 7 de enero de 1999.

²¹ Sentencias del T.S. de 24 de diciembre de 1988, 18 de julio de 1991, 20 de noviembre de 1991, 25 de abril de 1994 y 12 de enero de 1999.

²² Ver Sentencias del T.S. de 17 de octubre de 1983, 23 de septiembre de 1986, 25 de junio de 1987, 15 de julio de 1988, 23 de septiembre de 1989, 18 de abril de 1990, 18 de septiembre de 1991, 26 de septiembre de 1991, 23 de octubre de 1991, 15 de noviembre de 1991, 17 de noviembre de 1993, 29 de septiembre de 1997, 22 de diciembre de 1998, 28 de enero de 1999, entre otras.

la normativa general; en estos supuestos se habla de un desplazamiento de la carga a aquella de las partes que inicialmente no debería probar. Entre ambos criterios hay varias posturas intermedias, por las que ha ido pasando la doctrina jurisprudencia! hasta llegar a nuestros días, que ya se habían atisbado en resoluciones judiciales de hace varios años, pero se trata de casos más bien aislados, y en la mayor parte de los mismos se plantea más en uná perspectiva doctrinal de "obiter dicta" que en una contemplación de "ratio decidendi".

4. LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA PARA ACREDITAR LA CULPA y LA NEGLIGENCIA MÉDICA

Con la inversión de la carga se incide de un modo trascendente en la normativa genérica del reparto de la misma. La carga de la prueba está inicialmente impuesta a aquel que alega los hechos sobre los que fundamenta su pedimento. Pero excepcionalmente le es muy difícil, cuando no imposible, acreditar estos hechos; es en ese momento procesal cuando la doctrina tanto científica como jurisprudencial, a través de los criterios de normalidad, facilidad o flexibilidad, así como de la aplicación de los principios de presunción de la buena fe y de la equidad, aboga por una inversión del onus probandi en perjuicio del más fuerte en el proceso o de aquel al que la prueba le resulta más difícil, bien por carecer de los medios de prueba, por serle imposible acudir a las fuentes o cuando el hecho que se quiere acreditar es de muy difícil prueba²³. Nos hallamos en los supuestos de presunción de culpa, resultantes de la existencia de culpa extracontractual, de responsabilidad objetiva o de negligencia en la actuación subjetiva, resultantes de una responsabilidad por riesgo, ya sea consecuencia de la actuación del individuo en riesgos ordinarios, o por riesgos extraordinarios. Para ello deberemos acudir a un criterio de presunción de culpa, prestando atención a otras circunstancias como el lugar, tiempo y modo de producirse el resultado en relación con el decurso histórico de los acontecimientos.

A una conclusión similar de presunción de culpa nos conduce la teoría de la "in re ipsa loquitur". En algunas

hipótesis la interrelación entre los ámbitos material y procesal se hace especialmente intensa. Cuando se razona en una resolución judicial que el demandado debe responder del daño, porque la producción del mismo revela que no se adoptaron todas las medidas adecuadas para prevenirlo, se está actuando con diversas perspectivas jurídicas, y son igualmente admisibles argumentos de índole material y de índole procesal. Nada obsta en tales casos su acumulación, pero de no ser así, lo correcto desde el punto de vista técnico es especificar el criterio o principio que se utiliza y la razón de su aplicación. Es más, la precisión de si se utiliza una u otra solución incluso puede tener trascendencia desde la óptica de las distintas consecuencias derivadas del carácter procesal o material de una norma. Sin embargo, en las resoluciones de los Tribunales no se aprecia que se tenga en cuenta la diversidad de fundamento de las distintas doctrinas, ni que se siga un criterio selectivo.

En la reciente doctrina del Tribunal Supremo, se va dando cabida al criterio de objetivación del daño, introduciendo a su vez del principio de inversión de la carga de la prueba, si bien todavía no se ha abandonado el principio subjetivista de la culpa. Para ello, el Tribunal Supremo manifiesta una tendencia a excluir de la objetivación una serie de supuestos de hecho concretos relativos a colisiones entre vehículos²⁴, responsabilidad por culpa o negligencia médica²⁵ y respecto de la producción de determinados supuestos de riesgos extraordinarios y atmosféricos²⁶, respecto de las que no se consideran aplicables las doctrinas de la responsabilidad por riesgo y de presunción de culpa.

Por otra parte, todavía no se han abierto paso entre nosotros, si bien van ganando adeptos, y opiniones jurisprudenciales y doctrinales confirmadoras, las modernas doctrinas de responsabilidad, con clara incidencia en la carga de la prueba, y especialmente la que se conoce como la doctrina de la res ipsa loquitur²⁷. En concordancia

²⁴ Sentencias de 15 de abril de 1985, 6 de marzo de 1992, 11 de febrero de 1993 y 17 de noviembre de 1993, entre otras.

²⁵ S.T.S. de 25 de abril de 1994 y la de 28 de enero de 1999 donde expresamente manifiesta que "En la conducta de los profesionales de la medicina queda, en general, descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, no operando en estos casos la inversión de la carga de la prueba, admitida en otros supuestos; corriendo finalmente a cargo del demandante la carga de la prueba de la existencia de culpa, así como el de la relación o nexo causal entre ésta y el resultado dañoso".

²⁶ Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1991, 20 de enero de 1992, 19 de diciembre de 1992, 10 de marzo de 1993, 3 de junio de 1993, 29 de septiembre de 1997 y 22 de diciembre de 1998, entre otras.

²⁷ Esta teoría esta recogida en el derecho anglosajón (EE.UU., Gran Bretaña y Alemania). Más recientemente se recibe en Francia, "faute

²³ Respecto de la inversión y la valoración de la prueba, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de enero de 1999, considera, en los mismos términos que otra de 30 de diciembre de 1997, que "...el artículo 1214 del Código Civil no contiene norma de valoración de la prueba y sólo es aplicable cuando se ha invertido el principio de distribución del onus probandi". La misma idea recoge otra de 29 de julio de 1997, cuando considera que "sólo se infringe el artículo 1214 cuando a falta de pruebas se hacen recaer las consecuencias en persona distinta de la obligada a probar".

cia con lo anterior, hay que hacer referencia a esta doctrina, en la perspectiva de aplicación de la misma al campo de la carga de la prueba con carácter genérico²⁸. Es significativo de esta doctrina el hecho de que al objetivar la prueba, ya que como significa la expresión "habla la cosa misma", no es preciso que hable el hombre, por cuanto se establece una presunción de culpa para los supuestos de actividad normal pero con un resultado anormal o extraordinario, haciendo innecesaria la práctica de la prueba o bien invirtiéndose la carga de la misma. Se presume la culpa del demandado porque habida cuenta de las circunstancias del caso y como se ha producido el resultado dañoso lo lógico en el orden normal de las cosas es presumir las del demandado. Así, habrá negligencia porque la experiencia común revela que en el uso ordinario de las cosas tales accidentes no pueden ocurrir si no es por una causa de incompetencia o falta de cuidado. La cosa, la realidad, habla por sí misma, no es preciso que hable el hombre. En materia de responsabilidad opera cuando con arreglo al uso ordinario de las cosas o según la común experiencia, el resultado dañoso no se puede explicar sino por incompetencia o negligencia del agente ocasionante.

Por lo que respecta a España, si bien la moderna jurisprudencia ha dado un vuelco a la situación existente, son muy pocas las sentencias del Tribunal Supremo que la mencionan expresamente. Las de 9 de mayo de 1984,30 de septiembre de 1989, 26 de mayo de 1990 la aplican en materia de prueba del daño y la de 2 de febrero de 1993 la rechaza en materia de responsabilidad de sanitarios. Sin embargo, es de señalar que son bastantes las sentencias en que, sin mencionar la doctrina "in re ipsa", se llega a soluciones similares, especialmente en materia de prueba de existencia del daño, y sobre todo en sede de incumplimiento contractual. En esta línea es importante, por innovadora, la S.T.S. de 13 de Diciembre de 1997, cuando establece que "*La acción ejercitada en la demanda en el presente caso, tiene como causa petendi la llamada responsabilidad extracontractual, basada en el art. 1902 del Código civil en cuanto al médico anestesista, en el art. 1903 del Código civil en cuanto al Hospital y en la relación obligacional derivada del contrato de seguro en cuanto a la Compañía aseguradora del primero. La base jurídica esencial es, pues, la responsabilidad médica. La*

virtuelle" y "presomption de faute", y también en Italia, en relación con la responsabilidad civil de los sanitarios.

²⁸ Ver lo dicho por CORBAL, op. cit. págs. 217 y ss. Ver también las siguientes sentencias del T.S., donde no concuerdan algunas de ellas con las tesis allí expuestas derivadas de la objetivación de la culpa, y que son posteriores a la realización de aquel trabajo, como es el caso de la Sentencia de 28 de enero de 1999.

*naturaleza de la obligación del médico, tanto si procede de contrato (contrato de prestación de servicios, distinto es el caso si el contrato es de obra, lo que se da en ciertos supuestos, como cirugía estética, odontología, vasectomía), como si deriva de una relación extracontractual, es obligación de actividad (o de medios), no de resultado, en lo que es reiterada la jurisprudencia. Tal como dicen las sentencias de 22 de abril de 1997, 27 de junio de 1997 y 21 de julio de 1997, la idea que se mantiene es que la obligación no es la de obtener un resultado, sino la de prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución de un resultado. El resultado siempre está presente en la obligación; en la de actividad, ésta es el objeto de la obligación; en la de resultado, su objeto es el resultado mismo. Ello implica dos consecuencias: la distribución del riesgo y el concepto del incumplimiento, total o parcial, siendo este último el llamado también cumplimiento defectuoso. El deudor de obligación de actividad ejecuta la prestación consistente en tal actitud y cumple con su ejecución adecuada y correcta; el deudor de obligación de resultado, ejecuta la prestación bajo su propio riesgo, ya que tan sólo hay cumplimiento si se produce el resultado. A su vez, lo anterior se relaciona con el cumplimiento; en la obligación de actividad, la realización de la conducta diligente basta para que se considere cumplida, aunque no llegue a darse el resultado: lo que determina el cumplimiento no es la existencia del resultado, sino la ejecución adecuada y correcta, es decir, diligente, de la actividad encaminada a aquel resultado. El cumplimiento de la obligación de resultado, por el contrario, requiere la satisfacción del interés del acreedor consistente en la obtención del resultado. En consecuencia, en la obligación de resultado, la no obtención de éste, que implica incumplimiento de obligación, hace presumir la culpa; en la obligación de actividad, es precisa la prueba de la falta de diligencia, para apreciar incumplimiento, tal como ha reiterado esta Sala en múltiples sentencias"*²⁹.

Frente a la doctrina general de que el daño, tanto el emergente como el lucro cesante, han de ser claramente demostrados, numerosas resoluciones judiciales acogen diversos supuestos de excepción.

Sin ánimo de exhaustividad cabe citar los siguientes grupos de apreciaciones, en atención a las circunstancias del supuesto aplicable, según se trate de:

²⁹ Ver Sentencias del T.S. de 8 de mayo de 1991, 20 de febrero de 1992, 13 de octubre de 1992, 2 de febrero de 1993, 7 de julio de 1993, 15 de noviembre de 1993, 12 de julio de 1994; 20 de julio de 1994; 24 de septiembre de 1994, 16 de febrero de 1995, 23 de septiembre de 1996, 15 de octubre de 1996, 22 de abril de 1997.

-Existencia de hechos demostrados se deduce necesaria y fatalmente la realidad del daño (sentencias de 2 de abril de 1960, 28 de abril de 1969 y 5 de marzo de 1992).

-Probabilidad objetiva de realizar la ganancia teniendo en cuenta el decurso normal de las cosas y las circunstancias especiales del caso (Sentencia de 30 de marzo de 1984).

-Circunstancias del caso y razonable verosimilitud (Sentencia de 5 de octubre de 1992).

-La falta de prestación, "per se" (Sentencias de 9 de mayo de 1984 y 30 de septiembre de 1989); el mero incumplimiento constituye daño (Sentencia de 26 de mayo de 1990). Las tres resoluciones mencionan la doctrina "in re ipsa".

-El incumplimiento "per se" implica perjuicio o daño, pues lo contrario llevaría a suponer que el contrato opera en el vacío (Sentencia de 27 de junio de 1984, 5 de junio de 1985 y 19 de julio de 1991).

-El incumplimiento entraña en su misma realidad un agravio para los intereses del acreedor (Sentencia de 17 de enero de 1985). También debe ponerse de relieve que un supuesto de presunción del daño derivada de la simple existencia de la infracción se recogen en la ley de 5 de mayo de 1992 sobre protección del honor, imagen e intimidad (dice el artículo 9, tres, que: "la existencia del perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima").

Aunque este precepto suscita una pluralidad de cuestiones de notable interés, baste decir aquí que la doctrina científica ha limitado el alcance del mismo al perjuicio de índole moral, de tal manera que el económico hay que probarlo.

5. CONCLUSIONES EN LA APLICACIÓN PROCESAL DE LOS CRITERIOS DE PRUEBA ADMITIDOS

Desde un punto de vista legal, respecto de la responsabilidad médica sanitaria, y en general respecto de la responsabilidad objetiva derivada de la producción de un daño consecuencia de una determinada actuación del demandado, o sujeto agente del hecho, de producirse una situación de responsabilidad médica, el demandante, a pesar de hablar por sí mismo el hecho, deberá reconducir el tema para poder acreditar, o al menos indicar o presumir, la existencia de culpa o negligencia, que sea la causa, el sujeto agente y que exista nexo causal, del hecho objetivo y demostrado del daño efectivamente producido.

Es difícil, en un supuesto genérico, que se den específica y claramente todas las circunstancias de la culpa o de la negligencia, siendo estos hechos de imposible o muy difícil acreditación, y más aún que puedan demostrarse, pero no es difícil acreditar la existencia de la actuación y el nexo causal de la misma con el causante del daño cuya indemnización o reparación se reclama. La causalidad y el nexo causal vendrán acreditados por cualquiera de los medios de prueba antes mencionados, ya sea pericial, indiciaria o inversión de la carga, que deberán aportar al procedimiento suficientes indicios para acabar en una presunción iuris tantum que lleve al juez al convencimiento necesario en los términos establecidos legal, jurisprudencial y doctrinalmente, a los cuales me he referido antes ampliamente. Es obvio que no obtendremos sentencia favorable si no realizamos una actividad probatoria tendente a la demostración de los hechos constitutivos sobre los que fundamentamos la pretensión; por ello, si carecemos de prueba directa o concluyente, es interesante generalizar al máximo la pretensión, de forma y manera que pueda acreditarse que los efectos del agente causante hayan sido consecuencia de su actuación o al menos que indiciaria o presuntivamente se le parecen. Igualmente, y en atención a la imposibilidad de acreditar el nexo causal entre la culpa o negligencia en la actuación y el daño causado, podremos considerar aplicable la teoría de la inversión de la carga probatoria, tanto en este supuesto como en supuestos similares, por el mero hecho, simplificador, de no poder demostrar el demandante, mediante prueba directa, aquello que alega en la demanda, que no es otra cosa que el fundamento esencial de la misma. No obstante no debemos olvidar que el demandante alega un hecho positivo ya él le incumbe la prueba. A lo sumo, de producirse una situación similar, podemos forzar en los términos antes expresados a que el demandado venga obligado a acreditar el fundamento negativo de su oposición a la demanda, lo que sin ser una probatio diabólica, sí complica sobremanera la actuación del mismo. Insistiendo en lo anterior, y en atención al estudio legal, doctrinal y jurisprudencial realizado con carácter genérico, podemos observar que cuando el hecho principal en que se fundamente la demanda es un hecho probado directamente, tanto aquél como los efectos del mismo, la doctrina, así como la jurisprudencia, la ley y la lógica infieren que en el proceso el demandante lo alegará de manera clara y el juez lo apreciará en los términos evidentes. Ahora bien, cuando lo anterior no es así, es obvio que el juez deberá basarse en indicios o hechos indiciarios de la realidad demandada de forma y manera que los mismos acabarán en el establecimiento de una presunción, iuris tantum, en favor de la tesis mantenida por el

demandante. Esta presunción ha de ser lo suficientemente evidente para conseguir el convencimiento del juzgador. Para ello se utilizarán todos los medios al alcance del demandante, siendo necesarios los correspondientes informes periciales para que complementen el conocimiento del juez y que de los mismos pueda inferirse, no ya el hecho, sino el indicio o la presunción que el resultado producido y del que trae causa la demanda, se funda en el hecho objetivable que la ley cataloga como anormal, lo que al ser un concepto jurídico indeterminado permitirá al juez ejercer las reglas de la sana crítica en la apreciación de su existencia, importancia y alcance del mismo. En realidad no se tratará de invertir la carga de la prueba traspasando la misma del demandante al demandado sin razón alguna o directamente por el mero hecho de producirse una situación atípica, sino que se tratará de inferir al demandante la necesidad de probar la situación negativa que fundamente sus alegaciones y oposición a los hechos ciertos ya las presunciones derivadas de los mismos que buscan el convencimiento del Juzgador. Sólo en el caso que ello no sea posible, y atendiendo a tazonos de flexibilidad, normalidad y facilidad probatoria, deberá acudir al instituto de la inversión del onus probandi, como así ha venido recogiendo en forma restrictiva la moderna doctrina. Reseñar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo todavía está alejada de la fundamentación doctrinal anteriormente realizada, pero que poco a poco va acercándose a estos postulados, que conducirán a una definitiva admisión del criterio final de inversión de la carga de la prueba.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALONSO PÉREZ, MT: "La obligación del médico como obligación de resultado y sus consecuencias en el ámbito de la responsabilidad civil". Anuario de Derecho Civil. 1998-2.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A: "La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de *lex artis* y la carga de la prueba. Anuario de Derecho Civil. 1991.

CARNELUITI, F: "Derecho Procesal Civil y Penal". Madrid. 1971. CORBAL FERNANDEZ, JE: "La adquisición procesal y la carga de la prueba", en la obra general "La prueba en el proceso civil". Madrid. 1993.

CORTÉS DOMINGUEZ, GIMENO SENDRA y MORENO CATENA: "Derecho Procesal Civil". Tomo I. Valencia. 1994.

DE ANGEL y AGÜEZ, R: "Responsabilidad civil por actos médicos: problemas de prueba". Madrid. 1999.

DE LA OLIV A SANTOS, A y FERNANDEZ, MA: "Lecciones de Derecho Procesal Civil". Barcelona. 1991.

DÍEZ PICAZO, L: "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial". Tomo III. Madrid. 1996.

FAIREN GUILLEN, V: "Doctrina General del Derecho Procesal". Barcelona. 1990.

GÓMEZ ORBANEJA, E: "Derecho Procesal Civil". Vol. I. Madrid. 1979

GUASP, J: "Derecho Procesal Civil". Tomo I. Madrid. 1977.

MONTERO AROCA, J: "Derecho Jurisdiccional". Barcelona. 1993. Tomo II.

MUÑOZ SABATÉ, L: "Tratado de probática judicial". Barcelona. 1995.

PRIETO CASTRO, L: "Exposición de Derecho Procesal Civil". Madrid. 1941.

SERRA DOMÍNGUEZ, J: "Contribución al estudio de la prueba". Revista Jurídica de Catalunya. Marzo-abril. 1962.

SILVA MELERO, V: "La prueba procesal". Madrid. 1963.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Sentencias del tribunal constitucional

- 5 de marzo de 1989.
- 8 de junio de 1989.
- 13 de enero de 1992.

Sentencias del tribunal supremo

- 11 de mayo de 1981.
- 28 de noviembre de 1981.
- 17 de octubre de 1983.
- 5 de marzo de 1984.
- 20 de noviembre de 1984.
- 15 de abril de 1985.
- 30 de diciembre de 1985.
- 26 de septiembre de 1986.
- 24 de abril de 1987.
- 2 de junio de 1987.
- 25 de junio de 1987.
- 13 de octubre de 1987.
- 29 de octubre de 1987.

- 10 de febrero de 1988.
- 18 de mayo de 1988.
- 15 de julio de 1988.
- 5 de noviembre de 1988.
- 17 de noviembre de 1988.
- 3 de diciembre de 1988.
- 24 de diciembre de 1988.
- 3 de enero de 1989.
- 26 de enero de 1989.
- 30 de mayo de 1989.
- 17 de junio de 1989.
- 7 de julio de 1989.
- 23 de septiembre de 1989.
- 18 de abril de 1990.
- 21 de diciembre de 1990.
- 6 de junio de 1991.
- 17 de julio de 1991.
- 18 de julio de 1991.
- 19 de julio de 1991.
- 22 de julio de 1991.
- 18 de septiembre de 1991.
- 26 de septiembre de 1991.
- 23 de octubre de 1991.
- 15 de noviembre de 1991.
- 20 de noviembre de 1991.
- 20 de enero de 1992.
- 6 de marzo de 1992.
- 30 de abril de 1992.
- 16 de julio de 1992.
- 30 de septiembre de 1992.
- 23 de octubre de 1992.
- 28 de noviembre de 1992.
- 19 de diciembre de 1992.
- 22 de diciembre de 1992.
- 11 de febrero de 1993.
- 26 de febrero de 1993.
- 10 de marzo de 1993.
- 3 de junio de 1993.
- 5 de julio de 1993.
- 17 de noviembre de 1993.
- 25 de abril de 1994.
- 14 de julio de 1994.
- 26 de septiembre de 1994.
- 10 de octubre de 1994.
- 25 de noviembre de 1994.
- 16 de noviembre de 1995.
- 23 de febrero de 1996.
- 8 de marzo de 1996.
- 18 de marzo de 1996.
- 1 de abril de 1996.
- 4 de julio de 1996.
- 9 de septiembre de 1996.
- 25 de noviembre de 1996.
- 10 de diciembre de 1996.
- 7 de marzo de 1997.
- 22 de abril de 1997.
- 5 de mayo de 1997.
- 6 de junio de 1997.
- 29 de julio de 1997.
- 29 de septiembre de 1997.
- 30 de diciembre de 1997.
- 31 de diciembre de 1997.
- 24 de marzo de 1998.
- 14 de abril de 1998.
- 30 de abril de 1998.
- 29 de mayo de 1998.
- 24 de octubre de 1998.
- 27 de octubre de 1998.
- 30 de octubre de 1998.
- 24 de noviembre de 1998.
- 22 de diciembre de 1998.
- 7 de enero de 1999.
- 12 de enero de 1999.
- 28 de enero de 1999.
- 25 de noviembre de 1999.