

LAS TASAS JUDICIALES EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD SANITARIA

M^a del Carmen González Carrasco

*Profesora acreditada al Cuerpo de Catedráticos de Derecho Civil
Universidad Castilla La Mancha*

ÍNDICE

- I. INTRODUCCIÓN
- II. CARACTERES DE LA TASA
- III. ¿QUÉ PROBLEMAS SUBSISTEN SI SE HA BAJADO SUSTANCIALMENTE LA VARIABLE LA TASA?
- IV. INCIDENCIA EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD SANITARIA
 - A) Consecuencias para el paciente
 - B) Consecuencias para los profesionales sanitarios
- V. POSIBLES SOLUCIONES

I. INTRODUCCIÓN

La tasa de acceso a la Administración de Justicia es un tributo de carácter estatal que deben satisfacer en determinados supuestos los usuarios no exentos de la misma, ya sean personas físicas o jurídicas, por acudir a los Tribunales y hacer uso del servicio público de la Administración de Justicia. La gestión de este tributo está legalmente encomendada al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. La posibilidad de exigir el pago de estas tasas entró en vigor el 1 de abril de 2003, regulándose actualmente por la Ley 10/2012 de 20 de noviembre, modificada por Real Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

Desde el año 2002 regía la obligatoriedad de la tasa judicial solo exigibles a empresas de gran facturación que afectaba a menos jurisdicciones y establecía cuantías muy inferiores a las actuales. En virtud de esta tasa, la única anteriormente vigente, se recaudaron 164,4 millones de euros en 2011.

El Anteproyecto de la Ley de Tasas se planteó única y exclusivamente como una “revisión del sistema de tasas judiciales en segunda instancia”. Posteriormente, se revisaron todas las instancias y jurisdicciones, con excepción de la penal.

El Gobierno tenía previsto cobrar por el ejercicio 2013, 436M de euros¹. De esta cuantía había que deducir el importe de los ingresos por tasa correspondientes a los pleitos que se benefician de la asistencia jurídica gratuita (94.195.741,50 euros), lo cual arrojaría unos ingresos netos de 306.091.358,50 euros. Pero no se tomó en cuenta el impacto que la propia ley tendrá en el número de procedimientos judiciales, efecto derivado de su expreso propósito disuasorio. Por ello, el Gobierno central ha recaudado un 60% menos de lo previsto con las tasas judiciales en el primer trimestre del 2013, según datos facilitados por la Agencia Tributaria al Colegio de Abogados de Barcelona (ICAB).

¿Dónde están esos pleitos? ¿Cómo ha afectado

¹ Presupuestos Generales del Estado, página 14, la partida nº 303 de ingresos, dentro de la Sección: 98, Ingresos del Estado, Servicio: 01 Ingresos del Estado. “Tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional”.

la entrada en vigor de la Ley de Tasas a los procesos en demanda de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria y/o en demanda de responsabilidad civil, contractual o extracontractual, de centros y profesionales sanitarios?

Sobre todo, en la “drástica reducción”, en las demandas contra las Administraciones Públicas, que deberían ser –según presidente del Consejo General de la Abogacía Española– “la garantía del ciudadano ante los actos de la administración, así como en la prevención contra la vía civil por el mismo motivo.

II. CARACTERES DE LA TASA

La tasa actualmente vigente se extiende a la interposición de demanda, de reconvencción, recurso de los distintos procesos previstos en el orden civil y en el contencioso administrativo, así como a la interposición de los recursos de apelación y de casación en el orden civil y contencioso-administrativo y de los recursos de suplicación y de casación en el orden social. Únicamente se eximen demandas y recursos en procesos de capacidad, filiación y menores, así como procesos matrimoniales que versen exclusivamente sobre guardia y custodia o alimentos de hijos menores, o que se trate de separaciones o divorcios de mutuo acuerdo, según la excepción que añade el RD Ley 3/2013. El resto de asuntos civiles, sean de Familia o de cualquier otro ámbito, están incluidos, salvo que se trate de reclamaciones de cantidad no superiores a 2.000€, siendo que las demandas por responsabilidad sanitaria siempre superan esta cifra.

La tasa consta de dos partidas: 1) una cuota fija en función del tipo el procedimiento, y 2) una cuota variable en función de la “cuantía” del proceso. Ambas se suman siempre en todos y cada uno de los casos. Esto es, en primer lugar se establecen unas cantidades fijas en función del tipo de actuación judicial. En la jurisdicción civil: verbal 150 €, ordinario 300 €, monitorios 100 €, ejecuciones y concursos 200 €, apelación 800 €, casación 1.200 €; En contencioso-administrativo, la tasa fija es del procedimiento abreviado es de 200 € y del ordinario 350 €.

A esa cuantía fija se añade una tasa variable en cada instancia, en cada actuación, sumándose siempre a la tasa fija.

Antes de la Reforma operada por RD Ley 2013, la tasa variable se calculaba en un 0,5% de la cuantía procesal (cuando se reclama una indemnización es

la cantidad solicitada) hasta 1.000.000 € y a partir de 1.000.000 € de cuantía procesal el 0,25 % de la misma (con el límite de 10.000 € por instancia). Según la Ley de Tasas vigente con anterioridad a dicha reforma, unos padres que reclamaron 600.000€ de indemnización para su hija con gravísimos daños cerebrales en causados por una negligencia médica en un parto, y a los que solo les dieron la razón en el Tribunal Supremo, tendrían que haber pagado al Estado 11.300 € por tasas judiciales, no todas ellas recuperables.

Ante el clamor expresado por Jueces, Fiscales, Abogados y asociaciones de consumidores, la Defensora del Pueblo transmitió el día 12 de febrero de 2013 al Ministro de Justicia la viabilidad del modelo de tasas judiciales que no consideró lesivo de derecho alguno y que, según la institución, contribuiría a mantener el derecho a la justicia gratuita. Sin embargo, puso de manifiesto casos concretos individualizados en los que la cuantía fijada en la tasa podría resultar excesiva.

Según el preámbulo del RD Ley 3/2013, fruto de la revisión que siguió al informe de la Defensora, era imposible establecer, sin colapsar más la justicia, un sistema de gestión que permitiese un análisis individualizado de la capacidad económica de cada persona obligada al abono de la tasa, así como a una posible ponderación entre la cuantía de la pretensión y la de la tasa. La solución adoptada fue de carácter global: en la reforma de la Ley, la cuantía fija de la tasa permanece inalterada en prácticamente todos los casos, pero con las siguientes modificaciones:

- a) Se rebaja de un 0,50 por ciento a un 0,10 la cuota variable que debían abonar las personas físicas en función de la cuantía de la pretensión de su demanda
- b) Además, si el límite máximo de pago por la cuota variable estaba fijada en 10.000 euros ahora desciende a 2.000. La rebaja será de aplicación tanto en primera como en segunda instancia y se extenderá también al orden Social, donde la primera instancia para trabajadores y autónomos ya era gratuita y en la segunda, este colectivo contaba con una exención del 60%.
- c) Cuando los recursos contenciosos-administrativos tengan por objeto impugnar resoluciones sancionadoras pecuniarias, el importe de la tasa no podrá exceder del 50% del importe de la multa.

d) Cuando se trate de vivienda habitual, y en aquellos en los que se actúe contra los avalistas quedan fuera del régimen general previsto para la integración de las tasas en las costas a cargo del ejecutado.

e) Los procedimientos abiertos por incumplimientos de laudos dictados por las Juntas Arbitrales de Consumo, también quedarán fuera del cobro de tasas. Como tuve ocasión de afirmar en otro foro², con la sujeción de la ejecución de títulos extrajudiciales quebraba la gratuidad del sistema arbitral de consumo y la propia finalidad incentivar la resolución de los litigios por medios extrajudiciales con que se ha presentado la nueva ley de tasas.

f) Se aclara el régimen aplicable a los procesos de familia, quedando exentos los que se inicien de mutuo acuerdo o por una de las partes con el consentimiento de la otra. En los demás casos sólo se reconocerá la exención cuando las medidas solicitadas versen exclusivamente sobre hijos menores. Los procesos matrimoniales no exentos del abono de la tasa se considerarán como procedimientos de cuantía indeterminada a efectos de la determinación de la base imponible, de forma que el importe variable será de 18 euros.

tasas en primera instancia y tendrán una exención del 60 por ciento en la cuantía de la tasa que les corresponda por la interposición de los recursos de apelación y casación.

Por lo tanto, tras el RD Ley 3/2013 de 22 de febrero, las cuantías de las tasas de acceso a la Administración de Justicia ha quedado como sigue:

- En el orden jurisdiccional civil (**Tabla 1**).
- En el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (**Tabla 2**).

Más un variable de 0,10 hasta un límite de 2000 euros (anteriormente 0,5% hasta 1.000.000 euros y a partir de esa cantidad, 0,25% con un límite de 10.000)³.

Según el Consejo General de la Abogacía Española, la reforma de la Ley de Tasas todavía “se aleja mucho de las normas constitucionales”. El presidente del Consejo General de la Abogacía Española anunció el pasado 14 de mayo que presentará ante el Ministerio de Justicia “cien casos concretos de violación del derecho fundamental de acceso a la justicia”, tras la aplicación de la Ley de Tasas Judiciales aprobada por el Gobierno, a pesar de la reforma operada

Tabla 1. Cuantías de las tasas de acceso a la Administración de Justicia en el orden jurisdiccional civil.

Verbal y cambiario	Ordinario	Monitorio, monitorio europeo y demanda incidental en el proceso concursal	Ejecución extrajudicial y oposición a la ejecución de títulos judiciales	Concurso necesario	Apelación	Casación y extr. por infracción procesal
150 €	300 €	100 €	200 €	200 €	800 €	1.200 €

Tabla 2. Cuantías de las tasas de acceso a la Administración de Justicia en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Abreviado	Ordinario	Apelación	Casación
200 €	350 €	800 €	

² “Nota jurisprudencial a la Sentencia 190/2012, de 29 de octubre de 2012, del Tribunal Constitucional (Sala 2ª). Requisitos de constitucionalidad de la tasa aplicable al acceso a la administración de justicia prevista por la derogada ley 53/2002 y consecuencias en torno a la constitucionalidad de la actualmente vigente (Ley 10/2012 de 20 de noviembre)”.

³ Ejemplos

En todo “juicio ordinario”, el más frecuente y más en este ámbito, se establece un fijo de 300€ más un variable del 0,10% por demanda (o por reconvencción) que se calcula sobre la llamada “cuantía procesal”, es decir, el valor económico que

sobre la misma y ha vuelto a reclamar a la Defensora del Pueblo que interponga un recurso de inconstitucionalidad que se uniría a los tres admitidos a trámite hasta la actualidad, interpuestos por Diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, Generalitat de Catalunya y Consejo de Gobierno de la junta de Andalucía.

III. ¿QUÉ PROBLEMAS SUBSISTEN SI SE HA BAJADO SUSTANCIALMENTE LA VARIABLE LA TASA?

La variable aplicable baja de 0,5 a 0,1 % con límite de 2000. La cuantía es sustancialmente más razonable que con la ley inicial, aunque se fija un límite a la tasa de 2.000€ de variable por actuación, por lo que los grandes pleitos en los que estén en juego cientos de millones de euros de euros entre dos multinacionales costará apenas un poco más que la demanda que interponen los padres de un niño que sufra una negligencia médica. Pero en todo caso, el verdadero problema de las tasas son ahora los recursos y el sistema de costas propio de ulteriores instancias, por que:

- Hace advertir al cliente (paciente, en nuestro caso) de que debe disponer de ese dinero porque si se produce la resolución y hay que recurrir, deberá depositar la tasas y, de lo contrario, precluirá su derecho.

la propia ley procesal asigna al pleito, y ese mismo 0,10% se añade a las tarifas fijas por apelación, casación, todas ellas por supuesto con su correspondiente 0,10% de variable. El resultado de la aplicación de la tasa en demandas (300€ de fijo más 0,101% de tasa variable sobre cuantía procesal) sería como se indica en los siguientes ejemplos de pleitos cotidianos en responsabilidad sanitaria: 1.300.000 €.: Tasa judicial que correspondería por interponer demanda en primera instancia: (300 €+ 0,10% cuantía con límite 2000 euros): 300+1.300=2.600. Si hubiese que recurrir en apelación (800 € + 0,10% cuantía):2.100 Si pudiéramos interponer un recurso de casación + extraordinario por infracción procesal: 1.300 + 1.200 + 1.200 = 3.700. Total: 8.400 euros, de los cuales, en el caso de vencer finalmente, sólo recuperaría los 2.600 de la primera instancia.

Reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas - Se reclama al Estado 1.300.000€ como indemnización para un niño con graves daños por negligencia médica en un hospital de la Seguridad Social.

Fijo por procedimiento ordinario, por ser superior a 13.000 euros: 350 euros. 1.300 por variable: 1.650 euros.

Además del pago de las tasas judiciales referidas en la primera instancia, en caso de inadmisión de un recurso contencioso administrativo, el recurrente debe pagar 800€ adicionales, en concepto de tasa judicial por la interposición de recurso ordinario de apelación al que tendría derecho, en virtud del art. 81.2 LJCA, más el 0,10% de la cuantía procesal (1.300). En el ejemplo anterior, sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, por la sola interposición de un recurso contencioso-administrativo que es inadmitido, el recurrente abona otros 800€ más el 0,10% sin haber obtenido la tutela judicial solicitada, es decir, un pronunciamiento sobre el fondo.

- Las tasas de los recursos de apelación y casación interpuestos por el perjudicado contra sentencias desestimatorias no se recuperan.
- Aumento de las querrelas criminales respecto a las demandas debido a que en la jurisdicción penal no existen tasas.

IV. INCIDENCIA EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD SANITARIA

A) Consecuencias para el paciente

En primer lugar, en muchos casos la tasa impedirá de forma manifiesta el acceso de los ciudadanos a la tutela judicial de sus intereses. La reducción de las tasas a abonar por la vía de reducir el variable determinará que, en un contexto de crisis como la actual, siga sin atenderse a la real capacidad económica de los ciudadanos, que seguirán obligados, en su caso, a abonar hasta 2.800 euros por presentar un recurso de apelación civil o hasta 3.200 euros por una casación civil (4.400 si junto con el recurso de casación interpone recurso extraordinario por infracción procesal). La Sentencia del Tribunal Constitucional 20/2012, de 16 de Febrero, referida a las tasas anteriormente vigente, aplicables sólo a empresas, cuestiona precisamente la eventual legalidad de este tributo “si se mostrase que la cuantía de las tasas establecidas son tan elevadas que impiden en la práctica el acceso a la jurisdicción o lo obstaculizan en un caso concreto en términos irrazonables”.

Ello es así porque el apelado y en general, el vencido en casación por el recurrente (quien a su vez ha soportado las tasas expresadas en el texto), no puede ser condenado a las costas del contrario, salvo temeridad (art. 398.2 en relación con el 394 LEC 1/2000).

La tasa ya fue incluida en las costas por Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal. Pero la abonada en primera instancia no se recupera vía costas si la demanda no se estima íntegra o, al menos, sustancialmente. Y eso es lo común en las demandas por responsabilidad civil sanitaria en las que existe un gran margen de discrecionalidad judicial a la hora de cuantificar el daño moral, sobre todo en los casos de pérdida de oportunidad. Si se quiere recurrir la desestimación total o parcial, la tasa fija de apelación es 800 euros más variable en vía civil. Y si se gana la apelación, se recuperan las de

primera instancia, pero no las de segunda instancia, porque no se imponen las costas al apelado cuya sentencia absolutoria se revoca en su contra en segunda instancia.

Si no se gana en segunda instancia y se quiere llegar al recurso de casación, es peor: 1.200 de fijo por casación+ 1.200 de fijo por recurso extraordinario por infracción procesal (2.400 euros), más variable hasta 2000. Para no recuperarlas tampoco. En numerosas actuaciones procesales concretas la propia ley no prevé condena en costas; y por tanto, al no haber condena en costas, la tasa por definición no se puede repercutir legalmente. Un ejemplo entre muchos, las apelaciones civiles y los recursos de casación, cuando son ganados por el recurrente. Art. 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “*Costas en apelación, recurso extraordinario por infracción procesal y casación. [...] 2. En caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes*”. Igual ocurre en el art. 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

La parte contraria también sabe que puede contar con negociar a la baja, considerando ese coste irre recuperable.

Además, en la Ley de Enjuiciamiento Civil no rige el principio del vencimiento puro; es decir, que la condena en costas, incluso cuando esté prevista para esa actuación concreta, no es automática para el perdedor, ni siquiera cuando se han estimado íntegramente las pretensiones. El juez puede y debe no condenar en costas al que ha perdido si considera que existen en el caso dudas de hecho o de derecho (art. 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), lo que, en puridad, debería ocurrir en muchos casos demandas basadas en el criterio de imputación consistente en la pérdida de oportunidad. Incluso cuando la ley establece la posibilidad de condena, y el juez hace uso de ella y la impone efectivamente, las costas no se pagan, ni la tasa entre ellas, en dos casos: Por expresa previsión legal, cuando el contrario condenado en costas goza del beneficio de justicia gratuita (art. 394.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); incluyendo no solo a las personas físicas (los que ganan en el conjunto de su unidad familiar menos del doble del IPREM), sino a entidades que gozan de ese beneficio, conforme al artículo 1.2 de la Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita (las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, en todo caso. Es decir, que quien demande a la Seguridad So-

cial, en vía administrativa o laboral, no podrá recuperar la tasa).

Incluso cuando hay posibilidad legal de condena en costas, en efecto la condena se impone, el contrario no tiene justicia gratuita y es solvente, las costas tiene un límite: el límite del tercio de lo reclamado (artículo 394.3 LEC). En pleitos de cuantías mínimas, aun cuando se obtenga una sentencia favorable, el demandante nunca verá compensado el pago de la tasa, al no poder exceder el importe correspondiente a las costas del tercio de la cuantía del pleito.

Sin embargo, sí podrá deducírselas como gasto de la clínica privada donde se realice una intervención en el transcurso de la cual se generen daños resarcibles conforme a los criterios de imputación vigentes en responsabilidad sanitaria, por lo que el paciente se niegue a pagar la factura y sea demandado por aquella, o incluso porque el paciente la demande por los daños ocasionados con motivo de ese mismo tratamiento y condenen en costas a la clínica demandada.

En tercer lugar, se vería afectado directamente el derecho constitucional a la protección del paciente como consumidor, recogido en el art. 51 de la Constitución. La norma impone tasas en asuntos cotidianos, como los de consumo, cuyo importe en apelación es superior al propio importe reclamado, disuadiendo al consumidor del planteamiento de cualquier reclamación y favoreciendo el abuso de las grandes empresas, en perjuicio de los consumidores. Ni siquiera estaba excluida, por ejemplo, la ejecución del arbitraje de consumo (aunque dicha sujeción ya se ha solucionado con la exención contemplada por la reforma operada por RD Ley 3/2013).

Tampoco se ha tenido en cuenta la doble imposición que se sufrirá en aquellas Comunidades Autónomas que tienen regulación propia en materia de tasas judiciales, como Cataluña⁴ ya (Ley 5/2012, título III bis, capítulo 1), con la consiguiente desigualdad que se creará entre los ciudadanos en función del territo-

4 Ley 5/2012 de la Comunidad Autónoma de Cataluña, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del Impuesto sobre las Estancias en Establecimientos Turísticos -publicada en el BOE número 83 de 6 de abril de 2012 y previamente en el «Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña» número 6094, de 23 de marzo de 2012- en su artículo 16 añade un nuevo título III bis al texto refundido de la Ley de tasas y precios públicos de la Generalidad de Cataluña, que tiene por objeto regular la nueva tasa judicial autonómica para el justiciable (nuevo artículo 3 bis. 1) y otra tasa para “la utilización o el aprovechamiento de los bienes y derechos afectos al servicio de la Administración de justicia” (nuevo artículo 3 bis. 2).

rio en el que se litigue, dado que las tasa estatales se suman a la autonómicas. La tasa estatal es aplicable a todo el territorio nacional y obliga a tributar por los mismos hechos imponibles. Se plantea por tanto, además, un conflicto de competencias.

Por otra parte, las tasas deben tender exclusivamente a cubrir el coste del servicio o actividad que constituya su hecho imponible, que en el caso de las tasas judiciales sería el funcionamiento de la Administración de Justicia en relación a un asunto concreto, no pudiendo vincularse a otro servicio que afecte a personas distintas de las que satisfacen la tasa correspondiente, como ocurrirá si se destinan las tasas judiciales a financiación de la justicia gratuita.

En definitiva, la Ley de Tasas sólo beneficia, por razones fiscales, a la Administración sanitaria y a las clínicas privadas constituidas en persona forma societaria. Pongamos una clínica de estética⁵ en la que el problema sea más bien de consumo (resultado insatisfactorio, cobro de lo indebido).

Las consecuencias de todo ello son evidentes. Para una gran empresa no prestar bien los servicios y esperar que el consumidor perjudicado demande es lo más rentable; sabe que muchos no podrán permitirse sufragarlo, y que en cualquier caso siempre le resulta mucho más barata su defensa que al particular.

Todos los anteriores inconvenientes, sólo podrían sugerir, en principio, una mejora para la situación de la Administración sanitaria y para los profesionales sanitarios que ejercen la medicina privada. En efecto, demandas inciertas, como la pérdida de oportunidad o la teoría de la culpa virtual o el daño desproporcionado tenderían a disminuir con el efecto disuasorio de las tasas de acceso a la Administración de Justicia.

Sin embargo, los efectos colaterales de las tasas de acceso a los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso-administrativo también afectan a la Administración sanitaria y al profesional sanitario.

B) Consecuencias para los profesionales sanitarios

⁵ Estadística siniestral: **Cirugía Estética 12,90%**; Ginecología y Obstetricia 2,90%; Cirugía Ortopédica y Traumatología 2,70%; Neurocirugía 2,69%; Cirugía General 2,42%; Oftalmología 2,41%; Resto de especialidades: inferiores al 2%.

Es evidente que las tasas judiciales, en lo que tienen de disuasorias para “racionalizar el ejercicio de la potestad jurisdiccional”, deberían servir para impedir demandas infundadas o abusivas. Esto es, para impedir la judicialización de la medicina, con la ventaja de disminuir el efecto medicina defensiva que tan caro sale al sistema en su conjunto y que tanto perjudica al reconocimiento del médico como garante de la *lex artis*. Pero creemos que ocurrirá lo contrario. ¿Por qué?

En demandas de resultado incierto: porque la materia sanitaria es muy sensible a la socialización de riesgos. La teoría de la culpa virtual o la pérdida de oportunidad surgida fundamentalmente en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración no son sino un expediente de socialización de riesgos. Las situaciones personales que se plantean en este tipo de procesos son muy sangrantes, y ello influye negativamente para el profesional, puesto que el Juzgador, ante la existencia de una aseguradora (o de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que a su vez también está asegurada) busca el criterio de imputación que le permita al damnificado la obtención de su indemnización, aun cuando para ello los vínculos de causalidad sean más que remotos. Pues bien, *esa tendencia puede verse acentuada cuando, además, de su situación personal, el Juez es consciente de que dicha persona ha pagado una tasa cuantiosa que no recuperará de ver desestimada su demanda.*

E incluso puede inclinar la balanza a favor de las apelaciones interpuestas por el perjudicado, siquiera parcialmente, para lograr que el damnificado recupere por esta vía la tasa del recurso que no recuperará por la vía de la condena en costas de la segunda instancia (no se imponen al apelado en segunda instancia aunque se le condene a las de primera instancia, art. 398 LECiv y 139 LJCA).

Además, la Ley no incentiva al demandante para aceptar mediaciones, allanamientos, transacciones: (desde la reforma por RD Ley 3/2012, se efectuará una devolución del 60 por ciento del importe de la cuota de la tasa, que en ningún caso dará lugar al devengo de intereses de demora, cuando, en cualquiera de los procesos cuya iniciación dé lugar al devengo de este tributo, tenga lugar el allanamiento total o se alcance un acuerdo que ponga fin al litigio. Esta devolución también será aplicable en aquellos supuestos en los que la Administración demandada reconociese totalmente en vía administrativa las pretensiones del demandante).

Pero la consecuencia más importante y negativa para los prestadores de servicios sanitarios es la siguiente: al quedar excluido de la aplicación de las tasas únicamente el Orden penal, puede aumentar la tendencia de huida hacia este ámbito jurisdiccional, en detrimento del civil y del contencioso-administrativo.

Esta razón vendría a unirse a las tradicionales causas de huida de las reclamaciones por daños sanitarios a la vía penal: evitación de la reclamación preceptiva en vía administrativa previa (con dictamen preceptivo del Consejo Consultivo cuando la reclamación supere una determinada cantidad), evitación de plazos de prescripción pasados cuando la responsabilidad civil es claramente extracontractual (el plazo no empieza a correr sino desde la finalización de la vía penal), obtención a bajo coste de hechos probados vinculantes posteriormente en otras vías), todo ello con mantenimiento de la Administración como responsable civil subsidiaria.

La responsabilidad sanitaria es terreno abonado para ello, habida cuenta de la variedad de Órdenes jurisdiccionales en los que puede dirimirse un conflicto de responsabilidad derivada de daños producidos con ocasión de la asistencia sanitaria. Y sobre todo, de la especial adecuación de algunos tipos penales a los resultados de dicha actuación dañosa (imprudencia leve o grave con resultado de muerte o lesiones, con inhabilitación⁶ incluida si se trata, como se tratará, de imprudencia profesional⁷).

Es cierto que no será así en la mayoría de los ca-

⁶ La amenaza de la inhabilitación profesional.

Procede INHABILITACIÓN:

- Art.142, homicidio por imprudencia grave
- Art.146, aborto por imprudencia grave
- Art.152, lesiones por imprudencia grave
- Art.158, lesiones al feto por imprudencia grave
- Art.159.2, alteración del genotipo por imprudencia grave
- Art.220, sustitución de un niño por otro por imprudencia grave.

⁷ La imprudencia grave da lugar a la calificación como delito, tanto si se produce muerte (art. 142 CP), como lesiones (arts. 147 ss. CP), aborto (art. 146 CP) o lesiones al feto (art. 158 CP).

-Sólo las lesiones menos graves, pero que exijan tratamiento médico (art. 147.2 CP) pueden ser calificadas como falta del art. 621 CP. En ese mismo artículo aparecen castigadas todas las imprudencias de carácter leve, tanto si tienen como consecuencia la muerte o lesiones de todo tipo.

-Quedan fuera del ámbito penal el aborto y las lesiones al feto ocasionados por imprudencia leve. Será en todo caso la jurisdicción civil la que dirima esos asuntos, si bien la jurisprudencia entiende que las muertes en el canal del parto no son aborto sino imprudencia con resultado de muerte (STS

de imputación de daños derivados de la pérdida de oportunidad sanitaria, en los que por no quedar suficientemente probado que el resultado dañoso se habría evitado a través de una conducta diligente, el resultado en vía penal es la absolución. Porque con buen criterio, en la vía penal no es admisible el salto en el vacío al recurso del daño moral como base de la conducta penal. La relación de causalidad entre el daño corporal y la imprudencia ha de quedar probado con todas las garantías que exige el proceso penal y la conducta ha de estar suficientemente tipificada de acuerdo con el principio de intervención mínima del Derecho penal.

Un ejemplo de ello es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Mallorca de 17 de junio de 2011, en un caso de “sufriamiento fetal” que tuvo como consecuencia la muerte del recién nacido, pese a la comprobación de una conducta negligente de la comadrona (tardanza excesiva en

29.11.2001).

Según el CP se pueden cometer por imprudencia los siguientes DELITOS relacionados con el Derecho Sanitario:

- El homicidio, que requiere imprudencia grave 108.
- El aborto, que requiere imprudencia grave 109.
- Las lesiones, que requieren imprudencia grave y un resultado tipificado e importante 110 (que requiera, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico).
- Las lesiones al feto, que requieren imprudencia grave 111.
- La manipulación ilegal de genes humanos que requiere imprudencia grave 112.
- Las falsedades de autoridad y funcionarios, que requieren también imprudencia grave 113.
- Las sustituciones de niños en centros sanitarios o sociosanitarios por imprudencia grave 114.

LAS FALTAS DE IMPRUDENCIA, relacionadas con los temas que tratamos, son las siguientes 115:

-Los que por imprudencia grave causaren una lesión que no requiera, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico.

Pena: multa de uno a dos meses.

-Los que por imprudencia leve causaren la muerte de otra persona.

Pena: multa de uno a dos meses.

-Los que por imprudencia leve causaren lesión constitutiva de delito.

Pena: multa de quince a treinta días.

Las faltas descritas sólo se persiguen mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

-Abandono de jeringuillas 116.

Los que abandonaren jeringuillas, en todo caso, u otros instrumentos peligrosos, de modo o con circunstancias que pudieran causar daño a las personas o contagiar enfermedades, o en lugares frecuentados por menores.

Pena: arresto de tres a cinco fines de semana o multa de uno a dos meses.

-Actividades sin seguro obligatorio 117.

Los que realizaren actividades careciendo de los seguros obligatorios de responsabilidad civil que se exigieren legalmente para el ejercicio de aquéllos.

Pena: de uno a dos meses.

avisar a la ginecóloga de guardia) el Tribunal le absuelve porque considera que la causa directa de la anoxia cerebral acreditada en el recién nacido estriba en que éste nació con el cordón umbilical anudado al cuello con doble vuelta, lo que permite inferir que la muerte se habría producido de todas formas aunque la matrona hubiera intervenido diligentemente). La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 16^a) de 19 de noviembre de 2012 corrobora ese criterio: “aun cuando se hubiera constatado una mala praxis profesional al no haber visitado y explorado personalmente el acusado al paciente, la constatación, sin más, de esa mala praxis no sirve para condenar penalmente. Es necesario, como hemos explicado, que exista una relación de causalidad entre dicha mala praxis y el resultado fatal producido, de tal modo que si el facultativo acusado hubiera llevado a cabo otra conducta, dicho resultado fatal se hubiera evitado.”

Este inconveniente es tanto mayor para los profesionales sanitarios que prestan sus servicios para el sistema público de salud. Porque a diferencia de los médicos privados, que, de resultar demandados, podrían serlo igualmente y de forma personal en la vía civil, aquéllos no pueden ser individualmente demandados en dicha vía (salvo la posterior a la penal en caso de reserva de la acción, por las normas del CP, art. 1092) ni pueden ser demandados juntamente con la Administración en el orden Contencioso-administrativo (145.1 LRJAP-PAC). Responden en la vía interna, por dolo o culpa grave, lo cual es impensable en determinados supuestos, como la mayoría de los casos de aplicación de la doctrina del daño desproporcionado o culpa virtual (art. 146 LRJAP-PAC). Ello, salvo que se les exijan responsabilidades penales en el Orden penal, en cuyo caso, pueden verse posteriormente demandados en la vía civil si el perjudicado se reserva la acción, pero siempre a través de las normas de responsabilidad civil contenidas en el Código Penal.

Además, la huida de las reclamaciones sanitarias a la vía penal genera efectos perversos en la situación de los profesionales sanitarios: a la “pena de banquillo” (independiente e inevitable a pesar de una eventual absolución final) y al descrédito profesional hay que unir también el aumento inmediato de las primas de seguros que cubren responsabilidad civil y defensa jurídica⁸, derivado del mayor coste que tendrán que

asumir las aseguradoras para defender en la vía penal o contenciosa al profesional o a la Administración.

Además, con la huida al Derecho penal, y a pesar de la responsabilidad subsidiaria de la Administración sanitaria en estos casos, se pierde parte de la función preventiva y de control del adecuado funcionamiento de los servicios públicos que caracteriza al sistema de RP de la Administración junto con su función típicamente reparadora.

V. POSIBLES SOLUCIONES

a) **Las soluciones alternativas consistentes en el establecimiento de vías de resolución extrajudicial de conflictos**, como el arbitraje de consumo (cuya ejecución ahora sí está exenta de tasa), sin perjuicio de su necesidad, no pueden dar respuesta a muchos supuestos, como es el de los daños corporales producidos en el ámbito de la responsabilidad civil sanitaria (se discute si cabría en los casos de daño moral por pérdida de oportunidad). En otros ordenamientos del Derecho Comparado se han adoptado mecanismos alternativos para favorecer la transacción y evitar los altos costes de un procedimiento judicial de responsabilidad civil médica. En México existe el Comisionado Nacional del Arbitraje Médico (CONAMED), creado en el año 1996, que desde entonces ha recibido 29.792 consultas y cuyo objetivo es encontrar una vía alternativa a la jurisdicción ordinaria para resolver conflictos, mejorar la relación médico-paciente y propiciar la calidad del sistema; b) en Francia, existen comisiones de conciliación internas en cada hospital desde el año 1996, aunque contradictoriamente están desprovistas del poder de conciliar: su única función es asistir y facilitar las gestiones de las personas afectadas y velar para que puedan hacer llegar sus quejas a los responsables del centro. Desde el 4 de marzo de 2002 se han creado en Francia comisiones regionales de conciliación y de indemnización de accidentes médicos, complicaciones iatrogénicas e infecciones nosoco-

que presten cualquier clase de servicios sanitarios, vienen obligadas a suscribir el oportuno seguro de responsabilidad, un aval u otra garantía financiera que cubra las indemnizaciones que se puedan derivar de un eventual daño a las personas causado con ocasión de la prestación de tal asistencia o servicios.” Ley 2/2007, de 15 de Marzo de Sociedades Profesionales, art. 11. 3): “Las sociedades profesionales deberán estipular un seguro que cubra la responsabilidad en la que éstas puedan incurrir en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyen el objeto social.

⁸ Ley 44/2003 (LOPS), artículo 46: “Los profesionales sanitarios que ejerzan en el ámbito de la asistencia privada, así como las personas jurídicas o entidades de titularidad privada

miales, que estudian cada proceso a través de un peritaje.

b) **Desde la doctrina administrativista se ha propuesto una reforma legal para establecer como regla el silencio administrativo positivo en caso de responsabilidad patrimonial.** El silencio es negativo en este caso en la actualidad (arts. 142.7 y 143.3 LRJAP PAC). Aunque el artículo 46 LJCA citado que fija un plazo de seis meses como tope para impugnar actuaciones presuntas, si la Administración no contesta a la solicitud del particular éste podrá acudir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en cualquier tiempo. Siempre, siempre, podrá el particular desenterrar el expediente administrativo que plasma la denegación por silencio para que un juez se pronuncie sobre la cuestión de fondo. **Pero es necesario un paso más:** entender estimadas por silencio administrativo positivo las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración.

La novedad del art. 43.1 de la Ley 30/1992 (en la redacción dada por la Ley 25/2009) consiste en incorporar una precisión a la posible excepción por norma legal de la regla general del silencio positivo: ya no basta con determinar el silencio negativo en una norma con rango de ley, sino que, además, debe justificarse en razones imperiosas de interés general. Se trata, por tanto, de un cambio relevante, ya que ahora se impone un doble condicionamiento para el silencio negativo: uno formal o exigencia de ley; y otro material o justificación de la concurrencia de una razón imperiosa de interés general que justifique la determinación en el caso del sentido negativo del silencio. Pero la propia Ley 25/2009 contempla la aplicación de los requisitos previstos para el silencio administrativo desestimatorio regulado en normas preexistentes, disponiendo que «se entenderá que concurren razones imperiosas de interés general en aquéllos procedimientos que, habiendo sido regulados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley por normas con rango de Ley o de Derecho comunitario, prevean efectos desestimatorios a la falta de notificación de la resolución expresa del procedimiento en el plazo previsto» (disposición adicional cuarta).

Ello supone convalidar todos anteriores supuestos de silencio negativo establecidos en normas legales precedentes.

Por su parte, la Ley de Economía sostenible estableció la obligación, para el Gobierno y las Comunidades Autónomas, de impulsar reformas normativas para ampliar el ámbito de aplicación del silencio administrativo positivo. En tal sentido, su art. 40 dispone:

“1. Con el fin de agilizar la actuación de las Administraciones Públicas, el Gobierno, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley de modificación del sentido del silencio administrativo en los procedimientos que no se consideren cubiertos por razones imperiosas de interés general, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43 de la Ley 30/1992, de 6 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. Las Comunidades Autónomas evaluarán igualmente la existencia de razones imperiosas de interés general que justifiquen el mantenimiento de los efectos desestimatorios del silencio administrativo en los procedimientos administrativos regulados por normas anteriores a la redacción del artículo 43 de la Ley 30/1992, de 6 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, derivada de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Dicha evaluación se llevará a cabo en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley y servirá de base para impulsar la adecuación normativa oportuna».

Así pues, este precepto pretende ser un paso adelante en la implantación efectiva de la aplicación general del silencio positivo. Y es que, como se ha indicado más atrás, la efectividad del nuevo art. 43 de la Ley 30/1992 (en la redacción dada por la Ley 25/2009) había quedado diluida o demorada ante la ratificación general de todas las preexistentes previsiones legales de silencio negativo por la disposición adicional cuarta de la Ley 25/2009. Por tanto, el art. 40 de la Ley de Economía Sostenible pretende impulsar la aplicación efectiva de la regla general del silencio, ordenando la revisión de las normas legales que contemplan supuestos de silencio negativo para verificar si cumplen con la nueva exigencia sus-

tantiva de estar justificados en una razón imperiosa de interés general y, en otro caso, suprimir tales casos.

c) El asunto de las tasas y el especial ensañamiento del sistema de recursos en relación con ellas resucita la cuestión de si es conveniente establecer **baremos para determinar la indemnización por responsabilidad civil médica**, en la misma línea que el sistema de baremos vigente en accidentes de circulación (Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. que hasta ahora se había utilizado de manera orientativa en los temas de responsabilidad civil médica (STS, 1^a, 20.7.2004). En el año 2006 se anunciaba la elaboración de una Ley sobre Baremación de Daños Médicos para regular las indemnizaciones que percibirán los pacientes que sufran daños por negligencias médicas, dadas las peticiones encabezadas por el presidente de la Organización Médica Colegial de España, OMCE. El establecimiento de un baremo para el cálculo del daño no patrimonial en los accidentes médicos pondría fin al difícil equilibrio que se ha descrito entre reparación integral del daño, sistema de evaluación abierta de indemnizaciones, soberanía del tribunal de instancia y motivación de las sentencias. Asimismo, reduciría algunos de los problemas que se asocian a la variabilidad de las indemnizaciones concedidas por los tribunales en casos similares, entre otros, inseguridad jurídica, dificultad y encarecimiento del aseguramiento de riesgos. la motivación de los daños no patrimoniales es un ejercicio harto complejo, pues implica evaluar monetariamente un daño para el cual el dinero carece de valor reparador. Ello convierte las partidas de daño moral en una ruleta indemnizatoria impredecible para demandantes y demandados, así como para las aseguradoras de estos últimos. Además, es difícil de compaginar con la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales (art. 120.3 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). El establecimiento de un baremo para los daños morales derivados de accidentes médicos facilitaría el cálculo judicial de las cuantías indemnizatorias y su revisión en apelación y casación, otorgaría mayor seguridad jurídica a las partes, allanaría las vías de resolución extrajudicial de conflictos, disminuiría los costes del aseguramiento por negligencia profesional y evitaría sin duda la huida hacia el Derecho Penal.