

LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD SANITARIA; ESPECIAL REFERENCIA A CUANDO SE USAN FORMULAS DE GESTIÓN PRIVADA

José Guerrero Zaplana

*Magistrado Especialista en lo Contencioso Administrativo.
Gabinete Técnico del Tribunal Supremo*

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN
2. LA RESPONSABILIDAD POR LA INDEBIDA PRESTACIÓN SANITARIA
3. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN COMO FORMA DE SOLIDARIDAD SOCIAL
4. LA PRESTACIÓN SANITARIA PÚBLICA DISPENSADA FUERA DE LOS CENTROS PÚBLICOS
5. INTERVENCIÓN DEL MÉDICO Y DE LAS COMPAÑÍAS ASEGURADORAS EN LAS RECLAMACIONES POR DEFECTUOSA ASISTENCIA SANITARIA
6. QUIEN DEBE PAGAR LA INDEMNIZACIÓN
7. APRECIACIÓN FINAL.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La cuestión a la que se trata de dar respuesta en este trabajo es la que se refiere a las posibles dificultades que se pueden plantear a la hora de conseguir la plena ejecución de sentencias condenatorias dictadas con ocasión de la asistencia médica pública cuando la asistencia generadora del daño no se ha prestado directamente por la administración encargada del servicio público de salud.

Es necesario delimitar bien la cuestión objeto de nuestro estudio y debemos centrarnos en la asistencia sanitaria pública que es la que puede generar reclamaciones de responsabilidad patrimonial que se deben haber tramitado, fundamentalmente, por la vía señalada por los artículos 139 y ss de la Ley 30/92

(y por el R.D. 429/93 regulador del procedimiento); obviamente, en los supuestos de asistencia médica privada las reclamaciones se tramitan por la vía de la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil y la condena a indemnizar, en su caso, se dirigirá, frente al médico ó hospital prestador de la asistencia sanitaria.

Como luego veremos, es posible (y cada vez es más frecuente) que la asistencia sanitaria pública no se preste directamente por la administración sanitaria sino que se acuda a otras formulas en las que intervienen personas jurídicas diferentes prestando esa asistencia; aquí es donde se plantea el problema a la hora de ejecutar una sentencia condenatoria que haya declarado el derecho del particular/paciente a recibir una indemnización consecuencia de la defectuosa asistencia sanitaria recibida.

Lo que se trata de defender es la posición jurídica del perjudicado partiendo de la base de que su posición quedará reforzada si su indemnización puede reclamarla y recibirla directamente frente a la administración, sin que sea exigible dirigir la acción frente al responsable subsidiario ó frente a la aseguradora.

Obviamente, solo se plantean problemas cuando se trata de sentencias condenatorias en las que se fija una indemnización por un importe determinado que la persona reclamante tiene derecho a recibir como compensación del año sufrido. Las sentencias desestimatorias de la reclamación, que confirman la regularidad de la asistencia, se ejecutan por su mera declaración.

A la hora de delimitar el objeto de estudio, también es necesario señalar que los problemas que analizaremos se plantearán en relación, exclusivamente,

a sentencias dictadas por la Jurisdicción contencioso administrativa y ello puesto que, tras unos años en que se plantearon dudas y vacilaciones, se puede afirmar con contundencia que la jurisdicción competente para conocer de las reclamaciones derivadas de la asistencia sanitaria pública es la contencioso administrativa como resulta de diversos preceptos y así lo ha ratificado, también, la jurisprudencia mas unánime:

- El artículo 2.e) de la Ley 29/98 reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa estableció que la jurisdicción contenciosa era competente para conocer de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.

- También es importante señalar lo que dispone el artículo 21.1 LJCA según el cual se considera parte demandada en los recursos contencioso administrativos las aseguradoras de las administraciones públicas, que siempre serán parte codemanda junto con la administración a quien aseguren. (Disp. Adic. 14ª L.O. 19/2003)†

Mas específico es lo que resulta de la Disposición Adicional Duodécima de esa misma Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (añadido por el Art. 2 de Ley 4/1999 de 13 enero 1999 el 14/4/1999) que bajo la rúbrica de Responsabilidad en materia de asistencia sanitaria afirma que: 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.

- La Ley Orgánica del Poder Judicial en el segundo párrafo de su artículo 9.4 eleva el rango normativo de la decisión de atribuir el conocimiento de estos asuntos a la jurisdicción contenciosa y,

con gran contundencia, a la hora de definir los asuntos de los que deberá conocer la jurisdicción contencioso administrativa, señala que los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa “Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva”. La reforma operada por la Ley 19/2003 (vigente desde el 15 de Enero de 2004) añadió la mención de que “También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas”. De este precepto, que con contundencia proclama la universalidad de la jurisdicción contencioso administrativa en esta clase de asuntos, se deriva la importancia y necesidad, que ya podemos adelantar, de emplazar a las aseguradoras en los recursos relativos a la responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria.

- El Tribunal Supremo a partir de la sentencia de 3 de Mayo de 2000 hizo imposible que continuaran produciéndose supuestos de peregrinaje jurisdiccional y zanjó la cuestión afirmando que «Ante el ejercicio de acciones por responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas, este Tribunal, en sus distintas Salas, se ha pronunciado de forma contradictoria. Esto ha determinado numerosos pronunciamientos de la Sala especial de este Tribunal para resolver conflictos de competencia constituida al amparo del Art. 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En ellos se ha declarado la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de este tipo de acciones». Tras la cita de la disposición adicional duodécima de la ley 30/92, concluye el Tribunal Supremo afirmando que «Con ello vienen a despejarse algunos de los obstáculos que anteriormente eran opuestos doctrinal y jurisprudencialmente a la interpretación que creemos obligada sobre la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa ...».

Mas reciente en el tiempo es el artículo 3.g) de la

Ley 36/2011 reguladora de la Jurisdicción Social que excluye del conocimiento de los órganos jurisdiccionales del orden social las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, sean estatales o autonómicos, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.

El tenor literal de este precepto es casi tan contundente como el artículo 9.4 de la LOPJ puesto que señala que la jurisdicción contenciosa es la competente para conocer, obviamente por la vía de la responsabilidad patrimonial, de las reclamaciones frente a entidades gestoras y servicios comunes e incluye también centros sanitarios concertados e incluso también cuando la reclamación se plantee frente a las aseguradoras.

Queda, pues, poco resquicio, al conocimiento de otra jurisdicción que no sea la contenciosa para el enjuiciamiento de cualquier reclamación derivada de cualquier forma de asistencia sanitaria pública. De lo que se trata ahora es de lograr que esta clara voluntad del legislador se convierta en efectiva y real como garantía de la posición jurídica del perjudicado.

2. LA RESPONSABILIDAD POR LA INDEBIDA PRESTACIÓN SANITARIA

Antes de entrar en el fondo de la cuestión a la que tratamos de dar respuesta en esta ponencia, es necesario realizar algunas consideraciones preliminares sobre la responsabilidad patrimonial de la administración en el ámbito sanitario; sobre la configuración actual de la responsabilidad patrimonial y su regulación procedente de la Ley 30/1992, así como sobre la jurisprudencia que la analiza e interpreta. Hay que partir de que nos encontramos ante una forma de responsabilidad que se caracteriza por su carácter directo y objetivo; estas dos son sus notas esenciales y que determinaran su naturaleza y predefinen los supuestos en que debe procederse a la estimación de la reclamación.

La responsabilidad patrimonial es una **responsabilidad directa** lo significa que la Administración no responde de modo subsidiario sino que el perju-

dicado tiene abierta la vía directamente contra la administración de la que procede el acto generador del daño sin que sea preciso reclamar contra el personal ó funcionario autor de la actuación generadora del daño; ahora bien, ello sin perjuicio del derecho de la Administración de repetir contra el personal a su servicio que sea responsable del daño causado.

La segunda nota esencial de la responsabilidad patrimonial de la administración es que se trata de una **responsabilidad objetiva** y la consecuencia de que la responsabilidad sea objetiva es que no es menester demostrar que los titulares o gestores de la actividad administrativa hayan actuado con dolo o culpa, ni es necesario demostrar que el servicio público haya actuado de manera anómala, y ello pues hay obligación de indemnizar aun en los casos de funcionamiento normal del servicio público; así lo establece la Ley 30/1992 en el primero de sus artículos dedicados a la responsabilidad patrimonial de la Administración (artículo 139.1) cuando dice que: «Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos».

De lo dicho se desprende que el **daño** producido por el funcionamiento del servicio público debe ser **antijurídico** y lo será en los casos en que el riesgo inherente a la utilización de dichos servicios públicos debe haber rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. Aunque puede parecer innecesario, es útil señalar que en materia sanitaria la administración no responde de todo daño que se derive de la prestación asistencial sanitaria pública y ello pues hay muchos daños que derivan de dicha prestación asistencial que tienen su base en la propia existencia de la enfermedad ó en la evolución de la patología de que se trate y no derivan de la forma ó modo de la prestación asistencial sanitaria. La responsabilidad patrimonial sanitaria, pues, solo hace responsable a la administración de los daños que tienen la consideración de antijurídicos y en los que el perjudicado sufre un daño que no tenía obligación de soportar.

La forma más correcta de delimitar los supuestos de verdadera responsabilidad, consiste en añadir un “plus” a la exigencia de la relación de causalidad: no basta solo con exigir que exista relación de causalidad, se debe exigir, además, que la prestación sanitaria se haya producido con **infracción del criterio**

de la *lex artis* de modo que la simple existencia de la relación de causalidad no determina por sí la existencia de responsabilidad siendo exigible que la asistencia prestada, aún siendo formalmente correcta, haya infringido ese criterio de normalidad.

Como estamos ante una responsabilidad que tiene, por su propia naturaleza, un carácter claramente objetivo, la aplicación de ese “plus” que permita reducir los supuestos en que haya lugar a la responsabilidad patrimonial de la administración solo a los supuestos de verdadera necesidad, hace necesario atender no a criterios de ilicitud ó de culpa (propios de otras formas de responsabilidad) sino que debe atenderse a un criterio distinto como puede ser el de la corrección de la asistencia sanitaria prestada sobre la base de ese criterio de normalidad que representa la *lex artis* que se convierte en elemento que inclinará la balanza a favor ó en contra de la estimación de la reclamación.

De no obrar de este modo se produciría una objetivización excesiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración; la jurisprudencia más moderna ha insistido reiteradamente en el criterio de la *lex artis* como delimitador de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Igualmente, se ha señalado por la Jurisprudencia¹ como obrar de otro modo convertiría a la Administración en aseguradora universal de toda clase de riesgos lo que, obviamente, parece carente de justificación.

3. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN COMO FORMA DE SOLIDARIDAD SOCIAL

Cuando la administración (sea sanitaria ó no) presta un determinado servicio y ocasiona un daño, debe reparar el daño causado; obviamente, si la actividad dañosa la ha realizado la administración, la obligación de reparar el daño recaerá sobre la misma administración autora del acto. Es decir, si el daño se ha generado a consecuencia de una prestación sani-

taria facilitada por un hospital público la indemnización deberá abonarla la administración pública titular del mismo.

El problema al que tratamos de dar respuesta es quien estará obligado a reparar el daño en el caso de que la asistencia sanitaria se haya prestado por otra persona jurídica diferente a la administración pública; es decir, lo que se propone es que hay que evitar que en el caso de que la asistencia se haya prestado por alguna de las formulas jurídicas a las que nos referiremos más adelante, se produzca alguna modificación en el régimen de la responsabilidad patrimonial sobre todo a la hora de ejecutar las sentencias condenatorias y que ello vaya en perjuicio del reclamante.

La respuesta que demos a esta cuestión tendrá mucho que ver con el concepto y fundamento general de la responsabilidad patrimonial y ello pues, como hemos visto más arriba, en todo caso, la responsabilidad derivada de la asistencia sanitaria pública (aunque en la producción del daño hayan intervenido sujetos privados como pueden ser hospitales concertados), se debe declarar por la jurisdicción contenciosa una vez que se haya tramitado el correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Lo que tratamos de justificar es que todos los supuestos de responsabilidad patrimonial de la administración derivada de la asistencia sanitaria en la que se ha producido una sentencia condenatoria deberían dar lugar a igual procedimiento de ejecución de esa sentencia condenatoria puesto que otra cosa supondría atentar al principio constitucional de igualdad y generaría situaciones de verdadera discriminación entre pacientes que deberían encontrarse en idéntica situación.

La responsabilidad patrimonial es una institución jurídica que tiene una tradición relativamente reciente en nuestro sistema jurídico y que trata de hacer efectiva la equitativa distribución en el reparto de las cargas públicas de modo tal que se repartan entre todos los ciudadanos de modo igualitario. La responsabilidad patrimonial surge a partir de la idea de que si la actuación administrativa tiene por objeto beneficiar a todos los ciudadanos, cuando dicha actuación causa daño a alguno de ellos lo justo es que dicho perjuicio se distribuya también entre todos.

El dato de la causación de un daño a un particular a consecuencia del funcionamiento del servicio público se convierte en el fundamento de la responsabilidad patrimonial. La responsabilidad surge así con

¹ Puede citarse, por ejemplo, la Sentencia de la Sala Tercera de fecha 29 de Septiembre de 2010; Rec. 648/2007 que habla de que «Como hemos afirmado en sentencia de 4 de noviembre de 2009, es evidente que constituye jurisprudencia de esta Sala, reiteradamente declarada, la de que en materia sanitaria no cabe ampararse en el principio objetivo de la responsabilidad que se proclama en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/92 para intentar convertir a la Administración en una especie de aseguradora universal de todo daño sufrido por el paciente, cualquiera que sea la correcta actuación de la Administración sanitaria. »

el perjuicio que se causa, independientemente de que éste se haya debido a una actuación lícita o ilícita de los poderes públicos y de quién haya sido concretamente su causante; el fundamento radica en la necesidad de que la administración se haga responsable del daño causado a cualquier particular derivado del funcionamiento del servicio.

Se fundamenta de este modo, también, la responsabilidad patrimonial en el principio de solidaridad que resulta del estado social y de derecho (artículo 1 de la Constitución) de modo tal que se viene a configurar la responsabilidad patrimonial como una institución que tiende a lograr el aseguramiento colectivo frente a todo daño que pueda resultar de la actividad de la Administración. Si un particular sufre un daño provocado por la actuación de otro particular debe repararse dicho daño por aplicación de lo previsto en el artículo 1902 del Código Civil, pero si el daño deriva del funcionamiento del servicio público, debe ponerse en marcha el mecanismo de la responsabilidad patrimonial.

Siendo cierto que la responsabilidad patrimonial surge como una forma de aseguramiento colectivo derivado de la posibilidad de que se produzca un daño derivado del funcionamiento del servicio público, no puede desconocerse como hoy día, es fácil encontrar jurisprudencia que reclama contra la consideración de la administración como simple aseguradora colectiva y trata de reconducir la responsabilidad patrimonial a los casos en que verdaderamente sea exigible.

En los tiempos que vivimos, la realidad es que la actividad de la Administración es cada vez más amplia y abarca campos de actuación más diversos. La configuración del Estado que procede de la Constitución de 1978 hace que coexistan en el mismo territorio diversas administraciones: estatal, autonómica y local (junto a entes integrados en la Administración corporativa) por lo tanto, es fácil siempre encontrar alguna administración que se encuentra cerca de nuestra actividad ó a la que podamos imputar el daño que hemos sufrido. A su vez, las administraciones tienen una innegable tendencia expansiva por lo que se hace necesario establecer los máximos controles posibles de modo que se pueda sujetar al poder público (que por naturaleza también es expansivo) y someterlo a lo que deben ser sus normas y límites de actuación; para ello, no resultan suficientes los controles judiciales de legalidad ordinaria y cuyo ejercicio se encomienda ya a los órganos jurisdiccionales contencioso administrativos; resulta preciso, además, que se constituyan otros mecanismos de control, y de

entre ellos, uno de los más importantes es el que resulta de someter a la Administración a la obligación de responder de los daños que pueda ocasionar en el ejercicio de su actividad. Así, la responsabilidad patrimonial de la Administración se convierte, también, en una forma de control de la actividad de la administración y de garantizar que se someta al principio de legalidad.

Los controles de legalidad no son suficientes para asegurar el sometimiento de la administración al ordenamiento jurídico; es decir, debe haber actuaciones no contrarias a la ley pero que generan responsabilidad patrimonial de la administración. Resulta, pues, que la responsabilidad patrimonial supera el criterio de ilicitud de una conducta: no se indemniza el daño cuando se ha ocasionado por una conducta ilegal; cuando se indemniza por la vía de la responsabilidad patrimonial es cuando el daño es antijurídico, es decir, cuando un particular sufre un daño que no debía sufrir y que procede del funcionamiento del servicio público. La responsabilidad patrimonial es una forma de solidaridad colectiva que indemniza cuando el funcionamiento del servicio público ha ocasionado un daño a un determinado particular que reclama.

La obligación de reparar los daños causado por la administración a consecuencia de la realización de un acto antijurídico es posible mediante la impugnación contencioso administrativa de ese acto, pero existen multitud de otros actos que emanan de las administraciones publicas que no son ilegales ni ilícitos (no son antijurídicos) pero que, sin embargo, ocasionan daños a los administrados y para la reparación de estos daños (y solo de estos daños) existe la responsabilidad patrimonial de la Administración. El problema surgirá a la hora de someter a límites las exigencias de reparación con el fin de que la administración solo repare aquello a lo que está verdaderamente obligado siguiendo los parámetros que sirvieron para la creación de la responsabilidad patrimonial.

La importancia de la cuestión hace que sea necesario que la regulación de esta materia se realice por normas con rango legal; no se olvide que se trata de un derecho de los llamados de «configuración legal» y ello pues su regulación no deriva directamente de la Constitución sino que los preceptos constitucionales (artículo 106) exigen un desarrollo con norma de rango de ley; con ello se realiza la aplicación, además de lo dispuesto en el artículo 149.18 de la Constitución según el cual el Estado tiene competencia exclusiva sobre, entre otras materias «el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas».

Retomaremos estas consideraciones sobre la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria más adelante en este trabajo, a la hora de reclamar que todas las sentencias condenatorias que proceden de la responsabilidad patrimonial se ejecuten de igual modo como garantía de la posición jurídica del reclamante.

4. LA PRESTACIÓN SANITARIA PÚBLICA DISPENSADA FUERA DE LOS CENTROS PÚBLICOS.

De todos es conocido, por la realidad diaria en la que nos movemos, la posibilidad de que la asistencia sanitaria se preste por servicios médicos que no dependen directamente de la administración pública sanitaria. No es nuevo en la administración moderna la “externalización de servicios”; quizás por la excesiva carga de prestaciones que las administraciones públicas asumen se viene produciendo un efecto claro que es acudir a formulas privadas de gestión.

No es nuevo hablar de la llamada huida del derecho administrativo con la que la propia administración trata de eludir los rígidos controles y procedimientos a los que se debe someter al regular su actuación por los preceptos derecho público. La actuación de la administración pública por medio de empresas públicas, fundaciones ó entidades de diverso tipo no es sino una manifestación de esta huida del derecho administrativo.

Nuestro Estado moderno, configurado como Estado social según señala el artículo 1 de la propia Constitución, hace que sean muchas las nuevas modalidades de prestación de los servicios viniéndose a configurar lo que se llama un derecho administrativo social como aquel sector del derecho administrativo que regula la forma con la que la administración presta esos servicios cada vez más numerosos e intensos

Lo que se debe tratar de evitar es que esa fuga del derecho administrativo en la prestación de la asistencia sanitaria vaya en menoscabo de las garantías de los posibles perjudicados; garantías que recoge nuestro ordenamiento jurídico, y que no son sino una protección de la parte más débil que es el paciente/reclamante.

Diversos son los preceptos de nuestro ordenamiento jurídico que permiten esta externalización del servicio público sanitario; nos referiremos a los supuestos de convenios singulares, los conciertos,

las nuevas formas de gestión que se mencionan en el R.D. 29/2000 así como a los contratos de servicios a que se refiere el artículo 10 de la actual ley de Contratos del Sector Público.

El artículo 66 de la Ley General de Sanidad (ley 14/1986) recoge, junto a la existencia de una red integrada de hospitales del sector público, la posibilidad de establecer convenios singulares con hospitales privados para que se integren en dicha red pública: Los hospitales generales del sector privado que lo soliciten serán vinculados al Sistema nacional de salud, de acuerdo con un protocolo definido, siempre que por sus características técnicas sean homologables, cuando las necesidades asistenciales lo justifiquen y si las disponibilidades económicas del sector público lo permiten².

El artículo siguiente establece las condiciones que debe reunir el convenio que vincule un determinado hospital a la red pública, aunque se establece que la titularidad de las relaciones laborales del personal que preste servicios se mantendrá con la titular de los centros, claramente se establecen algunas indicaciones que permiten entender que la asistencia se debe prestar en condiciones de igualdad en relación a la asistencia sanitaria pública:

- Se establece la igualdad en cuanto al régimen de jornada.
- La asistencia debe prestarse en condiciones de gratuidad y el cobro de alguna cantidad por “atenciones no sanitaria” debe estar previamente autorizada.
- Estos centros se someten a las mismas inspecciones y controles que los hospitales públicos.

Junto al uso de la figura del convenio, se prevé la posibilidad del empleo de la fórmula del concierto que establece el artículo 90 de la misma Ley General de Sanidad: Las Administraciones públicas sanitarias, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a ellas.

² Por ejemplo, en Castilla La Mancha, la Orden de 22/6/2010 de la Consejería de Salud y Bienestar Social establece el procedimiento para la vinculación de centros privados de atención sanitaria especializadas a la red sanitaria pública y se contemplan unos modelos normalizados de convenio singular entre el Servicio de Salud de Castilla la Mancha y las empresas titulares de los establecimientos sanitarios. Sin duda otras CC.AA tendrán regulada la misma cuestión.

Como es natural, también aquí, se establece determinadas indicaciones respecto a los límites en que se puede concertar la asistencia sanitaria:

- Con carácter previo es necesario garantizar la utilización óptima de los recursos sanitarios públicos.
- Se debe dar prioridad, a los establecimientos, centros y servicios sanitarios de los que sean titulares entidades que tengan carácter no lucrativo.
- Se debe establecer las condiciones mínimas, básicas y comunes, aplicables a los conciertos. Las condiciones económicas se establecerán en base a módulos de costes efectivos, previamente establecidos y revisables por la Administración.
- Los centros sanitarios susceptibles de ser concertados por las Administraciones públicas sanitarias deberán ser previamente homologados de acuerdo con un protocolo definido por la Administración que establece el concierto.

La indicación más importante, desde el punto de vista de la cuestión que ahora nos ocupa, es lo que establece el apartado 6 del artículo 90 cuando habla de que “quedará asegurado que la atención sanitaria y de todo tipo que se preste a los usuarios afectados por el concierto será la misma para todos sin otras diferencias que las sanitarias inherentes a la naturaleza propia de los distintos procesos sanitarios, y que no se establecerán servicios complementarios respecto de los que existan en los centros sanitarios públicos dependientes de la Administración pública concertante”.

Esta última indicación es la más relevante puesto que si la asistencia sanitaria debe ser igual en todos los casos, cabe concluir que deberían ser iguales las consecuencias de dicha asistencia.

En la búsqueda de nuevas formas de prestación asistencial sanitaria se ha movido nuestro ordenamiento jurídico dictando una serie de normas que han permitido también la que al inicio llamábamos “externalización” de servicios

La ley 15/97 fue un primer paso en este sentido estableciendo que la gestión de los centros y servicios sanitarios y socio sanitarios podría llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho: ampara la gestión a través de entes

interpuestos dotados de personalidad jurídica, tales como empresas públicas, consorcios o fundaciones u otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en nuestro ordenamiento jurídico. Es importante el segundo apartado de su artículo único cuando señala que “La prestación y gestión de los servicios sanitarios y socio sanitarios podrá llevarse a cabo, además de con medios propios, mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas, en los términos previstos en la Ley General de Sanidad”

Actualmente es importante referirse a lo que señala el R.D. 29/2000 sobre nuevas formas de Gestión del Instituto Nacional de la Salud que se dicta como desarrollo reglamentario de la Ley 15/97 y que será de aplicación a los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria gestionados por el Instituto Nacional de la Salud, que adopten cualesquiera de las nuevas formas de gestión previstas.

Lo más importante es lo que señala en su artículo 3 cuando habla de que “La gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios, en el ámbito del Instituto Nacional de la Salud, podrá llevarse a cabo a través de fundaciones constituidas al amparo de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, consorcios, sociedades estatales y fundaciones públicas sanitarias, así como mediante la constitución de cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en derecho, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público”.

Es de vital importancia señalar como, a la vez que admite cualquier forma de personación para los centros, servicios y establecimientos, en el último inciso de este precepto se habla de que se debe preservar en todo caso la condición de servicio público; esta condición es lo que garantiza y asegura que se deba facilitar la asistencia en condiciones de igualdad. No se olvide que no hay razón alguna que justifique que un servicio público se preste en condiciones de desigualdad en atención a la forma de personificación jurídica del ente prestador de la asistencia.

En este punto es importante recordar como el artículo 41 de la Constitución reconoce que los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad especialmente en caso de desempleo y el artículo 43 reconoce el derecho a la

protección de la salud. Ambos derechos se reconocen con una forma de generalidad que debe interpretarse, pues, en términos de absoluta universalidad e igualdad para todos los ciudadanos.

Independientemente del empleo de una u otra forma de personación, el artículo 7 del R.D. garantiza la concepción integral propia de toda la red de asistencia sanitaria, garantizando la continuidad asistencial entre niveles y preservando el cumplimiento de los principios que inspiran el Sistema Nacional de Salud; a su vez, se establecen disposiciones comunes de gestión en los artículos 4 a 6:

- Las actividades de las entidades se desarrollarán con estricta sujeción a los criterios de planificación que se elaboren, con carácter general, por el Instituto Nacional de la Salud.
- Se garantizará la coordinación entre todos los centros sanitarios de la red del Instituto Nacional de la Salud y entre los distintos niveles asistenciales.
- Los centros sanitarios mantendrán entre ellos una cooperación permanente en el ámbito asistencial, administrativo y de actividades complementarias.

Lo más importante, desde el punto de vista que ahora nos interesa, es la garantía de prestación que se incorpora al artículo 8 del R.D. cuando se habla de que “El Instituto Nacional de la Salud garantizará, en todo caso, que la atención sanitaria que se preste en todos los centros sanitarios, con independencia de que tengan personalidad jurídica, se efectúe con el alcance y en los términos previstos en el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud”. (Obviamente la referencia al R.D. 63/95 debe entenderse realizada al R.D. 1030/2006 que establece la cartera de Servicios Comunes del sistema Nacional de Salud y cuya Disposición Derogatoria Única 1 deroga expresamente aquella norma). Es decir, también ahora se trata de preservar la igualdad en la prestación de la asistencia pública sanitaria de modo que se convierte en esencial la garantía de que, sea cual fuera la forma de personación del centro que preste la asistencia, se garantiza la igualdad entre todos los ciudadanos en cuanto a la asistencia recibida.

Los artículos 2 y ss del R.D. 1030/2006 en relación con los Anexos definen las prestaciones sanitarias que pueden ser reclamadas y que deberán ser

prestadas por los servicios públicos de salud (empleando cualquiera de las formas a las que nos hemos referido); así el artículo 2.1 define la cartera de servicios y habla de que es el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, entendiendo por tales cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica, mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias. En los Anexos se detallan cada uno de los servicios y el Anexo III se refiere a la Atención Especializada incluyendo tanto la asistencia especializada en consultas, la asistencia especializada en Hospital de día y en régimen de Internamiento. Los apartados 4 y 5 del artículo 2 del R.D. 1030/2006 señalan que:

- Los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán acceso a la cartera de servicios comunes reconocida en este Real Decreto, siempre que exista una indicación clínica y sanitaria para ello, en condiciones de igualdad efectiva, al margen de que se disponga o no de una técnica, tecnología o procedimiento en el ámbito geográfico en el que residan.
- El acceso a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, detalladas en la cartera de servicios comunes que se establece en este Real Decreto, se garantizará con independencia del lugar del territorio nacional en el que se encuentren en cada momento los usuarios del sistema.

Quiere decir, pues, que cuando se utilizan las nuevas formas de gestión se garantiza la igualdad en las prestaciones por lo que también hay que ocuparse de que la ejecución no perjudique a una de las partes.

Anunciamos al principio de este apartado que nos referiremos también a los contratos de servicios que menciona el artículo 10 de R.D. Legislativo 3/2011 que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público cuando habla de que “Son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II”. La categoría 22 de ese Anexo menciona expresamente los servicios sociales y de salud³.

El artículo 2 define los contratos del sector públi-

³ Los artículos 275 a 289 son los que recogen la regulación detallada del contrato de gestión de servicios públicos.

co, y establece que están sometidos a dicha Ley en la forma y términos previstos en la misma, aquellos contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el Art. 3. Dicho precepto incluye en sus dos primeros apartados a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local; b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.

La Disposición Adicional Vigésima establece que los conciertos que tengan por objeto la prestación de servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica y que, para el desarrollo de su acción protectora, celebren MUFACE y el ISFAS con entidades públicas, entidades aseguradoras, sociedades médicas, colegios farmacéuticos y otras entidades o empresas, cualquiera que sea su importe y modalidad, tendrán también la naturaleza de contratos de gestión de servicio público y por lo tanto se regulan por las mismas normas. Lo importante, en relación a la cuestión que ahora nos ocupa, no es el nombre que se de al contrato sino el efecto que pueda tener en cuanto a la responsabilidad que derive de un supuesto daño ocasionado por la asistencia sanitaria prestada por medio de un contrato de esta naturaleza.

Por lo que ahora nos interesa es especialmente importante lo que señala el artículo 280 cuando señala que el contratista está sujeto, entre otras, a la obligación de c) Indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración.

Esta fórmula permite, pues, que la administración preste el servicio público sanitario por medio de esa clase de contratos y el artículo 19 declara que estos contratos tienen el carácter de contratos administrativo y se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. (apartado 3). A su vez, el artículo 21 señala que “El orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos”.

La consideración de estos contratos como administrativos y su claro sometimiento al derecho admi-

nistrativo y la remisión a la jurisdicción contencioso administrativa supone claramente una garantía para el particular y servirá para frenar esa huida del derecho administrativo pero no garantiza, por si sola, la posición jurídica del perjudicado, tal como pretendemos poner de manifiesto en este trabajo.

El artículo 132 se refiere al régimen jurídico y señala como antes de proceder a la contratación de un servicio público, deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, atribuya las competencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.

Por lo tanto, resulta que existen diversas formulas y posibilidades para que la asistencia sanitaria, aún siendo una competencia propia de la Administración Autonómica (el artículo 148.1.21 de la Constitución atribuye a las Comunidades Autónomas la competencia en Sanidad e Higiene) se facilite por entes ajenos a la propia administración que tiene encomendada la prestación de la asistencia sanitaria. En todo caso se exigen unas garantías de igualdad que proceden de la competencia estatal (artículo 149.1.16 de la Constitución) en materia de bases y coordinación general de sanidad y legislación sobre productos farmacéuticos)

La cuestión a la que nos referimos como objeto central de este trabajo es la posibilidad (más real que hipotética) y contra la que hay que luchar, de que al amparo de estas formas de personación se difumine la naturaleza propia de la prestación de asistencia sanitaria, y la responsabilidad patrimonial de la administración que pudiera declararse, haciendo ineficaces las garantías que amparan a aquellas personas que han sufrido un daño a resultas del funcionamiento de los servicios públicos.

La igualdad a la que se refieren los preceptos citados más arriba y que se predica respecto de la asistencia médica y de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud, no puede limitarse a la igualdad en cuanto a la definición de las prestaciones sino que dicha igualdad (para que sea real y efectiva) debe trasladarse a la igualdad en cuanto a los procedimientos de ejecución de la sentencia condenatoria que se pueda obtener a la hora de valorar la producción de un daño antijurídico derivado de la prestación sanitaria recibida.

Como veremos más adelante, la normativa aplicable a esta forma de personación en la prestación de servicios públicos favorece que la reclamación se dirija contra la persona jurídica prestadora del servicio público y ello va en claro menoscabo de las garantías que supone el funcionamiento de un sistema homogéneo de responsabilidad patrimonial.

Cuestión distinta, y de la que no nos ocuparemos ahora, es el supuesto en el que el propio perjudicado acuda voluntariamente a la medicina privada a recibir toda ó parte de la asistencia, en cuyo caso son los órganos de la jurisdicción civil los que deben dilucidar la cuestión; es el supuesto de la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 4 de Mayo de 2007 (Rec. 86/2003) en el que fue el tratamiento rehabilitador realizado incorrectamente el generador del daño y que se realizó absolutamente al margen del servicio público de salud pues para ello se acudió a un seguro privado que tenía suscrito el paciente. Con base en ello, y de lo dispuesto en el art. 9.4 de la LOPJ se desestimó la responsabilidad patrimonial del INSALUD, sin que resulte competente al amparo de lo dispuesto en el art. 9.4 de la LOPJ para pronunciarse sobre responsabilidades de otras entidades demandadas, que al no concurrir con la Administración pública en la causación de un daño, no pueden ser examinadas en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa. Entiende la sentencia que los perjuicios por los que se reclama se han ocasionado en el ámbito de la ejecución de un contrato privado, y es a la jurisdicción civil a la que corresponde pronunciarse sobre las incidencias que del mismo se deriven y ante esa jurisdicción en su caso, si lo estima procedente, podrá accionar la recurrente, debiendo limitarse la jurisdicción contenciosa a desestimar la responsabilidad patrimonial planteada ante la administración pública y no existiendo esta no cabe apreciar concurrencia ó derivación en una inexistente responsabilidad patrimonial de la Administración por parte de las codemandadas.

5. INTERVENCIÓN DEL MÉDICO Y DE LAS COMPAÑÍAS ASEGURADORAS EN LAS RECLAMACIONES POR DEFECTUOSA ASISTENCIA SANITARIA.

Antes de seguir adelante con nuestro razonamiento, no podemos dejar de plantear si en el pleito contencioso administrativo que se debe tramitar para dilucidar la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria debe intervenir tanto el médico (y su aseguradora) como la compañía aseguradora que garantiza la responsabilidad del servicio público

de salud e incluso, si es precisa y necesaria la intervención directa de la entidad mercantil que pueda ser titular del centro u hospital en el que se haya prestado la asistencia generadora de responsabilidad patrimonial.

En cuanto a la intervención del médico, y tal como hemos expuesto más arriba resulta que la jurisdicción contenciosa es la competente para conocer de todo tipo de reclamaciones derivadas de la defectuosa asistencia sanitaria pública y esta jurisdicción valora la existencia ó no de responsabilidad en la forma y con los requisitos que resultan de la aplicación de los artículos 139 y ss de la Ley 30/92, resulta que, como hemos visto en los apartados anteriores, el perjudicado por una actuación administrativa causante de un daño, puede obtener su reparación sin necesidad de la intervención del médico puesto que la responsabilidad se plantea en relación al daño antijurídico y no en relación a la posible conducta antijurídica del médico ó del personal sanitario al que se impute la producción del resultado dañoso.

Así resulta que no solo no es necesaria la intervención del médico sino que, en la realidad de cada día, resulta que el médico no interviene y ello pues no se personan en los recursos contenciosos tramitados ni su intervención ha sido necesaria en el procedimiento administrativo previo que se ha debido tramitar antes de dictarse la resolución que pone fin a la reclamación de responsabilidad patrimonial. La consideración de la responsabilidad patrimonial como objetiva hace que no sea necesaria la intervención del médico pues se responde del daño causado por la actuación administrativa y no de la actuación personal de uno u otro médico.

Como muestra de la innecesariedad de la intervención del médico en el correspondiente recurso no puede dejar de citarse el criterio jurisprudencial que se denomina como del “Conjunto de deficiencias asistenciales” que justifica la declaración de responsabilidad patrimonial, precisamente, no en una concreta actuación médica sino en alguna deficiencia general del sistema; como es natural en esta clase de supuestos, la intervención del médico se vuelve más innecesaria desde el momento en que la justificación de la indemnización es un defectuoso funcionamiento general y no una actuación puntual que fuera imputable a una concreta persona. No es necesario analizar una actuación concreta de ningún médico ni profesional sanitario para determinar que ha existido un indebido funcionamiento general que debe ser reparado.

La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 19 de Mayo de 2006 (Recurso 3159/99) expone esta doctrina haciendo referencia a la Sentencia de fecha 16 de Diciembre de 1987. El supuesto de hecho era el de un paciente atendido en el Servicio de Urgencias de un Hospital y que fue diagnosticado de obstrucción intestinal siéndole indicado un tratamiento conservador y que fue atendido por varios cirujanos (a consecuencia del cambio de turnos) e ingresado en el Servicio de Traumatología, pues no existían camas libres en Cirugía, sin que fuera visitado por el médico hasta que presentó un cuadro brusco de taquicardia y que, aunque se intentó la intervención de urgencia, no evitó el fallecimiento del paciente. Esta sentencia considera que no le es exigible al paciente una prueba de cuál es el momento concreto en el que se produjo la anomalía en el tratamiento, sobre todo en atención sanitaria prestada en hospitales con intervención de muchos profesionales a lo largo de un dilatado periodo de tiempo no siendo posible una individualización de la responsabilidad. Por todo ello, citando otras sentencias que han aplicado el mismo criterio, considera que la declaración de responsabilidad procede “abstracción hecha del personal médico individualizado a quien correspondiera su adopción, (los medios para el tratamiento) y que ha de ser atribuida, por vía de omisión al Hospital ...”.

También utiliza este criterio, para justificar la condena a la Administración, la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 6 de Abril de 2004 (Rec. 3560/99) que trata del supuesto de un niño al que se le suministra deficientemente oxígeno durante su estancia en una incubadora lo que le produce una ceguera que se acumula a otras deficiencias que padecía por su inmadurez. Entiende la sentencia que el defectuoso funcionamiento del servicio sanitario se despliega en tres hechos: inadecuado tratamiento con oxígeno; omisión en el informe de alta de toda referencia a la sordera y falta de toda información a la familia. Resulta, pues, que son varios los médicos que infringieron las exigencias de la *lex artis* (en relación cada uno a su propia responsabilidad) sin que eso modifique el criterio general de atribución de responsabilidad patrimonial general del sistema público sanitario sin hacer mención detallada ni personalizada de la concreta infracción en que haya podido incurrir cada médico.

Estos supuestos nos sirven para afirmar como, en general, no es necesaria la intervención directa del médico en ningún supuesto de responsabilidad patrimonial (sin perjuicio de que pueda intervenir en la

fase de prueba si se solicita su declaración como testigo); la posición del médico, resulta, pues, bastante clara y es ajena a las reclamaciones de responsabilidad patrimonial; otra cosa hay que decir respecto de la posición de la Compañía Aseguradora.

Sobre la base de normas tan contundentes como las que hemos transcrito en el apartado I de esta ponencia⁴, parecía claro de que la reclamación ante la Administración y ante la Cia. Aseguradora debía plantearse ante la jurisdicción contenciosa, pero esta conclusión se vio truncada por los autos de la Sala de Conflictos dictados con los números 54/2004, 77/2004 ó 31/2005 según los que la llamada al pleito de dicha compañía se había producido en virtud de la acción directa recogida en el artículo 76 de la Ley de contratos de seguro; en base a los efectos de esta acción directa (que se examinaban en el fundamento jurídico cuarto) se concluía en el fundamento quinto que el derecho del perjudicado a ejercer la acción directa obligaba a que “lo razonable, mientras la ley no recoja, como ha hecho con los sujetos concurrentes a la producción del daño, una llamada expresa al proceso contencioso, es mantener en este supuesto la tradicional vis atractiva de la jurisdicción civil, reconocida en el artículo 9,2 de la LOPJ (...). De lo contrario, se obligaría al perjudicado a entablar dos procesos distintos ante dos jurisdicciones diferentes, la civil para la compañía aseguradora y la contenciosa administrativa para la administración. Tal alternativa, al margen de los problemas de economía procesal, riesgo de resoluciones no del todo acordes en ambos órdenes jurisdiccionales, provocaría una merma de las garantías del ciudadano y, en ultimo termino, un debilitamiento de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva”.

Por esta vía, habría sido posible derivar prácticamente todos los asuntos de los que conoce la jurisdicción contencioso administrativa en materia sanitaria desde la jurisdicción contenciosa a la civil con el único requisito de plantear exclusivamente la reclamación contra la compañía de seguros. Con este sencillo sistema se podría burlar todo lo dispuesto con tanta contundencia por la Ley 29/98, por el artículo 9,4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y por el resto de preceptos que los desarrollan.

Por lo tanto, con la redacción actual del artículo 9.4 de la LOPJ y con el añadido de su último párrafo según el cual también será competente este orden

⁴ Artículo 2.e) y 21.1 y Disposición Adicional Decimosegunda de la ley de la jurisdicción contenciosa; artículo 9.4 de la LOPJ

jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas, resulta que el hecho de que una compañía de seguros se persone en un recurso contencioso administrativo relativo a estas cuestiones, permite justificar que la competencia recaiga en un órgano de la jurisdicción civil aunque lo mas acomodado a la legalidad, sería que la Compañía Aseguradora defienda sus intereses ante los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa.

En esta cuestión debemos partir de lo que señala el artículo 76 de la Ley Contrato de Seguro según el cual: El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero”. El problema que se plantea es la dificultad de encajar la acción directa derivada del contrato de seguro en una reclamación de responsabilidad patrimonial. No cabe duda de que la voluntad del legislador es clara: la responsabilidad patrimonial se exige ante la jurisdicción contencioso administrativa. El objeto del pleito es determinar si ha existido responsabilidad patrimonial: funcionamiento normal ó anormal del servicio público y, por lo tanto, los criterios que se deben aplicar son los de la responsabilidad patrimonial: directa y objetiva.

Muy clarificadora sobre la atribución competencial es la sentencia de la Sala Primera de fecha 18 de Diciembre de 2007 (Rec.4953/2000) que realiza una detallada exposición de los criterios aplicables para la atribución competencial y permite distinguir varios supuestos:

a) Cuando se trata de demandas presentadas con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma operada en el Art. 9.4 LOPJ la jurisprudencia de esta Sala ha venido aceptando la vis atractiva [fuerza atractiva] del orden jurisdiccional civil en aquellos casos en los cuales se demanda conjuntamente por responsabilidad civil a la Administración y al personal sanitario dependiente de la misma.

b) Cuando se trata de demandas presentadas después de su entrada en vigor (se refiere a la Ley 4/99), la jurisdicción competente es la que corresponde a la Administración y, consiguientemente, el orden jurisdiccional competente es el de los

tribunales de lo contencioso- administrativo.

c) En el periodo que se desenvuelve entre la entrada en vigor de las reformas llevadas a cabo en 1998 y 1999 y la que se produce mediante la Ley Orgánica 19/2003, la Sala de Conflictos de jurisdicción, así como esta Sala, han venido aceptando que, dado que el perjudicado no puede verse privado del ejercicio de la acción directa contra la aseguradora de la Administración, que nace en virtud de una norma imperativa que afecta al seguro de responsabilidad civil como contrato legalmente caracterizado como de naturaleza privada, se mantiene excepcionalmente la vis atractiva del orden civil en los casos en que se demanda a la Administración junto con su aseguradora.

d) A partir de la reforma llevada a cabo en el año 2003, el conocimiento del ejercicio de la acción conjunta contra la Administración y la aseguradora corresponde a los tribunales del orden contencioso-administrativo por expreso mandato del art. 9.4 LOPJ, nuevamente reformado, pero no en los casos en que se ejercita únicamente la acción directa contra la aseguradora, pero no se demanda a la Administración.

El auto de la Sala de Conflictos de 19 de Noviembre de 2007 ha sido claro al establecer como la reforma de la LOPJ llevada a cabo por la LO 19/2003, reconoce expresamente la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo “cuando el interesado accione directamente contra el asegurador de la Administración, junto a la Administración respectiva”. Este mismo criterio resulta del Auto de la misma Sala de Conflictos numero 76/2009 que establece como doctrina la siguiente: “El conocimiento de la responsabilidad extracontractual de la Administración sólo queda atribuido a la jurisdicción contencioso- administrativa cuando dicha reclamación se dirija frente a una Administración pública, mas no cuando --como en el presente caso-- la acción se ejercita exclusivamente frente a la empresa contratista que gestiona un servicio público y que tiene forma societaria privada y mercantil con personalidad jurídica propia.

Distinta sería la solución a adoptar si el demandante hubiera dirigido la acción conjuntamente contra la Administración concedente titular del servicio y contra la entidad mercantil que lo gestiona sobre la base de argumentar que se trata de un daño causado por el anormal funcionamiento de un servicio público; de haberse hecho así, sería aplicable lo dispuesto

en el Art. 2.e) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, correspondiendo el conocimiento del asunto a la Jurisdicción contencioso-administrativa, pero como de modo único y exclusivo se ha demandado a la concesionaria del servicio, olvidando a la Administración como tal, la Jurisdicción competente es la Civil».

Al analizar la jurisprudencia que resulta de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo debemos concluir que hay dos supuestos que, claramente se excluyen del conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa:

En primer lugar aquellos en los que solo se plantea la reclamación frente a la Compañía de Seguros no dirigiéndose reclamación alguna frente a la administración (aunque esta pueda haberse personado en condición de codemandada), es decir, los supuestos de acción directa. Sobre esto se ha pronunciado la Sala de conflictos en multitud de ocasiones y cabe citar autos muy recientes como los dictados en el año 2011 con el numero 49/2011 ó el auto 4/2010, 25/2009 y 8/2010; este último declara que el conocimiento y resolución de la demanda interpuesta contra la entidad aseguradora, en ejercicio de la acción directa que regula el Art. 76 Ley 50/1980, corresponden a los órganos judiciales del orden civil por entender que, aunque para determinar la responsabilidad del asegurador haya que analizar, con los parámetros propios del derecho administrativo, la conducta de la Administración aseguradora no resulta en ningún modo extravagante atribuir la competencia al orden jurisdiccional civil, cuya vis atractiva sigue proclamando nuestro ordenamiento. Para llegar a esta conclusión utiliza el siguiente razonamiento: «El artículo 42 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento civil⁵ prevé tal escenario con toda naturalidad, admitiendo un examen prejudicial que sólo producirá efectos en el proceso de que se trate. La eventualidad de que en uno y otro orden (el civil y el contencioso-administrativo) se llegue a conclusiones fácticas distintas se encuentra resuelta en nuestro ordenamiento desde hace tiempo, en el que la jurisprudencia de nuestros tribunales, interpretando el artículo 24.1 de la Constitución y,

en el caso de afectar al ejercicio del ius puniendi del Estado, el 25.1, ha sentado que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para diferentes órganos o instituciones públicas, de modo que, fijados por el juez de una jurisdicción, vinculan a los demás, salvo que estos últimos cuenten con elementos de juicio que no estuvieron a disposición del primero. En fin, la máxima que aconseja no dividir la continencia de la causa opera siempre y cuando no suponga la restricción de los derechos sustantivos y procesales de los contendientes. En definitiva, cuando los perjudicados, al amparo del artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro, se dirigen directa y exclusivamente contra la compañía aseguradora de una Administración pública, el conocimiento de la acción corresponde a los tribunales del orden civil.»

No puede dejar de señalarse que no parece fácil determinar cuáles puedan ser las razones que lleven a un perjudicado a entablar su acción exclusivamente frente a la aseguradora de la administración pública autora del acto del que deriva la responsabilidad patrimonial; no se olvide que aunque la existencia de la acción directa pueda justificar el establecimiento de dicha relación jurídica, la realidad es que para llegar a un pronunciamiento sobre el fondo será necesario realizar un previo razonamiento (aunque solo sea a efectos prejudiciales) sobre la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la administración. La defensa de la aseguradora frente a la acción directa no podrá realizarse de modo independiente sino que deberá plantearse conjuntamente con la defensa que pudiera hacer la administración prestadora del servicio público por lo que, en el fondo, se está realizando una construcción jurídica artificial.

No cabe desconocer los diferentes criterios que en esta cuestión mantienen las diversas Audiencias Provinciales puesto que no todas se pliegan al criterio de la Sala de Conflictos⁶.

En segundo lugar aquellos en los que se dirige la reclamación de responsabilidad patrimonial frente a las sociedades mercantiles que gestionan servicios públicos y que están participadas por capital público.

⁵ Los dos primeros párrafos del artículo 42 de la LEC establecen que: 1. A los solos efectos prejudiciales, los Tribunales civiles podrán conocer de asuntos que estén atribuidos a los Tribunales de los órdenes contencioso-administrativo y social. 2. La decisión de los Tribunales civiles sobre las cuestiones a las que se refiere el apartado anterior no surtirá efecto fuera del proceso en que se produzca.

⁶ Las Audiencias Provinciales de Cádiz (Sentencia de fecha 13/12/2011; Rec. 353/201) y de Sevilla (Sentencia de fecha 30/9/2009; Rec. 2976/2009) son conformes en reconocer la competencia de los órganos de la jurisdicción civil para conocer de las reclamaciones que se plantean, exclusivamente, frente a la Compañía aseguradora. Por el contrario, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sentencia de fecha 14 de Enero de 2009; Rec. 1/09) insiste en considerar que también en este caso la competencia debe recaer en los órganos de la jurisdicción contenciosa por estar en la base una reclamación de responsabilidad patrimonial.

Es el caso del Auto número 18/2010 en el que la Sala indica que la vis atractiva del orden contencioso-administrativo para conocer de las reclamaciones que, por responsabilidad patrimonial, se dirijan contra las Administraciones Públicas opera si aquella responsabilidad se atribuye a personas jurídico-públicas, aun cuando cuenten con un seguro de responsabilidad o en la producción del daño hayan concurrido particulares, sin embargo, cuando la acción se plantea exclusivamente frente a sociedades mercantiles que, pese a gestionar un servicio municipal y estar participadas por capital público, se rigen por el derecho privado y no ejercen potestades públicas, la competencia corresponde a los tribunales del orden civil; la reclamación se referiría a los daños sufridos por un gimnasio a consecuencia de la inundación sufrida por la subida excesiva de la presión de la conducción del agua potable encomendada a la empresa Aqualia, razona la Sala que: «La vis atractiva del orden contencioso-administrativo para conocer de las reclamaciones que, por responsabilidad patrimonial, se dirijan contra las Administraciones Públicas opera si aquella responsabilidad se atribuye a personas jurídico-públicas, aun cuando cuenten con un seguro de responsabilidad o en la producción del daño hayan concurrido particulares (artículos 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 2 .e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de esta jurisdicción (BOE de 14 de julio)). Sin embargo, cuando la acción se plantea exclusivamente frente a sociedades mercantiles que, pese a gestionar un servicio municipal y estar participadas por capital público, se rigen por el derecho privado y no ejercen potestades públicas, sin que les convenga la calificación de Administraciones Públicas a la luz de lo dispuesto en los artículos 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (BOE de 27 de noviembre), y 1.2 de la Ley 29/1998, la competencia corresponde a los tribunales del orden civil que, con arreglo al artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, conocen, además de las materias que les son propias, todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional».

En la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 25 de Mayo de 2010 (Rec. 7584/2005) se establece que condenar a la aseguradora cuando no ha sido demandada por el perjudicado es improcedente aún reconociendo que existe acción directa contra la aseguradora por aplicación del artículo 76 de la ley de Contrato de Seguro y ello pues «como es obvio, tener “acción directa” para exigir una indemnización no es lo mismo que obtener ésta

“por ministerio de la ley”. Que quepa dirigirse directamente contra el asegurador no exime de la carga de ejercer la acción. En otras palabras, si, aun teniendo acción directa contra el asegurador, el perjudicado no lo demanda, no es posible que el órgano judicial extienda al asegurador la condena pronunciada contra el causante del daño.»

Así la jurisdicción contencioso administrativa queda excluida tanto cuando se dirige la acción solo frente a la aseguradora como cuando se dirige contra la entidad privada que ha prestado el servicio público. En estas situaciones, el peligro contra el que se trata de alertar consiste en reconocer que si un paciente recibe asistencia sanitaria y le es facilitada por una entidad que no es administración pública, la reclamación posterior podría dirigirla solo frente a la prestadora de la asistencia ó solo frente a la aseguradora con lo que se desvirtúa el sistema de responsabilidad patrimonial y disminuyen notablemente sus garantías a la hora de hacer efectiva la indemnización a la que pudiera tener derecho por la vía de la responsabilidad patrimonial.

Resulta, que queda en manos del reclamante constituir adecuadamente la relación jurídico procesal con el fin de asegurar y garantizar su posición jurídica: planteando su reclamación frente a la administración, frente a la entidad titular del Centro ó Hospital en el que se pueda haber prestado la asistencia y frente a la aseguradora; de este modo se garantiza que del asunto conozca la jurisdicción contenciosa (por aplicación de los preceptos que citamos al principio) y se garantiza también la posibilidad de solicitar la ejecución de la sentencia, y el pago de la indemnización, frente al administración.

Por lo tanto, y como conclusión de este apartado, resulta que los médicos en ningún caso tienen necesidad ni obligación de personarse en los recursos contencioso administrativos que se tramiten para la determinación de la responsabilidad patrimonial; otra cosa cabe decir en relación a las Compañías aseguradoras que tienen legitimación suficiente y, además, las normas aplicables les atribuyen interés definitivo en la determinación de la responsabilidad que pueda generarse. Esto, a su vez, debe combinarse con los supuestos en los que planteándose la reclamación solo frente a la aseguradora ó solo frente a la entidad prestadora del servicio, se excluye a la jurisdicción contenciosa del conocimiento de dichas reclamaciones que se tienen que tramitar ante la jurisdicción civil.

No puede dejar de señalarse, después de citar algunas resoluciones de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo como no podemos desconocer la escasa entidad jerárquica de sus resoluciones que, según es norma reconocida, no integran la jurisprudencia y en ningún caso son vinculantes⁷. Ahora bien, qué duda cabe que la seguridad jurídica que debemos ofrecer a los ciudadanos obligarían a que sus criterios fueran seguidos de modo generalizado y ello como único modo de evitar supuestos de peregrinaje jurisdiccional que tanto daño han hecho a la seguridad jurídica.

6. QUIÉN DEBE PAGAR LA INDEMNIZACIÓN.

Llegamos así al planteamiento de la cuestión nuclear de la ponencia; en los casos en que se ha dictado una sentencia condenatoria que reconoce el derecho de un particular a ser indemnizado a consecuencia de la indebida prestación sanitaria pública, es necesario garantizar que esa condena pueda hacerse efectiva frente a la administración independientemente de la participación de las personas jurídicas públicas prestadoras directas de la asistencia ó de compañías aseguradoras.

Hay que dar por supuesto que la cuestión de quien sea titular obligado al pago no es una cuestión baladí y que, en principio, cabe pensar que la posición jurídica del particular acreedor de la indemnización queda más garantizada y reforzada cuando puede reclamar directamente a la administración cuya solvencia parece universalmente reconocida.

El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en su artículo 214 (dentro del Capítulo dedicado a la Ejecución del Contrato) y en relación a lo que denomina Indemnización de daños y perjuicios habla de que “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.

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”⁸.

Este criterio de atribución de responsabilidad al contratista (consecuencia del principio de riesgo y ventura del contratista que se recoge tanto en el artículo 215 del R.D.Leg. 3/2011 como del artículo 199 de la Ley 30/2007) no viene a ser sino la transposición del mismo principio general que recogía el clásico artículo 134 del Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, que aprobaba el Reglamento General de Contratación del Estado, cuando decía que “Será de cuenta del contratista indemnizar todos los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución de las obras.

A su vez, es importante lo que señala el artículo 280 del R.D.Legislativo 3/2011, que ya citamos antes, que recoge el Texto Refundido de la Ley de Contratos cuando, en relación al contrato de gestión de servicio público menciona como obligación del contratista la de Indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración.

Cuando tales perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. También será ésta responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de vicios de proyecto.

Las reclamaciones de los terceros se presentarán, en todo caso, en el término de un año ante el órgano de contratación, que decidirá en el acuerdo que dicte, oído al contratista, sobre la procedencia de aquéllas, su cuantía y la parte responsable. Contra su acuerdo

198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público según el cual 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.

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.

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

⁷ Sobre esto basta remitirse a las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo dictadas en fecha 5/11/2002 (Rec. 1059/1997) ó 21/6/2005.

⁸ Este precepto no hace sino reproducir lo que decía el artículo 97 del R.D.Legislativo 2/2000 así como el artículo;

podrá interponerse recurso ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa”.

La solución que parecería encontrar un más fácil apoyo legal sería entender que, aplicando estos preceptos (que tienen tradición en nuestro ordenamiento pues aunque cambien las leyes su contenido permanece) cuando la administración presta su asistencia por medio de cualquier clase de concierto, convenio ó forma de personalización independiente del propio poder público, la responsabilidad derivada de la asistencia sanitaria debe atribuirse a la persona jurídica prestadora de la asistencia (y que es la autora material de la actuación médica que genera la responsabilidad patrimonial) y ello por tratarse de una responsabilidad derivada de una forma de contratación entre la administración y el centro hospitalario (o la persona jurídica ó entidad titular del mismo).

Esta solución es claramente aplicable con resultados satisfactorios en todos los supuestos de daños derivados del funcionamiento de servicios públicos ó de daños derivados de la construcción ó ejecución de proyectos de obras públicas. En estos casos, exigir al contratista la reparación de los daños que pueda haber causado su actividad no genera preocupación ni insatisfacción puesto que parece la solución derivada de unos criterios de justicia material inatacables.

Aplicar esta misma solución a los casos de asistencia sanitaria prestada por convenio ó por concierto no produce efectos satisfactorios; sobre todo por el hecho de que se produce una clara diferencia en relación a aquellos otros pacientes que han recibido la asistencia prestada directamente por la administración responsable del servicio público de salud los que se limitaran a entablar una reclamación frente a la administración prestadora del servicio sanitario (sin perjuicio de que también puedan personarse en aquel procedimiento las aseguradoras)

No debe olvidarse que nos encontramos ante pleitos de responsabilidad patrimonial que tienen una finalidad muy determinada y concreta como es responder ante la existencia de un daño antijurídico sufrido por un particular consecuencia de la prestación del servicio público sanitario; por lo tanto, debe garantizarse la reparación siguiendo los parámetros de socialización del riesgo que derivan de lo que hemos señalado en el punto referido a la naturaleza de la responsabilidad patrimonial. La realidad es que esta función de socialización del riesgo no se cumple si, ante la misma clase de asistencia, unos pacientes deben dirigirse a la administración y otros ante una

empresa titular del hospital en el que le han prestado la asistencia.

La aplicación literal de lo previsto en el artículo 214 del R.D.Legislativo 3/2011 y la consiguiente derivación de las reclamaciones en las que la asistencia se ha prestado por vía de concierto, convenio u otra forma de personificación de la administración sanitaria a una reclamación (aunque sea en sede de la jurisdicción contencioso administrativa) dirigida contra un particular puede ocasionar efectos claramente contraproducentes y podría utilizarse para conseguir burlar la eficacia de la responsabilidad patrimonial como forma de responsabilidad social.

El primer efecto contraproducente al que nos podemos referir y que hay que mencionar consiste en que resultaría que una forma sencilla de evitar la responsabilidad de la administración sería acudir a estas formas que hicieran posible que la responsabilidad no le fuera exigible directamente a las administraciones públicas prestadoras del servicio público sino a esas otras entidades. La administración se descargaría, así, la responsabilidad directa en buena parte de reclamaciones derivadas de la asistencia sanitaria.

En segundo lugar, también se produciría otro efecto contraproducente que, a mi juicio habría que evitar: en la gran mayoría de supuestos, la elección de que la asistencia sanitaria se preste directamente por la administración ó por estas formulas “externalizadas” es completamente ajena al particular/paciente, que no debe verse perjudicado por esta circunstancia que no ha buscado y no debería afectar a la naturaleza de la responsabilidad patrimonial.

Por último, en tercer lugar, hay que señalar que esta forma de actuación, que se está generalizando, produce un efecto completamente indeseable que consiste en que se está huyendo de la responsabilidad patrimonial por la vía de la privatización y la externalización de servicios. Esto, independientemente de consideraciones de tipo político que no son del caso, producen un claro efecto perverso que consiste en debilitar la posición jurídica del perjudicado/paciente que obtiene una sentencia condenatoria a su favor y que no es igualmente ejecutable frente a la administración que frente a un particular (hospital ó aseguradora).

La solución que se propone (que cuando la asistencia sanitaria ha sido prestada por formulas que hemos venido a llamar de externalización, el importe de la sentencia condenatoria deba ser satisfecha por

la administración responsable de prestar el servicio público de salud) no es una solución voluntarista sino que tiene apoyo legal suficiente.

Son pocas las sentencias, sin embargo, que se han pronunciado claramente sobre esta cuestión relativa a la posibilidad de derivar la responsabilidad sanitaria a los centros concertados ó convenidos pero que prestan asistencia sanitaria que correspondía a la administración sanitaria pública; la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de Noviembre de 2010 dictada en el recurso 1866/209 conoció de una reclamación planteada frente a una administración sanitaria autonómica y un Ayuntamiento titular del Hospital concertado con dicha Administración y en el que se había producido la asistencia generadora de responsabilidad; ante la pretensión de la administración de que se declarase la responsabilidad exclusivamente del Ayuntamiento (aplicando para ello el artículo 97 del R.D. Legislativo 2/2000), se recogió el razonamiento de la sentencia de instancia que, básicamente, consistía en afirmar que: que la finalidad del surgimiento del instituto de responsabilidad de la Administración permite constatar que el título de imputación, aparte de otros que lo contemplan, es el de la integración del servicio público en la organización administrativa, de forma que sólo cuando el agente dañoso aparezca obrando dentro de la propia estructura organizativa administrativa, podrá ser posible atribuir a aquélla el resultado dañoso; en consecuencia, hay que considerar como idea rectora en esta materia la de que en toda clase de daños producidos por servicios y obras públicas en sentido estricto, cualquiera que sea la modalidad de la prestación -directamente, o a través de entes filiales sometidos al Derecho privado o por contratistas o concesionarios-, la posición del sujeto dañado no tiene porqué, ser recortada en su esfera garantizadora, frente a aquellas actuaciones de titularidad administrativa, en función de cuál sea la forma en que son llevadas a cabo, y ello sin perjuicio, naturalmente, de que el contratista y el concesionario puedan resultar también sujetos imputables

La reclamación de responsabilidad patrimonial se debe dirigir también frente al sujeto privado que haya intervenido en la producción del daño (hospital ó empresa titular del centro prestador de asistencia por convenio ó concierto) según dispone el artículo 9.4 de la LOPD; por lo tanto la condena deberá hacerse extensiva tanto a la administración como al sujeto privado

El artículo 140 de la ley 30/92⁹ se refiere a los supuestos en los que se produce la concurrencia de varias administraciones en la producción del daño y establece la solidaridad en cuanto a la responsabilidad en el pago de las indemnizaciones. Este mismo criterio de solidaridad debería aplicarse en los casos de condena no a varias administraciones sino de una administración y ente privado (hospital concertado ó Cia. Aseguradora) con lo que, en todo caso, se garantizarían los derechos del particular afectado por la deficiente asistencia sanitaria.

También hay que tomar en consideración lo previsto en los artículos 35 y 36 del R.D. 29/2000 sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de Salud y ello pues son especialmente importantes a la hora de valorar la cuestión que nos ocupa y que es la que se refiere a la igual posición jurídica que, a mi juicio, debe ostentar una persona que haya recibido la asistencia sanitaria pública directamente facilitada por los servicios públicos de salud ó por medio, bien de concierto ó convenio ó en cualquier centro constituido al amparo de artículo 3 del R.D. 29/2000 sobre nuevas formas de gestión cuando hablaba, como hemos visto, de fundaciones constituidas al amparo de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, consorcios, sociedades estatales y fundaciones públicas sanitarias, así como mediante la constitución de cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en derecho, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público.

El artículo 35 del R.D. 29/2000 señala en relación a las posibles reclamaciones por daños y perjuicios que:

1. Las reclamaciones que formulen los ciudadanos encaminadas al resarcimiento de los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria prestada a través de las entidades recogidas en el Art. 3 del presente Real Decreto, se regirán por lo dispuesto en la Ley 30/1992,

9 1. Cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente Ley, las Administraciones intervinientes responderán de forma solidaria. El instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta podrá determinar la distribución de la responsabilidad entre las diferentes Administraciones públicas.

2. En otros supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación

de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

2. Tales reclamaciones, conforme a lo previsto en el Título X de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se dirigirán por los interesados al Instituto Nacional de la Salud, contra cuya resolución cabe recurso contencioso-administrativo, pudiendo actuar los centros sanitarios, en virtud de su personalidad jurídica, como codemandados. En tal caso, se considerarán parte demandada las personas legitimadas, conforme se establece en el Art. 21.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

El artículo 36, a su vez, habla del aseguramiento de responsabilidades y señala que el personal que preste sus servicios en los centros sanitarios regulados en el dicho Real Decreto tendrá cubierta la responsabilidad profesional derivada de los daños y perjuicios no intencionados causados a terceros, por acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones asistenciales.

A tal fin, el centro sanitario o el Instituto Nacional de la Salud suscribirá la correspondiente póliza de responsabilidad civil que determinará los riesgos incluidos y excluidos.

De estos preceptos debemos deducir que cuando estamos ante una reclamación que da lugar a la sentencia condenatoria que tratamos de ejecutar nos encontramos ante una reclamación de responsabilidad patrimonial que sigue sus parámetros habituales del que no es el menos importante, por lo que ahora nos interesa, que la condena recae sobre la administración autora del acto. La estimación de una reclamación de responsabilidad patrimonial debería obligar, en todo caso, a dictar sentencia condenatoria frente a la administración.

La consideración que ahora propugnamos de que en estos supuestos nos encontramos ante formas de responsabilidad patrimonial publica entendiendo que la entidad prestadora directa de la asistencia ó la Compañía aseguradora (aseguradora del hospital ó del servicio de salud) deben aparecer como ajenas al pago directo de la indemnización, no priva a ambas,

como es natural, de la posibilidad de personarse en el expediente de reclamación de responsabilidad patrimonial ó en el recurso contencioso que se tramite y ello pues tienen un interés legítimo que les atribuye legitimación en el recurso en aplicación de lo que señala el artículo 19 de la ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa cuyo artículo 19 señala que están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: a) Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo.

Resulta así, que la personación de las aseguradoras en esta clase de reclamaciones (y en el procedimiento jurisdiccional posterior) se produce de forma habitual a su propia instancia ó inducido por la administración aseguradora y ello ya que no es descabellado que se produzca la acción de regreso una vez condenada la administración al pago de la responsabilidad patrimonial. Esta personación en muchas ocasiones pasa desapercibida en el fallo de las sentencias.

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de Mayo de 2010 (Rec. 7584/05), que ya hemos citado más arriba) estimó el recurso de una compañía aseguradora por entender que la demanda se dirigió únicamente contra administración autonómica prestadora de la asistencia sanitaria por lo que consideró que hacer un pronunciamiento condenatorio también contra la aseguradora de la Administración suponía incongruencia por exceso al otorgar a la demandante más de lo pretendido, en manifiesta vulneración de lo ordenado por el art. 33.1 LJCA: “Los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición”. Se rechazó la reclamación dirigida en el escrito de conclusiones contra una Cia. Aseguradora que se había personado voluntariamente, pero que no había sido demandada inicialmente por el recurrente y ello sobre la base de que se trataba de una personación realizada por una persona jurídica cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos podían verse afectados por la sentencia, que se había personado por propia iniciativa en el proceso para sostener igual posición que la Administración. Mientras que si la reclamación se hubiera dirigido frente a la aseguradora es claro que cabe condenar al codemandado, por la evidente razón de que la acción se dirigió contra él, ello no ocurría igual en el supuesto enjuiciado pues la acción no se dirigió contra el codemandado, sino sólo contra la Administración; y, por ello, la posición del codemandado es similar a la que tenía el llamado “coadyuvante” en la antigua Ley Jurisdiccional de 1956: alguien que, por tener interés

en el asunto, acude a apoyar a la Administración demandada. El hecho de que en el escrito de conclusiones se haya pedido que la condena se haga extensiva al codemandado que se persona espontáneamente después de la demanda no cambia las cosas, porque el demandante no puede alterar su pretensión en ese momento y, sobre todo, porque el codemandado no ha acudido al proceso a iniciativa del demandante.

Prueba de que las entidades privadas (hospitales ó Compañías aseguradoras) son relativamente ajenas a la relación jurídica establecida en materia de responsabilidad patrimonial y que las reclamaciones pueden tramitarse en la vía administrativa y jurisdiccional sin su participación aunque tienen un evidente interés que pueden defender mediante su oportuna personación es el siguiente fenómeno que se aprecia al analizar las sentencias del Tribunal Supremo: es muy frecuente que la Compañía Aseguradora se haya personado como codemandada y la sentencia condenatoria no la incluya como obligada al pago aunque su condición de codemandada le permite interponer recurso de casación. Es el caso, por ejemplo de la STS de fecha 25 de Mayo de 2010 dictada en el recurso 3021/2008: la sentencia del TSJ era condenatoria para la administración autonómica y no menciona el fallo para nada a la aseguradora pero sin embargo es esta la que recurre en casación y el Tribunal Supremo, como no podía ser de otra manera responde a los argumentos impugnatorios de fondo planteados por la aseguradora recurrente no condenada expresamente en la sentencia objeto del recurso de casación y en el fallo de la sentencia se sigue sin mencionar a la Cia. Aseguradora.¹⁰

Por lo tanto, resulta frecuente que sentencias de la Sala Tercera no incluyan en el fallo a las aseguradoras, a las que, sin embargo, el encabezamiento sí que incluyen como parte recurrente: STS de fechas 1/2/08 (Rec. 2033/03); 16/10/07 (Rec. 9768/03) ó 3/10/07 (Rec. 1817/03). Quiere decir, pues, que la intervención de las aseguradoras está justificada puesto que sobre ellas recaerá la obligación de pago pero la responsabilidad patrimonial se declara respecto de la administración y es a esta a la que se imputa la producción del daño y la obligación de indemnizarlo.

Lo que se propone en esta ponencia es que se debe evitar que la intervención de la aseguradora convierta la relación jurídica establecida inicialmente entre el perjudicado y la administración en una re-

lación, a la hora del pago de la indemnización, solo entre el perjudicado y la aseguradora.

7. APRECIACIÓN FINAL.

Lo que ahora se propone está referido a las relaciones con el particular/paciente al que hay que evitar someter a un calvario jurisdiccional de reclamaciones, pero nada tiene que ver con las relaciones internas que se puedan establecer en relación a los contratos ó conciertos previamente acordados entre las aseguradoras y la administración a la que aseguran ó las empresas propietarias de los hospitales ó centros concertados ó convenidos.

Parece que lo más aconsejable es constituir la relación jurídico procesal de modo que las pretensiones se ejerciten frente a la administración prestadora del servicio público de salud y, si se considera necesario ó útil, también frente al centro prestador de la asistencia y/ó frente a la aseguradora de la administración ó del centro.

La condena solidaria a la administración y a la aseguradora ó solo de la administración garantiza suficientemente los derechos del particular por cuanto le permite dirigir su reclamación de cobro directamente frente a la administración (artículo 1.137 del Código Civil) sin perjuicio de las acciones que se puedan ejercitar posteriormente entre la administración y el otro obligado al pago.

No es infrecuente que en las sentencias condenatorias dictadas por algunos TSJ se utilicen formulas de gran imprecisión y que se condene a la administración autonómica y se añada la coletilla de “sin perjuicio del derecho a repetir si lo hubiera”¹¹ ó se utiliza la formula de condenar a la Administración “y, en la parte que le corresponda la Entidad aseguradora, viene obligada a satisfacer a la recurrente la cantidad en la que se fije el importe de la indemnización fijada”¹².

¹¹ Es de señalar como la STS de fecha 9 de febrero de 2011 (Rec. 5934/08) conoció del recurso contra una sentencia del TSJ que había reconocido el derecho de la recurrente a ser indemnizada en la cantidad de 300.000 euros en concepto de daños y perjuicios a cuyo pago se condena a la Comunidad Autónoma de Madrid (dejando a salvo su derecho de repetición si hubiere lugar a ello); el fallo del Tribunal supremo es desestimatorio pero, sin embargo, omite es mención final al derecho de repetición.

¹² Es el caso de la Sentencia del TSJ de Galicia dictada en el recurso 970/2001.

¹⁰ Otras muchas sentencias recientes del TS responden al mismo parámetro; así la dictada en el recuso 3021/2008 ó 3038/2008

Otras sentencias¹³ contienen el siguiente tenor: “debemos anular y anulamos la citada resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial por no ser conforme a derecho, al tiempo que condenamos a la Administración y a su aseguradora al abono de la suma ** euros”. Parece difícil que se pudiera ejecutar este fallo frente a la aseguradora que no ha sido mencionada específicamente y, por lo tanto, no ha sido condenada. Este tipo de fallo servirá, obviamente, para la ejecución extrajudicial de dicha sentencia.

El Tribunal Supremo afirmó en la sentencia de fecha 19 de junio de 2007 (Rec. 10231/2003), posteriormente reproducida por otras en materia sanitaria, que “es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo, 23 de mayo, 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995, 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996, 16 de noviembre de 1998, 20 de febrero, 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)”.

Ahora bien, esto está dicho en un asunto de responsabilidad por un suicidio de un funcionario de los Cuerpos de Seguridad y lo que no es posible es extrapolar ese criterio y aplicarse en supuestos de responsabilidad sanitaria para escudarse la administración en la actuación del centro privado concertado para no hacer frente a la responsabilidad patrimonial derivada de la deficiente asistencia sanitaria prestada. Esta situación de clara injusticia es contra la que se trata de alertar.

Cabe pensar en diversas posibilidades en relación al contenido de sentencias condenatorias:

- Ante cualquier forma de reclamación de responsabilidad patrimonial, la condena se pronunciará en relación a la administración prestadora del servicio y ella será la obligada al pago. No parece que hubiera inconveniente en ejecutar esta sentencia frente a la aseguradora de la administración, aunque no esté incluida en el fallo, y eso por imponerlo así el artículo 538.2.2 de la LEC

13 Sentencia dictada en el recurso contencioso administrativo núm. 192/2006, seguido ante la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Novena, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid,

que considera que podrá despacharse ejecución frente a quien, sin figurar como deudor, responda personalmente de la deuda por disposición legal ó afianzamiento acreditativo mediante documento público.

- Si la acción se dirige frente a la administración, la entidad privada y la aseguradora, la sentencia condenatoria declararía una responsabilidad solidaria y sería ejercitable frente a todos los incluidos en el fallo de la sentencia.

- También puede ocurrir que se formule reclamación de responsabilidad patrimonial y la administración autonómica, en aplicación del artículo 214 de la Ley de contratos dictamina que la responsable es la entidad prestadora de la asistencia (es decir, el hospital). Esta resolución deberá ser impugnada por el perjudicado tanto en relación a la determinación de la responsable como en relación al importe de la indemnización que se pueda haber fijado pues la administración de este modo ha derivado la cuestión a un pleito civil entre el perjudicado y el hospital¹⁴.

- También puede ocurrir que el concierto prevea específicamente la responsabilidad derivada de la asistencia que pudiera prestarse por el centro privado.¹⁵ De este modo, a mi juicio, se está externalizando la responsabilidad aunque eso no puede nunca perjudicar al paciente que debe disponer de la garantía que le facilita la responsabilidad patrimonial. Ante esta situación pueden ocurrir dos cosas:

- Que la administración haya “provocado” la personación como codemandado de la entidad privada. Si la condena incluye a la administración y a dicha entidad privada, el recurrente/perjudicado elegirá frente a quien interesa la ejecución.
- Si el paciente ha dirigido solo acción frente a la entidad privada, se produce el efecto frente al que tratamos de alertar puesto que supone desnaturalizar el ejercicio de la res-

14 Es el supuesto de la STS de Andalucía (Sevilla) dictada en el recurso 748/2008)

15 El Convenio de colaboración entre el SESCAM y la Diputación de Toledo en relación al Hospital Provincial de Toledo recoge la obligación de la Diputación de indemnizar los daños que se causen a terceros a consecuencia de la ejecución de las prestaciones convenidas y de las intervenciones, pruebas, tratamientos y cuidados realizados por el Hospital en ejecución de dicho convenio.

ponsabilidad patrimonial convirtiéndola en una simple acción civil

Como ya hemos adelantado, la realidad de las cosas es que el paciente, cuando es derivado a un centro concertado ó que presta la asistencia por convenio, jamás conoce los términos del concierto ó convenio ni conoce las condiciones ó circunstancias por las que se le ha derivado y tampoco es participe de las condiciones que puedan haberse establecido entre la administración y el centro. Por esta razón, entiendo que no le deben perjudicar esos términos que ni conoce ni ha aceptado.

En estos supuestos que hemos señalado se sometería al paciente a un peregrinaje injusto por cuanto, una vez que ha formulado su reclamación de responsabilidad patrimonial (cumpliendo las exigencias y plazos que señalan la ley 30/92 y el R.D. 429/93) se encontraría con una resolución que lo remite a iniciar un procedimiento civil frente a la entidad prestadora de la asistencia ó frente a la aseguradora lo que conlleva molestias e inversión de tiempo y dinero cuando el perjudicado/paciente debiera poder utilizar el mecanismo de la responsabilidad patrimonial para accionar directamente por la vía de la responsabilidad patrimonial.