

LA POSICIÓN PROCESAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
ANTE LA NEGLIGENCIA SANITARIA

D. Diego García Paz

(Letrado Jefe de Civil y Penal de la Comunidad de Madrid.

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación)

D. Manuel Galán Rivas

(Letrado de la Junta de Castilla y León)

Resumen: La prestación del servicio público sanitario es susceptible de ocasionar consecuencias o resultados motivadores de diferentes tipos de reclamación de la responsabilidad de las Administraciones Públicas titulares del servicio. El presente ensayo tiene por objeto el examen de las especialidades jurídicas más notables de la reclamación de responsabilidad patrimonial y el recurso contencioso-administrativo, así como de las vías jurisdiccionales civil y penal, en las que la Administración Pública en sentido amplio, y los funcionarios responsables de la ejecución del servicio, se encuentran en diversas situaciones procesales.

Palabras clave: Sanidad; negligencia médica; responsabilidad patrimonial; historia clínica; delito imprudente.

Abstract: The public health service provision is likely to lead to consequences or outcomes of different types motivators claim responsibility for government service holders. This article aims at reviewing the most notable specialties legal action for damages and administrative appeal, as well as civil and criminal legal remedies, in which the public administration in the broadest sense and officials responsible for performing the service are in different procedural situations.

Key words: Health; Medical negligence; liability; clinic history; reckless crime.

1) La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria y el recurso contencioso-administrativo.

Como punto de partida, hay que recordar que la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere la concurrencia de ciertos requisitos recogidos en los artículos 139 y 141 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sistematizados por reiterada jurisprudencia¹:

a) Un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

b) Que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, debiendo darse una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que puedan alterar el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el particular afectado no tenga el deber jurídico de soportar el daño².

Por lo que se refiere a la responsabilidad de la Administración en el ámbito sanitario, sin perjuicio de la aplicación genérica de los anteriores requisitos, conviene tener en cuenta diferentes especialidades, consagradas por la ley y/o por los tribunales, que los matizan y cuyo conocimiento será de utilidad de cara a una eficaz defensa de los intereses de la Administración, tanto en vía administrativa como, en su caso, en la vía contenciosa.

En primer lugar, la jurisprudencia es unánime a la hora de calificar el servicio público sanitario como prestador de medios, pero no como garantizador de resultados, de lo que se deriva que si por parte de la Administración se han aportado todos los medios

¹ Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2005, recaída en el recurso de casación 3546/2001.

² Los citados requisitos se recogen, como no podía ser de otra forma, en la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en concreto en el artículo 32, que para mayor claridad introduce en el apartado 1 la referencia al carácter antijurídico del daño, elemento que en la Ley 30/1992 se menciona de forma separada en el artículo 141 al tratar la indemnización.

que la ciencia pone en cada momento razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales, no cabe deducir la existencia de responsabilidad. Es decir, la responsabilidad de la Administración en el servicio sanitario no es consecuencia tanto del resultado como de la prestación de los medios razonablemente exigibles, de forma que solo cabe considerar antijurídica en la asistencia sanitaria la lesión en que se haya producido una auténtica infracción de la *lex artis*³. Por lo tanto, a diferencia de lo que ocurre en el régimen común, la responsabilidad patrimonial sanitaria no es una responsabilidad objetiva pura. Más bien se trata de una responsabilidad objetiva modulada que se asemeja bastante a una responsabilidad por funcionamiento anormal o subjetiva.

Este sistema de responsabilidad objetiva modulada opera especialmente en el ámbito de la denominada “medicina curativa o asistencial”, y no tanto en la “medicina satisfactiva”, aquella a la que el paciente acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del cuerpo, donde no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional, lo que acentúa la obligación del facultativo de obtener un resultado satisfactorio aunque sin que deba reprocharse a la Administración todo resultado adverso producido⁴.

En la misma línea, cobra especial relevancia la referencia que el artículo 141.1 de la Ley 30/1992 hace al carácter no indemnizable de los “*daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos*”.

Esta previsión, introducida por la Ley 4/1999, de 13 de enero, viene, en palabras de su Exposición de Motivos, a matizar los supuestos de fuerza mayor que no dan lugar a

³ Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2009 (recurso de casación 89/2008) y de 9 de octubre de 2012 (recurso de casación 40/2012). Asimismo, vid. QUINTANA CARRETERO, J.P. (coord.), *Doctrina jurisprudencial sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas 2009-2012*, Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, pp. 11 y ss.

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2012 (recurso de casación 6878/2010).

responsabilidad. Supone, además, la positivización de la doctrina del “desarrollo técnico o riesgos de progreso”, que considera irrelevantes a efectos de responsabilidad aquellos resultados que sean imposibles de lograr ante las limitaciones del desarrollo técnico, debiendo quedar exonerada la Administración sanitaria, por ejemplo, de la indemnización por los daños ocasionados a raíz de una transfusión por el contagio de enfermedades absolutamente indetectables según el estado de la ciencia y la técnica, de manera que su posible contagio constituiría un riesgo que debe soportar el paciente sometido a la intervención⁵.

Debe soportar también el daño el profesional de la sanidad que asume voluntariamente el riesgo de sufrir cortes y pinchazos durante la manipulación de los distintos utensilios o en el desarrollo de la actividad de asistencia médica, a la que es consustancial un cierto nivel de riesgo, ello sin perjuicio de la obligación de la Administración de proteger a sus empleados con todos los medios a su alcance y de informarles adecuadamente y de que, si se prueba que el riesgo ha aumentado por un incumplimiento relevante de la Administración, pueda derivar en responsabilidad⁶.

En consecuencia, la imputación de responsabilidad patrimonial a la Administración por las actuaciones del sistema sanitario exige acreditar que el funcionamiento del servicio no se ha ajustado a los estándares que según el estado de los conocimientos o de la técnica son los científicamente correctos. En principio, la tesis general es que la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad incumbe a quien pretenda exigirla de la Administración, por lo que correspondería al interesado probar, primero las causas de la lesión, y segundo que estas podrían haber sido combatidas por el servicio sanitario, eliminando o minorando el resultado final.

No obstante, la jurisprudencia, y después la propia Ley de Enjuiciamiento Civil en

⁵ Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2011 (recurso de casación 3469/2007) y de 29 de mayo de 2012 (recurso de casación 6310/2010). Vid. también QUINTANA CARRETERO, J.P. (coord.), *Doctrina jurisprudencial...*, op. cit., pp. 21 y 22. En su momento, con base a la doctrina del “desarrollo técnico o riesgos de progreso”, algunos pronunciamientos judiciales excluyeron la responsabilidad de la Administración por los contagios derivados de la transfusión de sangre contaminada con el virus C de la hepatitis o del SIDA.

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2012 (recurso de casación 2556/2010).

el artículo 217.6 (actual artículo 217.7), introducen en materia de distribución de la carga de la prueba la regla de que el tribunal deberá tener presente siempre la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio, lo que supone que en algunos casos será la Administración sanitaria la obligada a acreditar más allá de toda duda razonable que el tratamiento prestado fue el ajustado a la *lex artis*, pues en ocasiones es la Administración y no el perjudicado quien goza en mayor medida de esa disponibilidad y facilidad probatoria. Lo contrario supondría imponer al particular una prueba imposible o diabólica⁷.

La inversión de la carga de la prueba por aplicación del principio de disponibilidad y facilidad probatoria juega, en general, cuando es exigible a la Administración una mayor diligencia en la aportación de pruebas, esto es, cuando faltan en el proceso informes o documentos existentes que solo ella puede aportar, como la historia clínica del paciente. Sin embargo, la simple falta de aportación de pruebas no conlleva automáticamente la declaración de responsabilidad de la Administración, toda vez que el tribunal puede llegar a la conclusión por otros medios de que se ha actuado conforme a la *lex artis*. Únicamente si el juzgador considera dudosos hechos relevantes para la decisión tendrán efecto las reglas de distribución de la carga de la prueba⁸.

También opera la inversión de la carga de la prueba en aquellos supuestos en que se haya omitido o no se haya prestado correctamente el consentimiento informado⁹. A este respecto, constituye infracción no solo la omisión completa del consentimiento sino también descuidos parciales, incluyéndose la ausencia de información adecuada al enfermo de todos los riesgos que entraña una intervención y de las consecuencias que de

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2011 (recurso de casación 2371/2007).

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2012 (recurso de casación 4891/2011).

⁹ La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, regula el consentimiento informado en los artículos 8 y ss, y establece que será verbal con carácter general, aunque se exigirá la forma escrita para las intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y para la aplicación de procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

la misma se pueden derivar¹⁰. La obligación del facultativo de informar sobre los riesgos y pormenores de la intervención se acentúa, si cabe, en el ámbito de la “medicina satisfactiva”, donde la información, aparte de ser comprensible, ha de incluir la advertencia de que la satisfacción estética o funcional buscada no está plenamente garantizada.

En todo caso, el médico debe tener cuenta a la hora de facilitar la información tanto la capacidad del paciente para entenderla como la situación concreta en la que se encuentra, así como las posibilidades de éxito, fracaso o mejoría, sin que el consentimiento informado pueda convertirse en un trámite rutinario o burocrático o en una simple exhibición de un formulario.

El contenido de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos. Por ello, la jurisprudencia entiende que la vulneración del derecho al consentimiento informado constituye *per se* una infracción de la *lex artis*, que lesiona el derecho de autodeterminación del enfermo al impedirle elegir entre las diversas opciones vitales que se le presentan¹¹. Al mismo tiempo, para el Tribunal Supremo, este incumplimiento revela una manifestación anormal del servicio sanitario¹², por lo que, probado el mismo, corresponde a la Administración acreditar que el daño se habría producido igualmente aunque el consentimiento informado se hubiera practicado de forma correcta, o que el resultado dañoso no trae causa de la asistencia sanitaria, únicos casos en que el incumplimiento del deber de información devendría irrelevante y no daría derecho a indemnización¹³.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2012 (recurso de casación 2506/2011).

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2015 (recurso de casación 2548/2013).

¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2013 (recurso de casación 2187/2010).

¹³ Sobre este particular, en un principio, la jurisprudencia consideraba que el defecto u omisión del consentimiento informado constituía por sí solo un daño moral susceptible de indemnización. Hoy en día, sin embargo, se entiende que la mera ausencia de consentimiento informado no da lugar a responsabilidad si no concurre además una relación de causalidad entre la actuación sanitaria y el daño corporal derivado de la intervención. QUINTANA CARRETERO, J.P. (coord.), *Doctrina jurisprudencial...*, op. cit., pp. 22 y 23.

Tras su asunción por la Sala Civil del Tribunal Supremo como criterio de valoración e imputación de responsabilidad extracontractual en el ámbito sanitario, se emplea en la jurisdicción contencioso-administrativa la doctrina del “daño desproporcionado” o “resultado clamoroso”, que modifica, al igual que en los casos anteriores, las reglas de distribución de la carga de la prueba. Según esta doctrina, la Administración debe responder de un daño o resultado tan desproporcionado o inesperado que presume un componente de culpabilidad, pues ese resultado normalmente se produce sólo cuando media una conducta negligente, a no ser que la demandada acredite que la causa del daño escapaba a su control o que el facultativo siguió una actuación profesional ajustada a la *lex artis*¹⁴.

De acuerdo con esto, si el estado de un paciente antes de comenzar los cuidados médicos y su estado final evidencian una agravación muy acusada y totalmente inesperada, cabría trasladar la carga de la prueba a la Administración, cuya defensa se vería obligada a despejar cualquier duda acerca de la estricta observancia de la *lex artis* en las diferentes fases del tratamiento. Cuestión distinta es que el daño se presente de antemano como una opción posible o que suponga un riesgo propio de la intervención en un porcentaje considerable, ya que, en estos supuestos, la jurisprudencia excluye la posibilidad de invocar la doctrina del “daño desproporcionado” al no tratarse de un resultado inesperado¹⁵.

Como figura alternativa a la quiebra de la *lex artis*, los tribunales han asumido la llamada doctrina de la “pérdida de oportunidad”, que permite una respuesta indemnizatoria incluso cuando tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Aquí el daño lo constituye, no el resultado lesivo, sino la incertidumbre acerca de cómo se hubieran desarrollado los hechos de haber actuado la Administración de otra forma. Es decir, en la pérdida de oportunidad hay una pérdida de alternativa de tratamiento que se asemeja a un

¹⁴ Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2012 (recurso de casación 1977/2011) y de 6 de abril de 2015 (recurso de casación 1508/2013).

¹⁵ Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2011 (recurso de casación 1773/2009) y de 2 de enero de 2012 (recurso de casación 6710/2010).

daño moral y que es el concepto indemnizable. Se basa en la idea de que el paciente ha sido privado de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero la cuantía de la indemnización se reducirá en razón de la probabilidad de que el daño también hubiera tenido lugar aunque los médicos hubieran optado por otro tratamiento¹⁶. Por lo tanto, la actividad probatoria que lleven a cabo en el procedimiento cada una de las partes desempeñará de nuevo un papel fundamental.

En la valoración de la pérdida de oportunidad entran en juego elementos de difícil concreción, como el grado de probabilidad de que la actuación omitida hubiera producido un efecto beneficioso y la entidad o alcance de dicho beneficio. Será en cada caso concreto donde habrá que examinar estos elementos, de modo que no existirá pérdida de oportunidad, y deberá excluirse la responsabilidad de la Administración, si queda acreditado a través de los correspondientes informes periciales que el retraso en el diagnóstico y posterior tratamiento de la enfermedad no ha influido en el resultado, o que el perjuicio no trae causa del funcionamiento del servicio público, sino de la propia evolución de la enfermedad y naturaleza del paciente.

Por otra parte, a la hora de fijar la cuantía de la indemnización, es necesario partir en materia de responsabilidad patrimonial del principio de plena indemnidad o reparación integral de los daños y perjuicios causados, lo que incluye tanto los daños de índole material como los de carácter inmaterial o moral. Además, el Tribunal Supremo ha establecido que la valoración del daño es una cuestión de hecho cuya apreciación corresponde al tribunal de instancia y que, salvo casos excepcionales donde la valoración resulte ilógica o arbitraria, no es revisable en casación, por mucho que tribunal de casación pueda tener un criterio distinto al de instancia¹⁷.

Dentro de la responsabilidad de la Administración sanitaria, la indemnización irá dirigida, fundamentalmente, a reparar el daño o sufrimiento causado al paciente o a sus familiares, lo que conlleva una evaluación de las circunstancias concurrentes y un amplio margen de apreciación subjetiva por parte del juzgador. Con el fin de minorar este

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2012 (recurso de casación 2892/2011).

¹⁷ Entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2011 (recurso de casación 3056/2008).

componente de discrecionalidad, evitando posibles disparidades entre resoluciones judiciales recaídas en asuntos similares, los tribunales han venido acudiendo con carácter orientativo, entre otros, a los baremos previstos en la legislación sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

Hasta ahora, la aplicación, aun simplemente orientativa, de los baremos podía discutirse según resultara o no favorable para los intereses en litigio, toda vez que el artículo 141.2 de la Ley 30/1992 prevé unos criterios de valoración sin hacer mención expresa a los mismos. Sin embargo, a partir del 2 de octubre de 2016, fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, la posibilidad de utilizar como referencia los baremos se materializa en el artículo 34.2 de la nueva ley, de acuerdo con el cual *“en los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros Obligatorios y de la Seguridad Social”*.

De todos modos, conviene llamar la atención acerca de que el artículo 34 dispone que *“se podrá tomar como referencia”*, por lo que la valoración incluida en los baremos continuará teniendo un carácter meramente potestativo y no vinculante para los tribunales, que habrán de regirse por el principio de indemnidad plena o reparación integral.

Desde el punto de vista competencial, *ex* artículos 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 2.e) de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el orden contencioso-administrativo conocerá de todas 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, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social. Esta unidad de fuero supone que todas las reclamaciones que en vía jurisdiccional se interpongan por responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria necesariamente deben dirigirse a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Únicamente subsiste como alternativa la vía penal, por hechos constitutivos de delito, con la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración¹⁸.

¹⁸ Así lo prevé el artículo 146.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y se mantiene en el artículo 37.1 de

La Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, incidió en esa unidad de fuero para aclarar que, incluso cuando la Administración concurre en la reclamación de responsabilidad con una entidad aseguradora o con particulares, la competencia continúa residiendo en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Hasta la reforma operada por la Ley Orgánica, aún recaían pronunciamientos de la jurisdicción civil que declaraban la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en concurrencia con particulares, con base en la *vis* atractiva de dicha jurisdicción o para evitar el peregrinaje de jurisdicciones.

Un supuesto particular es el de la responsabilidad de la Administración cuando existe concierto con una entidad privada en materia de asistencia sanitaria. En algunos procedimientos se ha llegado a plantear la aplicación de lo dispuesto en la normativa de contratos públicos, en concreto de la regulación que actualmente contiene el artículo 214 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en cuya virtud *“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”*. De esta forma, la Administración respondería solo cuando los daños hubieran sido ocasionados *“como consecuencia inmediata y directa”* de una orden suya, siendo atribuible el resultado dañoso al contratista en caso contrario.

A ello la jurisprudencia opone lo previsto en la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que sujeta 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”* a *“la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso”*.

Esta Disposición fue introducida por la Ley 4/1999, de 13 de enero, con la idea de

la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

poner fin, en concordancia con la reforma del artículo 144 de la Ley 30/1992¹⁹, al problema relativo a la disparidad de criterios jurisprudenciales sobre el orden competente para conocer de los procesos cuando el daño se produce en relación con la asistencia sanitaria pública, atribuyéndolos al orden contencioso-administrativo.

Pues bien, el Tribunal Supremo considera que con esta atribución de competencias se sujeta de manera unitaria a la revisión de la jurisdicción contencioso-administrativa (y cabría añadir, al procedimiento administrativo previo de responsabilidad patrimonial) las reclamaciones por daños y perjuicios causados con ocasión de la asistencia sanitaria prestada en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, que integra todas las funciones y prestaciones que son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud, de manera que la relación de sujetos pasivos de las reclamaciones que se recoge en la Disposición Adicional viene determinada, no tanto por su condición de Administración o entidades públicas, como por su condición de entidades, servicios o centros que realizan prestaciones sanitarias propias del Sistema Nacional de Salud, lo que permite que se incluyan en dicha relación entidades privadas que en virtud del correspondiente concierto realizan tales prestaciones.

La existencia de un concierto, continúa el Tribunal, no excluye una posible responsabilidad patrimonial de la Administración, siempre que concurren los requisitos de los artículos 139 y ss de la Ley 30/1992, ya que no pueden oponerse las cláusulas del concierto a quien tiene el carácter de tercero en relación a su articulado, pero que precisamente por la existencia de este acude a recibir asistencia sanitaria a la entidad médica con la que el ente público, de cuyo régimen sanitario es beneficiario, ha suscrito el oportuno concierto para la prestación de dicha asistencia²⁰.

¹⁹ El artículo 144 remite para las reclamaciones contra la Administración en sus relaciones de derecho privado a los artículos 139 y ss, y no solo a los artículos 142 y 143, sobre procedimientos de responsabilidad patrimonial, como era antes de la reforma.

²⁰ Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2007 (recurso de casación 5791/2002) y de 24 de mayo de 2007 (recurso de casación 7767/2003). Vid. QUINTANA CARRETERO, J.P. (coord.), *Doctrina jurisprudencial...*, op. cit., pp. 76 y ss. El problema puede plantearse cuando entren en vigor las Leyes 40/2015 y 39/2015 sobre Régimen Jurídico del Sector Público y Procedimiento Administrativo Común, respectivamente, pues ninguna de ellas contiene una regulación semejante a la prevista en la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 30/1992. No faltarán, seguro, intentos de aplicar la normativa de contratos del sector público, que establece como principio general la responsabilidad del contratista.

Finalmente, la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las pretensiones por responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y la necesidad de una vía administrativa previa, implica que el plazo de prescripción de un año para el ejercicio de la acción de responsabilidad establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992 no se interrumpa por la presentación de una reclamación que manifiestamente aparezca como no idónea o improcedente a efectos de lograr el resarcimiento del daño o perjuicio, como sucede en el caso de que se acuda al orden jurisdiccional civil para, a través de una diligencia preliminar, obtener la historia clínica del paciente, toda vez que el interesado tiene la posibilidad de acceder a dicha historia clínica durante la tramitación del expediente administrativo de responsabilidad y, en consecuencia, su obtención no constituye impedimento alguno para iniciar el procedimiento²¹.

Por el contrario, sí interrumpiría la prescripción el inicio de acciones penales cuando el proceso penal versa sobre hechos en apariencia susceptibles de ser fijados con trascendencia para la concreción de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Así debe entenderse lo dispuesto en el artículo 146.2 de la Ley 30/1992, según el cual *“la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial”*.

Además, según la jurisprudencia, cuando no se ha renunciado en el proceso penal al ejercicio de la acción de responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, la pendencia del proceso abre un interrogante sobre el alcance de dicha responsabilidad susceptible de condicionar el alcance de la reclamación de responsabilidad patrimonial para la Administración y, consiguientemente, de interrumpir la prescripción²².

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2011 (recurso de casación 2599/2007).

²² Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2002 (recurso de casación para unificación de doctrina 7591/2000).

2) El marco jurisdiccional civil: Diligencias Preliminares y objeto real de la pretensión. Declinatoria jurisdiccional.

En la práctica procesal se ha producido un notable incremento de actuaciones, vinculadas a las consecuencias de intervenciones quirúrgicas o de tratamientos clínicos, que pretenden abordarse ante la jurisdicción civil ordinaria. La finalidad apriorística de estos procedimientos civiles es la obtención, con intermediación judicial, de una copia de la historia clínica del paciente, que se presenta como demandante, y de la póliza de seguro que el Centro Clínico o que la Administración de la que depende tenga suscrita para la cobertura de posibles consecuencias adversas de la actividad sanitaria.

La parte demandante, interesada en la obtención de la documentación clínica, con celeridad y bajo el control judicial, acude para ello al instrumento jurídico de las Diligencias Preliminares, previsto exclusivamente en el marco de la jurisdicción civil. En efecto, en los artículos 256 a 263 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), se contempla el régimen jurídico de las Diligencias Preliminares, enumerando el artículo 256.1 los concretos supuestos de Diligencias que se pueden interesar y que, sea cual fuere de ellos, habrán de solicitarse con el sentido teleológico de *preparar el juicio*, tal y como en términos literales se expresa la Ley. Respecto de la documentación sanitaria, son los apartados 5 y 5 bis²³ del referido precepto los que contemplan de forma precisa la solicitud de este concreto historial, en los siguientes términos:

“1. Todo juicio podrá prepararse:

5º Por petición del que se considere perjudicado por un hecho que pudiera estar cubierto por seguro de responsabilidad civil, de que se exhiba el contrato de seguro por quien lo tenga en su poder.

5º bis. Por la petición de la historia clínica al centro sanitario o profesional que la

²³ Introducido por la Disposición Final Tercera de la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios.

custodie, en las condiciones y con el contenido que establece la ley”.

Como puede observarse, y aun cuando la parte demandante justifique la petición de la obtención de la historia clínica de forma sucinta, esta solicitud no es un fin en sí mismo ni constituye la pretensión procesal del futuro juicio, sino que se interesa la obtención de copia de la referida documentación para preparar las verdaderas actuaciones contenciosas que, atendiendo a la solicitud que se realiza *ex ante* al juicio y que abarca extremos referentes a la actividad sanitaria, siendo dirigida la petición a la Administración Pública Sanitaria que custodia en sus archivos los originales de la póliza de seguro y de la historia clínica, resulta ser de lógica consecuencia, habrían de contar con la aparición de la Administración Pública como parte codemandada, junto con la compañía aseguradora.

No se trata solamente de que la petición de la copia de la historia clínica se admita en el marco de las Diligencias Preliminares para un ulterior juicio en el que, con carácter necesario, habría de ser parte la Administración Pública frente a la que se reclama la documentación; sino que además, la razón de solicitar el historial clínico a través de la fórmula procesal de las Diligencias Preliminares evidencia la voluntad de la parte demandante de litigar en el futuro frente a la Administración, pues las normas sustantivas que contemplan el régimen jurídico de los datos sanitarios ya prevén el derecho del paciente a conocer su historial, de igual modo que el carácter especialmente sensible y protegido de este tipo de datos²⁴. En consecuencia, si el paciente, que en términos

²⁴ La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, califica a los datos relativos a la salud como especialmente sensibles y determina un régimen jurídico de especial protección para los mismos, cuestión que a su vez protagoniza también la Ley estatal 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Junto con la Ley Orgánica dicha Ley desarrolla aspectos como el derecho a la información o el derecho a la intimidad y confidencialidad en el ámbito sanitario.

Asimismo, es necesario mencionar también en el mismo ámbito estatal la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, de carácter básico, que regula aspectos esenciales que deben regir el ejercicio de las profesiones sanitarias y que afectan directamente a las relaciones clínicas. Y, entre otros hitos, merece su cita a fin de completar el panorama considerado, el Real Decreto 1093/2010, de 3 de septiembre, por el que se aprueba el conjunto mínimo de datos de los informes clínicos en el Sistema Nacional de Salud.

A su vez, el Decreto 38/2012, de 13 de marzo, sobre historia clínica y derechos y obligaciones de pacientes

procesales viene a ser el demandante, ya cuenta con la posibilidad de obtener información sobre su historia clínica en la vía administrativa, la única razón que sustenta interesar estos documentos a través de la jurisdicción ordinaria no es sino la pretensión de demandar a la Administración una vez obtenida la póliza de seguro y la historia clínica. En otro caso, las Diligencias Preliminares carecerían de objeto, pues la Ley de Enjuiciamiento Civil expresa con total claridad que la razón de ser de las Diligencias Preliminares consiste en *preparar el juicio*; si no va a existir un futuro juicio civil con la Administración Sanitaria como codemandada, las Diligencias Preliminares carecen de fundamento legal y encubrirían, en verdad, una pretensión de naturaleza diversa a la de dirigirse contra la Administración en la vía civil, que además la demandante ha de verificar en el plazo de los treinta días desde la realización de las Diligencias so pena de pérdida de la caución consignada y del pago de los gastos que se puedan haber producido y así se soliciten por la parte requerida (artículo 256.3 LEC).

La práctica procesal en esta materia es ciertamente concluyente, pues al día de la fecha, todas las Diligencias Preliminares que se han interesado para recabar la póliza de

y profesionales de la salud en materia de documentación clínica establece en su artículo 11, ap. 3 y 4: “La persona paciente es la titular del derecho a la información que sobre sus datos de salud constan en su historia clínica. Dichos datos de salud están sujetos al régimen jurídico de especial protección que establece la legislación sobre protección de datos, por lo que según la misma sólo podrán ser recabados, tratados o cedidos cuando, por razones de interés general, así lo dispone una Ley o la persona afectada lo consienta expresamente.

Cada Institución titular del centro o servicio sanitario establecerá los mecanismos necesarios para el acceso a la historia clínica y, en particular, los métodos que posibiliten en todo momento el acceso a la historia clínica de cada paciente por las y los profesionales que le asisten”.

El artículo 12 de la misma norma se refiere con detalle a los “*Procedimientos de acceso por la propia persona paciente o por persona autorizada por la misma*”.

En la Comunidad de Madrid, el artículo 27.7 de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria, establece que, además de los derechos regulados en la Ley General de Sanidad, se reconocen como derechos de los ciudadanos en relación con el Sistema Sanitario de la Comunidad de Madrid: “*El derecho a la información sobre la propia salud incluye el acceso a la información escrita en la historia clínica, resultados de pruebas complementarias, informes de alta, certificados médicos, y cualquier otro documento clínico que contenga datos sanitarios propios. El grado de confidencialidad de los mismos debe ser decidido por el paciente*”.

seguro y la copia de la historia clínica de Centros dependientes del Servicio Madrileño de Salud han concluido constatando que, tras el transcurso de los treinta días dispuesto por la Ley, la demanda civil contra la Administración Pública no es interpuesta, y se obtiene por parte de la Administración Madrileña el importe en cada caso consignado como caución por la parte interesada en la obtención de los documentos. Además de lo significado, que abunda en la realidad de una pretensión sustantiva que el demandante no pretende dirigir frente a la Administración, al no resultar a la postre codemandada en un proceso civil que en realidad se sigue contra la compañía aseguradora en exclusiva, empleando las Diligencias Preliminares para una rápida obtención del historial clínico aun a expensas de la pérdida de la caución, motivo que, como se insiste, puede anticiparse por la Administración al Juzgado para su conocimiento y posibles efectos procesales *ex officio*, mediante sucinto escrito de personación y alegaciones, sin formular oposición formal y expresa²⁵ evitando así la celebración de una vista por los trámites del juicio verbal, la pretensión que en su caso pudiera llegar a articularse de contrario contra la Administración Sanitaria desde la perspectiva civil sería técnicamente inviable, toda vez que se exigiría una indemnización a la Administración Pública a modo de responsabilidad civil extracontractual, de los artículos 1.903 y siguientes del Código Civil (CC), como consecuencia de la prestación del servicio público sanitario, hecho que asimismo puede ser manifestado por escrito al Juzgado al momento de ser notificada la resolución por la que se señala una fecha para cumplir con la aportación de la documentación interesada, advirtiendo de la posibilidad, llegado el momento procesal oportuno, de que sea interpuesta una declinatoria por defecto de jurisdicción, mencionado que la parte que solicita la práctica de las Diligencias Preliminares cuenta, con antelación a la vía jurisdiccional, con los cauces administrativos previstos en la legislación sustantiva y a

²⁵ De conformidad con el artículo 260 LEC, ante la oposición de la parte requerida a cumplir las Diligencias Preliminares, se celebraría una vista por los trámites del juicio verbal, tras la que podría estimarse justificada la oposición. No obstante, en el caso que nos ocupa el motivo de la oposición que pudiera articular la Administración Pública no contaría con fundamento probatorio más allá de alegaciones técnicas que habrán de expresarse en el momento de la declinatoria, pues la parte requirente puede en el caso concreto dirigir su futura demanda civil también contra la Administración, situación improbable y no acompañada por precedentes, mas en el momento de formular una oposición a las Diligencias Preliminares no se cuenta sino con meras previsiones o probabilidades de actuación, por lo que una oposición formal no resulta susceptible de prosperar.

través de los cuales puede solicitar y obtener copia de la documentación interesada.

La pretensión por la que se reclame de la Administración Sanitaria en la vía jurisdiccional civil, en su caso, una indemnización derivada de las consecuencias de un tratamiento médico, seguimiento clínico o intervención quirúrgica no es sino una verdadera reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración prestadora del servicio público, y ha de ser conocida en su sede administrativa y jurisdiccional correspondiente.

Todo Hospital o Centro Sanitario que presta un servicio público y realiza actuaciones públicas de las que se derivan una serie de efectos favorables o desfavorables para los interesados, en este caso los pacientes, ni está procediendo como un particular, sino en ejercicio de una potestad y servicio administrativo, ni tiene vínculo contractual alguno con la parte demandante. En consecuencia, al no existir ni carácter privado ni contrato *inter partes* toda responsabilidad imputable a la Administración Sanitaria será extracontractual, conforme a los referidos artículos 1.903 y siguientes CC, preceptos que no resultan de aplicación a la Administración Pública al existir normas y cauces excluyentes, que constituyen un auténtico Derecho Estatutario propio de la Administración, como a continuación se detalla.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) *“1. Los Tribunales y Juzgados ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquéllos casos en que les venga atribuida por esta u otra Ley”* y *“4. Los del orden contencioso-administrativo conocerán(...) 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”*, incluso, aunque se demande conjuntamente a la Administración y a particulares o a una compañía aseguradora, las dudas existentes sobre el orden jurisdiccional competente quedaron definitivamente resueltas por el precitado artículo 9.4 LOPJ, cuyo párrafo segundo, después de la reforma de la L.O. 6/1998, de 13 de julio, atribuye al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de las pretensiones sobre responsabilidad patrimonial aunque *“...a la producción del daño*

*hubieran concurrido sujetos privados...”. A ello se añade el artículo 2 e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (LJCA), que atribuye a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive, **no pudiendo ser demandadas aquéllas 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”.***

Sin duda, la posible causa de aquellos daños de los que pretende la responsabilidad extracontractual de la Administración Sanitaria se encuadra, como se insiste, en el concepto de actuación administrativa, marco de la exclusiva competencia del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo. El artículo 1.1 LJCA dispone que “*Los Juzgados y Tribunales del Orden Contencioso-Administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos Legislativos cuando excedan los límites de la delegación*”.

No sólo la aún vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ha venido a unificar el fuero de responsabilidad patrimonial de la Administración atribuyendo la competencia al orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo²⁶, sino que ha sido refrendado por la LJCA. De conformidad con los preceptos mencionados se debe acudir obligatoriamente a los procedimientos previstos en dicha Ley cuando se trate de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, tanto por su actuación en relaciones de derecho público, como en sus relaciones de derecho privado, por lo que puede afirmarse que se ha producido un régimen de unificación de jurisdicción en esta materia, cuyo objetivo es evitar la dispersión de acción que hasta entonces había existido,

²⁶ La unificación de fuero se expresa también en la Ley 40/2015, de 5 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público (artículos 32 y siguientes) y cuya entrada en vigor tendrá lugar al año de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

garantizando la unidad. En todo caso, e indudablemente, cualquier pretensión indemnizatoria dirigida contra la Administración Pública, aquí como titular de un Centro Sanitario y como consecuencia de posibles daños originados en la actividad administrativa, debe ser conocida en sus específicos fueros excluyentes: vía administrativa y Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo.

3) El proceso penal: la responsabilidad civil de la Administración Pública y la asistencia jurídica a los profesionales de la salud.

La incoación de procesos penales que tienen por objeto la investigación, y posterior enjuiciamiento, de hechos referentes a las consecuencias adversas de tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas pueden determinar que la Administración Pública prestadora del servicio sanitario deba responder como responsable civil por el delito que, en su caso, se constate ha tenido lugar durante la prestación del referido servicio.

En todo caso, la llamada al procedimiento penal de la Administración se encuentra supeditada al principio acusatorio formal, pues la responsabilidad civil ha de ser expresamente interesada por la acusación personada en la causa, con identificación concreta de las personas privadas o jurídico-públicas frente a las que se solicita; petición que puede ser realizada en el escrito de iniciación del procedimiento o bien posteriormente, atendiendo al resultado de las diferentes diligencias que se interesen en la fase instructora y de las que se desprenda que los hechos han acaecido en el ámbito clínico dependiente de la Administración (Hospital o Centro de Salud integrado en el respectivo Servicio) y bajo la intervención profesional de facultativos igualmente dependientes, en un régimen de especial sujeción, de la Administración Sanitaria. Se trata de un extremo relevante, desde la perspectiva práctica, el examen pormenorizado del pleno respeto al principio acusatorio en aquellos procesos en los que se reclame una responsabilidad civil de la Administración Sanitaria, pues la advertencia de la omisión, en los diferentes escritos de calificación de los hechos, de la mención expresa de la Administración Pública Sanitaria como responsable civil, debe motivar que, con carácter previo a cualquier otra alegación que se realice en el escrito de defensa, se deje constancia de la necesaria exclusión del procedimiento de la Administración Pública, pues ninguna de las acusaciones personadas

habría solicitado por escrito su responsabilidad indemnizatoria, pese a lo cual el Auto judicial de transformación o procesamiento vendría a establecer la responsabilidad civil de la Administración.

La responsabilidad civil de la Administración Sanitaria debe ser considerada, en lo referente al concreto llamamiento como tal responsable, desde la apreciación de la personalidad jurídica unívoca de la Administración, toda vez que resulta frecuente la realización de una atribución errónea de dicha responsabilidad de una manera dual o bicéfala, imputando como responsables civiles al Centro Sanitario u Hospital en el que los hechos presuntamente ilícitos acaecieron y simultáneamente, la misma responsabilidad se viene a exigir de la propia Administración de la que depende el Centro. Con carácter general, el Hospital Público o Centro Asistencial actúa como prestador de un servicio del que no es directamente titular, sino gestor. Esto es, el lugar en el que se ha producido la prestación del servicio no resulta en sí mismo imputable por cuanto las competencias que desarrolla y el servicio que presta le corresponden *ex lege* a la Administración Pública de la que depende, única que ostenta personalidad jurídica y es titular del servicio. Precisamente este servicio sanitario se realiza a través de fórmulas de gestión administrativa, por medio de entidades sin personalidad constituidas para acercar la prestación del servicio sanitario a los pacientes de las diferentes Áreas de Salud. Con ello quiere significarse que, desde la perspectiva de la atribución de responsabilidades, no resulta correcto exigir las de un Centro de Salud, Ambulatorio u Hospital y al mismo tiempo de la Consejería o Servicio de Salud, pues aquéllos son instrumentos para la prestación del servicio público sanitario, meros gestores de una materia de la que responde, en su caso, la Administración titular, ello sin perjuicio de ciertas especialidades que pueden ser observadas en cada Administración Pública territorial concreta²⁷.

²⁷ Si bien ésta es la regla general, no deben desconocerse y apreciarse ciertas especialidades, pues resulta posible que el llamamiento dual sea válido si el Hospital en el que tuvieron lugar los hechos no responde a una fórmula de mera gestión, sino que ostenta el carácter de empresa pública o de ente público, siendo así que en estos excepcionales casos puede discutirse y llegar a ser admitida la responsabilidad del Centro prestador y de Administración, a la que se le imputaría una suerte de *culpa in vigilando*. No obstante, estas situaciones deben examinarse en cada Administración territorial concreta, y tal estudio ha de realizarse de forma actualizada, pues la evolución normativa puede producir que Centros con anterioridad independientes progresivamente se integren en el ámbito gestor de la Administración titular del Servicio.

Una vez producido el procesamiento, resulta frecuente el establecimiento judicial de la exigencia a los responsables civiles de la consignación de una fianza dineraria con el fin de garantizar el cumplimiento de la referida responsabilidad en caso de condena. En este particular, es preciso hacer valer una de las especialidades procesales propias de la Administración Pública, cual es la exención de efectuar depósitos, cauciones y consignaciones²⁸; esta especialidad puede ser manifestada al Juzgado de una doble manera: bien dentro del plazo conferido para realizar la consignación, mediante escrito a tal efecto, o bien a través de la comparecencia personal del representante procesal de la Administración al tiempo de verificarla y con ocasión de obtener copia de las actuaciones para realizar posteriormente el oportuno escrito de defensa en el plazo de diez días desde la notificación personal del Auto de procesamiento.

La existencia de una póliza de aseguramiento suscrita por el Servicio de Salud al que se le reclame una responsabilidad civil derivada de delito debe ser asimismo manifestada al Juzgado por la propia Administración en su escrito de defensa, sin perjuicio de que la pretensión indemnizatoria ya haya sido explícitamente dirigida por la acusación también contra el seguro, toda vez que el Código Penal (CP) establece su obligatoria llamada al procedimiento, advenida la cobertura de la concreta contingencia procesal. De esta manera no sólo se realiza el cumplimiento de la estipulación legal, sino que se acredita la naturaleza subsidiaria (tras el acusado y el propio seguro) de la eventual responsabilidad administrativa en sede penal. Así lo establece el artículo 117 CP: *“Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del*

²⁸ El artículo 12 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas dispone que: *El Estado y sus Organismos Autónomos, así como las entidades públicas empresariales, los Organismos públicos regulados por su normativa específica dependientes de ambos y los órganos constitucionales, estarán exentos de la obligación de constituir los depósitos, cauciones, consignaciones o cualquier otro tipo de garantía previsto en las leyes.* Este precepto resulta de aplicación a la Comunidad de Madrid de conformidad con la Disposición Adicional Primera de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.

derecho de repetición contra quien corresponda”.

La posible exigencia de una responsabilidad civil a la Administración Pública prestadora del servicio sanitario se vincula a la concurrencia, indubitada y plenamente demostrada a través de la prueba practicada en el acto del Juicio Oral, del delito de homicidio o de lesiones imprudentes, en una modalidad específica de la imprudencia constitutiva del elemento subjetivo del injusto: la negligencia profesional sanitaria. Tal inextricable nexo lo dispone el artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim): *“De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible”*. Por ello, resulta necesario valorar la concurrencia de los requisitos legales y jurisprudenciales de la denominada negligencia profesional médica, pues sólo en su presencia, acreditada más allá de duda alguna, podrá también ser imputada una responsabilidad civil a la Administración.

La imprudencia constituye una de las modalidades básicas del elemento subjetivo del injusto penal o tipo subjetivo, consistente en la asunción del riesgo derivado de la acción desde el plano intelectual y con un alcance de la voluntad del sujeto respecto del resultado de la acción ejercitada, si bien no plenamente prefigurado en su actividad, en el sentido de no haber sido querido el resultado antijurídico como el fin determinante del desarrollo de la acción. La imprudencia o culpa consciente tiene manifestaciones específicas cuando se desarrolla en el ámbito del ejercicio de la actividad profesional, dando lugar a la denominada negligencia o impericia.

La negligencia en el ejercicio de la profesión sanitaria es, así pues, aquella modalidad de imprudencia que se vincula a la realización de las técnicas científicas protocolariamente establecidas para el tratamiento e intervención de cada patología, de forma que el elemento subjetivo del injusto surge ante la demostración del incumplimiento consciente e indubitado de las guías y protocolos médicos, o de la omisión grave o flagrante de la aplicación de tales reglas preestablecidas de actuación, que constituyen la *lex artis* profesional.

La acreditación en sede penal de la concurrencia de la negligencia en el proceder de los profesionales de la salud es una carga exclusiva de la acusación, hecho que determina la dificultad, en numerosas ocasiones, de advenir procesalmente la existencia de la actuación negligente, pues la tesis jurisprudencial dominante²⁹ es que el error de diagnóstico no es penalmente relevante, siendo preciso así que la conducta que se reputa negligente sea objetivamente contraria al procedimiento preestablecido que habría de seguirse con arreglo a las guías médicas, situación paralela a la que se produce ante la elección de una opción de tratamiento entre todas las que se establecen como viables: lo afortunado o desafortunado de la elección médica, si la misma se prevé dentro de la *lex artis*, no resulta tampoco punible. El reproche penal acontece ante la omisión o la contradicción manifiesta, ostensible, flagrante y grave de los referidos protocolos.

Consecuentemente, la vía jurisdiccional penal se configura, en el caso de la imprudencia sanitaria, como un evidente cauce residual para la exigencia de responsabilidades jurídicas, pues ante la imposible, inconcluyente o no cerrada demostración de la concurrencia del elemento subjetivo del injusto, *plus* de antijuridicidad que debe necesariamente ser acreditado, con arreglo al principio de *ultima ratio* o de intervención mínima del Derecho Penal, se habrá de producir el archivo o absolución, quedando exclusivamente la senda de la reclamación patrimonial administrativa, que

²⁹ La Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 29 de Noviembre de 2.001 (nº 2252/01) establece: "*cuando la culpa esté relacionada con la conducta de un profesional que ha de tener saberes y posibilidades específicas de actuación preventiva de un daño, las reglas socialmente definidas alcanzan un más alto grado de exigencia pues no son ya las comunes que se imponen a cualquier persona, sino que incluyen las del conocimiento y aplicación de los saberes específicos para los que ha recibido una especial preparación y titulación. La inobservancia de esas reglas determina ope legis un plus de antijuridicidad. En el caso concreto de la culpa médica se ha reconocido en la doctrina de esta Sala que no la constituye un mero error científico o de diagnóstico, salvo cuando constituyen un error cuantitativa o cualitativamente de extrema gravedad ni cuando no se poseen unos conocimientos de extraordinaria especialización, por lo que se determinan grandes dificultades ya que la ciencia médica no es una ciencia de exactitudes matemáticas y los conocimientos diagnósticos y de remedios están sometidos a cambios constantes determinados en gran medida por los avances científicos en la materia*". En un similar sentido, el Auto nº 299/2003, de 9 de junio, de la Audiencia Provincial de Gerona, afirma que "*por regla general el error en el diagnóstico no es tipificable como infracción penal salvo que por su entidad y dimensiones constituya una equivocación inexcusable*".

puede afirmarse como el contexto ordinario a través del cual, y una vez cumplidos también sus requisitos, pueda solicitarse y obtenerse una indemnización por las consecuencias de la ejecución material del servicio público sanitario.

El paralelismo entre los requisitos de la vía penal y administrativa cuenta con la sustancial diferencia del factor intelectual y volitivo por parte de los presuntos causantes del daño antijurídico, pues la jurisdicción penal queda reservada a la apreciación imbricada del elemento objetivo del injusto, determinado por la causalidad, en el que coinciden ambos caminos de reclamación, con el elemento subjetivo, exclusivo del reproche criminal. Así se ha manifestado la jurisprudencia, que ha detallado los requisitos para la punición de los daños derivados de la actividad médica: 1) acción u omisión voluntaria del sujeto activo; 2) un elemento psicológico reflejado en la posibilidad objetiva del autor para conocer las reglas o guías que ha de seguir en su actuación y asumir los riesgos inherentes a su actividad en el caso de apartarse indiscutiblemente de esos protocolos; 3) el adverbado incumplimiento del deber de cuidado general y particular que se deriva de las reiteradas guías profesionales, elemento decisivo para la concurrencia de la negligencia sanitaria; 4) materialización del daño y 5) relación de causalidad indiscutible entre el asumido incumplimiento del deber de cuidado al desviar la conducta del camino protocolario, situación subjetiva implícita una vez acreditada la separación del protocolo, y el menoscabo para los bienes jurídicos del sujeto pasivo, ya sean su integridad física o su vida.

En un escenario de acreditación plena de la antijuridicidad penal de la conducta desarrollada, ante la existencia de delito derivada de la actuación negligente, siempre y cuando así haya sido expresamente solicitado, puede surgir la responsabilidad civil de la Administración Pública de la que dependan los sujetos activos y en cuyo marco de prestación de asistencia sanitaria se haya producido el daño. Así, el artículo 121 CP establece:

“El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean

autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario”.

Destaca el precepto la extensión de la responsabilidad civil administrativa a los daños causados como consecuencia de la ejecución de *delitos dolosos y culposos*. Tal afirmación legal, unida a la reciente eliminación de la figura de la falta como ilícito penal diferenciado del delito, y la subsiguiente reconducción de las faltas a la categoría jurídica del delito leve³⁰, ha de determinar que la, con antelación reconocida³¹, exención de responsabilidad civil de la Administración Pública en los juicios de faltas no sea *mutatis mutandis* trasladable a los actuales juicios por delitos leves, atendiendo a la interpretación específica que han de recibir los preceptos penales, que no admite un carácter extensivo comprendiendo aspectos que no se encuentren insertos en la propia categoría de la materia regulada, a los efectos de garantizar la seguridad jurídica y evitar la desnaturalización de los tipos penales *ex* artículo 4.1 CP. No obstante, habrá de ser resuelta con carácter firme (circunstancia que al día de la fecha no se ha producido dada la reciente entrada en vigor de la reforma legislativa) la posibilidad de que de forma analógica, sea posible llevar a la valoración judicial el hecho del menor desvalor del delito leve respecto del grave y la situación objetiva conforme a la cual, si bien las faltas, unas han sido despenalizadas y otras subsumidas en la categoría del vigente delito leve, bajo el *nomen iuris* de delito leve subyace en realidad el desvalor propio de una falta, con una tramitación procesal muy

³⁰ Modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, vigente desde el 1 de julio de 2015.

³¹ Audiencia Provincial de Madrid, Sección 30ª, Sentencia nº 178/2013, de 21 de mayo.

similar a los antiguos juicios de faltas, siendo entonces aplicable la doctrina de exclusión de la responsabilidad civil administrativa en tales casos, pues la analogía así empleada no lo es en ningún caso *in malam partem*, modalidad ésta de analogía proscrita por la dogmática y jurisprudencia penales por contravenir el principio *pro reo*, sino beneficiosa para la posible Administración Pública que resulte condenada al pago de una indemnización. En todo caso, en aquellos juicios de faltas que con arreglo a las normas transitorias de la nueva regulación continúen en trámite, este criterio de exclusión sigue indiscutiblemente siendo aplicable.

En segundo lugar, el artículo 121 CP establece el criterio de la imputación de la responsabilidad civil a la Administración Pública, circunscribiéndola a los daños causados por “*autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados*”. Así, habrá de ser solicitada la exclusión de cualquier responsabilidad civil que pretenda atribuirse a la Administración Pública si la actividad sanitaria desarrollada y de la que se ha derivado un perjuicio no procede de personal vinculado mediante un régimen de especial sujeción o laboral con la Administración (es decir, que los facultativos que ha desarrollado el acto médico no cuenten con vinculación alguna con la Administración Sanitaria) o bien se trate efectivamente de funcionarios o personal contratado laboral de la Administración Sanitaria pero los daños se hayan producido no en el desarrollo del servicio público sanitario, sino en el marco del ejercicio privado de la profesión, en cuyo caso el exclusivo responsable civil será el propio facultativo y su compañía aseguradora si la póliza a tal efecto prevé una cobertura para las consecuencias del ejercicio negligente de la actividad clínica ajena al servicio público.

El precepto positiviza el principio *non bis in idem*, al especificar que si bien la exigibilidad de la responsabilidad civil derivada del delito lo es sin perjuicio de la reclamación de responsabilidad patrimonial, el perjudicado por los hechos no podrá percibir por ellos y en el mismo concepto una doble indemnización. Así pues resulta imprescindible la acreditación en las actuaciones, bien sea de forma documental o mediante las declaraciones de la víctima o de los testigos, que en ningún caso y con

carácter previo a la sentencia se haya percibido una compensación económica atendiendo a los daños sufridos, pues en tal supuesto habrán de modificarse las conclusiones de defensa para interesar la exclusión de la Administración como responsable civil, en aras a evitar que, en caso de condena, exista por la parte perjudicada un enriquecimiento injusto, pues podría ser doblemente resarcida por unos mismos hechos antijurídicos.

Finalmente, la posición procesal de la Administración Pública como responsable civil subsidiaria determina valorar, para su mejor defensa, y en el supuesto de llegar a una sentencia condenatoria, la cuantificación objetiva de los daños que se estimen se han originado tras la actividad sanitaria negligente. A tal efecto, ha de examinarse que la petición de la cantidad que se efectúe resulte ajustada a los baremos objetivos legalmente previstos y no resulte superior a tal baremación, al no ser de aplicación incremento porcentual alguno por dolo a las cantidades resultantes, pues en todo caso se trata de daños derivados de delitos imprudentes, o se incluyan conceptos diferentes a aquellos que se han acreditado (tanto referentes al perjuicio principal como a las eventuales secuelas físicas, que deben sujetarse al estricto sistema de puntos, conforme a los que sean asignados pericialmente). Asimismo, habrá de cuidarse la proporcionalidad en la posible petición de daños morales, toda vez que se trata de un concepto indeterminado, de conformación difusa, y por ello procederá bien la oposición directa a la estimación de la concurrencia del daño moral, o bien subsidiariamente, que se establezca de una forma equilibrada a los perjuicios objetivamente tasados³².

Más residualmente, es posible que la responsabilidad de la Administración Pública

³² Para el establecimiento de un criterio objetivo, se vienen aplicando los baremos, anualmente actualizados, referentes a los daños ocasionados en los accidentes de circulación de vehículos a motor, si bien a través de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, se establece un muy novedoso sistema de cuantificación de los daños, vigente a partir del 1 de enero de 2016. Esta Ley ha realizado un notable esfuerzo por objetivar el concepto de daño moral y sujetarlo a unos parámetros referenciados precisamente en aquellos daños físicos claramente mensurables. No obstante, el concepto de daño moral en la nueva Ley continúa adoleciendo de una cierta imprecisión que habrá de ser compensada mediante la práctica y el examen jurisprudencial de la norma como consecuencia de su material aplicación.

también pueda tener lugar con ocasión de actos clínicos que no se encuentren vinculados con personal médico dependiente del Servicio de Salud, sino con ocasión de actos desarrollados por facultativos que, aun no teniendo la condición de funcionarios públicos, realicen actuaciones de índole médica en dependencias hospitalarias y de las que se derive un resultado antijurídico. En este caso la responsabilidad administrativa deviene de su posición de garante y de la omisión de controles o de la falta de supervisión de los actos ilícitos o clandestinos realizados en sus dependencias, implicando el consentimiento implícito de tales actividades *ex artículo 120.3 CP*, conforme al cual *“son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: 3º Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción”*.

Al margen del anterior y excepcional supuesto, la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración Pública concurre necesariamente, en una relación de consecuencia, con la responsabilidad penal de los facultativos y personal sanitario que interviene en los hechos, administrando el tratamiento médico, practicando la intervención quirúrgica o realizando un seguimiento posterior. En cada una de las fases de evolución del paciente, o bien de una forma concatenada, puede surgir un hecho que trate de ser encuadrado en la conducta típicamente antijurídica de un delito vinculado a la negligencia profesional, situación que derivará en un acto de formal imputación de los facultativos y del restante personal sanitario a los que se les pueda imputar objetivamente el resultado de las lesiones o del fallecimiento. Esta estrecha relación entre las responsabilidades de las personas físicas y de la Administración de la que dependen en el ejercicio de su actividad se refleja en el apartado segundo del artículo 121 CP que dispone: *“Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario”*.

El precepto determina así la compatibilidad procesal existente entre la situación de

los facultativos y demás personal clínico que resulte investigado en una causa criminal seguida por negligencia sanitaria y la situación como responsable civil subsidiario de la Administración Pública de la que aquéllos dependan. Ambas comparten un estatus pasivo en el procedimiento, pues la acusación se dirige frente a facultativos y Administración encontrándose los dos sujetos destinatarios de la acción penal y civil *ex delicto* enlazados procesalmente por los hechos que son objeto de investigación y posterior enjuiciamiento, en su caso.

La condición de empleado público que ostenta el facultativo o personal sanitario que resulta investigado le habilita para interesar o incoar un procedimiento administrativo que tenga por objeto obtener la asistencia letrada de un Abogado o Letrado de la Administración Pública de la que dependa³³ sin que sea un óbice para dicha solicitud el que la propia Administración Pública tenga su responsabilidad civil en el procedimiento y esté vinculada precisamente a la actuación material del funcionario.

No obstante, la situación habitual, máxime cuando se trata de imputaciones directamente relacionadas con el ejercicio de la profesión médica, en la que el facultativo es directamente responsable de la actuación por cuanto él mismo ha realizado el acto clínico que se investiga, es que la asistencia letrada sea asumida por la compañía aseguradora personal del sanitario, pues ésta cuenta además con recursos para subvenir al coste de las diligencias de carácter pericial que sean necesarias para el investigado, en unos procedimientos en los que la práctica de la prueba pericial se erige en el factor determinante o la clave de bóveda para su resultado, habida cuenta del carácter eminentemente científico de los términos que se emplean, que trascienden el ámbito jurídico de la más clara posición de defensa letrada, como pueda ser la absoluta falta de

³³ En la Comunidad de Madrid, el artículo 2.2 de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid dispone que: “A propuesta del titular de la Consejería o del centro directivo del que dependa la autoridad, funcionario o empleado afectado, el Director General de los Servicios Jurídicos podrá autorizar que los Letrados de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid asuman la representación y defensa en juicio de las autoridades, funcionarios y empleados de la Comunidad, sus organismos y entidades en procedimientos judiciales que se sigan por razón de actos u omisiones relacionados directa e inmediatamente con el ejercicio de sus respectivas funciones, siempre que exista coincidencia de intereses”.

imputación objetiva de los hechos a la persona asistida.

El otorgamiento, en su caso, de la asistencia letrada no resulta automático, sino vinculado siempre al cumplimiento de una serie de condicionantes, entre ellos, que el proceder desarrollado por el interesado en su desempeño profesional sea reputado correcto, ajustado a la norma específica, ésto es, que se acredite ante la Administración que la intervención quirúrgica o acto médico se ajustó a protocolo y no se desvió injustificadamente del mismo. Si esta situación no resulta suficientemente acreditada, no podrá reputarse correcta la actuación y en consecuencia no será posible apreciar el imprescindible requisito de la coincidencia de intereses del facultativo con los de la propia Administración de la que depende, y que consisten en velar por el respeto a la legalidad y la aplicación exhaustiva del ordenamiento jurídico, en el presente caso, de las guías, protocolos o pautas sanitarias establecidas con carácter general para el ejercicio de la profesión sanitaria y para cada intervención o patología concreta, por lo que puede concluirse que la expuesta compatibilidad procesal de la situación del facultativo y de la Administración Sanitaria no implica en todo caso la coincidencia de sus intereses.

Bibliografía:

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., *La Responsabilidad penal del médico y del sanitario*. Colex. 1994.

QUINTANA CARRETERO, J.P. (coord.), *Doctrina jurisprudencial sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas 2009-2012*, Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.