

LAS VÍAS PARA RECLAMAR ANTE UNA NEGLIGENCIA MÉDICA

Especial consideración a la doctrina de la STS, sala 1ª, de 5 de junio de 2019, sobre la acción directa en los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración

María del Carmen García Garnica

Catedrática de Derecho civil
Universidad de Granada

TITLE: *How to claim for a medical negligence. Special attention to the criteria set by the judgement of 5th June of 2019 of the Spanish Supreme Court, 1st Room, about the direct action against the insurance company of the public administration liability*

RESUMEN: En la medida en que la prestación de asistencia sanitaria puede llevarse a cabo tanto en el ámbito de la sanidad privada como en el de la pública, la reclamación de la reparación de los daños que puedan derivar del actuar médico deberá llevarse a cabo, según las circunstancias del caso concreto, en la vía civil o en la contencioso-administrativa y, en ambos casos, si hubiera indicios de responsabilidad penal, en vía penal; lo que incidirá en su tratamiento sustantivo y procesal.

Atendida la singular relevancia práctica de esta cuestión, apriorística en el tratamiento de cualquier caso de responsabilidad civil sanitaria, el objeto de estas líneas será analizar las distintas vías de actuación ante un daño producido en el ámbito sanitario. Cuestión puesta recientemente de actualidad por la STS 321/2019, del pleno de la sala 1ª..

ABSTRACT: *The health care can be carried out both in the field of private and public medical centers. Therefore, the claim of medical liability should be done, according to the circumstances of the case, through civil or administrative courts and proceedings or, in any case, criminal ones. It will affect to the substantive and procedural treatment of the specific case. For this reason, the aim of this paper will be to analyze the different ways of acting in the event of damages cause by medical attention. Issue recently brought up to date by the decision of the plenary of the 1st Chamber of Spanish Supreme Court of the 5th of June of 2019.*

PALABRAS CLAVE: responsabilidad civil médica, sanidad pública, sanidad privada, omisión del deber de socorro, daños intencionales, seguro de asistencia sanitaria, acción directa, asistencia sanitaria en grupo, franquicia.

KEYWORDS: *medical liability, public health, private health, neglect in the case of emergency, intentional damages, health care insurance, direct action, franchise.*

SUMARIO: 1. 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. LAS DISTINTAS VÍAS DE ACTUACIÓN PARA RECLAMAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS CAUSADOS EN EL ÁMBITO SANITARIO. 3. ILÍCITOS SANCIONABLES PENALMENTE: 3.1. *Breve referencia a la incidencia en el ámbito sanitario de la reforma del Código Penal de 2015.* 3.2. *Daños intencionales.* 3.3. *Daños causados por omisión del deber de socorro.* 4. DAÑOS PRODUCIDOS EN EL ÁMBITO DE LA SANIDAD PÚBLICA. 4.1. *La controversia sobre la posibilidad de ejercer en vía civil acción directa frente a la aseguradora de la responsabilidad de la administración sanitaria.* 4.1.1. *A favor de la acción directa frente a la aseguradora.* 4.1.2. *En contra de la acción directa frente a la aseguradora de la administración sanitaria.* 4.1.3. *La reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre esta cuestión.* 4.2. *Sujeto responsable y competencia judicial por los daños causados en centros sanitarios concertados con la administración.* 5. DAÑOS CAUSADOS EN EL ÁMBITO DE LA SANIDAD PRIVADA. 5.1. *Prestación sanitaria en virtud de relación contractual directa entre el médico y el paciente.* 5.2. *Prestación de asistencia sanitaria en el marco de un seguro médico o de enfermedad.* 5.3. *Prestación de asistencia sanitaria en régimen de franquicia.* 5.4. *Prestación de la asistencia sanitaria por una pluralidad de sujetos.* BIBLIOGRAFÍA. JURISPRUDENCIA CITADA.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

La responsabilidad civil médica o sanitaria reviste un gran interés por tres razones básicas: por su importancia cuantitativa; por su importancia cualitativa; y, en tercer lugar y sobre todo, por su complejidad.

Su importancia cualitativa deriva de la trascendencia de los bienes jurídicos que pueden resultar inmediatamente lesionados por la actividad médica, concretados en la vida y la integridad física y moral del paciente. Todos ellos amparados al más alto nivel normativo en nuestra Constitución y esenciales para todo ser humano.

A ello añade su importancia cuantitativa, ya que en poco más de veinte años, desde que las más recientes intervenciones normativas en materia sanitaria han perfilado y clarificado los derechos del paciente y, en particular, el régimen del consentimiento informado, se ha producido un sensible aumento de la litigiosidad en el ámbito de la prestación de servicios sanitarios¹.

Este hecho merece en principio una lectura positiva desde el punto de vista de la salvaguarda de los derechos del paciente, como manifestación del principio «pro damnato». Pero no podemos dejar de advertir que, desde el otro lado de la balanza, se advierte que un excesivo rigor en el régimen jurídico de la responsabilidad médica puede tener el efecto perverso, que hay que prevenir, de dar pie a una medicina defensiva, en la que los facultativos estén más preocupados por eludir eventuales responsabilidades, que por realizar todos aquellos actos médicos que podrían contribuir a la mejora del paciente². Al tiempo que está provocando un creciente recelo de las aseguradoras a cubrir la responsabilidad civil derivada de la actividad sanitaria³.

¹ A título ilustrativo, según la última memoria de la «Asociación El defensor del Paciente», correspondiente a la anualidad de 2018, sólo esta asociación recibió 14.335 denuncias; 352 más que en 2017. De ellas, 810 eran relativas a casos con resultado de muerte, 29 más que en 2017 (disponible en <https://www.negligenciasmedicas.com/memoria-anual-2018/>).

² Así lo advierten desde el propio sector sanitario. A título ilustrativo, «la Organización Médica Colegial (OMC), la Sociedad Española de Medicina de Urgencias y Emergencias (Semes), y la Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria (Sespas) reclaman políticas de seguridad del paciente para paliar los efectos de esa medicina defensiva», según el artículo titulado «La medicina defensiva: un problema de salud pública en auge» publicado el pasado 18 de enero de 2019 en la Gaceta Médica (disponible en <https://www.gacetamedica.com/politica/la-medicina-defensiva-un-problema-de-Salud-publica-en-auge-YC1884203>, en enero de 2019).

³ El aseguramiento de la responsabilidad civil derivada de la actividad sanitaria no está resultando atractivo a las aseguradoras ante el elevado índice de siniestralidad y de supuestos condenatorios existente, unido a la falta de previsibilidad de las cuantías indemnizatorias que deriva de la falta de un baremo de obligado cumplimiento en el ámbito médico y a la afirmación, por parte del sector asegurativo, del incremento de las cuantías indemnizatorias resultante de la aplicación por analogía en este ámbito del baremo correspondiente a los accidentes de tráfico. A título ilustrativo, los medios de comunicación se hicieron eco de la falta de cobertura de la responsabilidad patrimonial del SAS durante este último verano (al respecto vid. <https://www.smandaluz.com/noticia-print/888/profesionales-del-Sas-Sin-Seguro-pblico-desde-hoy>; <https://diario16.com/los-mas-de-100-000-trabajadores-del-Sas-la-empresa-publica-mas-grande-de-espana-no-tienen-Seguro-desde-este-13-de-junio/>;

De modo que el Derecho tiene el reto de hallar el equilibrio entre el interés de pacientes y facultativos, lo que necesariamente pasa por el incremento de la seguridad jurídica en este ámbito.

Finalmente, desde un punto de vista estrictamente jurídico, el interés de la responsabilidad civil sanitaria deriva de su particular complejidad y de la pluralidad de interrogantes que plantea su tratamiento jurídico. Estamos ante una materia sumamente casuística, en la que converge una pluralidad de normas jurídicas, y en constante evolución jurisprudencial. De modo que los distintos elementos de hecho y de derecho que pueden concurrir en el caso concreto van a incidir en la determinación de cuál sea el orden judicial competente, la configuración de la relación jurídico procesal, la determinación de la normativa jurídica aplicable y, por ende, el criterio de imputación o el plazo de prescripción en cada supuesto, entre otras cuestiones de gran trascendencia práctica.

A título ilustrativo, la respuesta jurídica que proceda en el caso concreto dependerá de elementos y circunstancias tales como la naturaleza pública o privada del centro donde se haya llevado a cabo la prestación de la asistencia sanitaria; el carácter asistencial o voluntario de la prestación; el hecho de que la atención sanitaria se haya prestado en el marco de un seguro de enfermedad o un seguro de asistencia sanitaria; la posibilidad de que los daños vengan determinados, no tanto de una mala realización del acto médico propiamente dicho, sino de una deficiente información al paciente o del empleo de un producto defectuoso⁴. Sin olvidar las particularidades que a nivel probatorio y de valoración pueden derivar de los distintos tipos de daños que se pueden plantear en este ámbito (básicamente, los daños corporales, morales y patrimoniales, y el caso particular de los daños por pérdida de oportunidad) y, por último y sin ánimo exhaustivo, las particularidades que a nivel de prescripción pueden derivarse de la distinción entre daños continuados, permanentes y tardíos⁵. Todo ello, aderezado con el impacto transversal de los problemas relacionados con el

<https://www.europapress.es/andalucia/noticia-defensor-paciente-critica-Sas-empieza-conflictiva-temporada-estival-Seguro-responsabilidad-civil-20190626112854.html>;

<https://www.actasanitaria.com/sham-asegurara-la-responsabilidad-civil-y-patrimonial-de-100-000-trabajadores-del-Sas/>). Hechos que, en las mismas u otras fechas, se han repetido en otras Comunidades Autónomas.

⁴ Abundan los casos en los que el daño no deriva de una mala ejecución del acto médico propiamente dicho, sino de la aplicación o prescripción de productos sanitarios o el uso de instrumental médico o quirúrgico defectuoso. Este sería el caso de la transfusión de plasma contaminado con VIH o hepatitis o los supuestos, a menudo con un impacto masivo, de empleo de prótesis mamarias, vacunas, medicamentos defectuosos (recordemos el reciente caso de la hipertricosis por omeoprazol infantil contaminado con minoxidil, o los casos de la talidomina o el Agreal); o de utilización o implantación de material sanitario defectuosos (a los tribunales han llegado casos de daños causados por productos defectuosos tales como un stent coronario, una jeringa para extraer cerumen, un catéter, un bisturí eléctrico, etc.).

⁵ A este respecto, resulta de interés la sentencia dictada en el caso de la talidomina por el pleno de la Sala 1ª del TS, con fecha de 20 de octubre de 2015.

consentimiento informado, enmarcado en una pluralidad de normas de interés⁶ y completado con una rica jurisprudencia, en constante evolución.

Subrayada la relevancia y complejidad de la responsabilidad civil sanitaria, el objeto de estas líneas no será pretender llevar a cabo un análisis de la misma en su conjunto, sino centrarme en una cuestión elemental y de manifiesto interés práctico, como es la relativa a las vías de actuación ante un daño producido en el ámbito sanitario. Cuestión puesta recientemente de actualidad a raíz del pronunciamiento del pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, en su sentencia número 321/2019, de 5 de junio, en la que ha venido a resolver las dudas hasta ahora existentes sobre la viabilidad del ejercicio en vía civil de la acción directa frente a la aseguradora de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

2. LAS DISTINTAS VÍAS DE ACTUACIÓN PARA RECLAMAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS CAUSADOS EN EL ÁMBITO SANITARIO

En la medida en que la prestación de asistencia sanitaria puede llevarse a cabo tanto en el ámbito de la sanidad privada como en el de la pública, la reclamación de la reparación de los daños que puedan derivar del actuar médico deberá llevarse a cabo, según las circunstancias del caso concreto, en la vía civil o en la contencioso-administrativa y, en ambos casos, si hubiera indicios de responsabilidad penal, en vía penal; lo que a su vez incidirá en su tratamiento sustantivo y procesal. Pues, cuál sea la vía de actuación incidirá en la determinación del orden judicial competente para resolver el supuesto de hecho litigioso, el proceso y la normativa aplicable al caso concreto y, por ende, en la determinación del sujeto o sujetos responsables, el criterio de imputación de la responsabilidad y los plazos de prescripción. De ahí la relevancia de esta cuestión apriorística en el tratamiento de cualquier caso de responsabilidad civil sanitaria.

En atención a ello, producido un hecho dañoso con ocasión de la prestación de un servicio sanitario, a efectos prácticos, lo primero que habrá de determinarse es si los daños han ocurrido en el ámbito de la sanidad pública o en el de la sanidad privada y, en ambos supuestos, si los hechos pudieran ser constitutivos de delito.

⁶ Aparte de los preceptos reguladores de la responsabilidad civil del Código Civil, la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y, en su caso, el Código Penal; resultan de sumo interés la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; las Leyes autonómicas de salud, la Ley 44/2003, de ordenación de las profesiones sanitarias; la Ley 50/1980, reguladora del contrato de seguro; y, destacadamente, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en la medida en que hoy está fuera de toda duda la concepción del paciente como usuario de los servicios sanitarios, tanto privados como públicos, con el consiguiente impacto en el régimen jurídico de la responsabilidad civil en el ámbito sanitario.

3. ILÍCITOS SANCIONABLES PENALMENTE

Comenzando por esta última posibilidad, hay que destacar que, cualquiera que sea el ámbito en el que se haya producido una prestación sanitaria (ya sea el público o el privado), si hubiera indicios de intencionalidad o de una imprudencia grave o, aunque menos grave con resultado grave, cabrá acudir a la vía penal para dilucidar la posible responsabilidad penal del agente del daño⁷; lo que aparte de la correspondiente sanción penal y de la condena a reparar el daño causado –que se podrá ventilar en el mismo proceso penal o en un ulterior proceso civil-, podrá conllevar su inhabilitación para el ejercicio de su profesión.

A efectos prácticos cabe señalar que, aunque en estos supuestos finalmente se acuerde el archivo o el sobreseimiento de las actuaciones, las averiguaciones realizadas en el sumario o en las diligencias previas, en virtud de lo dispuesto en los artículos 777 y 77 de la LECrim, podrán resultar de suma utilidad para un ulterior juicio civil.

3.1. Breve referencia a la incidencia en el ámbito sanitario de la reforma del Código Penal de 2015

Dejando a un lado las novedades relativas a otros tipos que puedan afectar a la gestión del sistema sanitario y la alusión expresa al personal sanitario, para incrementar su protección, en tipos penales contra la autoridad, tales como el de acoso, acecho u hostigamiento (arts. 550 ss.), una de las novedades más destacadas de la reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015 fue la desaparición de la categoría de las faltas. Se pretendió con ello que los comportamientos más leves se persigan en vía administrativa o civil, según corresponda, conforme al principio de intervención mínima del derecho penal; con la consiguiente incidencia sustantiva y procesal⁸.

Esta novedad incidió en el tratamiento penal de los delitos imprudentes, que –dicho sea de paso- serán los más habituales en caso de existir responsabilidad penal a cargo del profesional sanitario, dado que en la generalidad de los casos su actuar dañoso no será intencional, sino debido a una infracción de la *lex artis ad hoc*. A este respecto, la reforma ha dado lugar a una mayor modulación de la imprudencia, pasando de la clásica bipartición en imprudencia leve y grave, a la distinción de tres clases de imprudencia, cuya apreciación quedará a criterio del juzgador y, al menos en teoría, no dependerá de la entidad del resultado dañoso: imprudencia leve, menos grave y grave.

⁷ Un ejemplo reciente, aún *sub iudice*, lo tenemos en el caso del bebé de 9 meses fallecido al suministrársele en el centro sanitario en el que estaba siendo atendido, tras haber sido sometido a un trasplante de corazón, una dosis de un medicamento diez veces superior a la que le correspondía, que le provocó una necrosis intestinal con resultado de muerte.

⁸ Así, por ejemplo, el abandono de jeringuillas de modo o con circunstancias que pudieran causar daño a las personas o contagiar enfermedades, antes tipificado como falta contra los intereses generales en el art. 630 CP, ahora se perseguirá administrativamente, salvo que lleguen a producirse daños, en cuyo caso procederá el delito correspondiente.

De conformidad con ello, el legislador destaca en el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015⁹ su intención de despenalizar el homicidio y las lesiones por imprudencia leve, reconduciendo su tratamiento jurídico a la reparación del daño en vía civil; y reservar la intervención penal para el homicidio y las lesiones graves causados mediando imprudencia grave (apartado 1 del artículo 142 y apartado 1 del artículo 152 CP); así como para el delito de homicidio y lesiones graves por imprudencia menos grave, que entran a formar parte del catálogo de delitos leves (apartado 2 del artículo 142 y apartado 2 del artículo 152 del Código Penal). El objetivo de esta modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave es procurar una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche. Ello se traduce, en lo que ahora nos interesa, en la exclusión del ámbito penal de los supuestos de imprudencia leve, de conformidad con el principio de intervención penal mínima y la consideración del sistema punitivo como última ratio.

Por otro lado, la reforma supuso que ciertos comportamientos antes tipificados como faltas pasaran a calificarse como delitos, aun cuando fueran leves. En el ámbito que nos ocupa y en atención a la pena¹⁰, este fue el caso, en particular, del homicidio por imprudencia profesional menos grave (art. 142.2 CP); de las lesiones de escasa gravedad por imprudencia, sancionadas con multa de uno a tres meses (art. 147.2); de las lesiones leves causadas por imprudencia grave del art. 621.1 CP, que pasan a estar tipificadas como delito menos grave, que no leve (art. 152.1 CP); de las lesiones por imprudencia menos grave o leve, antes contempladas en el art. 621.3 CP, que se destipifican, salvo las de especial gravedad, que serán sancionadas con la pena de multa de tres meses a doce meses (art. 152.2 CP); o del maltrato de obra, sin causar lesión, sancionado con pena de multa de uno a dos meses (art. 147.3 CP).

Este cambio de calificación conlleva una serie de consecuencias prácticas. Entre ellas, cabe destacar la ampliación del plazo de ejercicio de la acción de seis meses a un año¹¹; la posibilidad de castigar estas conductas no sólo cuando se han consumado, sino también en grado de tentativa¹²; la posibilidad de condicionar la suspensión de la pena al cumplimiento de lo acordado entre las partes tras un proceso de mediación¹³ y de extinguir la responsabilidad criminal por el perdón del ofendido¹⁴.

⁹ Cfr. el apdo. XXXI.

¹⁰ La reforma introdujo la categoría de los delitos leves, pero sin llevar a cabo una regulación sistemática de los mismos, ya que esta calificación procederá a aquellos delitos sancionados con penas leves (art. 13.3 CC), entendiéndose por tales las recogidas en el art. 33.4 CP.

¹¹ Art. 131.1 *in fine* CP.

¹² Art. 15 CP.

¹³ Art. 84.1.1ª CP.

¹⁴ Art. 130.1.5º CP.

3.2. Daños intencionales

La vía penal procederá, en todo caso, en los supuestos en que sea presumible la intencionalidad del profesional sanitario de causar el resultado dañoso. Aunque estos casos serán los menos habituales, ya que la intencionalidad de dañar va contra la quintaesencia de la profesión sanitaria, ello no quita que encontremos en la práctica supuestos aislados.

A título ilustrativo, tuvo gran repercusión el caso de un anestesista que se pinchaba parte de los anestésicos que debía aplicar a los pacientes, pinchándoles después con la misma jeringuilla y aguja, contagiando el virus de la hepatitis C a 275 personas en cuatro hospitales. Fue condenado en vía penal a 1.933 años de cárcel y una cuantiosa indemnización, por sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 14 de mayo de 2007; parcialmente casada por la STS, sala 2ª, de 27 de febrero de 2009¹⁵.

Centrada nuestra atención en la responsabilidad civil, hay que destacar que esta sentencia estimó, al amparo de lo dispuesto en el art. 120.4 del Código penal, la responsabilidad civil subsidiaria (salvado su derecho de reembolso frente al autor de los hechos) de los titulares de los centros en los que se produjeron los hechos (entre ellos, la propia administración sanitaria valenciana) y las aseguradoras de su responsabilidad. A este respecto, el Tribunal Supremo puntualiza, desestimando el recurso de casación interpuesto por la congregación religiosa titular de uno de los centros en los que el condenado prestaba sus servicios¹⁶, que para que proceda esa responsabilidad civil subsidiaria bastará que exista «un vínculo, generado, obviamente, por razón de algún interés recíproco o la persecución de un beneficio. Vínculo que no tiene que ser jurídico ni responder a la morfología propia de alguna figura típica de contrato, pues puede ser fáctico; bastando con que el mismo dé lugar a cierta posición preeminente de uno de los implicados, que coloque a la contraparte bajo alguna forma de dirección o dependencia (por todas, SSTS 371/2008, de 19 de junio y 822/2005, de 16 de junio)».

¹⁵ ROJ: STS 1241/2009.

¹⁶ Condenada como responsable subsidiaria por el contagio de 150 de los 228 afectados, en su recurso de casación alegaba infracción de ley, por aplicación indebida del art. 120,4º CP, al entender que el anestesista condenado «nunca habría mantenido relaciones de dependencia con el Hospital Casa de Salud de Valencia, un «centro privado de puertas abiertas», que funciona bajo el denominado «contrato de clínica o de hospitalización», que comprende los llamados servicios «extramédicos» (alojamiento y hostelería) con los «paramédicos o asistenciales» (administración de fármacos, aportación de instrumental y material estéril); y no comprende los servicios propiamente «médicos». Tal es la modalidad de contrato -alquiler de infraestructura- que se habría suscrito con los afectados de esta causa, intervenidos en el centro de la institución que recurre, por cirujanos ajenos al mismo, y en cuya elección no intervino, como tampoco en la del anestesista. En concreto, Benjamín Julio nunca ha sido empleado del hospital, que tampoco lo ha designado para ninguna intervención ni le ofreció trabajar en el llamado «plan de choque», que es por o que tampoco le pagó honorarios; ni se le ha imputado ningún incumplimiento por razón de los contagios de VHC» (FJ 9º).

En la misma línea, también merece mención el caso de la auxiliar de clínica, bautizada por la prensa sensacionalista como el «Ángel de la Muerte», que causó intencionalmente la muerte de varios pacientes de edad avanzada, al introducirles aire por vía intravenosa y provocarles así un paro cardíaco por embolia gaseosa masiva; recientemente condenada por la Sentencia de la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de julio de 2019¹⁷ como autora de un delito de asesinato, a las penas de veinte años de prisión y la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena para empleo o cargo público; y la medida de libertad vigilada consistente en la prohibición de desempeñar actividades como auxiliar de clínica en cualquier hospital o centro médico durante un periodo de diez años.

Centrándonos en el pronunciamiento relativo a la responsabilidad civil, esta sentencia precisa que el concepto necesitado de reparación es el del daño moral sufrido por los dos hermanos de la fallecida, «considerando a tal fin que la fallecida tenía 86 años de edad y por consiguientemente una expectativa vital reducida». Junto a este dato, la sentencia subraya que para valorar el daño moral sufrido por los hermanos es preciso atender no sólo al parentesco formal, sino a la verdadera relación existente entre ellos. Así, aunque la Acusación Pública pedía una cantidad de 20.000 euros conjuntamente para ambos hermanos, la sentencia puntualiza que la relación entre la fallecida y cada uno de sus hermanos presentaba una intensidad muy distinta. Uno no mantenía relación con ella desde tiempo atrás y ni siquiera acudió a sus exequias, tal y como lo reconoció al prestar declaración en la vista oral. Por el contrario, el otro se ocupó en todo momento de la atención de su hermana, cuidando el mantenimiento de la relación familiar de sus hijos y nietos con ella; se encargó además de ayudarla en las vicisitudes propias de su elevada edad, gestionando su ingreso en la residencia geriátrica y también en el Hospital en el que ocurrieron los hechos, acompañándola diariamente, dada su discapacidad visual, en todos los horarios de las comidas y en los paseos que debía realizar. En atención a lo cual concluye, con expresa cita de la STS 21 de febrero de 2017, que cuando concurren varios familiares todos ellos afectados de alguna forma por la pérdida de la persona asesinada, lo procedente es acordar la indemnización a favor de los más cercanos, salvo que concurren especiales circunstancias, que deberán quedar debidamente acreditadas mediante las oportunas pruebas. Por lo que en este supuesto procede indemnizar con 3.000 euros el daño moral de aquel hermano que tenía una relación de parentesco real pero poco activa con la víctima, y con 40.000 euros al que acreditó una relación estrecha y estable con ella, demostrada por la dedicación constante a su cuidado.

3.3. Daños causados por omisión del deber de socorro

En relación a la posible responsabilidad civil *ex delicto* del personal sanitario, merece expresa mención el delito específico de omisión del deber de socorro que regula el artículo 196 del Código penal, junto al tipo genérico del artículo 195, para el caso de que quien no haya socorrido a una persona que se encuentre desamparada y en peligro

¹⁷ ROJ: SAP M 6064/2019.

manifiesto y grave, sea un profesional sanitario, derivándose de ello un riesgo grave para la salud de las personas.

En cuanto a los elementos del tipo penal de omisión del deber de socorro, la jurisprudencia señala que constituye un reproche desligado de cualquier relación con bienes jurídicos en peligro. De ahí que se regule en los artículos 195 y 196, como único contenido del título X del Código Penal. Se sanciona genéricamente una conducta insolidaria, concretada a los supuestos de peligro manifiesto y grave para la vida o la integridad física. El auxilio sólo puede ser omitido cuando su prestación suponga un riesgo propio o para terceros.

La condena por este tipo penal se ha estimado en diversos supuestos en los que uno o varios profesionales sanitarios han dejado de atender a un enfermo o accidentado que se encontraba en las inmediaciones del centro sanitario u hospitalario en el que estaban prestando sus servicios, pese a ser requerida su asistencia y advertírseles de la presumible gravedad de la situación.

A título ilustrativo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 28 de enero de 2008, condenó al médico de guardia de un centro de salud por no socorrer, y limitarse a llamar al 061, tras ser informado de la existencia de un conductor accidentado con síntomas de gravedad a apenas 50 metros del centro, tras sufrir un episodio cardiaco. Cuando los servicios de urgencias llegaron, el conductor ya había fallecido; pero quedó acreditado en Autos que la víctima estuvo viva, al menos, en torno a quince minutos desde que se requirió la atención del condenado, que «cuando el celador le avisó informándole de la situación que se vivía a escasos metros del centro, el acusado no estaba realizando ninguna actividad médica» y que «dispuso de la percepción detallada de los elementos que configuraban la situación crítica y no obstante, teniendo conciencia de la necesidad y exigibilidad de su aportación médica no hizo nada, permaneciendo inactivo e indiferente a lo que estaba sucediendo».

En un caso similar, estimó la concurrencia de un delito de omisión del deber de socorro la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 22 de octubre de 2015, condenando al médico de urgencias que se negó a abandonar el recinto médico para atender a la víctima, accidentada a 60 metros de la entrada del hospital, al desvanecerse precisamente cuando se dirigía en su vehículo al hospital en busca de atención médica. Y ello, a pesar de que su atención fue requerida primero por agentes de la guardia civil y posteriormente de la policía local e incluso por quien atendió su llamada al 112.

Esta sentencia contiene varios pronunciamientos de interés en cuanto a la valoración del daño derivado de estos hechos. De un lado, precisa que el daño indemnizable por el profesional que omitió el deber de socorro no es el fallecimiento de la víctima, sino la pérdida de oportunidad derivada de la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente.

Esto presupuesto, condenó al acusado a indemnizar el daño moral causado a los padres del fallecido con la cantidad de 20.000 euros para cada uno de ellos, y a su pareja y a su hija, nacida tras su fallecimiento, con 30.000 euros para cada una de ellas; con responsabilidad civil directa de la compañía que aseguraba su responsabilidad civil profesional, y aplicación del interés legal que para la aseguradora será el previsto en el art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro (en adelante, LCS) . En total 100.000 €

Hay que destacar que en este supuesto se dio la circunstancia de que los padres del fallecido ya habían recibido una indemnización por importe de 20.000 € en vía contencioso-administrativa, lo que llevó a plantear en casación la cuestión de la compatibilidad entre las indemnizaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento irregular de un servicio público y la responsabilidad civil derivada del delito. Esta cuestión fue resuelta por el Tribunal Supremo, con desestimación del recurso de casación, afirmando la compatibilidad entre ambas indemnizaciones en la medida en que «nuestro ordenamiento atiende a la reparación integral del daño, de modo que si el daño moral ponderado, atiende a su origen en una infracción criminal de naturaleza dolosa, la aflicción que genera se entiende de mayor entidad (vid. STS núm. 480/2013, de 21 de mayo), parámetro no atendido en la jurisdicción contenciosa donde su ámbito estrictamente reservado a los parámetros de incertidumbre y potencial efectividad, resulta más limitado que el penal; jurisdicción contenciosa, donde por otra parte, la compañera y el hijo (sic), no acudieron. De ahí, que en cuanto la indemnización concedida, meramente procura la reparación integral del daño causado, sin duplicidad ni reiteración, pues se descuenta las cantidades ya obtenidas en la jurisdicción contenciosa, el pronunciamiento indemnizatorio en la jurisdicción penal resulta adecuado» (FJ 5º).

Por lo que se refiere a la concurrencia de los elementos del tipo penal, hay que destacar el Tribunal Supremo no admitió el argumento del recurrente de que no estaba obligado a prestar la asistencia sanitaria requerida, fuera del hospital; invocando el artículo 2.a) del Decreto 866/2001, que establece las funciones de los médicos de urgencia hospitalaria, donde se indica que corresponderá a los facultativos de urgencia hospitalaria «a) prestar asistencia sanitaria a todos los pacientes que acudan al servicio de urgencias del hospital, con los medios disponibles a su alcance, colaborando con el resto de los servicios hospitalarios en la atención de la urgencia». Frente a ello, el Tribunal Supremo puntualiza que la formula obligado a ello remite a la normativa administrativa, estatutaria, laboral o civil, que regule en cada caso la actividad del profesional, de forma que la prestación sanitaria obligada deriva de un previo vínculo jurídico establecido. Pero en autos, dicha obligación, de prestar asistencia sanitaria a todos los pacientes que acudan al servicio de urgencias del hospital, con los medios disponibles a su alcance, colaborando con el resto de los servicios hospitalarios en la atención de la urgencia, no permite excluir a quien se encuentra a pie del hospital, frente a la puerta principal. No resulta necesario ponderación alguna de colisión de deberes, entre la debida atención del servicio de urgencias y la prestación sanitaria de quien se encuentra en ubicación próxima del hospital». Es más, el propio apartado k) de art. 2 del Decreto 866/2001 alude a la «función de cooperación y coordinación con

el resto de los dispositivos de atención a la asistencia sanitaria urgente», de donde se puede inferir que el facultativo está autorizado a salir del centro hospitalario, cuando no supone desatención del servicio de urgencias; «en cualquier caso, aunque se entendiera que tal coordinación precisa un acuerdo con otro servicio y no una mera decisión unilateral, lo que en modo alguno permite concluir es que autoriza desatender sanitariamente a quien se encuentra a la puerta del hospital» .

En suma, los elementos del tipo serán: a) la existencia de una conducta omisiva sobre el deber de socorrer a una persona desamparada, entendiendo por tal aquella que no pueda auxiliarse por sí misma, ni lo esté siendo por terceras personas que hagan innecesaria la ayuda del omitente; b) que se encuentre en peligro manifiesto y grave, con grandes probabilidades de muerte o lesiones relevantes; y c) que no exista riesgo propio o de tercero, como puede ser la posibilidad de sufrir una lesión o un perjuicio desproporcionado en relación con la ayuda que necesita la persona que se halla en peligro; o si tratándose de un facultativo, estuviera atendiendo a un tercero, cuya interrupción pudiera suponer, a su vez, un peligro para éste. Por último, tener conciencia de las circunstancias de desamparo de la víctima, la necesidad de auxilio y el deber de actuar y a pesar de ese conocimiento voluntariamente el sujeto deja de socorrer a la persona desamparada y en peligro manifiesto y grave.

En los supuestos citados, el Tribunal Supremo puntualiza que la única justificación que podrían haber alegado los acusados para denegar el auxilio que se les requirió en las inmediaciones de su centro médico, derivaría de la no exigibilidad de otra conducta, por encontrarse el profesional sanitario en el momento de ser requeridos sus servicios, realizando un acto médico cuyo abandono pudiera, a su vez, suponer un riesgo para el paciente que estuviera atendiendo. Circunstancia que no concurrió en ninguno de los supuestos aludidos.

Por último, cabe señalar que, si el profesional no está en el momento en que debe prestar el auxilio ejerciendo el servicio o profesión, será aplicable el tipo general del art. 195 CP.

4. DAÑO PRODUCIDO EN EL ÁMBITO DE LA SANIDAD PÚBLICA

En el caso de que el daño haya ocurrido en el ámbito de la sanidad pública, los principios básicos que rigen la responsabilidad patrimonial de la Administración están recogidos en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público¹⁸. Básicamente, la reparación del daño será asumida directamente por la Administración Pública titular del servicio¹⁹, el plazo de

¹⁸ BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

¹⁹ Art. 36.1 Ley 40/2015: «Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere esta Ley, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio». «2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo,

prescripción para reclamar será un año²⁰ y el criterio de imputación será objetivo; quedando exonerada la Administración en caso de concurrencia de fuerza mayor²¹. En concreto, tendrán esta consideración «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» (art. 34.1 Ley 40/2015).

4.1. La controversia sobre la posibilidad de ejercer en vía civil acción directa frente a la aseguradora de la responsabilidad de la administración sanitaria

Centrada nuestra atención en las vías de actuación para reclamar la reparación del daño, la cuestión que ha suscitado mayor interés en el ámbito de la sanidad pública ha sido la controversia relativa a la posibilidad de ejercitar en vía civil la acción directa del art. 76 LCS frente a la aseguradora de la responsabilidad de la Administración sanitaria, en la medida en que la responsabilidad patrimonial de la Administración generalmente estará asegurada²².

A este respecto, es sabido que el art. 2 e) de la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, el art. 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial (tras su reforma por la Ley Orgánica 19/2003), la Ley 30/1992, y recientemente las Leyes 39 y 40/2015, han tratado de reforzar la «vis atractiva» de la jurisdicción contencioso-administrativa en todo aquello que afecte a las Administraciones Públicas y, en particular, a su responsabilidad patrimonial. Se persigue con ello evitar la peregrinación de jurisdicciones y la existencia de líneas jurisprudenciales dispares, logrando una mayor seguridad jurídica y uniformidad jurisprudencial en todo lo atinente al sector público²³.

culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento. Para la exigencia de dicha responsabilidad y, en su caso, para su cuantificación, se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso».

²⁰ Conforme al art. 67.1 Ley 39/2015, «Los interesados sólo podrán solicitar el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, cuando no haya prescrito su derecho a reclamar. El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas».

²¹ El art. 32.1 Ley 40/2015 dispone 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, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley».

²² Vid. *supra* la nota 3.

²³ En particular, así lo subraya la Exposición de Motivos de la LJCA, conforme a la cual «los principios de su peculiar régimen jurídico, que tiene cobertura constitucional, son de naturaleza pública y hoy en día la Ley impone que en todo caso la responsabilidad se exija a través de un mismo tipo de procedimiento administrativo. Por eso parece muy conveniente unificar la competencia para conocer de este tipo de

En consecuencia, si se acciona frente a la Administración (en este caso, sanitaria), ya sea de forma autónoma o conjuntamente con cualquier otro sujeto privado (en este caso, su aseguradora), hoy día está fuera de toda duda que la competencia será de los tribunales del orden contencioso-administrativo²⁴.

Sin embargo, el legislador no se ha pronunciado expresamente sobre la competencia en el supuesto en que la acción se dirija exclusivamente frente a la aseguradora de su responsabilidad patrimonial.

En particular, la redacción vigente del art. 9.4 LOPJ dispone la competencia del orden contencioso-administrativo para conocer las pretensiones relativas a: «(...) 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.* 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»²⁵.

asuntos en la Jurisdicción Contencioso-administrativa, evitando la dispersión de acciones que actualmente existe y garantizando la uniformidad jurisprudencial, salvo, como es lógico, en aquellos casos en que la responsabilidad derive de la comisión de una infracción penal».

²⁴ Aunque en un principio la jurisdicción civil trató de hacer valer su «*vis atractiva*» para conocer de las reclamaciones de responsabilidad derivadas de la actuación de una Administración pública, y en particular de la sanitaria; la evolución normativa ha tendido, con el objetivo de evitar un peregrinar de jurisdicciones y la consiguiente existencia de pronunciamientos dispares, a atribuir en exclusiva la competencia para conocer de estos asuntos a los tribunales del orden contencioso-administrativo, señalando que ésta será la única vía competente para revisar la previa resolución administrativa.

Con mención expresa a la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, la Ley 4/1999, añadió una DA 12ª a la Ley 30/1992, en la que se disponía que «la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y servicios Comunes de la Seguridad Social, y 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».

A su vez, en la medida en que los tribunales civiles seguían resistiéndose a rechazar su competencia en la materia, en particular cuando se demandaba a la Administración sanitaria junto a algún sujeto privado (ya se tratara de algún profesional sanitario, ya fuera la propia aseguradora de la responsabilidad patrimonial de la Administración), la Ley Orgánica 19/2003, reformó el art. 9.4 de la LOPJ y el art. 2, letra e) de la LJCA, declarando expresamente la competencia de este orden cuando junto a la AP se demandara a un sujeto privado y, en particular a su aseguradora.

²⁵ Por su parte, el art. 2, letra e) de la LJCA dispone que los tribunales de lo c-a serán competentes para conocer de «e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la

Por tanto, en la medida en que el art. 9.4 LOPJ no alude expresamente al supuesto en que sólo se demande a la «aseguradora de la responsabilidad patrimonial de la Administración», la viabilidad del ejercicio de la acción directa en vía civil frente a ésta dista de ser una cuestión pacífica. Por el contrario, esta cuestión ha sido objeto de una importante controversia en la doctrina y en la jurisprudencia, puesta de actualidad por un reciente pronunciamiento del Tribunal Supremo que, a mi juicio, viene a resolver la cuestión.

4.1.1. A favor de la acción directa frente a la aseguradora

Ante la falta de regulación expresa de la cuestión planteada²⁶, las dudas no tardaron en suscitarse en la práctica. A favor de la admisibilidad de la acción directa frente a la aseguradora de la responsabilidad de la Administración sanitaria y de la competencia del orden civil para conocerla, se manifestaron tanto una parte de la doctrina, como toda una serie de pronunciamientos de la jurisprudencia menor²⁷, alguno de la sala 1ª del Tribunal Supremo²⁸, y, sobre todo, la Sala de conflictos del Tribunal Supremo²⁹.

A favor de la acción directa y la competencia del orden civil para conocerla, la sala especial del Tribunal Supremo argumenta, básicamente, lo siguiente:

a.) Que la acción directa del perjudicado frente al asegurador es un derecho subjetivo, de origen legal, al estar reconocido por el legislador en la Ley reguladora del contrato de seguro; autónomo con respecto al que el perjudicado tiene frente al asegurado e inmune a las relaciones entre las partes del contrato de seguro, que entronca con el derecho a la tutela judicial efectiva. En otras palabras, el perjudicado tiene dos

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» (este último inciso fue añadido por la DA 14.1 de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre).

²⁶ No existe una norma expresa como el art. 2 letra b) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, que dispone los órganos judiciales del orden social serán competentes para conocer «las acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o contra aquéllos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad, por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, incluida la acción directa contra la aseguradora y sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente». Su art. 3, letra g), excluye, además, expresamente la competencia del orden social con respecto «a 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».

²⁷ A título ilustrativo, vid. SAP Asturias de 9 de enero de 2004 (ROJ: SAP O 8/2004), SAP Badajoz 26 de octubre de 2001 (ROJ: SAP BA 1420/2001), Barcelona 23 de diciembre de 2002 (ROJ: SAP B 13115/2002).

²⁸ STS, sala 1ª, de 30 de mayo de 2007 (ROJ: STS 5009/2007).

²⁹ Su doctrina se resume en el Auto 2/2011, de 11-4-2011, conflicto 25/2010 (ROJ: ATS 5636/2011). Vid. también los Autos de 19 de diciembre de 2013, conflicto 31/13 (ROJ: ATS 12345/2013), y de 19 de febrero de 2014, conflicto 42/13 (ROJ: ATS 1056/2014).

derechos, aunque ambos nacen del mismo ilícito. Con ello, se trata de evitar que el perjudicado deba reclamar al causante del daño y éste al asegurador³⁰.

b.) Que la conexidad de ambos obligados, tanto la Administración como su Aseguradora, resulta de su condición de deudores o responsables solidarios. Por ello, el cumplimiento de la obligación por cualquiera de ellos extingue la obligación³¹.

c.) Que la cobertura por la Aseguradora del eventual nacimiento de la obligación de indemnizar del asegurado sólo se extiende a los hechos previstos en el contrato. Por tanto, la aseguradora estará facultada para oponer las cláusulas delimitativas del riesgo³².

d.) Que el legislador, pese a sus numerosas intervenciones en el sector, no ha estimado oportuno cambiar la configuración de la acción directa frente a la aseguradora y no ha introducido excepción alguna, ni siquiera para cuando el asegurado y, por consiguiente, el responsable principal del daño sea una Administración pública. Por lo que el art. 76 LCS es aplicable en este supuesto, con independencia de quien sea el asegurado.

De hecho, como hemos apuntado antes, el art. 9.4 LOPJ dispone expresamente la competencia del orden contencioso-administrativo cuando se demande conjuntamente a la Administración y su aseguradora; con lo que deja abierta, *sensu contrario*, la competencia del orden civil en los supuestos en los que sólo se demande a su

³⁰ Vid. SSTS, sala 1ª, 484/2018, de 11 de septiembre (ROJ: STS 3087/2018); 87/2015, de 4 de marzo (ROJ: STS 684/2015); 200/2015, de 17 de abril, que cita la de 12 de noviembre de 2013 (ROJ: STS 1424/2015 y STS 5484/2013, respectivamente).

³¹ Vid. STS 87/2015, de 4 de marzo (ROJ: STS 684/2015).

³² La aseguradora no podrá oponer al perjudicado excepciones personales, ni el dolo del asegurado; pero sí las excepciones objetivas, tales como la definición del riesgo, el alcance de la cobertura y, en general, todos los hechos impeditivos objetivos que deriven de la ley o de la voluntad de las partes del contrato de seguro [vid. STS 200/2015, sala 1ª, de 17 de abril (ROJ STS 1424/2015), con cita de las de 26 de noviembre de 2006, 8 de marzo de 2007 y 23 de abril de 2009; y la STS 730/2018, de 20 de diciembre (ROJ STS 4328/2018), con cita a su vez de las sentencias 1166/2004, de 25 de noviembre; 268/2007, de 8 de marzo; 40/2009, de 23 de abril; 200/2015, de 17 de abril; y 484/2018, de 11 de septiembre].

A este respecto, en el ámbito sanitario y aunque en relación a una póliza colectiva relativa al seguro de responsabilidad profesional, que cubría la responsabilidad del médico demandado, no de la Administración, resulta de interés la STS, sala 1ª, de 25 de noviembre de 2013 (ROJ: STS 5633/2013), que se plantea la diferencia entre cláusulas limitativas y delimitadoras del riesgo, en relación a la cláusula de una póliza de responsabilidad civil en la que se excluía el riesgo derivado de la falta de consentimiento informado; subrayando que se trataba de una cláusula limitativa de derechos, y no limitadora, al pretender excluir la cobertura de los daños derivados del incumplimiento de una obligación legal del profesional asegurado y, por ende, integrante de su *lex artis*; por lo que su validez estaba sujeta a los requisitos de transparencia del art. 3 LCS, siendo inoponible al asegurado, al no constar ni su aceptación, ni la entrega al mismo de las condiciones. En este supuesto, el profesional, ginecólogo, había sido condenado al pago de 601.012,10 € por responsabilidad civil médica; consecuencia de mala praxis médica en un supuesto de inseminación artificial.

Para solucionar este conflicto, la STS analiza la naturaleza de la exclusión y llama la atención sobre la necesidad de que en los aseguramientos colectivos consten debidamente firmados los boletines de adhesión por todos y cada uno de los asegurados, para dar cumplimiento al art. 3 LCS.

aseguradora. Y los cambios en la redacción de la LJCA tampoco inciden en los supuestos en que el perjudicado decida ejercer la acción directa contra la aseguradora.

En coherencia con ello, los Autos de la sala especial del Tribunal Supremo de 19 de diciembre 2013 (conflicto 31/13) y 19 febrero 2014 (conflicto 42/13), en casos relativos a la indemnización derivada de perjuicios causados por un deficiente servicio público de salud, en el primer caso, y por la prestación de asistencia sanitaria realizada a una beneficiaria del ISFAS, en el segundo, precisan que esta competencia del orden civil, para conocer de la acción directa del art. 76 LCS, concurrirá cuando sólo se reclama a la Aseguradora de la Administración. Y puntualizan que en este caso no cabe atribuir competencia a los órganos de lo contencioso administrativo, dado que estos se encontrarían sin actividad administrativa que enjuiciar ni revisar y sin poder determinar, por lo tanto, si la misma ha sido o no conforme al ordenamiento jurídico; ya que se plantea un conflicto limitado a una relación entre sujetos privados, competencia que ha de atribuirse a la jurisdicción civil por la *vis atractiva* que le atribuye el ordenamiento jurídico (artículo 9.2 LOPJ)³³.

A efectos prácticos, ello presenta el atractivo de la mayor agilidad de esta vía y la posibilidad de solicitar los intereses del art. 20 LCS.

f.) Por último, hay que destacar que el fundamento procesal de esta posibilidad se encontraría en el art. 42 LEC³⁴, relativo a la prejudicialidad no penal. Conforme al mismo, ejercitada la acción directa frente a la aseguradora de la Administración sanitaria, los tribunales civiles estarán facultados para examinar –con carácter prejudicial, en tanto presupuesto para condenar a la aseguradora- la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración; pero sin que su decisión pueda vincular a la entidad que ha dispensado la asistencia sanitaria cuya deficiencia se enjuicia.

4.1.2. En contra de la acción directa frente a la aseguradora de la Administración sanitaria

³³ «Los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional».

³⁴ Art. 42 LEC: «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. 3. No obstante lo dispuesto en los apartados precedentes, cuando lo establezca la ley o lo pidan las partes de común acuerdo o una de ellas con el consentimiento de la otra, el Letrado de la Administración de Justicia suspenderá el curso de las actuaciones, antes de que hubiera sido dictada sentencia, hasta que la cuestión prejudicial sea resuelta, en sus respectivos casos, por la Administración pública competente, por el Tribunal de Cuentas o por los Tribunales del orden jurisdiccional que corresponda. En este caso, el Tribunal civil quedará vinculado a la decisión de los órganos indicados acerca de la cuestión prejudicial».

Frente a ello, un importante sector doctrinal y de la jurisprudencia se ha opuesto a la viabilidad de ejercitar acción directa, en vía civil, frente a la aseguradora de la Administración sanitaria³⁵, en base, fundamentalmente, a los siguientes argumentos:

a.) Porque la responsabilidad de las Administraciones públicas es una cuestión de orden público y, por ende, no disponible por sus aseguradoras.

b.) Porque sería un fraude a la legislación sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, eludir su aplicación por la vía de la acción directa frente a la aseguradora.

c.) Porque debe primar el carácter accesorio del seguro con respecto del previo y necesario pronunciamiento de la responsabilidad de la administración, que no se puede sustraer de la competencia y legislación administrativa. Sin que sea excusa la naturaleza privada del contrato de seguro, ya que la propia LCS reserva la competencia del orden civil sólo para las controversias que surjan entre las partes en cuanto a la eficacia y extinción del contrato; y el perjudicado no es parte del contrato de seguro, ni la acción directa se ejercita en subrogación del asegurado, sino como derecho propio y autónomo del perjudicado.

d.) Y, finalmente, porque esta posibilidad iría contra el objetivo o espíritu de las sucesivas reformas legislativas, que han procurado evitar la inseguridad jurídica y la existencia de criterios jurisprudenciales dispares que deriva del «peregrinaje de jurisdicciones» que tradicionalmente ha existido en ciertas cuestiones, como la que nos ocupa.

4.1.3. La reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre esta cuestión

Precisamente sobre esta controversia se ha pronunciado recientemente el pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo en su sentencia nº 321/2019, de 5 de junio de 2019³⁶, sentando, a mi juicio, una doctrina que viene a resolverla.

La cuestión litigiosa se plantea a raíz de la reclamación en nombre del interesado y sus hijos de los daños y perjuicios causados por la deficiente atención de la que el primero fue objeto en el postoperatorio de una intervención quirúrgica maxilofacial, realizada en un hospital público de Madrid en mayo de 2012. Los daños se concretan en una discapacidad del 100%, a causa de los daños cerebrales irreversibles provocados por una insuficiencia respiratoria sufrida en el postoperatorio.

³⁵ Vid. CAYÓN DE LAS CUEVAS, «El debate sobre la acción directa frente a la aseguradora de la responsabilidad civil de la Administración sanitaria: luces y sombras», *Derecho y Salud*, vol. 21, nº 1, 2011, pp. 140 y ss.; SALAS DARROCHA, «Responsabilidad patrimonial de la Administración y nuevo peregrinaje de jurisdicciones», *Actualidad Administrativa*, nº 8, 2004, pp. 901-913; SSAP Asturias 16-5-1997 (ROJ: SAP O 7/1997), Navarra 28-4-2009 (ROJ: SAP NA 814/2009), Vizcaya 9-11-2000 (ROJ: SAP BI 768/2000), entre otras.

³⁶ ROJ: STS 1840/2019.

Ante estos hechos, los interesados interpusieron en agosto de 2012 reclamación en vía administrativa y, posteriormente, pero antes de que aquella concluyera, en Enero de 2014 ejercitaron acción directa en vía civil frente a la Aseguradora de la Administración, reclamándole una indemnización de daños y perjuicios por importe de 1.289.567,72 €.

La reclamación administrativa fue estimada en septiembre de 2014, admitiendo la Administración sanitaria la existencia de responsabilidad patrimonial por deficiente asistencia sanitaria y fijando la indemnización, previa intervención del Consejo de Estado, en un importe de 334.684,66 €.

Posteriormente, en el procedimiento civil recayó sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 67 de Madrid de 29 de julio de 2015, por la que se estimó sustancialmente la demanda y se condenó a la aseguradora (rechazando su falta de legitimación pasiva) a una indemnización de 1.070.337,51 €. Aunque disponiendo que esa cantidad debía verse minorada en los 334.684,66 € reconocidos en vía administrativa, adeudando la aseguradora la suma de 735.972,75 €, más los intereses de demora desde el siniestro hasta su completo abono.

Este pronunciamiento fue recurrido en apelación por la aseguradora, alegando, de un lado, la existencia de fraude procesal por el hecho de que la parte actora hubiera iniciado la vía civil, teniendo abierta la vía administrativa; y, de otro, por estimar que la responsabilidad del asegurado en este supuesto jamás podrá derivar de los fundamentos jurídicos *ius privatistas*, sino de la Ley 30/1992 o el Real Decreto 429/1993, entonces vigentes, y desarrollados por toda la línea jurisprudencial contencioso-administrativa. De modo que, en todo caso, el pronunciamiento civil de condena debería asumir el previo pronunciamiento existente en vía administrativa.

Estas alegaciones fueron desestimadas por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 12ª, de 27 de junio de 2016, señalando que el ejercicio de la acción directa frente a la aseguradora en vía civil no constituye un fraude procesal a la legislación administrativa. Frente a ello, la Audiencia afirma que no cabe pretender atribuir efectos de cosa juzgada a una resolución dictada en vía administrativa, de un lado, porque no procede de un órgano judicial y, de otro, porque el ejercicio de la acción directa del art. 76 LCS es una opción constitucional, amparada en el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y, finalmente, porque la responsabilidad dictada en cada orden jurisdiccional obedece a principios distintos. Además, estima en parte la impugnación formulada por la actora, declarando que la consignación realizada en vía administrativa también devenga los intereses del art. 20 LCS, ya que esa consignación no responde al criterio exoneratorio estipulado legalmente, sino que obedece al pronunciamiento del órgano administrativo y en la cuantía que éste contempla, no existiendo causa justificada para el impago.

Recurrido este pronunciamiento en casación, la sala Civil se ha pronunciado en pleno en sentencia de 5 de junio de 2019, en el afán de zanjar definitivamente la controversia

sobre la viabilidad de la acción directa en vía civil frente a la aseguradora de la Administración.

Para ello, en primer lugar, esta sentencia deja claro algo –por otra parte evidente– como es el hecho de que el presupuesto para que surja la obligación indemnizatoria de la Aseguradora es que se declare la responsabilidad del Asegurado, en este caso la Administración. Sentada esta premisa, señala que el perjudicado por una actuación sanitaria realizada en el ámbito de la sanidad pública, podrá optar por las siguientes vías³⁷:

a.) Ejercitar la acción directa contra la Aseguradora de la Administración, ante los tribunales del orden civil

De acuerdo con el criterio hasta ahora mantenido por la sala de conflictos de jurisdicción del Tribunal Supremo, esta sentencia viene a confirmar que en el estado actual legislativo nada impide que el perjudicado obvie la vía administrativa, y accione directamente en vía civil contra la aseguradora de la Administración sanitaria.

No obstante, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2019 puntualiza que una cosa es la autonomía procesal de la acción directa, que determina que no sea preciso acudir previamente a la vía administrativa, con la agilidad que ello supone en beneficio del perjudicado; y otra muy distinta que la obligación del asegurador no sea materialmente accesoria de la responsabilidad del asegurado. Y ello, porque «la Aseguradora no responde por el hecho de otro (art. 1903 CC), sino por la responsabilidad de otro»³⁸.

En este caso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 42 LEC, los tribunales del orden civil podrán y deberán pronunciarse, como cuestión prejudicial, sobre la responsabilidad de la Administración asegurada³⁹. Ahora bien, ese pronunciamiento tendrá eficacia limitada a los efectos del proceso civil en cuestión⁴⁰ y deberá hacerse

³⁷ Cfr. el apdo. 5 del FJ 3º de la STS 5-6-2019.

³⁸ Los límites de la responsabilidad de la aseguradora y, por ende, de la acción directa están claramente establecidos en el art. 73 LCS, conforme al cual el asegurador responde dentro de los límites del contrato; por lo que puede oponer las cláusulas delimitadoras de la responsabilidad pactadas y las derivadas de la Ley. Al respecto, aunque en supuestos distintos a la responsabilidad sanitaria, resultan de interés las SSTS 283/2014 de 20 de mayo (ROJ: STS 2116/2014) y STS 485/2018, de 11 de septiembre (ROJ: STS 3140/2018).

³⁹ La STS 5-6-2019 dispone que «El demandante, aunque solo demande a la aseguradora, no podrá limitarse a invocar que la administración asegurada le ha causado un daño y a probar que dicho daño está cubierto en la póliza, sino que debe acreditar y obtener un pronunciamiento de que la Administración ha incurrido en responsabilidad patrimonial.

La contrapartida es que la aseguradora podrá excepcionar a la pretensión dirigida en su contra por el perjudicado, no solo la culpa exclusiva de la víctima, sino cualquier otra circunstancia impeditiva de la responsabilidad patrimonial».

⁴⁰ No será oponible a la Administración (informe del Consejo de Estado 331/1995 de 9 de mayo), para lo que debería seguirse el procedimiento administrativo previsto legalmente (FJ 3º, apdo. 4, STS 5-6-2019). En todo caso, el TS puntualiza que «la eventualidad de que en uno y otro orden (el civil y el contencioso-

conforme a la legislación reguladora de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas⁴¹. Por tanto, en la actualidad y básicamente, conforme a lo dispuesto en los arts. 32 y siguientes de la Ley 40/2015 y, en lo que proceda, el TRLGDCU⁴².

b.) Agotar la vía administrativa y contencioso-administrativa y, en su caso, interponer acción ejecutiva frente a la aseguradora en vía civil

Como alternativa a la posibilidad anterior, el perjudicado tiene la opción de iniciar expediente administrativo en reclamación de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, en el plazo de un año desde el acaecimiento del hecho dañoso o desde que se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas (art. 67.1 Ley 39/2015)⁴³.

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 art. 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 relación a supuestos relativos a daños causados en el ámbito de la sanidad pública, así lo afirman también, *v. gr.*, la sentencia de la sala especial de conflictos de 22 de marzo de 2010 (ROJ: ATS 3591/2010) y el auto de esta misma sala de 12 de marzo de 2013 (ROJ: ATS 2888/2013).

⁴¹ Expresamente, así lo dispone el apdo. 4 del FJ 3º de la STS 5-6-2019.

⁴² En esta línea, el art. 35 de la Ley 35/2015 (bajo la rúbrica «Responsabilidad de Derecho Privado») dispone que «Cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando concorra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad».

Cabe apuntar, no obstante, que algún autor ha afirmado que este precepto ha venido a «publicar» (y, en consecuencia, atribuir su conocimiento sólo a la jurisdicción contencioso-administrativa) las relaciones de la aseguradora de la Administración con terceros, terminando con la tradicional atribución de la competencia en estos casos al orden civil en tanto que tales entidades no son Administración Pública (así MARCOS MUÑOZ, «Los codemandados en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Su intervención en el proceso y en el procedimiento administrativo. Referencia obligada a la responsabilidad patrimonial de la Administración», <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/12258-los-codemandados-en-el-orden-jurisdiccional-contencioso-administrativo-Su-intervencion-en-el-proceso-y-en-el-procedimiento-administrativo-referencia-obligada-a-la-responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion-/>; con fecha de 25/08/2017). Sin embargo, no parece que éste sea el sentido de la norma, sino el de que, aun cuando se pronuncien los tribunales civiles, en virtud de la acción directa y como cuestión prejudicial, sobre esta cuestión, lo hagan en virtud de la citada normativa.

⁴³ Entre las ventajas de la vía administrativa, cabe destacar que el paciente recibirá en plazo relativamente breve su expediente administrativo, en el que se incluirá su historia clínica, y deberá acompañarse de un informe de la inspección médica, que no es vinculante, pero en muchos casos resulta muy revelador y útil; y la posibilidad de que el procedimiento termine por un acuerdo indemnizatorio.

La vía administrativa podrá concluir de diversas formas: por desistimiento o renuncia del interesado (art. 94 Ley 39/2015); por acuerdo entre el perjudicado y la administración sobre la existencia y cuantía de la RC (art. 86 Ley 39/2015); por silencio negativo, por el transcurso de 6 meses (art. 91.3); o por resolución administrativa expresa.

En caso de que el interesado no obtenga satisfacción en la vía administrativa (bien porque su reclamación se entienda desestimada por silencio administrativo, bien porque la resolución expresa sea desestimatoria o, aun estimando la responsabilidad patrimonial de la Administración, fije una cuantía⁴⁴ que no se corresponda con sus pretensiones), podrá formular recurso contencioso-administrativo ante esta jurisdicción, en el plazo de dos meses a partir del día siguiente al de notificación de la resolución expresa, y en el plazo de seis meses, a partir del día siguiente a aquél en que se produzca el acto presunto, en caso de resolución por silencio administrativo (art. 46.1 LJCA).

En caso de que la vía administrativa previa se haya entendido concluida por silencio negativo, y salvado lo dispuesto en el art. 24 de la Ley 39/2015⁴⁵, el art. 36.4 LJCA contempla la eventualidad de que, habiéndose iniciado el procedimiento contencioso-administrativo y antes de que recaiga sentencia en éste, se dicte resolución expresa con respecto a la pretensión inicialmente deducida. En tal caso, se faculta al recurrente para desistir del recurso interpuesto con fundamento en la aceptación de la resolución expresa que se hubiera dictado o solicitar la ampliación del recurso contencioso-administrativo a la resolución expresa. En caso de que se opte por el desistimiento del recurso inicialmente interpuesto, el perjudicado dispondrá del plazo de dos meses para recurrir la resolución expresa, a contar desde el día siguiente al de su notificación.

Como desventaja, se suele decir que es una vía lenta, ya que a menudo la reclamación en vía administrativa se resolverá por silencio negativo, por el transcurso de 6 meses, tras los cuales procederá abrir la vía judicial.

⁴⁴ Conforme al art. 81 Ley 39/2015, «Cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica, así como en aquellos casos que disponga la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, será preceptivo solicitar dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma».

⁴⁵ Este precepto señala, con respecto a los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, que el acto administrativo producido por silencio administrativo producirá efectos «desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya expedido, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido. Este certificado se expedirá de oficio por el órgano competente para resolver en el plazo de quince días desde que expire el plazo máximo para resolver el procedimiento. Sin perjuicio de lo anterior, el interesado podrá pedirlo en cualquier momento, computándose el plazo indicado anteriormente desde el día siguiente a aquél en que la petición tuviese entrada en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para resolver». En los casos de los procedimientos iniciados de oficio, el art. 25 Ley 39/2015 no contiene una previsión similar.

Una vez concluido el procedimiento contencioso-administrativo, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2019 alude a la posibilidad de acudir posteriormente a la acción directa en vía civil, señalando que en ese supuesto «se circunscribirá al contrato de seguro, pues el presupuesto técnico de la responsabilidad del asegurado, que es la Administración, consta como vinculante, por ser aquella la única jurisdicción que la puede condenar, esto es, la contencioso-administrativa».

A este respecto, cabe entender que lo que cabría ejercitar en vía civil en este supuesto sería la acción ejecutiva del previo pronunciamiento de condena ya existente en vía contencioso-administrativa; no un nuevo procedimiento declarativo. Más aún, habida cuenta que la aseguradora siempre deberá ser codemandada en el procedimiento contencioso-administrativo, conforme a lo dispuesto en el art. 21.c) LJCA⁴⁶.

c.) «Quid» de la posibilidad de ejercitar la acción directa frente a la aseguradora en vía civil tras la vía administrativa

Junto a las dos anteriores, cabría pensar en una tercera hipótesis: que agotada la vía administrativa por resolución firme, al no ser impugnada en vía contencioso-administrativa por el perjudicado; éste ejercite acción directa frente a la aseguradora para pretender revisar en vía civil lo acordado en la vía administrativa.

Precisamente, éste fue el supuesto de hecho resuelto por la sentencia del pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2019; en el que se dio la paradoja añadida de que el paciente y sus hijos habían incoado el procedimiento civil frente a la aseguradora estando abierta y aún no concluida la vía administrativa.

La vía administrativa concluyó, antes de que recayera sentencia en el procedimiento civil, por resolución expresa con fecha de septiembre de 2014 en la que se estimaba la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración. La indemnización se fijó en 334.685,66 €, una suma sensiblemente inferior a la reclamada por el perjudicado y sus hijos (cifrada en 1.289.567,72 €). No obstante, esta resolución adquirió firmeza, al no ser impugnada en vía contencioso-administrativa por el perjudicado y sus hijos.

Posteriormente, en el procedimiento civil recayó sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 67 de Madrid de 29 de julio de 2015, por la que se estimaba sustancialmente la demanda y se condenaba a la aseguradora al abono de una indemnización de 1.070.37,51 €, de la que debían ser descontados los 334.684,66 € estimados y consignados en vía administrativa. Suma, por tanto, sensiblemente superior a la acordada en vía administrativa y que, además, debía verse incrementada por los intereses de demora devengados desde el siniestro hasta su abono, conforme a lo dispuesto en el artículo 20 LCS.

⁴⁶ Este precepto dispone que «las aseguradoras de las Administraciones públicas, siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren».

Recurrido este pronunciamiento en apelación por la aseguradora, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 12ª, de 27 de junio de 2016⁴⁷, desestimó el recurso de apelación y estimó en parte la impugnación formulada por la parte apelada, en cuanto a la aplicación también de los intereses del artículo 20 LCS a la cantidad consignada en vía administrativa. La *ratio decidendi* de la sentencia de segunda instancia fue la de sostener que el ejercicio de la acción directa frente a la aseguradora en vía civil no constituye un fraude procesal a la legislación administrativa, toda vez que el ejercicio de la acción del art. 76 LCS por el perjudicado es una opción constitucionalmente legítima, en ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Además, por lo que se refiere al incremento de la cuantía indemnizatoria acordado en la vía civil, afirma que no cabe atribuir efectos de cosa juzgada a la resolución dictada en vía administrativa, de un lado, porque no procede de un órgano judicial, y, de otro, porque la responsabilidad dictada en cada orden jurisdiccional obedece a principios distintos⁴⁸.

Este planteamiento de la Audiencia, pese a ser razonado, es casado por el Tribunal Supremo, en la sentencia del pleno de la Sala 1ª de 5 de junio de 2019, dejando claro en ella que la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria zanjada en vía administrativa mediante resolución firme, no puede ser reabierto utilizando para ello, a modo de segunda oportunidad, el ejercicio de la acción civil en solitario frente a la aseguradora. En la vía civil existe una vinculación con lo allí resuelto.

Para ello, a mi juicio con buen criterio, el Tribunal Supremo viene a deslindar dos cuestiones que se entremezclan en la sentencia de apelación.

De un lado, confirma el criterio de la Audiencia en cuanto a que el perjudicado tiene dos derechos autónomos que nacen del mismo ilícito: el de accionar frente a la administración en vía administrativa y, en su caso, contencioso-administrativa; y el de ejercitar la acción directa frente a la aseguradora. Ambos amparados por el art. 24 CE.

⁴⁷ ROJ: SAP M 18036/2016.

⁴⁸ A este respecto, la Audiencia señala que aun cuando hubiera habido un previo pronunciamiento judicial en el orden contencioso-administrativo, «lo juzgado en vía contencioso-administrativa ni produce efecto prejudicial ni de cosa juzgada, en la vía civil que nos encontramos, en la que cabe examinar los mismos hechos con su valoración jurídica bajo el prisma civil, aunque ateniéndonos a los que en la primera se fijan como acontecidos, y sin perjuicio de valorar lo en ella actuado como prueba documental. Máxime cuando en el caso que nos ocupa, no existe sentencia dictada por un Tribunal administrativo del primer orden al que no se recurrió por la actora, sin que se le pueda imputar que ello constituye un acto propio consistente en acatar el resultado del expediente ante el órgano administrativo, pues optó por la presente jurisdicción como le permite el art. 24 de la CE en ejercicio de la citada acción del art. 76 de la LCS y contra la aseguradora».

Pero, separándose del criterio de la Audiencia, puntualiza que otra cosa bien distinta, que sí constituiría un fraude de ley, es que quepa intentar utilizar la acción directa frente a la aseguradora, para revisar lo acordado en vía administrativa.

En particular, habiendo recaído en el caso enjuiciado resolución administrativa por la que se estimaba y fijaba la cuantía de la responsabilidad de la administración, el Tribunal Supremo advierte que «esta resolución ha devenido firme por cuanto quienes presentaron la reclamación patrimonial, que coinciden con los actores de este pleito, no la impugnaron ante la jurisdicción contencioso-administrativa».

Por tanto, en la medida en que «la aseguradora no puede quedar obligada más allá de la obligación del asegurado, así como que la jurisdicción contencioso-administrativa es la única competente para condenar a la Administración, mientras que la jurisdicción civil solo conoce de su responsabilidad y consecuencias a efectos prejudiciales en el proceso civil, se ha de convenir que sería contrario a la legalidad que se utilizase la acción directa para impugnar el acto administrativo, que se había consentido, a los solos efectos indemnizatorios. *Se conseguiría así el reconocimiento en vía civil de una responsabilidad de la entidad aseguradora distinta cualitativa y cuantitativamente a la que con carácter firme ha sido reconocida y declarada por el órgano competente para ello al culminar el procedimiento administrativo legalmente previsto, que ha sido consentido por los perjudicados al no acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, única que podría revisarla.* Con la consecuencia de que sería condenada la aseguradora en el proceso civil, en aplicación del art. 76 LCS, a una cantidad superior a la obligación de la Administración asegurada, que de haberse satisfecho se podría tener por extinguida»⁴⁹.

A este respecto, frente al argumento de la sentencia de apelación de que no cabe atribuir eficacia de cosa juzgada a una resolución administrativa frente a los Tribunales del orden civil, el Tribunal Supremo puntualiza que «*el análisis de los efectos de la resolución administrativa firme en el proceso civil no debiera enfocarse tanto desde la perspectiva de la cosa juzgada (STS 301/2015, de 5 de mayo), como desde las peculiaridades del seguro de responsabilidad civil y de la acción directa y, muy especialmente, de la dependencia estructural respecto de la responsabilidad del asegurado*». De modo que la indemnización que queda firme en vía administrativa es el límite del derecho de repetición que el art. 76 LCS reconoce a la aseguradora.

En definitiva, conforme a lo dispuesto por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, si la vía administrativa concluye con resolución estimatoria de la responsabilidad patrimonial de la Administración, fijando su cuantía, y ésta adquiere firmeza por no ser recurrida en vía contencioso-administrativa por el perjudicado, no cabrá pretender en una ulterior vía civil revisar la cuantía de esa indemnización. A partir de ese momento surgirá a cargo de la aseguradora la obligación solidaria de abonar al perjudicado esa indemnización, y no otra. Lo contrario llevaría a una

⁴⁹ Cfr. el apdo. 6 del FJ 3º de la sentencia (el subrayado es mío).

responsabilidad de la entidad aseguradora distinta cualitativa y cuantitativamente a la que con carácter firme ha sido reconocida y declarada por el órgano competente para ello al culminar el procedimiento administrativo legalmente previsto.

Cabe añadir que este razonamiento será, *mutatis mutandi*, igualmente válido para los supuestos en los que el procedimiento administrativo haya concluido con resolución desestimatoria de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ya sea de forma expresa o por silencio administrativo. De modo que una vez reclamada en vía administrativa la responsabilidad patrimonial de la administración, los únicos competentes para revisar la resolución expresa o presunta que ponga fin a la misma, serán los Tribunales del orden contencioso-administrativo.

Ello no impide, como hemos expuesto y según la más reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, ejercitar en vía civil la acción directa del art. 76 LCS frente a la aseguradora, bien directamente –pronunciándose los tribunales civiles, como cuestión prejudicial, al amparo del art. 42 LEC, sobre la responsabilidad de la Administración-, bien para reclamar el pago de la cuantía indemnizatoria previamente fijada en la vía administrativa; admitiendo el Tribunal Supremo, en ambos casos, reclamar a la aseguradora los intereses del art. 20 LCS, desde la fecha del siniestro hasta su consignación⁵⁰.

4.2. Sujeto responsable y competencia judicial por los daños causados en centros sanitarios concertados con la Administración

Otro supuesto controvertido en la práctica ha sido el relativo a la responsabilidad por los daños derivados de prestaciones sanitarias realizadas por centros concertados con la Administración.

En este supuesto, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo han venido manteniendo un criterio dispar en cuanto a la determinación del responsable y del orden judicial competente.

El Tribunal Supremo se decantaba por sostener la responsabilidad de la Administración por daños derivados de la prestación de asistencia sanitaria por centros concertados; al entender que no cabe oponer las concretas cláusulas del concierto sanitario a quien tiene la condición de tercero en esa relación, pero que acude a ese centro precisamente en atención al concierto.

⁵⁰ No obstante, no han faltado pareceres contrarios a la subsistencia de esta posibilidad por la que se ha decantado el Tribunal Supremo. Así, en su comentario a la sentencia, SEMPERE NAVARRO («Reclamación civil por deficiente asistencia sanitaria pública. STS-CIV núm. 321/2019, de 5 de junio», *Revista de jurisprudencia laboral*, nº 4, 2019, p. 10) se muestra crítico con el afán del orden civil de mantener la competencia para resolver la acción directa frente a la aseguradora de la responsabilidad patrimonial de la Administración, señalando que «la verdad es que no acaba de verse la ventaja en ello», cuando la tendencia de las diversas reformas legislativas van en la dirección contraria (en particular, la Exposición de Motivos de la LRJCA y el repliegue en esta materia de LRJSocial).

Sin embargo, la Audiencia Nacional se decantaba por estimar la responsabilidad del contratista, salvo los supuestos en que conforme a la Legislación de Contratos Públicos la responsabilidad debiera corresponder a la Administración.

La Audiencia Nacional mantenía que un concierto de asistencia sanitaria con una entidad privada se configura como un contrato de gestión de servicios (en la actualidad de concesión de servicios), al que le es aplicable lo establecido en la normativa de Contratos de las Administraciones Públicas sobre dicho tipo de contratos. En su virtud, el contratista será el responsable de los daños causados en la ejecución de sus servicios, salvo los casos en que dicha legislación de contratos prevé que correspondan a la Administración, lo que básicamente sólo ocurrirá cuando los daños sean consecuencia directa e inmediata de una orden de la Administración.

Así venía entendiéndolo al amparo de lo dispuesto en el apartado 1º de la Disposición adicional 23ª de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; cuyo contenido fue posteriormente recogido por la Disposición Adicional 20ª del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto-Ley 3/2011; dado que esta normativa disponía que los conciertos celebrados para la prestación de asistencia sanitaria y farmacéutica, por la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE) y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS) con entidades públicas, entidades aseguradoras, sociedades médicas, colegios farmacéuticos y otras entidades o empresas, cualquiera que sea su importe y modalidad, «tendrán la naturaleza de contratos de gestión de servicio público regulándose por la normativa especial de cada mutualidad y, en todo lo no previsto por la misma, por la legislación de contratos del sector público».

En la actualidad, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, y se deroga el Texto Refundido de 2011, mantiene el mismo criterio. Conforme a su Disposición Adicional 19ª «1. Los conciertos que tengan por objeto la prestación de servicios de asistencia sanitaria y que, para el desarrollo de su acción protectora, celebren la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, la Mutualidad General Judicial y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas con entidades públicas, entidades aseguradoras, sociedades médicas y otras entidades o empresas, cualquiera que sea su importe y modalidad, tendrán la naturaleza de contratos de concesión de servicios regulándose por la normativa especial de cada mutualidad y, en todo lo no previsto por la misma, por la legislación de contratos del sector público».

En cuanto a la competencia para conocer de las acciones de responsabilidad civil dirigidas frente a los prestadores de servicios, de conformidad con lo dispuesto por el art. 27 de la Ley 9/2017, en la actualidad, cabe entender que no corresponde a los

tribunales del orden contencioso-administrativo; por más que la naturaleza del contrato de concesión de servicios sea la de contrato administrativo.

A este respecto, hay que señalar que la competencia del orden contencioso-administrativo, tradicionalmente mantenida por el Tribunal Supremo, tenía su fundamento en la Disposición Adicional 12ª de la Ley 30/1992 (introducida por la Ley 4/1999), relativa a la responsabilidad en materia sanitaria, conforme a la cual «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». Al tiempo que el art. 3 g) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social excluye 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».

Sin embargo, en la actualidad, ni la LJCA, ni las Leyes 39 y 40/2015, declaran de forma expresa la competencia del orden contencioso-administrativo para conocer de estas reclamaciones. Por lo que todo apunta que serán competentes los Tribunales civiles, salvo en los supuestos en los que quepa estimar que los daños son consecuencia directa de una orden de la Administración, de conformidad con lo establecido en el artículo 196 de la Ley 9/2017.

5. DAÑOS CAUSADOS EN EL ÁMBITO DE LA SANIDAD PRIVADA

Si el evento dañoso ocurre en un centro sanitario privado, y a menos que haya indicios de responsabilidad penal del agente del daño, la competencia será del orden civil, conforme al procedimiento que corresponda según cuantía. Sin perjuicio de que previamente se lleve a cabo una reclamación extrajudicial que, de existir, tendrá efectos interruptivos de la prescripción.

El principal problema que encontramos en este ámbito es el de que la relación médico paciente se puede articular a través de una pluralidad de fórmulas. Ello incidirá en la determinación de los sujetos legitimados pasivamente, así como en el carácter contractual o extracontractual de la relación jurídica existente entre actor y demandado y, por ende, y con particular incidencia práctica, en la determinación del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad en el caso concreto.

Básicamente, los principales supuestos que nos podemos encontrar en la práctica son los siguientes.

5.1. Prestación sanitaria en virtud de relación contractual directa entre el médico y el paciente

En este caso, es claro que podrá interponerse acción de reclamación de la responsabilidad civil contractual frente al facultativo, por el plazo de cinco años, desde la determinación del daño.

Además, en la medida en que el profesional sanitario tendrá un seguro obligatorio de responsabilidad civil, lo habitual será demandarle junto a su aseguradora; salvada la posibilidad de accionar directamente frente a ella, y salvada la facultad de la aseguradora de repetir frente al asegurado en caso de que los daños fueran imputables a su actuar doloso (art. 76 LCS).

5.2. Prestación de asistencia sanitaria en el marco de un seguro médico o de enfermedad

En la práctica, es sumamente habitual que la relación médico-paciente venga enmarcada dentro de un seguro médico privado concertado por el paciente. A este respecto, el art. 105 de la LCS y la jurisprudencia diferencian dos clases de seguro, con importantes diferencias prácticas.

De un lado, el seguro de enfermedad, entendiéndose por tal aquel en el que el asegurador se obliga «dentro de los límites de la póliza, en caso de siniestro, al pago de ciertas sumas y de los gastos de asistencia médica y farmacéutica».

De otro, el seguro de asistencia sanitaria, en el que el asegurador «asume directamente la prestación de los servicios médicos y quirúrgicos», debiendo realizarse éstos «dentro de los límites y condiciones que las disposiciones reglamentarias determinan».

Atendida la distinta finalidad de cada uno de estos seguros, a efectos de responsabilidad civil, hay que destacar que la entidad que cubra el riesgo de enfermedad no será responsable por los daños resultantes de una posible mala praxis médica. Su obligación se limita al reembolso de los costes de la atención sanitaria, no teniendo ninguna relación ni control sobre ésta y, por ende, ninguna responsabilidad por los daños que pueden derivar de ella.

En consecuencia, la controversia sobre la extensión de la responsabilidad civil a la aseguradora se ha planteado fundamentalmente en relación a los seguros de asistencia sanitaria.

A este respecto, para eludir su posible responsabilidad por la mala praxis del personal sanitario que atiende al asegurado, las aseguradoras de asistencia sanitaria suelen alegar que su obligación es la de mera intermediaria entre el usuario y el prestador del

servicio médico, sin que quepa imputárseles responsabilidad por la correcta ejecución de éste. Así lo ha estimado en alguna ocasión el Tribunal Supremo, en particular cuando los servicios se han prestado en centros no propios de la aseguradora, sino concertados con ella⁵¹.

Asimismo, suelen alegar que, en la medida en que normalmente no hay relación laboral ni de dependencia entre el facultativo y la aseguradora, y el paciente es libre de elegir a cualquiera de los facultativos de su cuadro médico, no cabe imputar responsabilidad a la aseguradora por el actuar del personal sanitario ni por vía contractual (considerándole como auxiliar del principal), ni por hecho ajeno (considerándole dependiente de la aseguradora *ex art. 1903 CC*).

Frente a ello, la jurisprudencia mayoritaria viene entendiendo que la aseguradora sí es responsable de los resultados dañosos de la asistencia sanitaria asegurada como organizadora del servicio, desde el momento en que ofrece un cuadro de médicos y centros, propios o concertados, a los que debe acudir el asegurado; y en la medida en que legalmente está obligada de forma directa a «la prestación de servicios médicos y quirúrgicos». En suma, la jurisprudencia viene atribuyéndole una función de garante frente al asegurado, que permite imputar a la aseguradora de asistencia sanitaria la responsabilidad civil por los daños causados en la prestación de los servicios sanitarios objeto del contrato concertado entre ambos. En particular, cuando la aseguradora se haya reservado la dirección y vigilancia de los trabajos⁵².

Como contrapartida, cabe destacar que la jurisprudencia deja abierta a la aseguradora la facultad de repetición frente a quien prestó la asistencia.

En este sentido, cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2015⁵³. En este supuesto, la entidad Asistencia Sanitaria Interprovincial de Seguros (ASISA) ejerció acción de regreso frente a los dos médicos a los que se les había imputado el fallecimiento de la paciente, y frente a la aseguradora de su responsabilidad civil

⁵¹ Este fue el caso de la STS de 27 de septiembre de 1994 (ROJ: STS 18095/1994), que desestimó tanto la responsabilidad contractual de la compañía aseguradora, por entender que había cumplido «los contratos que tenía concertados, por un lado, con el particular asociado..., y, por otro, con la entidad médica (Cruz Roja Española) directamente encargada de aquella asistencia sanitaria»; así como la extracontractual, dada la independencia de los facultativos respecto de la aseguradora. Vid. el comentario a la sentencia de JORDANO FRAGA, *CCJC*, núm. 37, 1995, pp. 241 y ss.; GÓMEZ CALLE, «El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico- Sanitario», *ADC*, vol. 51, nº 4, 1998., pp. 1708 y 1709.

⁵² Aunque en relación a un hospital privado concertado con la Seguridad Social, la STS, S. 3ª, 23 de abril de 2008 (ROJ: STS 1896/2008) estima que la responsabilidad derivada de la actuación médica realizada en dicho centro es imputable a la Administración responsable de la prestación sanitaria, al margen del sistema empleado para su realización. De modo que este mismo argumento es extrapolable para aquellos supuestos en los que la prestación asistencial se realiza en un centro del que la aseguradora sanitaria no es titular, pero con el que tiene concertada la prestación de los servicios contratados por sus asegurados.

⁵³ ROJ: STS 826/2015.

profesional (Catalana Occidente), al amparo del art. 1145 CC, en la medida que faculta al obligado solidariamente con otros, que haya cumplido la obligación, a reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo; y, subsidiariamente, del art. 1904 CC. La aseguradora sanitaria pretendía el reintegro del importe íntegro de la suma abonada, con sus intereses; lo que fue estimado por la sentencia de Primera Instancia.

Frente a ello, los demandados pretendieron en apelación que se entendiera que la obligación debía ser repartida entre la actora y los demandados al cincuenta por ciento (entendiendo que los dos facultativos habían actuado como un solo equipo médico y en un solo acto médico, debiendo asumir conjuntamente la mitad de la condena indemnizatoria y la otra mitad ASISA) o, subsidiariamente, en tres partes. Esta pretensión fue estimada por la sentencia de apelación, declarando que internamente cada uno de ellos respondía de un tercio de la obligación indemnizatoria⁵⁴, y recurrida en casación por ASISA.

El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación, precisando para ello el distinto alcance de la obligación de los condenados «ad extra», es decir, frente al perjudicado, y «ad intra», en atención a la relación existente entre la aseguradora sanitaria y los facultativos en el caso concreto.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, destaca que en la medida en que la aseguradora de asistencia sanitaria se había obligado frente al asegurado a «la prestación de asistencia sanitaria y quirúrgica», el centro y los médicos que ejecutaron su prestación son «meros auxiliares de aquella en el desempeño de la prestación asegurada, viniendo por ello obligada a garantizar la correcta prestación del servicio al ser garante de ello dada la relación existente con los facultativos, bien sea por vínculo laboral, bien sea por razón del contratos de arrendamiento de servicios, lo que nos permite declarar la responsabilidad de ASISA bien sea por concurrir culpa in eligiendo, en cuanto a la determinación de los facultativos o bien por la responsabilidad derivada del hecho ajeno, por tratarse de unas prestaciones que se ofrecen al amparo de una póliza de seguro en la cual los servicios sanitarios se ofrecen a partir de un determinado cuadro médico vinculante para el paciente y una red de centros sanitarios igualmente vinculante para éste» (FJ 2º).

No obstante, acto seguido puntualiza que no cabe confundir la relación de los codemandados frente a la víctima con la de los deudores solidarios entre sí, en la medida en que la responsabilidad civil de la aseguradora frente a la víctima es claramente una responsabilidad por hecho ajeno, ex art. 1903 CC, por culpa «in vigilando» o «in eligendo», y que los defectos asistenciales no le son directamente imputables. El único reproche que cabe hacerle a la aseguradora sanitaria es el de un incumplimiento meramente contractual frente a su asegurada fallecida. Por consiguiente, dado que no es ella quien originó el daño, sin que se le pueda reprochar

⁵⁴ Vid. SAP Guipúzcoa, sección 2ª, de 28 de diciembre de 2012 (ROJ: SAP SS 840/2012).

ninguna conducta causalmente vinculada al daño, estimó que estaba facultada para ejercitar el derecho de repetición del art. 1904 CC frente a los facultativos de su cuadro médico por el total de la indemnización satisfecha, con sus intereses⁵⁵.

Otro caso ilustrativo en este sentido fue el enjuiciado por la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 19 de julio de 2013⁵⁶. El hecho dañoso se concretaba en la parálisis cerebral causada a un recién nacido, al no practicarse a la madre una cesárea con la urgencia que requerían las circunstancias y los indicios de sufrimiento fetal concurrentes cuando ingresó en el centro hospitalario.

La madre ingresó de madrugada con rotura de aguas en una clínica privada y fue atendida por la comadrona, que avisó de la urgencia telefónicamente a la ginecóloga que había controlado el embarazo, hasta ese momento desarrollado con normalidad. La ginecóloga se desplazó al centro inmediatamente, pero con una inevitable dilación, que provocó que la cesárea de urgencia se llevara a cabo casi dos horas después del ingreso de la madre en la clínica. Además, consta en autos que el menor no fue trasladado inmediatamente a neonatología, sino más de una hora después del parto.

En este supuesto, se daba la circunstancia de que la madre tenía un seguro de asistencia sanitaria con Caser, por lo que demandó a la aseguradora y a la ginecóloga. A ésta por responsabilidad extracontractual por hecho propio (art. 1902 CC), dado que decidió asumir la dirección del caso, pese a estar avisada de los indicios de urgencia concurrentes por la comadrona y no encontrarse físicamente en el centro; y a la aseguradora por hecho ajeno (ex 1903.4º CC).

Frente a las alegaciones de la aseguradora, en cuanto a su falta de legitimación pasiva, la STS recuerda que es doctrina consolidada, sin perjuicio de atender a las circunstancias del caso concreto, la de que en virtud del contrato existente entre la aseguradora de asistencia médica y sus asegurados, hay que convenir en que «más o menos explícitamente, la aseguradora garantiza o asume el deber de prestación directa de la asistencia médica (SSTS de 4 de octubre de 2004; 17 de noviembre de 2004), con apoyo en los precedentes históricos del contrato de seguro de asistencia médica, pues en las mutuas e iguales no existía separación entre la gestión del seguro y la prestación de la asistencia médica, y en el hecho de que el artículo 105 de la Ley de Contrato de Seguro establece como característica del seguro de asistencia sanitaria, frente al seguro de enfermedad o de reembolso, la circunstancia de que «el asegurador asume directamente la prestación de servicios médicos y quirúrgicos». Asimismo, el contrato de seguro de asistencia sanitaria exige la previa concertación entre la entidad aseguradora y cada uno de los médicos y centros hospitalarios que forman su cuadro

⁵⁵ Sobre esta cuestión, vid. ÁLVAREZ OLALLA, «Acción de repetición de aseguradora sanitaria contra los facultativos de su cuadro médico, por el importe íntegro de la indemnización satisfecha a la víctima, por mala praxis médica», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 5/2015; PÉREZ CONESA, «Seguro de asistencia sanitaria: responsabilidad civil de las aseguradoras por daños al asegurado ocasionados por facultativos o en centros comprendidos en su cuadro médico», *ibidem*, nº 10, 2018.

⁵⁶ ROJ: STS 4093/2013.

médico, lo cual se produce por medio de un contrato de arrendamiento de servicios entre los codemandados estableciéndose así una relación de dependencia cuando menos económica y funcional que da lugar a la aplicación de la responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno, establecida con carácter general en el art. 1903,4º CC, caso de producirse daños y perjuicios concretos con motivo de una actuación culposa o negligente del facultativo, como sucede en este caso en el que, en el ámbito de esta relación, ha quedado probado la producción del resultado lesivo por una defectuosa prestación del servicio por personal perteneciente al cuadro médico de la aseguradora».

El interés de esta sentencia radica también en el análisis que hace del «dies a quo» de la prescripción. Ya que, aunque el parto tiene lugar el día 7 de mayo de 2000, la demanda no se interpuso hasta enero de 2008, tras la declaración de un grado de discapacidad del 77% del hijo en diciembre de 2007 (FJ 3º).

A este respecto, en primer lugar, el Tribunal Supremo puntualiza que la fijación del «dies a quo» es competencia del Tribunal de instancia, ya que, a pesar de su evidente dimensión jurídica, en cuanto está estrechamente ligada a la apreciación de los hechos entra dentro de sus facultades exclusivas. De modo que ese juicio fáctico solo es susceptible de ser revisado por el cauce procesal pertinente, que sería no el recurso de casación, sino el extraordinario por infracción procesal cuando proceda⁵⁷.

Además, añade que en supuestos, como el que se planteaba en esos autos, «es reiterada la doctrina jurisprudencial de que no puede entenderse como fecha inicial del cómputo la del alta en la enfermedad, sino la de la determinación del efecto de invalidez de las secuelas, es decir, el momento en que queda determinada la incapacidad o los defectos permanentes originados, pues hasta que no se conoce su alcance no puede reclamarse con base en ellas, ya que es en ese momento cuando el perjudicado tiene un conocimiento preciso de la entidad de los perjuicios (SSTS de 20 de mayo de 2009, 14 de julio de 2008, 3 de octubre de 2006, 20 de septiembre de 2006, 22 de julio de 2003, 13 de febrero de 2003, 22 de enero de 2003 y 13 de julio de 2003). Esta doctrina obedece, en atención al principio de indemnidad, a la necesidad de preservar el derecho del perjudicado a ser íntegramente resarcido en situaciones en que no ha podido hasta entonces conocer en su totalidad el alcance de su daño, por causas en modo alguno imputables a su persona o comportamiento (SSTS 2 de enero de 1991, 6 de octubre de 1992, 30 de noviembre de 1999, 3 de marzo de 1998 y 12 de junio de 2009, RC núm. 2287/2004)».

Al hilo de esta referencia a la prescripción, cabe hacer un inciso, para advertir la problemática que en ocasiones se plantea en el ámbito de la responsabilidad civil sanitaria, donde normalmente los daños van a ser corporales, para fijar el *dies a quo*.

⁵⁷ En el mismo sentido, vid. la STS, sala 1ª, de 15 de octubre de 2008, RC núm. 2127/2003 (ROJ: 5538/2008).

Las dudas surgirán en particular cuando estemos ante daños continuados o tardíos, sobrevenidos a partir de la lesión inicial⁵⁸.

5.3. *Prestación de asistencia sanitaria en régimen de franquicia*

En la práctica encontramos también una serie de supuestos en los que la actividad sanitaria se realiza por personal sanitario que presta sus servicios en el marco de una franquicia, lo que lleva a cuestionarse la responsabilidad civil de la empresa franquiciadora por lo actuado por sus franquiciados.

A título ilustrativo, en fechas recientes saltaba a la luz pública el presunto fraude masivo de una cadena de clínicas odontológicas, cuya publicidad y modelo de negocio se había dirigido a jóvenes y personas con menos recursos económicos, ofreciéndoles servicios odontológicos a bajo coste, a la par que les facilitaban la financiación del tratamiento, a través de una de las entidades financieras colaboradoras. De esta forma, la organización percibía el abono íntegro y anticipado del precio presupuestado de sus servicios. Unos servicios que, según las denuncias de los pacientes, eran realizados por personal no cualificado, con material de baja calidad y a menudo no eran concluidos⁵⁹. Con el agravante de que, finalmente, todas las clínicas han cerrado, dejando con tratamientos inacabados, y en la mayoría de casos con créditos de consumo pendientes, a cientos de miles de afectados en once Comunidades Autónomas. Hechos que, aparte de las consideraciones de fondo, ponen en cuestión la eficacia y suficiencia de los controles preventivos realizados por el Ministerio de Sanidad y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas⁶⁰.

Dejando a un lado ese inciso, y centrándonos en los casos de mala praxis de servicios médicos prestados por franquicias, hay que decir que podemos encontrarnos una casuística muy variada en cuanto a la configuración de la relación entre franquicia y franquiciado y entre estos y el personal sanitario que presta sus servicios en sus clínicas.

En términos generales, las franquicias de salud (que, por otro lado, son un pujante negocio) suelen cuidar mucho en sus contratos subrayar la falta de responsabilidad del franquiciador por los daños que puedan derivar de la actuación de los franquiciados, y

⁵⁸ Esta cuestión ha sido abordada por nuestro Tribunal Supremo, en particular, a raíz del caso de la talidomida, ya que la asociación de Víctimas de esta sustancia en España (AVITE) interpuso demanda frente a la farmacéutica que la comercializó trascurridos más de 50 años del hecho dañoso. Aunque en primera instancia se estimó la demanda, fue revocada en segunda instancia y confirmada en casación por la STS de 20 de octubre de 2015 (ROJ: STS 4149/2015) –aunque con un interesante voto particular, al entender que de la prueba obrante en autos no se desprendería la existencia de daños tardíos y, por consiguiente, que la acción estaba prescrita.

⁵⁹ Se han denunciado casos de pacientes que han quedado desdentados a mitad de tratamientos de implantología, con encías infectadas, incluso con contagios de hepatitis B.

⁶⁰ Entre los pronunciamientos judiciales que empiezan a sucederse sobre este asunto, vid., entre otros, el Auto de la Audiencia Nacional de 26 de julio de 2018 (ROJ: AAN 1040/2018); la SJPI Valladolid de 31 de octubre de 2019 (ROJ: SJPI 176/2019).

la inexistencia de relación laboral alguna con el personal que presta sus servicios en las franquicias. Se suele insistir en que la única obligación que asume el franquiciador es la de ceder su «marca o imagen corporativa» (evidenciada en la presentación uniforme de los locales), aportar conocimientos técnicos («know how») y, en su caso, prestar soporte comercial y/o técnico.

A su vez, en conocidas franquicias odontológicas, estéticas, oftalmológicas, de depilación láser, etc., es frecuente que suscriban un contrato de alquiler de clínica o quirófano con los profesionales que prestan servicios en sus clínicas, en un claro afán de exonerarse de cualquier responsabilidad por una eventual mala praxis de los mismos.

Pese a ello, producido un daño, en la práctica no es infrecuente que el cliente dirija su demanda, exclusiva o cumulativamente, frente a la franquicia en cuestión.

A falta de regulación del contrato de franquicia, la jurisprudencia ha sido la que ha venido a solucionar esta cuestión, superando la tesis de la independencia empresarial de franquiciado y franquiciador; estimando la responsabilidad civil de éste por la actuación del primero, dado que con la cesión de su imagen (que en la generalidad de los casos es el principal «gancho» del paciente) crea una apariencia de unidad frente a terceros, que le hace garante de la actuación del franquiciado, ya sea por la vía de la doctrina de la apariencia, ya sea por la de la vía culpa «in eligendo» o «in vigilando».

En este sentido, cabe destacar el caso de la sentencia firme de la Audiencia Provincial de Valencia de 17 de febrero de 2017⁶¹, en relación a una intervención oftalmológica, deficientemente realizada por quien carecía de titulación adecuada para llevarla a cabo, que provocó la sección de un nervio y con ella secuelas de limitación de la motilidad ocular a la paciente.

En este caso, desestimando las alegaciones realizadas por la entidad franquiciadora para negar su legitimación pasiva⁶², la Audiencia declara que: «...debe decirse que la

⁶¹ ROJ: SAP V 1020/2017. Esta sentencia ha adquirido firmeza recientemente, dado que el recurso de casación interpuesto frente a ella ha sido rechazado por Auto del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2019 (ROJ: ATS 7454/2019).

⁶² La franquicia alegaba, básicamente, «que no fue parte contractual, y no recibió contraprestación alguna, la demandada nunca ha prestado servicio médico, sino que cede su marca a servicios de publicidad y marketing a las clínicas estéticas franquiciadas, siendo ellas personas jurídicas independientes, no existe ningún contrato laboral con ninguna de las personas, no interviene en ninguno de los contratos de los franquiciados, frente a terceros los franquiciados actúan en propio nombre. Nadie de los que firman el contrato trabajan, ni han trabajado para la mercantil demandada, ni representan, ni la pueden representar, por tanto no pueden obligar ni establecer negocio jurídico alguno por ella, si existe un contrato de franquicia cuyo clausulado queda muy claro la independencia del franquiciado, que es el responsable único de la explotación de la clínica, por ello se entiende que no es aplicable la doctrina del levantamiento del velo, pues en ningún momento se cumple el requisito de actuar de manera fraudulenta, la actora contrató con una clínica que no es la demandada, quien no asumió ninguna obligación frente a ella».

entidad demandada apareció, en todo momento, frente a la actora, como la entidad que prestaba los servicios, y así puede verse en la documentación aportada a los autos, donde constantemente se hace referencia a la misma. Asimismo, la información que se proporcionó a la actora se realizó siempre con la denominación de la entidad demandada, por lo que, frente a los clientes, frente a terceros, la entidad no puede alegar la existencia de la franquicia como argumento jurídico exculpatario, debiendo asumir sus responsabilidades y posteriormente, en su caso, repetir de la entidad franquiciada por lo que a su derecho conviniere. Debe tenerse en cuenta que la señora Fermina debe ser y es considerada una consumidora y usuaria de determinados servicios médicos, de medicina voluntaria, y al no ser experta ni en medicina ni en derecho, debió ser informada adecuadamente de por cuenta de quien se efectuaba la intervención. En tal sentido Dorsia fue la única marca con la que se produce la oferta de los servicios a la actora, por lo tanto, la demandada no puede escudarse en ser franquiciadora para eludir su responsabilidad frente a la paciente-cliente señora Fermina quien vio en la mencionada mercantil y en su prestigio y nombre comercial la garantía de éxito de la intervención de cirugía estética que le ofrecieron. Resulta, por otra parte, destacable que el señor Carlos Ramón tuviera firma por Dorsia y también por Little Manhattan, lo cual permite la aplicación de la conocida jurisprudencia del Tribunal Supremo del «levantamiento del velo», según la cual los tribunales pueden «levantar el velo» de las sociedades, viendo lo que realmente hay en su interior para evitar situaciones de fraude mediante la utilización de sociedades mercantiles...».

Cuestión distinta será que, como en el caso anterior, la relación *ad intra* que pueda existir entre la franquicia y el agente material del daño.

5.4. Prestación de la asistencia sanitaria por una pluralidad de sujetos

A menudo, la prestación de asistencia sanitaria se debe llevar a cabo en equipo, en la medida en que muchos actos médicos requieren una intervención multidisciplinar (por ejemplo, la participación junto al especialista en cirugía, de un anestesista); o requiere la integración de diversos procesos y una continuidad asistencial que, en ocasiones, va más allá de una simple superposición entre procesos asistenciales atendidos por distintos titulados o especialistas⁶³. Consecuentemente, también se superpondrán distintas relaciones contractuales.

Además, aparte de las relaciones jurídicas que ya hemos comentado que pueden existir entre la aseguradora de asistencia sanitaria o una franquicia y el personal que presta sus servicios en ella, y la posible relación contractual directa entre médico y paciente; podemos encontrarnos un contrato de hospitalización o clínica, en el que se enmarquen toda una serie de servicios paramédicos y de hospedaje, complementarios a la asistencia sanitaria.

⁶³ Así lo subraya el art. 9 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.

Esta complejidad fáctica, a la par que jurídica, incide en el tratamiento de la responsabilidad civil, en caso de que se produzca un resultado dañoso; puesto que va a determinar que en la práctica a veces sea complicado hallar el origen causal del daño y construir la relación jurídico procesal.

A título ilustrativo, si el paciente tiene una relación contractual sólo con el facultativo que ha realizado la prestación principal, pero el daño ha sido causado por la intervención de alguno de los profesionales que han intervenido en el proceso asistencial, podrá accionar frente al causante del daño vía 1902 CC, exigiéndole responsabilidad civil por hecho propio. Pero, la jurisprudencia viene admitiendo en ocasiones que se exija la responsabilidad al obligado principal, bien imputándole responsabilidad por hecho ajeno, por culpa *in vigilando* o *in eligendo*, en caso de que exista una relación de dependencia con él del resto de los profesionales sanitarios que hayan intervenido en el acto médico (art. 1903 CC); o bien, estimando su responsabilidad contractual, al entender que el principal responde contractualmente por los actos de sus auxiliares y que el contrato obliga no sólo a lo pactado, sino también al resto de consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (art. 1258 CC).

Junto a este supuesto, hay que tener en cuenta que los daños pueden derivar del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de las obligaciones complementarias y distintas de la prestación principal, asumidas por otros sujetos, en el marco de otras relaciones contractuales. En particular, el daño puede venir de ciertos servicios paramédicos o de hospedaje, derivados del contrato de hospitalización o clínica.

A título ilustrativo, así ocurriría en aquellos supuestos en que los daños han venido provocados, no por la actuación médica, sino por un error en la administración de la dieta o la medicación que había sido correctamente prescrita para el preoperatorio o el postoperatorio por el facultativo; o por un deficiente estado de limpieza de las instalaciones⁶⁴.

En atención a todo ello, podemos concluir que para determinar quiénes son responsables y en base a qué fundamento jurídico por los daños sufridos por un paciente, en el ámbito de la sanidad privada, será presupuesto ineludible precisar quiénes intervinieron en la prestación sanitaria⁶⁵; qué contratos y relaciones jurídicas existen entre ellos y el paciente y, en su caso, el alcance de las obligaciones contractuales resultantes de cada uno de ellos; y, muy importante, si hay relación de dependencia entre ellos.

⁶⁴ Este sería el caso del fallecimiento de bebés por administración de biberones en mal estado (aunque en este caso en el ámbito público, ese fue el supuesto de hecho de la STSJ Madrid, sala de lo contencioso-administrativo, de 11 de abril de 2014, ROJ: STSJ M 4613/2014); o más recientemente, el caso del fallecimiento de un bebé trasplantado, no a raíz del acto médico-quirúrgico al que fue sometido, sino de la administración de una dosis de un medicamento diez veces superior a la que le correspondía.

⁶⁵ V. gr., la compañía aseguradora, el centro hospitalario, una franquicia, el personal sanitario que realizó la prestación de los servicios sanitarios, anestesiistas, auxiliares de clínica, etc.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ OLALLA, «Acción de repetición de aseguradora sanitaria contra los facultativos de su cuadro médico, por el importe íntegro de la indemnización satisfecha a la víctima, por mala praxis médica», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 5/2015, pp. 143 y ss.
- ASOCIACIÓN EL DEFENSOR DEL PACIENTE, *Memoria de la anualidad 2018*, disponible en <https://www.negligenciasmedicas.com/wp-content/uploads/2015/02/MEMORIA-2018-.pdf>
- CAYÓN DE LAS CUEVAS, «El debate sobre la acción directa frente a la aseguradora de la responsabilidad civil de la Administración sanitaria: luces y sombras», *Derecho y Salud*, vol. 21, nº 1, 2011, pp. 135 y ss.
- GÓMEZ CALLE, «El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico- Sanitario», *ADC*, vol. 51, nº 4, 1998, pp. 1693 y ss.
- JORDANO FRAGA, «Responsabilidad médica. Responsabilidad personal y responsabilidad por hecho ajeno», *CCJC*, núm. 37, 1995, pp. 231 y ss.
- LÓPEZ, C. M., «La medicina defensiva: un problema de salud pública en auge», *Gaceta Médica*, 18 de enero de 2019, disponible en <https://www.gacetamedica.com/politica/la-medicina-defensiva-un-problema-de-Salud-publica-en-auge-YC1884203>
- MARCOS MUÑOZ, «Los codemandados en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Su intervención en el proceso y en el procedimiento administrativo. Referencia obligada a la responsabilidad patrimonial de la Administración», *Noticias jurídicas*, 28 de agosto de 2017, disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/12258-los-codemandados-en-el-orden-jurisdiccional-contencioso-administrativo-Su-intervencion-en-el-proceso-y-en-el-procedimiento-administrativo-referencia-obligada-a-la-responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion/>
- PÉREZ CONESA, «Seguro de asistencia sanitaria: responsabilidad civil de las aseguradoras por daños al asegurado ocasionados por facultativos o en centros comprendidos en su cuadro médico», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 10, 2018, pp. 25 y ss.
- SALAS DARROCHA, «Responsabilidad patrimonial de la Administración y nuevo peregrinaje de jurisdicciones», *Actualidad Administrativa*, nº 8, 2004, pp. 901 y ss.
- SEMPERE NAVARRO, «Reclamación civil por deficiente asistencia sanitaria pública. STS-CIV núm. 321/2019, de 5 de junio», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 4/2019, disponible en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2019-0000000443

JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal Supremo

- STS, sala 1ª, de 27 de septiembre de 1994 (ROJ: STS 18095/1994)
- STS, sala 1ª, de 25 de noviembre de 2004 (ROJ STS 7668/2004)
- STS, sala 3ª, de 20 de febrero de 2007 (ROJ: STS 990/2007)
- STS, sala 1ª, de 8 de marzo de 2007 (ROJ: STS 1203/2007)
- STS, sala 3ª, 24 de mayo de 2007 (ROJ: STS 3835/2007)
- STS, sala 1ª, de 30 de mayo de 2007 (ROJ: STS 5009/2007)
- STS, Sala 2ª, de 28 de enero de 2008 (ROJ: STS 711/2008)
- STS, sala 3ª, 23 de abril de 2008 (ROJ: STS 1896/2008)
- STS, sala 1ª, de 15 de octubre de 2008 (ROJ: 5538/2008)

STS, sala 2ª, de 27 de febrero de 2009 (ROJ: STS 1241/2009)
STS, sala 1ª, de 23 de abril de 2009 (ROJ STS 2215/2009)
STS, sala especial de conflictos, de 22 de marzo de 2010 (ROJ: ATS 3591/2010)
ATS, sala especial de conflictos, de 11 de abril de 2011 (ROJ: ATS 5636/2011)
STS, sala 3ª, de 30 de septiembre de 2011 (ROJ: STS 6208/2011)
STS, sala 3ª, de 18 de octubre de 2011 (ROJ: STS 6711/2011)
STS, sala 3ª, de 4 de diciembre de 2012 (ROJ: STS 8738/2012)
ATS, sala especial de conflictos, de 12 de marzo de 2013 (ROJ: ATS 2888/2013)
STS, sala 1ª, de 19 de julio de 2013 (ROJ: STS 4093/2013)
STS, sala 1ª, de 12 de noviembre de 2013 (ROJ: STS 5484/2013)
STS, sala 1ª, de 25 de noviembre de 2013 (ROJ: STS 5633/2013)
ATS, sala especial de conflictos, de 19 de diciembre de 2013 (ROJ: ATS 12345/2013)
ATS, sala especial de conflictos, de 19 de febrero de 2014 (ROJ: ATS 1056/2014)
STS, sala 1ª, de 20 de mayo de 2014 (ROJ: STS 2116/2014)
STS, sala 1ª, de 4 de marzo de 2015 (ROJ: STS 684/2015)
STS, sala 1ª, de 6 de marzo de 2015 (ROJ: STS 826/2015)
STS, sala 1ª, de 17 de abril de 2015 (ROJ: STS 1424/2015)
STS, sala 1ª, de 20 de octubre de 2015 (ROJ: STS 4149/2015)
STS, sala 2ª, de 22 de octubre de 2015 (ROJ: STS 4374/2015)
STS, sala 1ª, de 11 de septiembre de 2018 (ROJ: STS 3140/2018)
STS, sala 1ª, de 20 de diciembre de 2018 (ROJ STS 4328/2018)
STS, sala 1ª, pleno, de 5 de junio de 2019 (ROJ: STS 1840/2019)
ATS, sala 1ª, de 3 de julio de 2019 (ROJ: ATS 7454/2019)

Audiencia Nacional

SAN, sala de lo contencioso, de 27 de febrero de 2013, recurso 732/2010 (ROJ: SAN 914/2013)
SAN, sala de lo contencioso, de 4 de marzo de 2013, recurso 39/2012 (ROJ: SAN 885/2013)
SAN, sala de lo contencioso, de 4 de diciembre de 2013, recurso 290/2011 (ROJ: SAN 5031/2013)
AAN de 26 de julio de 2018 (ROJ: AAN 1040/2018)

Tribunal Superior de Justicia

STSJ Madrid, sala de lo contencioso, de 11 de abril de 2014 (ROJ: STSJ M 4613/2014)

Audiencias Provinciales

SAP Asturias de 16 de mayo de 1997 (ROJ: SAP O 7/1997)
SAP Vizcaya de 9 de noviembre de 2000 (ROJ: SAP BI 768/2000)
SAP Badajoz de 26 de octubre de 2001 (ROJ: SAP BA 1420/2001)
SAP Barcelona de 23 de diciembre de 2002 (ROJ: SAP B 13115/2002)
SAP Asturias de 9 de enero de 2004 (ROJ: SAP O 8/2004)
SAP Navarra de 28 de abril de 2009 (ROJ: SAP NA 814/2009)
SAP Guipúzcoa, sección 2ª, de 28 de diciembre de 2012 (ROJ: SAP SS 840/2012)
SAP Madrid de 27 de junio de 2016 (ROJ: SAP M 18036/2016)
SAP Valencia de 17 de febrero de 2017 (ROJ: SAP V 1020/2017)
SAP Madrid, sección 3ª, de 4 de julio de 2019 (ROJ: SAP M 6064/2019)

Juzgados de Primera Instancia

SJPI Valladolid de 31 de octubre de 2019 (ROJ: SJPI 176/2019)

Fecha de recepción: 01.01.2020

Fecha de aceptación: 17.03.2020