

EL MODELO DE ATENCIÓN FARMACÉUTICA EN LA LEGISLACIÓN DE NAVARRA

*Ilmo. Sr. D. Santiago Cervera Soto.
Consejero de Salud del Gobierno de Navarra.*

En pocas ocasiones, el trámite legislativo de una ley en Navarra ha generado tal número e intensidad de opiniones, influencias y vivencias sociales como el que supuso en el año pasado el trabajo parlamentario referido a la Ley Foral de Atención Farmacéutica. Tal vez haya quien piense que la importancia sanitaria del sistema farmacéutico bien merecía un pálpito social y político tan intenso como el que en este caso se vivió. Sin embargo, los principales cuestionamientos y trabajos parlamentarios que podríamos enumerar no tenían mucho que ver con cualquier razón sanitaria, sino que se referían mucho más a conceptos de valor economicista como los relativos a la liberalización de un determinado sector económico (la dispensación farmacéutica en oficinas de farmacia), la viabilidad mercantil de los establecimientos, la determinación de los umbrales de rentabilidad socialmente aceptables o, incluso, las profecías sobre el futuro de un sistema de presencia de las farmacias en el entorno social y sanitario de nuestro país.

Navarra representa en España -y tal vez en toda Europa-, el servicio sanitario público más pequeño e integrado que conocemos. La Comunidad Foral tiene asumidas las competencias en materia de provisión sanitaria pública y las ejerce, actualmente, vinculadas a la asistencia que proporciona a 530.000 personas. El Departamento de Salud es el marco de desarrollo general de la sanidad navarra, y el Servicio Navarro de Salud, como pieza integrada dentro del Sistema Nacional de Salud, ejerce las funciones debidas al aseguramiento y la provisión sanitaria. Navarra dispone de un amplio marco competencial y de autogobierno en materia hacendística, de función pública, organizativa y de sanidad interior, que ha permitido crear un modelo sanitario integral e integrado que destaca tanto por su pequeñez en tamaño como por la exigencia que asume de aportar coherencia a las partes en relación con el todo.

Dentro de las decisiones legislativas forales, y al amparo de las previsiones normativas de la ley 14/1986, General de Sanidad, y de la ley 25/1990, del Medicamento, faltaba el abordaje de lo referido a la regulación

del subsistema de actividad farmacéutica, perteneciente e íntimamente vinculado al conjunto de sistema sanitario.

Atención Farmacéutica.

Convendría comenzar por asentar el análisis de la Ley Foral de Atención Farmacéutica reiterando el título presentativo que la propia ley tiene. No es una ley de planificación farmacéutica, ni una ley reguladora estrictamente del sistema de acceso de los profesionales al ejercicio profesional en las boticas. La ley -de poco más de medio centenar de artículos y una docena de disposiciones adicionales- se titula de Atención Farmacéutica, y atañe a cuanto conforma las actividades encomendadas al farmacéutico dentro del sistema de salud: por un lado definiendo los actores que intervienen y cual sea su ámbito de deberes y de obligaciones; estableciendo el régimen de autorizaciones en el ejercicio de los mismos; definiendo la ordenación que garantice el acceso de los ciudadanos a los servicios sin merma del libre ejercicio profesional; y, finalmente, determinando el régimen de intervención de la administración como garante de los derechos y de las prestaciones en su condición de asegurador y financiador de las mismas.

Habría que empezar por definir, pues, en su repercusión legal, algo que los profesionales farmacéuticos han enunciado en un tiempo relativamente reciente y que bajo esa denominación, Atención Farmacéutica, pretende integrar holísticamente el conjunto de potenciales aportes profesionales que gravitan entorno al medicamento. Un medicamento que, recordemos, alcanza cada vez mayores niveles de complejidad técnica, mayores efectividades terapéuticas y, como consecuencia, mayores valores, precios y beneficios para quienes intervienen en su comercialización.

El medicamento comienza a parecer como un arcano sanitario en la medida en la que se incorporan estos niveles crecientes de complejidad en su investigación, desarrollo, fabricación y utilización. Nuestra sanidad basa hoy día una parte muy importante de sus actividades y

costes en la disponibilidad del medicamento como efector terapéutico, e incluso como determinante del nivel del desarrollo del conjunto de sistema y de las políticas públicas asociadas a él. Más aun, la reciente disponibilidad de los llamados “medicamentos del bienestar” o “píldoras milagro”, no estrictamente vinculados a la lucha contra la enfermedad sino a paliar efectos o síntomas propios de nuestra vida en sociedad (como la calvicie, el sobrepeso, la timidez o la actitud sexual), apelan más intensamente a concretar en un texto legal un conjunto de disposiciones que encajen lo mejor posible esta realidad sanitaria con el mayor alcance de los valores y competencias profesionales de quienes la tienen encomendada.

El desarrollo de la Atención Farmacéutica en su actual valía sanitaria, y sus correlatos de regulación legal, hacen que el modelo de legislar esta materia deba superar la mera descripción de la planificación de las boticas. Ese es el propósito inicial de la Ley Foral de Atención Farmacéutica, y lo que principalmente quiere aportar a la sociedad que la adopta como marco regulador.

La Ley Foral de Atención Farmacéutica define como Atención Farmacéutica “el conjunto de actividades desarrolladas en los establecimientos y servicios a que se refiere la presente Ley Foral, bajo la responsabilidad y supervisión de un farmacéutico, en relación con la adquisición, conservación, distribución, custodia y provisión responsable de un tratamiento medicamentoso con el objetivo de conseguir resultados en la prevención de la enfermedad y en la restauración de la salud que mejoren la calidad de vida de los pacientes. Para atender a este fin el farmacéutico cooperará con el paciente y con otros profesionales implicados, en el diseño, desarrollo y monitorización del plan terapéutico.”

Seguramente hubiera servido cualquier otra definición de las que tratan los propios profesionales en sus congresos y que tanto significa especialmente para las nuevas generaciones de farmacéuticos, pero siempre que vinculara una determinada actividad profesional sanitaria, la farmacéutica, con unos concretos valores sanitarios en nuestro entorno social, y en el marco cooperativo que debe tener para con el resto de dispositivos y profesionales del sistema de salud.

El Título I de la Ley Foral de Atención Farmacéutica engloba un conjunto de normas generales que van desde su objeto, definición de atención farmacéutica en la que se enmarca la misma, hasta la ordenación sistemática de los establecimientos y servicios de atención farmacéutica a los que afecta la Ley Foral, clasificados en las distintas fases de distribución y dispensación, incluyendo, en su Capítulo II, mandatos específicos sobre determinadas prohibiciones en materia de venta de medicamentos, así como las reglamentarias autorizaciones administrativas. El Capítulo III contiene un precepto sobre el régimen

de incompatibilidades de los profesionales farmacéuticos, y destaca el Capítulo IV dedicado a los derechos y obligaciones, tanto del ciudadano respecto de la atención farmacéutica como de todos los profesionales implicados en la misma. En la relación que el mismo contiene, y respecto a los derechos de los ciudadanos, se deben resaltar los que garantizan el acceso al servicio farmacéutico, la calidad e información de los medicamentos, y los más estrictamente personales, como la confidencialidad y la atención por un farmacéutico, o el de dirigirse a la administración sanitaria para quejas, reclamaciones y sugerencias respecto a dicho servicio. En cuanto obligaciones, destacan en el texto legal la de participar en un uso racional del medicamento (artículo 10.2, letra e), los relativos al trato con los profesionales farmacéuticos (letras c y d) y a los requisitos para la dispensación (letras a y b).

El texto es suficientemente definitorio sobre la convicción de que la atención farmacéutica integral debe prestarse a todos los niveles del sistema sanitario; en el nivel de atención primaria por las oficinas de farmacia, botiquines y servicios de farmacia de atención primaria y en el nivel de atención especializada por los servicios de farmacia o depósitos de medicamentos de los hospitales y centros socio-sanitarios, entre los que se incluyen los que atienden a ancianos, minusválidos y los centros penitenciarios.

En este sentido, en el Capítulo III se establecen servicios de farmacia (bajo la tutela de un farmacéutico especialista en farmacia hospitalaria) en centros hospitalarios y en centros sociosanitarios cuando el número de camas sea igual o superior a cien. Así mismo se prevé la existencia de depósitos de medicamentos, bajo la responsabilidad de un farmacéutico, en los citados centros cuando el número de camas fuera inferior a esa cifra.

Por otra parte, dentro del Capítulo IV, y en desarrollo del artículo 103 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, la LEY FORAL DE ATENCIÓN FARMACÉUTICA crea los servicios de farmacia de las estructuras de atención primaria que, también bajo la responsabilidad de un farmacéutico, englobarán todas las actividades relacionadas con la utilización de medicamentos a fin de que su uso en este ámbito del sector sanitario alcance la máxima racionalidad. Finalmente, el Capítulo V dedica dos artículos a los establecimientos de distribución y de dispensación de medicamentos veterinarios.

Un nuevo paradigma planificador para un nuevo contexto sanitario.

Sin embargo, y como resulta ampliamente conocido, las principales novedades legislativas de la Ley Foral de Atención Farmacéutica vienen de la mano de los cuatro artículos, del 24 al 27 inclusive, que determinan las condiciones de apertura de las oficinas de farmacia y esta-

blecen sus circunstancias de planificación. El legislador ha considerado que el sector farmacéutico es un buen elemento del sistema sanitario, que habitualmente aporta a la comunidad un valor de cercanía y profesionalidad generalmente bien valorado por los ciudadanos. Sin embargo, ha entendido también que en estos momentos es posible y deseable propiciar cambios que mejoren aun más las posibilidades del actual sistema por diversas razones tan innegables como lo anterior.

Por una parte, por la necesidad de responder a los nuevos requerimientos de la demanda ciudadana, de las nuevas exigencias de calidad y participación en los objetivos sanitarios generales de la comunidad y, también, a la realidad del creciente gasto farmacéutico que soportan los contribuyentes. Un mayor nivel de corresponsabilidad sanitaria por parte de todos los intervinientes, activos o pasivos, en el hecho asistencial, es una de las bases que comúnmente se enuncia como característica del progreso y mejora de los sistemas sanitarios más avanzados.

En una razón estrictamente económica, se puede recordar que en los últimos periodos el gasto farmacéutico público -el que soportan los contribuyentes-, viene creciendo en tasas superiores al 10% año tras año (un 12% en el año 1999). Ello repercute directamente sobre los beneficios de las farmacias, que crecen en la misma proporción porque los márgenes legales para el farmacéutico son fijos (entorno al 30% del precio de venta al público) y ello propiciaba que las rentas de los instalados se incrementaran en paralelo al incremento de la factura farmacéutica pública, que a su vez no dependía de un mayor número de prescripciones y actos farmacéuticos sino del incremento del precio unitario de lo dispensado por contener fármacos de moderna generación y mayor coste.

Sin embargo, el número de nuevas farmacias autorizadas al año nunca llega a los porcentajes de lo que se incrementa el gasto dispensado. En los últimos periodos ha crecido en Navarra menos de un 2% anual, y además este fenómeno se ha concentrado en pequeñas poblaciones, a través de la consideración de “núcleo aislado”, y en un mecanismo que podríamos denominar como de “colmatación de la planificación”. La única posibilidad de instalación ex novo para los profesionales formados en las universidades era este, y suponía adicionalmente una alteración de la media matemática de farmacias por número de habitantes.

Este fenómeno producía, en una contemplación de sistema mercantil y de provechos, que no hubiera más farmacias entre las que repartir esos beneficios crecientes, por lo que las rentas individuales de los instalados aumentaban consecutivamente y sin que necesariamente tuvieran detrás un mayor aporte profesional que lo justificara.

Precisamente el sistema de autorizaciones de oficinas de farmacia de la Ley Foral de Atención Farmacéutica quiere acompañar lo mejor posible esas dos magnitudes. Pretende que existan tantas más farmacias como lo permita ese gasto creciente que genera beneficios también crecientes pero que no se reparte entre más intervinientes. Pretende que el efecto del mercado establezca que, sin dañar al conjunto de los establecimientos, existan tantas farmacias como sea económicamente posible, porque ello significara -además de una mayor justicia social- la posibilidad de nuevos empleos, mayor calidad sanitaria, una adecuada competitividad profesional y un mejor servicio al ciudadano y a los intereses generales.

Por otra parte, aparece una razón de oportunidad legislativa vinculada a la capacidad normativa otorgada a las Comunidades Autónomas por la legislación nacional, como expresión de un principio de subsidiariedad muy reconocido en las actuaciones normativas habituales de Navarra y de otras Comunidades Autónomas. En los últimos años, la práctica totalidad de las Comunidades que componen España, tengan o no asumidas las competencias en materia de provisión sanitaria, han aprobado propuestas legislativas en esta materia.

En este contexto de voluntades legislativas, no ha sido desdeñada la realidad referida a la enorme litigiosidad que venía dada por la interpretatibilidad de las normas precedentes, en un ámbito de patentes intereses económicos y gremiales. En algunos momentos, cerca del 10% de las farmacias abiertas al público en Navarra tras resolución administrativa se encontraban pendientes de los pronunciamientos de los tribunales. Era excepcional la nueva apertura de farmacia que se autorizaba y que no fuera recurrida por los propios farmacéuticos, individual o colegiadamente, lo que añadía una especial necesidad de clarificar lo más posible las condiciones de apertura de las boticas y, al mismo tiempo, permitir una mayor fiabilidad administrativa a la razón planificadora que en la materia hay que ejercitar.

Y para finalizar, tampoco fue ajena al legislador la consideración del entorno europeo, liberalizador y homologador dentro de la Unión Europea. En los últimos años se han dictado disposiciones desreguladoras sobre la industria y las redes de distribución de fármacos, y varios países (como Alemania o Irlanda) tienen regímenes de completa liberalización en materia de planificación de oficinas e farmacia, lo que producía la absurda paradoja de que un licenciado español podía instalarse en esos países pero no en el suyo propio, en una realidad consolidada de libre tránsito de bienes, capitales y trabajadores.

La liberalización como medio.

El concepto de liberalización es, sin duda, más apto para la discusión política que para la definición jurídica de sus contenidos y alcances. Conviene, pues, categorizarlo adecuadamente dentro del contexto de la Ley Foral de Atención Farmacéutica.

El más reciente aporte legislativo en nuestro país de regulación de la ordenación de oficinas de farmacia lo constituye la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de servicios de las oficinas de farmacia. De su escueto contenido, y conforme a la disposición final primera, únicamente los artículos 2.1, 2.2, 2.5, 4, 5 y 6 de la Ley constituyen legislación básica del Estado sobre sanidad, dictada al amparo del artículo 149.1.16.a. de la Constitución.

Como postulados básicos, dicha Ley aboga por la titularidad de las oficinas de farmacia exclusiva de licenciados en Farmacia, y en consecuencia la transmisión únicamente a favor de otro u otros farmacéuticos, así como la presencia y actuación profesional de un farmacéutico como condición y requisito inexcusable para la dispensación al público de medicamentos, régimen de libertad y flexibilidad de la prestación de los servicios en las mismas, y finalmente la remisión a las Comunidades Autónomas en el cometido de ordenar la atención farmacéutica a la población en el marco de la planificación farmacéutica acorde con la propiamente sanitaria.

En este marco normativo la Ley Foral de Atención Farmacéutica aborda la regulación de las oficinas de farmacia desde la óptica de unos concretos principios informadores:

a) Carácter privado de la oficina de farmacia que deriva de los artículos 88, 89 y 103 de la Ley General de Sanidad en relación a los artículos 35 y 38 de la Constitución, de modo tal que el servicio sanitario que la oficina de farmacia presta no se concibe ni es realizable sin un simultáneo ejercicio comercial, sin que aquello desvirtúe la naturaleza mercantil de la actividad que se lleva a cabo en la oficina de farmacia.

b) La actividad farmacéutica es de carácter sanitario y realizada por un profesional libre, por más que su ejercicio quede sometido a determinados requisitos y limitaciones para salvaguardar el interés público.

c) Precisamente en relación con lo anterior, la actividad que lleva a cabo el farmacéutico titular de una oficina de farmacia es, además de sanitaria, de carácter privado aunque de interés público, lo que justifica que su actuación esté sometida a licencia previa de la administración y controles diversos.

d) Por mandato del legislador básico corresponde a las Comunidades Autónomas garantizar la atención far-

macéutica a la población, y para ello les compete planificar la autorización de oficinas de farmacia referida a cada Zona Básica de Salud. Dicha planificación se opera en la Ley Foral de Atención Farmacéutica con un carácter de mínimos, entendida como la cuantificación del número mínimo de oficinas de farmacia necesarias en cada Zona Básica de Salud para garantizar con equidad la atención farmacéutica, sin impedir, y ello constituye la mayor novedad, el libre ejercicio profesional de los farmacéuticos. En función de la demanda y de sus iniciativas empresariales, éstos podrán abrir libremente oficinas de farmacia, lo que se pretende redundará en beneficio de los ciudadanos y de la atención farmacéutica a ellos encomendada.

e) En todo caso, la planificación que opera la Ley Foral de Atención Farmacéutica es conforme a los criterios a los que se refiere la citada Ley 16/1997, y se entiende compatible con el amparo legal al derecho de libre ejercicio profesional. Específicamente, se considera la distancia entre oficinas de farmacias como factor planificador, aunque se reduce a un parámetro mínimo de 150 metros.

f) La doble condición de las oficinas de farmacia como establecimientos privados de interés público se refleja en la Ley Foral de Atención Farmacéutica en la distinción de unas disposiciones de carácter general aplicables a todas las oficinas de farmacia, en cuanto a requisitos a cumplir para obtener la oportuna licencia de apertura, y de otras condiciones más específicas en relación al modo, manera y condiciones de prestación farmacéutica, y cuya concertación compete al Servicio Navarro de Salud como responsable de la gestión de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra.

g) Relacionado con lo anterior, la Ley Foral de Atención Farmacéutica establece el derecho a la concertación de los propietarios-titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público u otros establecimientos o servicios de atención farmacéutica en el ámbito de un Acuerdo Marco a través del cual el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea y los propietarios titulares de oficinas de farmacia concreten las condiciones de prestación del servicio farmacéutico a los ciudadanos. El Acuerdo Marco se mejorará en el seno de la Comisión de Atención Farmacéutica de Navarra, órgano de encuentro de todos los implicados en la prestación farmacéutica.

h) De este modo, y en consecuencia, la Comunidad Foral abandona un sistema de regulación y opta por un modelo de flexibilización planificada, en el marco constitucional vigente y en el ámbito de la legislación básica en la materia. Se hace eco de esta manera de algunas propuestas del Tribunal de Defensa de la Competencia y de las propias conclusiones de la ponencia farmacéutica

del Senado en el sentido de abordar cambios graduales que tiendan a una mayor flexibilización en la implantación de nuevas oficinas de farmacia. Pero ello se hace, como no podía ser de otra manera, en la garantía del interés público que se encomienda a los poderes públicos en materia de atención farmacéutica llevada a cabo por medio de una regulación planificada.

La ponencia parlamentaria que trató el texto finalmente aprobado llegó a un acuerdo casi unánime sobre las condiciones de planificación de las oficinas de farmacia. En el texto aprobado se plantea, por primera vez en España, la que podríamos entender como liberalización del sector farmacéutico, de manera que se eliminan las anteriores ventajas y privilegios para los farmacéuticos instalados. Como ya se ha apuntado, este nuevo modelo consiste en romper el esquema clásico de la "planificación de máximos", que limitaba el número de farmacias según el número de habitantes, y además las separaba con una distancia mínima de 250 metros. Esta planificación pretérita, por tanto, a la vez que impedía el acceso de nuevos profesionales al desempeño farmacéutico (puesto que no crece la población), generaba unas rentas cautivas de beneficios crecientes para los ya instalados. Además, se producía la evidente desvinculación del farmacéutico de los objetivos sanitarios de la población, al tener una clientela numéricamente fija y garantizada, y que le dejará sistemáticamente mayores ingresos puesto que crece el precio de lo dispensado. Indefectiblemente, la contingencia en un máximo del número total de farmacias tenía como consecuencia sanitaria perversa la ausencia del incentivo de la competitividad para lograr un mejor servicio a la población atendida.

Para completar el cuadro, el sistema precedente todavía permitía que no ocuparan las farmacias quienes fueran los mejores profesionales, sino los que hubieran tenido la suerte de heredar la farmacia familiar o acceder a un traspaso oneroso en cuantías cienmillonarias. De la misma manera, se permitía la persistencia estanca de farmacias de "primera", que se beneficiaban de rentas de posición, y farmacias de "segunda", aquellas que aparecen en el mapa planificador por colmatación, habitualmente en zonas rurales de menos de 700 habitantes.

¿Qué se planteó en Navarra a través de la Ley Foral de Atención Farmacéutica? Cambiar el modelo de planificación y sustituirlo por uno de "mínimos". La decisión parlamentaria quiso que la ley estableciera una red básica de farmacias que debían estar cubiertas para permitir la liberalización posterior, de manera que la administración garantizara la provisión de las zonas rurales y la equidad de los ciudadanos. Sólo una vez cubierta esa red de mínimos (red ya cubierta en la práctica, puesto que coincide con las farmacias ya existentes), se permite la libre instalación para hacer posible la existencia de tantas farmacias como necesidades evidencien los ciudadanos, al

tiempo que se reconoce un principio claramente constitucional de libre ejercicio profesional y de competitividad de un sector de componente mercantil.

Se pretende que con todo ello los pacientes adquieran una mayor capacidad de elección y obtengan recíprocamente una ventaja competitiva los buenos profesionales, y no necesariamente los afortunados herederos. Este sistema de planificación se complementa con la posibilidad de establecer conciertos selectivos, no canalizados a través del Colegio de Farmacéuticos, sino negociados con los distintos sectores profesionales, permitiendo un trato diferencial según sea la farmacia rural o urbana. En definitiva, con este nuevo modelo se garantiza la equidad, la libre iniciativa, se validan las capacidades profesionales sanitarias de los farmacéuticos y se evita la enorme injusticia social del acceso de los mismos a las farmacias.

El valor de la Atención Farmacéutica en relación con la nueva planificación.

La liberalización del sector, por tanto, no debiera entenderse como un fin en sí mismo, sino como un medio que permita a la sociedad y a los pacientes seleccionar mejor al mejor profesional, y terminar con un modelo de proteccionismo que de hecho asignaba población y distancia a la oficina de farmacia como modo de liberarla de no se sabe qué peligros. Hoy se da el caso de que el mejor farmacéutico del mundo no podría poner una farmacia en una capital, y eso no es algo que una sanidad moderna se pueda permitir. No se entiende, por ello, que si los farmacéuticos creyeran y confiaran en sus propias capacidades profesionales, al igual que lo hacen hoy día todos los demás sectores profesionales, no se vean llamados a hacer valer esas capacidades en un mercado menos regulado. ¿Alguien podría hoy pensar en limitar el número de dentistas o abogados, y proteger sus consultas o despachos separándolos por ley con un número determinado de metros de calle?

Alguien podría afirmar que la distribución territorial de las farmacias en nuestro país, con oficinas abiertas incluso en poblaciones de 300 habitantes, bien merece un régimen de planificación proteccionista. Dicho de otra manera, que el sistema regulado y planificado ya ofrece unos valores de equidad no alcanzables de otra manera. Hay una parte de razón en ello, y precisamente por eso la ponencia parlamentaria acepta una planificación de mínimos garantista de la equidad. Lo que no puede decirse es que la liberalización va a conllevar la eliminación de farmacias, como se argumenta que ocurrió en países como Chile. Desde luego, no nos podemos comparar con ese país americano, que ni siquiera dispone de un sistema nacional de salud como los europeos. ¿Porqué no hablamos mejor de lo que ocurre en países de nuestro entorno, como Alemania o Irlanda, donde las farmacias son libres

y ello no ha mermado la capacidad de los ciudadanos de disponer de ellas con calidad y en la cercanía?

Otro argumento que se opone habitualmente a la liberalización tiene que ver con la presunta inconveniencia de aplicar reglas del mercado a nada que se relacione con el medicamento. Escuchábamos esto, por ejemplo, cuando se recordó la posibilidad legal de aplicar descuentos del 10% en las especialidades farmacéuticas publicitarias que se anuncian, con grandes carteles, en las propias farmacias. El razonamiento es relativamente hipócrita. Ya existe un mercado vivo del medicamento, en todos los eslabones de la cadena que media entre su desarrollo y producción hasta su prescripción y consumo. Las empresas fabricantes buscan acuerdos con las distribuidoras, estas negocian descuentos con las anteriores, y en muchas ocasiones pertenecen a los propios farmacéuticos de oficina instalados. Además, las farmacias amplían su gama comercial a base de productos de venta exclusiva que se revisten de un valor presuntamente sanitario, aunque ello no sea siempre así. En definitiva, que en único punto de la cadena en el que se negaba la posibilidad de incorporar ese mercado es en el que afecta a los propios ciudadanos, pagadores finales de las billonarias rentas de la economía del medicamento.

Es curioso comprobar que precisamente quienes más hablan de la atención farmacéutica, del valor y el mérito de los profesionales de la farmacia tradicional, al final quieren sacar como conclusión que la única manera de auspiciar y defender esos valores sanitarios es precisamente limitando el número de personas que puedan ejercer como tales farmacéuticos. Pareciera que nos encontráramos ante una suerte de designación divina, más propia de los alquimistas, que no pudiera medirse en términos de competencia profesional con otros iguales y que no debiera estar regido por los mismos principios legales que los vigentes en otras profesiones.

De la intención legislativa a la realidad sanitaria.

Como ya se ha apuntado, Navarra es la primera comunidad de España que aborda la liberalización del sector farmacéutico, de acuerdo con un cambio en el modelo planificador de las oficinas de farmacia y el reconocimiento del principio de libertad de ejercicio profesional. Un cambio de estas características hace que sea difícil prever con exactitud los efectos que podamos presenciar en el futuro, y cómo las intenciones legislativas afectarán al servicio sanitario final al ciudadano encomendado a las propias farmacias.

La aceptabilidad constitucional del modelo planificador que auspicia la Ley Foral de Atención Farmacéutica ha quedado acreditada a través de los acuerdos de la Junta de Cooperación entre la Comunidad Foral de Navarra y el Estado, que son taxativos al refrendar la adecuación de la norma foral al cuerpo de constitucionalidad

previsto por el legislador básico en la Ley General de Sanidad y en la Ley del Medicamento. Contrasta este parecer con el que han merecido otros textos legislativos en la materia que se encuentran actualmente recurridos ante el Tribunal Constitucional.

Es evidente que este nuevo contexto de desempeño profesional va a modificar sustancialmente las condiciones de viabilidad de los establecimientos farmacéuticos, que dejan de someterse a una planificación que les asignaba un número de habitantes y unas distancias de separación mínimas, y que producía una limitación en el número máximo de farmacias autorizable y la consiguiente garantía de ingresos por ventas.

El nuevo marco competitivo de las farmacias ha de suponer un conjunto importante de mejoras en la atención farmacéutica y en la disponibilidad de estos establecimientos por parte de los ciudadanos. Desde el punto de vista profesional, las farmacias deberán enfrentar los retos de este nuevo marco de libertad de ejercicio y competencia profesional, de manera que no habrá una garantía tácita de ingresos o ventas. A tal efecto, debe valorarse la necesidad de que los profesionales de la farmacia se incorporen a este nuevo marco y encuentren la adecuada rentabilidad de sus establecimiento mediante la aportación de los valores profesionales de la atención farmacéutica, la atención personalizada, la aplicación de descuentos o la mejora en la atención continuada y los horarios de apertura al público.

Hasta el momento, la administración pública, aun ejerciendo su capacidad reglamentadora, se ha enfrentado a la imposibilidad de garantizar un concreto nivel de calidad sanitaria en las farmacias. Todas las actividades reguladoras se referían a cuestiones relevantes para asegurar el suministro y la atención, pero a la postre formales, como la llevanza de los libros de fármacos, las disponibilidades mínimas de medicamentos o los aspectos convenidos explícitamente en los correspondientes conciertos con los servicios de salud. Era y es de imposible regulación el aspecto actitudinal del desempeño farmacéutico, y que afecta a cuestiones tan importantes en la actualidad como el consejo sanitario, la eficiencia de la prestación farmacéutica o la personalización de la asistencia. La determinación de la oficina de farmacia como un establecimiento privado, pero de interés público sanitario, permitía y sigue permitiendo la existencia de un límite reglamentador, en la medida en que no pueden imponerse ni los mismos sistemas de gestión ni las mismas estructuras de control que en la organización sanitaria de titularidad pública.

Precisamente, en el marco actualmente consolidado de aseguramiento sanitario público, universal y de acceso equitativo, la demanda ciudadana se orienta cada vez más hacia la valoración de otros aspectos también fundamen-

tales, y que se están incorporando como principios rectores de la funcionalidad sanitaria. Esos principios emergentes tiene que ver principalmente con la calidad, la eficiencia basada en la efectividad y la corresponsabilidad. La interiorización -por parte de los ciudadanos y los responsables políticos- de estos valores está operando los cambios de los sistemas sanitarios en nuestro entorno, y las reformas que se incorporan tratan de mejorar las prestaciones y la accesibilidad de los servicios con la consideración de esos nuevos valores.

Como se apuntaba anteriormente, el sistema de dispensación farmacéutica no puede mantenerse ajeno a estas exigencias y valores emergentes, ni debe ser juzgado en su calidad y capacidad de adaptación a las nuevas demandas desde una óptica exclusivamente autárquica. Precisamente, cuando los pacientes piden al sistema sanitario público la atención a esos valores, y reclaman la continuidad en los cuidados y la personalización en la asistencia, las farmacias están llamadas a incorporarse a esas nuevas tendencias de la demanda y a acercarse funcionalmente a las directrices sanitarias actuales. Hoy son ya posibles distintos niveles de compenetración, como la cooperación con los equipos de atención primaria en la elaboración y seguimiento de planes terapéuticos personalizados, o la participación en las políticas preventivas o de consejo sanitario particularizado. No es desdeñable que, en el futuro, la sanidad encomiende a la farmacia un papel más activo en la puesta en marcha de actividades de intervención poblacional o salud preventiva. Hasta ahora, no era infrecuente encontrar opiniones que expresaban el distanciamiento entre el sector de la farmacia instalada y el resto de subsistemas sanitarios, en una realidad social cada vez más exigente con la integración de los distintos componentes asistenciales sanitarios. Precisamente por ello, había que remover los cimientos de una planificación poco propensa a la búsqueda de nuevas trayectorias.

Cabría preguntarse si la mera ampliación de las posibilidades de los profesionales por instalarse es capaz de mejorar los niveles de calidad del sistema farmacéutico tal y como lo hemos conocido hasta ahora. O si, por el contrario, el nuevo marco competitivo puede suponer la disminución de los umbrales de rentabilidad de los establecimientos hasta un límite en el que no se pueda garantizar una dispensación personalizada y de calidad. La respuesta a este interrogante sólo puede venir de analizar las potencialidades profesionales que entraña el desempeño del farmacéutico. Con seguridad, hay un enorme margen de ganancia en esa capacitación profesional, incorporando más valor añadido sanitario a una labor que también tiene un inevitable componente mercantil. Desde que se ha anunciado la liberalización del sector, no han faltado casos de sorprendidos (y agradecidos) ciudadanos a los que, por primera vez, su farmacéutico "de toda la

vida" les había ofrecido un seguimiento gratuito de los niveles de colesterolemia o de los planes terapéuticos propuestos por su médico. Será esta una manera de fidelizar clientes o de aportar conocimientos y valores sanitarios al paciente, pero en todo caso es una realidad que se comienza a conocer ahora y que probablemente permitirá marcar diferencias entre unos y otros profesionales. De la anécdota a la categoría, sí parece claro que la demanda de la población se va a expresar en el futuro en unos términos más exigentes y utilitaristas, y que la misma petición de integración de servicios y continuidad asistencial a la que tratan de dar respuesta las medidas de gestión sanitaria pública van a impregnar la actitud electora de los pacientes ante sus farmacéuticos.

Desde una perspectiva económica, hace falta introducir en la actitud de la botica una consideración más adecuada de las posibilidades de competir en precios y facilitar descuentos en el precio de venta de los medicamentos. No existe ninguna razón que lo imposibilite ni lo desaconseje. Por el contrario, hay normas explícitas sobre la posibilidad de aplicar descuentos del 10% en los precios de las especialidades publicitarias, sin que se conozca una sola farmacia que los aplique. No cabe alegar que esta práctica pueda inducir un sobreconsumo medicamentoso, y mucho menos cuando este se refiera a los medicamentos prescritos bajo receta de facultativo, porque la demanda de mercado no depende de la elasticidad del sistema de precios sino de la vivencia de una necesidad farmacológica, del paciente o de su médico. Sin embargo, sí es socialmente justificable el que la práctica de los descuentos pueda repercutir en la mayor aceptabilidad de las preferencias de los ciudadanos y en la subsiguiente elección como agentes de determinación de rentas. Ello es posible que ocurra, con seguridad, sin que merme la viabilidad económica general de los establecimientos, puesto que existen márgenes suficientes para abrir el juego del mercado sin arriesgar la sostenibilidad del sistema.

Por otra parte, el alcance reglamentario previsto en la propia Ley Foral de Atención Farmacéutica, y que desarrolla al detalle diversos componentes de la Atención Farmacéutica, se viene resolviendo dentro del ámbito que la misma prevé en la Comisión Foral de Atención Farmacéutica, órgano de encuentro entre la administración y el sector profesional, y que modifica la dinámica tradicional de asunción de esa representación exclusivamente por la organización colegial.

En el actual momento de tramitación de las solicitudes de apertura de farmacias, convendría destacar que el número de peticiones acogidas al principio de libre ejercicio profesional es muy inferior al que han visto otras Comunidades Autónomas tras ofrecer nuevos establecimientos en el sistema contingentado. Muy probablemente, la percepción de la nueva realidad mercantil y de

exigencia profesional ha operado ya el efecto de que sólo aquellos que se encuentran dispuestos a aportar su valor añadido profesional hayan solicitado su establecimiento, y este es, tal vez, el primer efecto positivo de la nueva legislación. El momento cero de puesta en funcionamiento de la Ley Foral de Atención Farmacéutica no ha estado ausente de una competencia defensiva de los ya instalados por buscar una mejor posición geográfica de sus establecimientos, y se ha incrementado considerablemente el número de traslados solicitados.

Para finalizar, tal vez debamos reflexionar lo relativo al nuevo marco en el que también va a tener que vin-

cularse la propia administración. Ésta, deberá centrar sus esfuerzos futuros en constituirse en un verdadero agente facilitador de la incorporación creciente de la Atención Farmacéutica, y en la mejora de los niveles de integración de este subsistema en el conjunto de la compleja actividad sanitaria. Deberá contribuir a la eficacia del nuevo mercado mediante la transparencia en el conocimiento recíproco de los intervinientes en el mismo, y deberá reorientar su capacidad reguladora desde su vertiente tradicionalmente panificadora hacia las nuevas posibilidades de mejora de la calidad en el sistema de dispensación y Atención Farmacéutica.

LA ACCIÓN DE REGRESO CONTRA LOS PROFESIONALES SANITARIOS

(Algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos)¹

Luis Martín Rebollo
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Cantabria

SUMARIO: I.- La responsabilidad personal del empleado público en el contexto del nuevo régimen de la responsabilidad de las Administraciones Públicas.- II. La acción de regreso: supuestos, requisitos y procedimiento de exigencia.- III. Algunas reflexiones sobre la responsabilidad en la actualidad.

I.- LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DEL EMPLEADO PÚBLICO EN EL CONTEXTO DEL NUEVO RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

1.- El tema de esta breve intervención “la acción de regreso contra los profesionales sanitarios (integrados en el seno de una Administración o un organismo de gestión de la Seguridad Social, se entiende)” ha de ponerse en relación y enmarcarse en el nuevo régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas derivado de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y su importante reforma llevada a cabo por la Ley 4/1999, teniendo en cuenta también la incidencia que desde el punto de vista procesal tiene la nueva Ley de la

jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio).

Hasta la entrada en vigor de estas dos normas, cuando se producía un daño derivado de la acción u omisión de una Administración o del personal a su servicio, aunque en teoría la reacción prevista en el Ordenamiento era que la víctima reaccionara frente a la Administración, en la práctica se podían producir también otras reacciones alternativas.

La posibilidad que el Ordenamiento ofrecía al dañado, y lo que la Ley pretendía que éste hiciera, era exigir la responsabilidad a la Administración. La responsabilidad pública, prevista en una norma específica “la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 1957” y separada de la regulación común de la responsabilidad extracontractual del Código Civil, era y es teóricamente más ventajosa para el dañado porque se trata de una responsabilidad objetiva en la que no hay que demostrar culpa o negligencia alguna sino únicamente la existencia de una lesión imputable causalmente a la Administración por el “funcionamiento de los servicios

¹ Texto de la intervención oral el 17 de noviembre de 2000, en el IX Congreso “Derecho y Salud”, celebrado en Sevilla bajo el genérico título “Cambios en el Derecho sanitario: ¿la respuesta adecuada?”. Respeto en lo fundamental el estilo informal de dicha intervención y reduzco, por ello, al mínimo el aparato de notas propio de otros trabajos académicos. En todo caso, la bibliografía sobre la responsabilidad administrativa es muy abundante y no cabe hacer ahora una relación mínimamente representativa. Por eso, con carácter general, remito, directamente, a dos trabajos míos y a las referencias allí indicadas: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica*, en el volumen monográfico dedicado a este tema de la Revista “Documentación Administrativa”, que yo mismo dirigí, núm. 237-238 (1994), págs. 11-104, y *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones*, en el número conmemorativo de sus 50 años de la “Revista de Administración Pública”, núm. 150 (1999), págs. 317-371. Más recientemente, destaco entre otros muchos valiosos trabajos, el excelente estudio de Eva DESDENTADO, *Reflexiones sobre el art. 141.1 de la Ley 30/1992 a la luz del análisis económico del Derecho*, “Revista Española de Derecho Administrativo”, núm. 108 (2000), págs. 533-563.

Para el tema de la acción de regreso, por todos, J. BARCELONA LLOP, *La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, “Revista Española de Derecho Administrativo”, núm. 105 (2000), págs. 37-57.

públicos”, interpretada esta expresión en un sentido genérico como equivalente a actividad administrativa. La Administración cubría y cubre, además, la actividad de sus empleados, de modo que la víctima lo que tenía que hacer era pedir la indemnización que procediera a la propia Administración y frente a la negativa de ésta interponer el correspondiente recurso contencioso-administrativo. El régimen sustantivo era, como acabo de decir, el de la responsabilidad objetiva, previsto hoy en los arts. 139 y siguientes de la mencionada Ley 30/1992; Ley que reemplaza “aunque en lo sustancial respeta” la regulación contemplada antes en los arts. 40 y ss. de la derogada y ya citada Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE).

Esta era la previsión normal. Pero no la única. La jurisdicción civil podía intervenir también y, de hecho, lo hacía a menudo asumiendo frecuentemente su propia competencia cuando los interesados acudían a ese orden jurisdiccional. Y ello a partir de dos datos fundamentales de la legislación hasta 1992 aplicable.

La normativa anterior excepcionaba el régimen general y posibilitaba el acceso a la jurisdicción civil, fundamentalmente, en dos supuestos: a) en el contemplado en el art. 41 LRJAE (cuando la Administración actuara en relaciones de Derecho privado); y b) en el caso del art. 43 LRJAE (cuando el daño procediera de la concreta actividad de un funcionario, mediando culpa o negligencia graves, y el dañado optara por dirigirse civilmente contra él y no contra la Administración).

La posibilidad de que la víctima reaccionara frente al causante personal del daño no era frecuente porque no sólo había que demostrar la existencia de culpa o negligencia “graves”, sino que, si al final prosperaba la demanda, lo más probable es que el demandante se encontrara con la insolvencia del autor del daño. De modo que no era una vía aconsejable, habida cuenta que, en vía administrativa, la Administración cubre, como he dicho, la acción del empleado.

Pero si no era frecuente encontrar demandas civiles contra el funcionario solo, no se podía decir lo mismo de las demandas conjuntas contra el funcionario y la Administración. O incluso de las demandas contra la Administración sola.

Es decir, funcionó de hecho, un sistema general de libre opción que no tenía encaje directo en los datos normativos.

¿Cómo fue esto posible?. Varias fueron las razones. En primer lugar, por un dato sociológico: la

jurisdicción civil era por lo común más rápida que la lentísima jurisdicción contencioso-administrativa, de modo que se trataba ya de una inicial razón de peso. La ventaja del carácter “objetivo” de la responsabilidad exigida en vía administrativa no quedaba del todo disminuida habida cuenta de la evolución de la jurisdicción civil desde la subjetividad de la culpa a una hacia una cierta objetividad en su interpretación.

Pero si esa era la razón sociológica, ello no explica del todo la intervención de la jurisdicción civil que, como he dicho, no era la querida por el legislador de 1957 para juzgar a la Administración y, en su caso, condenarla por los daños producidos por ella. Recuérdese que la jurisdicción civil sólo estaba prevista para cuando la Administración actuara en relaciones de Derecho privado (art. 41 LRJAE). Pues bien, lo que sucedió fue que la jurisdicción civil hizo una interpretación distinta de la efectuada por la jurisdicción contenciosa de la expresión “funcionamiento de los servicios públicos”. Los tribunales civiles solieron entender que todo lo que no fuera “actividad regular y continua formalizada” de la Administración era actividad privada, cubierta por el art. 41 LRJAE, y que, por lo tanto, se daba en tales supuestos el presupuesto de hecho de la exclusión de la jurisdicción contenciosa y resultaban competentes para conocer de las demandas que se les presentaban. El resultado fue que muchos asuntos que podían -y debían- ser conocidos por la jurisdicción contencioso-administrativa lo eran también por la jurisdicción civil. Y que supuestos similares se encuentren en los repertorios de ambos órdenes jurisdiccionales, el civil y el contencioso-administrativo.

Junto a ello destacó otra razón de los tribunales civiles para mantener su competencia: la pretensión de no dividir la contienda de la causa cuando se demandaba a la Administración conjuntamente con un tercero al que se le imputaba ser cocausante del daño. En tales circunstancias, la conclusión era sencilla: como el particular no podía ser demandado ante la jurisdicción contenciosa, bastaba demandar junto con la Administración a un particular más o menos relacionado con el daño “y con más razón si se trataba de un empleado público” para posibilitar la intervención de la jurisdicción civil.

2.- No es el momento de detenerse en las sólidas razones que avalaban la crítica a esta práctica jurisprudencial. Baste decir que es frente a este estado de cosas frente al que reacciona la Ley 30/1992. De un lado, derogando el art. 43 LRJAE, que, como he dicho, permitía al dañado dirigirse personalmente en vía civil contra el funcionario causante concreto del daño. De otro, imposibilitando con carácter general las demandas civiles

contra la Administración, bien sea sola o con un particular. De este modo “y aún más tras la Ley Jurisdiccional de 1998” cabe decir que la responsabilidad de la Administración ha de exigirse siempre en vía contenciosa.

La previsión se contiene, inicialmente, en los arts. 142.6 y 144 de la citada Ley 30/1992 y halla su correlato procesal en los arts. 2.c) de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, y 9. 4 de la Ley orgánica del Poder Judicial tras la reforma efectuada en ella por la LO 6/1998, de 13 de julio. Veámoslo.

El art. 142 citado se refiere al procedimiento de exigencia de la responsabilidad. Y en su apartado 6 dice: “La resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, *cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada*, de que derive, pone fin a la vía administrativa”.

Si también pone fin a la vía administrativa, y procede tras ella el acceso a la jurisdicción contenciosa, las resoluciones en los procedimientos de responsabilidad que deriven de una actividad *privada* “que era el presupuesto de la teóricamente excepcional intervención de la jurisdicción civil en la normativa anterior” ello significa que se está modificando la previsión anterior. Impresión que ratifica, definitivamente, el art. 144 de la misma Ley:

“Cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley”.

Los arts. 139 y siguientes se refieren, como es sabido, a la responsabilidad de la Administración por el funcionamiento de sus servicios públicos para cuya exigencia el art. 142 dispone que se solicitará al órgano superior de la Administración de que se trate (Ministro, Consejero, Alcalde, Presidente de organismo). Tras la eventual negativa procede acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa.

La solución de la Ley procedimental se refuerza con una previsión explícita de la nueva Ley Jurisdiccional de 13 de julio de 1998, que en su art. 2, de forma taxativa, dispone:

“El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: (...)

e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, *no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social.*”

El primer y más importante argumento de la jurisdicción civil para sostener su propia competencia -un distinto entendimiento de la expresión “funcionamiento de los servicios públicos” ha desaparecido, porque sea cual sea el concepto que al respecto se tenga, esto es, sea cual sea el tipo de actividad, pública o privada, de que derive la responsabilidad, es competente *siempre* la jurisdicción contencioso-administrativa. La Ley 30/1992 y luego la nueva Ley de la Jurisdicción no pueden ser al respecto más claras.

El último inciso, resaltado, del art. 2.e) LJ transcrito tiene gran importancia y hay que completarlo con la reforma llevada a cabo también por la Ley Orgánica 6/1998 en la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo art. 9.4 dice ahora que los tribunales del orden contencioso-administrativo:

“conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional”.

La intención es clara: cegar las posibilidades de actuación de la jurisdicción civil y, en consecuencia, invalidar legalmente el otro argumento que le quedaba a la jurisdicción civil para declararse competente: no dividir la contienda de la causa. La acumulación de acciones para demandar civilmente a la Administración queda excluida y está claro ahora que el juez civil es *siempre* incompetente para conocer de una acción de este tipo frente a la Administración.

3.- Así, pues, en la actualidad la vía civil ha dejado de tener importancia. Lo mismo cabe decir, tras la Ley Jurisdiccional de 1998, de la vía social. Recuérdese, en efecto, el último inciso del art. 2.e).

Y es que la jurisdicción social se había declarado competente en ocasiones para conocer de

reclamaciones de responsabilidad derivadas de daños producidos a pacientes ingresados en instituciones sanitarias de la Seguridad Social por entender que, en tales casos, se estaba en presencia de pleitos "en materia de seguridad social" y, como tales, de competencia de la jurisdicción laboral, conforme a lo dispuesto en el Texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por RD legislativo 2/1995, de 7 de abril. Se trataría □según algún sector doctrinal□ de conflictos derivados de una actividad de prestación dentro de la cual habría que incluir las consecuencias lesivas de la *no prestación* o de la *defectuosa prestación*. Véase, en este sentido,² la STS de 5 de junio de 1991, con cita de otras anteriores.

Incluso tras la Ley 30/1992, que, como he dicho, unifica el fuero jurisdiccional, cuando la cuestión parecía zanjada por el Auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1994 (Arz. 7998), una nueva Sentencia de la Sala 4ª del TS, de 10 de julio de 1995 (Arz. 5488), cuya doctrina fue más tarde reiterada por otras (SSTS de 24 de junio y 19 de diciembre 1996), volvió al planteamiento tradicional: la jurisdicción social mantenía su competencia, aunque en esta ocasión con cinco votos particulares discrepantes a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa.

A mi juicio, no había ya en esas fechas fundamento para mantener la competencia de la jurisdicción social, Y es que en estos casos no se trata propiamente de asuntos de Seguridad Social porque no son ni pueden ser lo mismo los conflictos sobre prestaciones del sistema y las consecuencias lesivas derivadas de la integración de la víctima (sea asegurado o no) en un servicio público gestionado y prestado por un ente público. Cuando la acción sanitaria pública se ha generalizado sería un contrasentido que se predicara de dos jurisdicciones diferentes el conflicto suscitado por dos personas lesionadas en el seno del mismo sistema dependiendo de que una fuera usuario asegurado y cubierto por el régimen de la Seguridad Social y la otra no. Por otra parte, el criterio del ámbito de la jurisdicción contenciosa se basa en una perspectiva subjetiva: los daños producidos por las Administraciones Públicas. Los asuntos de que en general conoce dicha jurisdicción son las cuestiones que se deducen de los actos de la Administración, perspectiva subjetiva que se excepciona por razón del objeto respecto de aquellos asuntos que "aunque relacionados con actos de la Administración Pública, se atribuyan por una Ley a la jurisdicción social"

² Cfr., en detalle, sobre los razonamientos acerca de la competencia, Jesús MERCADER UGUINA, Delimitación de competencias entre el orden social y el contencioso-administrativo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 104 ss.

[art. 2.a) LJ-56 y, en términos similares, art. 3.a) LJ de 1998]. Por tanto, el criterio interpretativo de las cuestiones "en materia de Seguridad Social" a que hace referencia la Ley de Procedimiento Laboral debía ser □al menos en este ámbito□ restrictivo. En todo caso y para evitar nuevos equívocos la Ley Jurisdiccional de 1998 zanja definitivamente el problema. Su art. 2.e), en efecto, precisa, como ya he señalado, que la Administración no puede ser demandada "por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o *social*".

4.- Si no era posible demandar civilmente a la Administración, ni sola ni junto con un tercero participe en la producción del daño, quedaba solamente por cegar la posibilidad de que la víctima pudiera demandar civilmente al empleado (funcionario, laboral, personal estatutario). No sería algo frecuente, porque en tal caso "ya se ha dicho" hacía falta demostrar la existencia de culpa o negligencia "graves". Pero era teóricamente posible. De modo que la Ley 30/1992 decidió suprimir la posibilidad por el expediente de derogar el viejo art. 43 LRJAE que posibilitaba esa opción. Tras la citada Ley parecía que no era posible ya demandar al empleado causante del daño aisladamente, pero se siguió admitiendo la demanda civil siempre que se demandara también a la Administración. Imposibilitada esta posibilidad como hemos indicado ya no quedaba sino concretar que en ningún caso era posible la demanda civil contra el empleado solo. Y eso es lo que hace la Ley 4/1999, de reforma de la Ley 30/1992, cuyo artículo 145 queda ahora redactado en los siguientes términos:

" Art. 145. Exigencia de responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas.

1. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este Título, 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 de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.

Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones

públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.

3. Asimismo, la Administración instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves.

4. La resolución declaratoria de responsabilidad pondrá fin a la vía administrativa.

5. Lo dispuesto en los párrafos anteriores, se entenderá sin perjuicio de pasar, si procede, el tanto de culpa a los Tribunales competentes”.

5.- A partir de la entrada en vigor de estas dos normas la responsabilidad de la Administración o de sus empleados ha de exigirse siempre a la primera. Y ha de hacer en vía administrativa y, en su caso, contencioso-administrativa. De modo que, en adelante, no cabrán ya demandas civiles contra la Administración, ni sola, ni en demandas conjuntas con un particular. No cabrán tampoco demandas civiles contra el funcionario solo. Y, lo que seguramente es más importante, tampoco procederán las demandas conjuntas contra la Administración y el funcionario. Se pretende la unificación sustantiva y procesal en vía administrativa y, en su caso, en sede contencioso-administrativa.

Después de estas reformas debería quedar definitivamente claro que ni caben demandas civiles directas contra el personal sanitario de la Seguridad Social, ni tampoco caben demandas civiles conjuntas contra la Administración (Insalud o ente autonómico competente) y contra el personal médico y sanitario, que antes era la vía más frecuente de exigencia de la responsabilidad. Tampoco caben demandas contencioso-administrativas en las que se pretenda reclamar la responsabilidad de la Administración y del funcionario.

Ya no es posible, en efecto, la opción del dañado de dirigirse civilmente contra el funcionario personalmente causante del daño. Así se deduce, como se ha indicado, de la propia Ley 30/1992, en cuyo art. 145, bajo la rúbrica "exigencia de responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas", sólo se contempla la exigencia de dicha responsabilidad a la Administración. La Ley 4/1999, de reforma de esta Ley, es explícita en su Exposición de Motivos al recordar que desaparece toda referencia a la responsabilidad civil del funcionario "clarificando el régimen instaurado por la Ley 30/1992 de exigencia directa de responsabilidad de la Administración". En concordancia con ello y para evitar

cualquier equívoco, se deroga la vieja Ley de 5 de abril de 1904, relativa a la responsabilidad civil de los funcionarios, que, no obstante su teórica vigencia, había caído completamente en desuso.

La situación parece, pues, clarificada y tiene gran lógica. Piénsese que, de admitirse que el dañado pudiera dirigirse directamente contra el funcionario, la responsabilidad civil de éste ya no estaría limitada, como antes, a los supuestos de culpa o negligencia graves, habida cuenta que el art. 43 de la LRJAE, que era donde se establecía esa limitación, ha sido derogado por esta misma Ley 30/1992 y no existe otro de similar contenido. De admitirse la opción de la demanda civil contra el funcionario, éste respondería no sólo por culpa o negligencia graves, sino también por culpa o negligencia leves, en los términos previstos con carácter general en el art. 1902 CC. Resultaría entonces que respondería más intensamente frente al dañado que frente a la Administración en vía de regreso, porque en esta vía (art. 145.2) es condición de ejercicio de esa acción la existencia, justamente, de dolo, culpa o negligencia grave del funcionario. Se trata, pues, de garantizar, al mismo tiempo, la indemnización del dañado "pues la Administración responde en todo caso, cubriendo la actividad del funcionario" y de proteger al funcionario, para que sólo responda personalmente en casos de culpa grave y en vía de regreso, que tras la reforma de 1999 resulta obligada (art. 145.2: "exigirá").

Va de suyo, tras todo lo que se ha dicho, que no cabe tampoco demandar en vía civil al funcionario *junto* con la Administración, hipótesis frecuente, por ejemplo, en el caso de daños sanitarios, donde se demandaba civilmente al cirujano, al jefe de servicio, al director del hospital y al Insalud. Y que es lo que expresa y definitivamente niega también la nueva Ley Jurisdiccional de 1998.

Así, pues, la jurisdicción civil debe declararse incompetente también tanto si se demanda aisladamente al funcionario como si se le demanda conjuntamente con la Administración. No cabe ni siquiera en el caso de daños producidos en centros sanitarios concertados con ocasión de la asistencia sanitaria (Disp. Adic. 12 de Ley 30/1992, añadida por Ley 4/1999), cuestión ésta quizá más discutible porque, al incluir a los centros privados

³ La citada Disposición dice así: "La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo, en todo caso".

concertados el tema conecta con el tema de los concesionarios. Si estos parece que sí pueden ser demandados civilmente, a tenor de lo que dispone el art. 97 de la Ley de Contratos (RD legislativo 2/2000, de 16 de junio), el precepto señalado podría, quizá, entenderse aplicable sólo para cuando el dañado demande a la Administración titular del servicio.

6.- En resumidas cuentas y sintéticamente lo que la nueva regulación pretende es:

- proteger inicialmente al funcionario causante personal del daño.
- obligar al dañado a reclamar en vía administrativa la responsabilidad del funcionario ante la Administración -y solo ante ella-, recurriendo la eventual negativa ante la jurisdicción contenciosa.
- impedir que los tribunales civiles se pronuncien sobre la eventual responsabilidad del funcionario; e
- impedir también que los tribunales civiles se pronuncien sobre la responsabilidad de la Administración (para lo cual ésta *nunca* podrá ser demandada en dicha vía, ni sola ni con terceros).

En estas circunstancias, ¿hay algún supuesto en el que el personal sanitario pueda responder *personalmente*?

7.- La pregunta que nos hacíamos en el apartado anterior debe responderse afirmativamente. Hay, sí, algún supuesto en el que, a pesar de todo, el empleado responde personalmente, aunque no siempre de forma directa. ¿Cuáles son estos supuestos?. Apuntaré 3 posibilidades:

- a) Cuando el daño derive de una relación estrictamente privada y ajena por completo al servicio sí cabrá la demanda civil.
- b) Cuando el daño se haya producido mediando un delito y exista una condena penal que conlleve la condena civil. Es el supuesto más importante, seguramente.
- c) Finalmente -y es lo que importa, sobre todo, ahora- cuando la Administración haya pagado al dañado en vía administrativa o contencioso-administrativa y ejerza contra el personalmente culpable la acción de regreso.

7.- No hay problemas en el primer caso: se trata de la actividad desconectada y ajena a la Administración. Ese es el presupuesto. No hay imputación a la Administración porque el funcionario, en tales casos, nada tiene que ver con el servicio. Es una persona privada más y, en consecuencia, se aplicarían las previsiones comunes de la responsabilidad contenidas en el art. 1902 del Código Civil. No es necesario insistir en el tema cuya única problemática relevante en este momento apuntaría a la identificación del punto de partida mismo: la actividad privada y desconectada del servicio; cuestión que a veces apunta a la relación de causalidad o al tipo de imputación, y que no siempre será pacífica. Pero, prescindiendo de ello, no hay teóricamente problemas para admitir la responsabilidad civil del empleado.

No puede decirse lo mismo si hay un delito. Esto es, el supuesto del apartado b) anterior.

Si hay delito, en efecto, la cuestión varía. Aquí sí cabe la condena civil subsiguiente a la penal. En efecto, cuando el daño se produzca mediando una actividad delictiva de una autoridad o funcionario que es procesado y condenado por ello, la Administración aparece como responsable, pero sólo de forma *subsidiaria, en ausencia o insolvencia del causante*

El requisito previo es la condena penal del personal médico por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos. En tales casos la responsabilidad de las Administraciones Públicas (art. 121 del Código Penal) será *subsidiaria* y no directa, como proponía el inicial Proyecto de Código Penal de 1992. En tales circunstancias no se evitan al productor del daño todo género de inconvenientes. Y, a mi juicio, se trata de una solución criticable por cuanto la naturaleza de esa responsabilidad es la misma que cuando la Administración cubre directamente en vía administrativa, y sin perjuicio de la acción de regreso, una actividad dañosa (aunque no delictiva) del funcionario.

El Código Penal no menciona las faltas. Es decir, afirma que la responsabilidad subsidiaria de la Administración lo es sólo por "los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos" de las autoridades y funcionarios. Este "olvido" de las faltas no era un olvido. Pretendía y pretende que los tribunales penales no pudieran pronunciarse sobre la responsabilidad civil de la Administración en casos de condena penal por faltas, para evitar que, ante la destacada lentitud de la justicia administrativa, se utilizara torticeramente la vía penal para lograr, en breve plazo, no tanto una condena penal cuanto una indemnización patrimonial. Los propios tribunales

apuraban a veces la calificación de una conducta como constitutiva de falta (de imprudencia, normalmente), para hacer derivar la responsabilidad civil y evitarle al dañado otro pleito, lo que se ha denominado el peregrinaje jurisdiccional. La omisión de la referencia a las faltas trataría en cierto modo de proteger más a los funcionarios, en el sentido de desincentivar el uso de la vía penal con el exclusivo fin de obtener una condena indemnizatoria.

Sin embargo, aunque ese laudable propósito pueda ser compartido, el fundamento y la naturaleza de la responsabilidad de la Administración es la misma cuando cubre la actividad delictiva del funcionario que cuando lo hace sin mediar delito alguno. Por eso y para evitar el segundo pleito (en la vía administrativa y contencioso-administrativa) que sería necesario entablar a partir de la condena penal por falta, hay ya alguna sentencia que ha hecho una interpretación expansiva de la expresión *delito* (incluyendo en él a las faltas), para permitir la condena civil subsidiaria subsiguiente a una condena penal por falta. En tal sentido se pronuncia la STS, Sala 2ª, de 11 de enero de 1997 (Arz. 1127), cuya doctrina merece la pena retener brevemente.

Después de pasar revista a los antecedentes del art. 121, que "corona los zigzagueantes trabajos prelegislativos desde el Proyecto de 1980", el FJ 7 dice así:

"el silencio de este artículo 121.1 sobre las faltas no implica necesariamente su exclusión a efectos de la responsabilidad civil subsidiaria por tales infracciones criminales leves. El nuevo Código Penal, al igual que los anteriores ofrece numerosas muestras de utilización del vocablo "delito" como sinónimo de infracción criminal. (...) En igual dirección cabe aducir el argumento de que, si ahora se incluyen de modo expreso los delitos culposos, con más razón deben incluirse también "desde la perspectiva de la responsabilidad subsidiaria" las faltas dolosas que pueden ocasionar mayores daños y perjuicios". Concluye afirmando que la exégesis deberá practicarse precepto por precepto y teniendo en cuenta que "no se está en presencia de disposiciones penales (aunque se ubiquen en el Código Penal), sino de un artículo de naturaleza civil, lo que permite una interpretación extensiva, conforme a la línea seguida por el Tribunal Supremo para objetivar al máximo esa responsabilidad civil (...). No sería por tanto incorrecta la exégesis favorable al entendimiento amplio del vocablo "delito" en el art. 121 del Código de 1995."

8.- Finalmente, está el supuesto de la acción de regreso, esto es, la exigencia de responsabilidad personal al funcionario causante del daño por parte de la Administración cuando ésta haya pagado al dañado en vía administrativa o contencioso-administrativa. El requisito es que los daños se deriven de culpa o negligencia *grave* del personal. Pero la Ley 4/1999, de reforma de la Ley 30/1992, incorpora una novedad sustancial: dicha responsabilidad, dicha acción de regreso se "exigirá *de oficio*" (y ya no se "podrá exigir", como decía antes la versión anterior).

El ejercicio de esta responsabilidad parte del presupuesto de un expediente administrativo, que regula el RD 429/1993, de 26 de marzo, y sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal.

La novedad, pues, es que el ejercicio de la acción de regreso se convierte teóricamente en obligatorio. Tan bienintencionado propósito choca, sin embargo, con algunas graves dificultades y con una tradición que hace que la citada acción -cuando no era obligada- apenas haya sido utilizada.

II.- LA ACCIÓN DE REGRESO: SUPUESTOS, REQUISITOS Y PROCEDIMIENTO DE EXIGENCIA.

Veamos, pues, los supuestos y requisitos de la acción de regreso.

La posibilidad de que la Administración que ha pagado repercuta contra el funcionario responsable ha existido siempre y así se contempla ahora en la nueva regulación de la Ley 30/1992: el ya citado art. 145.2.

Se trata de un elemento compensador de un sistema muy generoso de responsabilidad pública, que protege a la víctima, pero que "de no prever la acción de regreso" dejaría impune al causante personal, perpetuando así las condiciones que dieron lugar al daño y al subsiguiente gasto público.

Ahora bien, es muy difícil poner en marcha el mecanismo de la acción de regreso. Apenas hay ejemplos y apenas cabe ejemplificar con datos extraídos de los repertorios jurisprudenciales. A pesar de ello, hay que explicar cómo funciona, más en la teoría que en la práctica, una previsión que la nueva normativa impone ya no como una posibilidad sino como una obligación.

La previsión, como he dicho, se halla en el reproducido art. 145.2 de la Ley 30/1992:

“2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.

Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso”.

El precepto se refiere a cualquier empleado público, se halle ligado a la Administración por vínculos funcionariales, estatutarios o laborales⁴. Y parece que obliga a la Administración a exigir las responsabilidades personal de sus empleados si se dan las circunstancias o presupuestos de hecho de la norma. Esa es la gran novedad de la reforma de 1999: que convierte en obligado lo que antes era, únicamente, potestativo. En tal sentido se pronuncian todos los autores que han comentado la reforma llevada a cabo por la Ley 4/1999 y así también lo apunta el Consejo de Estado que, en su Dictamen de 22 de enero de 1998 a propósito de la reforma, habla justamente de la pretensión de “dar efectividad” a una previsión hasta entonces realmente inédita.

Ahora bien, el hecho de que ahora se diga que la Administración “exigirá de oficio” la responsabilidad en vez de la expresión anterior (“podrá exigir”) no significa necesariamente un cambio radical. Primero, porque si la Administración está vinculada a la Ley la aparente discrecionalidad del término “podrá” podría interpretarse como una obligación si existía constancia de las circunstancias previstas en la norma. En tal sentido se pronuncia J. González Pérez⁵. Sería algo equivalente al “podrá” del viejo art. 109 de la derogada Ley de Procedimiento Administrativo que la doctrina interpretó como “deberá”. De modo que se entendía que aquí también, como en la máxima ética, si la Administración puede, debe. El precepto no arbitraría una posibilidad, sino que atribuiría una potestad, que la Administración no tendría sin esa previsión.

Pero, dejando esa interpretación de lado, el hecho cierto es que, como ya se ha dicho, toda la doctrina alude a la novedad que ha significado la Ley 4/1999 en este punto. Ahora bien, ¿realmente se trata de un cambio radical en la práctica aplicativa?, ¿hay mecanismos para imponerlo?. En definitiva, ¿cómo obligar a la Administración a poner en marcha la acción de regreso si no quiere?. Es difícil. Sería preciso admitir una legitimación para acceder a la jurisdicción contenciosa tras la desestimación de una solicitud en tal sentido. Pero, habida cuenta que no hay acción popular, sino que hace falta un interés legítimo privado que defender, la legitimación se convierte en un obstáculo procesal que impide o dificulta mucho el cumplimiento de la previsión legal⁶.

En todo caso, el ejercicio de la acción presupone dos requisitos: a) que la víctima haya sido indemnizada ya por la Administración que ejercer la acción de regreso; y b) que el causante directo del daño haya actuado mediando “dolo, o culpa o negligencia graves”.

El primer requisito parte de la base de que la víctima se ha dirigido a la Administración responsable del servicio y ha obtenido de ella una indemnización, bien de forma voluntaria tras el correspondiente expediente administrativo, bien tras una condena de la jurisdicción contenciosa a la que el dañado acude impugnando el acto, expreso o presunto, denegatorio. Pero se plantea el problema de saber si la Administración puede ejercitar la acción de regreso si la previa condena al pago procede de una Sentencia penal en la que aquélla sea declarada responsable civil subsidiaria (art. 121 CP). La respuesta parece que debe ser positiva, habida cuenta que la Ley no prejuzga el orden jurisdiccional en el que ha sido condenada a indemnizar a la Administración⁷. En el mismo sentido, también, J. Barcelona.

El segundo requisito hace referencia al dolo, culpa o negligencia graves con que debe haber obrado el causante del daño. La norma, como ya sucedía antes, incorpora un “plus” de protección del empleado, que sólo responde en caso de dolo, culpa o negligencia, que además han de ser “graves”. La finalidad de esta limitación es obvia. Se trata de proteger al empleado por los errores o imprudencias que cometa, que son asumidos por la Administración que paga al dañado. Pero no hasta

⁴ En el mismo sentido, J. BARCELONA, *La acción de regreso...*, cit., pág. 41.

⁵ Cfr. *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Madrid, 2000, pág. 521.

⁶ En tal sentido, también, J.L. de la VALLINA, *Responsabilidad de autoridades, funcionarios y agentes de la Administración*, en el volumen, dirigido por J.L. Martínez López-Muñoz y A. Calonge, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos (III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, M. Pons, Madrid, 1999, pág. 524, n.69.

⁷ Cfr. *La acción de regreso...*, cit., pág. 49.

el punto de cubrir el daño intencionado o la impericia grave.

Con todo, la Ley señala que se tendrán en cuenta criterios de ponderación a la hora de exigir la responsabilidad y cita, entre otros, “el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso” (art. 145.2).

La mera existencia de estos criterios de ponderación matiza también la pretendida obligatoriedad del ejercicio de la acción de regreso a que antes me refería. Y ello porque si el resultado dañoso no es singularmente grave, no ha habido intencionalidad o no se puede afirmar la responsabilidad profesional, el expediente puede acabar en la exoneración personal. Se comprenderá, entonces, el gran margen de apreciación que existe a la hora de determinar esos parámetros de referencia cuando no viene en la norma. Y, más aún, a la hora de apreciar la “gravedad” de la culpa o la negligencia profesional.

El resultado último del ejercicio de la acción de regreso no implica necesariamente que la Administración deba exigir la cuantía exacta de lo que ella pagó previamente al dañado. Nada impide una repercusión parcial, esto es, nada impide considerar que parte del daño es imputable personalmente a la actividad gravemente negligente del empleado. Pues bien, en tal caso, sólo respecto de esa parte se podrá exigir la acción de regreso, lo que en la práctica se traducirá en la cuantía. Téngase en cuenta -como señala J. Barcelona- que la responsabilidad patrimonial de la Administración tiene una función distinta de la atribuible a la acción de regreso, a la que es ajena la noción de garantía de la víctima.

El procedimiento de exigencia de la responsabilidad en vía de regreso se contiene en los arts. 20 y 21 del RD 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad.

Se trata de un procedimiento administrativo que podrá inicial “el órgano competente” de la Administración que realizó previamente el pago de la indemnización, que debe entenderse es el órgano superior del organismo de que se trate. El acuerdo se notificará a los interesados y contendrá los motivos que justifican el procedimiento, concediendo un plazo de quince días para que aquéllos aporten “cuantos documentos, informa-

ciones y pruebas estimen convenientes”. El art. 21.2 del RD 49/1993 precisa que “en todo caso, se solicitará informe al servicio en cuyo funcionamiento se haya ocasionado la presunta lesión indemnizable”. Practicadas las pruebas pertinentes en un plazo de otros quince días “las propuestas por el interesado o las que el órgano competente estime oportunas” el procedimiento termina no sin antes haber vuelto a ponerlo de manifiesto al interesado por plazo de diez días para formular alegaciones. Tras ese último trámite se redactará propuesta de resolución y “el órgano competente resolverá en el plazo máximo de cinco días” (art. 21.6 RD 49/1993). La resolución declaratoria de responsabilidad podrá fin a la vía administrativa y contra la misma cabrá interponer, claro es, el recurso contencioso-administrativo, previa reposición potestativa.

En el recurso contencioso subsiguiente a la resolución inculpatória el afectado podrá discutir el quantum indemnizatorio. Puesto que sólo indemniza por los daños vinculados a su concreta actividad gravemente lesiva, nada impide que el empleado trate de desvincular el montante de la responsabilidad que le es exigida de su concreta y personal actividad. Sobre todo en los casos en los que la Administración ponga en marcha la acción de regreso después de haber pagado *voluntariamente*, esto es, en vía administrativa, lo reclamado por la víctima.

La Ley no establece el plazo que tiene la Administración para activar la acción de regreso. Ante esa ausencia se han manifestado varias posturas. Para unos, el plazo es de un año, “en aplicación de las reglas generales sobre acción para exigir la responsabilidad civil”, a partir del pago, que es el presupuesto de hecho necesario. Para otros, se puede estar al plazo de cinco años que establece la Ley General Presupuestaria para la prescripción de los derechos de la Hacienda Pública al considerar que no se trata de un supuesto de responsabilidad propiamente sino de un caso de derecho de crédito de la Administración¹⁰. Por mi parte, entiendo que éste es un plazo excesivo, que no es coherente con las necesidades de una buena administración porque no se puede tener pendiente a un funcionario de la iniciación de una eventual acción de regreso tres o cuatro años después de que la Administración haya pagado. No digamos ya si en medio se ha producido un cambio político derivado de un proceso electoral. Por ello, entiendo que, aun habiendo argumentos para sostener que desde la perspectiva de la Administración se trata de un derecho

⁹ En tal sentido, J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 527.

¹⁰ En tal sentido, J. L. DE LA VALLINA, *Responsabilidad de autoridades...*, cit., pág. 526 s. J. BARCELONA, que cita también a DE LA VALLINA, parece inclinarse por ese mismo plazo de cinco años. Cfr. *La acción de regreso...*, cit., pág. 56.

⁸ Op. cit., pág. 55.

de crédito que se pretende ejercitar, desde la óptica del empleado se trata, justamente de un supuesto de responsabilidad. Por eso, creo que hay que descartar el plazo de cinco años. Habrá que estar al plazo común de un año previsto para todos los supuestos de responsabilidad; plazo que, desde la perspectiva de la gestión del personal, probablemente es también excesivo. De ahí que no resulte impertinente una previsión normativa expresa.

III. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD EN LA ACTUALIDAD.

La acción de regreso está prácticamente inédita entre nosotros y es posible que, a pesar de los bienintencionados propósitos de la reforma de la Ley 30/1992, lo siga estando. Pero que esto sea así no nos debe llevarnos a olvidar algunos de los problemas que hoy se plantean a propósito de la responsabilidad pública (y la de sus empleados). En particular, en el caso del personal sanitario vinculados a las instituciones de la Seguridad Social.

Se trata de un mundo apasionante que supera lo técnico, pero que hace del Derecho algo más que el simple juego de la interpretación formal. Porque, por ejemplo, si la responsabilidad incide en la gestión futura de los servicios, si supone incorporar ese dato a sus costes, si debe estar en relación con las dimensiones del sistema financiero, si tiene una proyección política, a lo mejor es necesario optar. Y esa opción no es técnica sino política. Opciones sobre la intervención pública, sobre la política funcional, los modos de gestión, la implantación de los servicios, las previsiones contables...

Seguramente hay que introducir también un elemento de índole patrimonial a tener en cuenta a la hora de implantar un servicio y considerar la eventual responsabilidad como un coste financiero previsto y calculable. Quizá hay que postular un cambio en la manera de legislar, pasando de un Parlamento que "habilita" a un Legislativo que obliga y fija pautas o criterios mínimos de actuación.

Hay, pues, en todo sistema de responsabilidad elementos políticos que, aunque no sean explícitos, conviene no perder de vista para adecuar el mecanismo previsto a los fines que efectivamente se pretenden. Algunos de esos fines deben ser aflorados para introducir coherencia en la actuación administrativa, pero también en las demandas ciudadanas, de modo que no se les pidan a los Poderes públicos acciones contradictorias. Por ejemplo, abstenerse de vigilar y controlar la actividad

civil y, al mismo tiempo, solicitar la ayuda o la responsabilidad por omisión cuando se producen daños derivados de esa misma actividad privada.

De ahí el significado central de la responsabilidad en la concepción constitucional de las Administraciones Públicas. De ahí también que, a mi juicio, el régimen de dicha responsabilidad no deba equipararse o confundirse con un sistema de asistencia social universal. Si se confunde, el resultado será más inseguridad y el correlato de que o no se aplicará el régimen resarcitorio con todas sus consecuencias o, de aplicarse, puede cuestionar sus propios condicionantes económicos. El sistema asistencial es diferente del régimen de responsabilidad, aunque mantenga con él una relación de vasos comunicantes: a más seguridad social, menos espacio cubre la responsabilidad.

Hay, pues, un ancho campo para la reflexión y el pensamiento. Y entre ese vasto mundo de dudas y certezas introduzco también, para acabar, un problema social, lo que el ensayista y filósofo Pascal BRUCKNER ha denominado "la tentación de la inocencia"¹¹. Pretender endosar la reparación de todos los males a un "tótem" estatal poderoso y malvado, al mismo tiempo que se reclama el repliegue total de dicho Estado. La contradicción latente en la pretensión de una desregulación de las actividades y la aplicación de una consecuencia de las ideas intervencionistas¹².

La inocencia y victimización del yo, frente a la responsabilidad universal del otro. Una curiosa paradoja en la que continuamente nos hemos instalado.

Pero si no cabe defender al mismo tiempo una proposición y su contraria, tampoco es posible aislar la cuestión de la responsabilidad del contexto social o, por lo que hace a nuestro tema, de la política funcional.

A este propósito, el libro de P. BRUCKNER que acabo de citar comienza con cita de Céline que el autor luego critica vivamente: "Todos los demás son culpables, salvo yo". Y, más allá, aparece esta reflexión del propio autor: "Si basta con que a uno le traten de víctima para

¹¹ Ese es el título de un, a mi juicio, muy interesante libro del citado autor, P. BRUCKNER, *La tentación de la inocencia*, Anagrama, Barcelona, 1996. La edición francesa (*La tentation de l'innocence*) es de 1995. Véase, en especial, su segunda parte, bajo el rótulo genérico "Una sed de persecución", y, en particular, el capítulo titulado "La elección a través del sufrimiento", págs. 117-148.

¹² Recuerdo ahora en este sentido una frase de Paul DUEZ que citó Jesús Leguina hace muchos años: "La responsabilidad del poder público es hija del tiempo de las ideas intervencionistas" (cfr. *La responsabilité de la puissance publique*, París, 1938, pág. 9, citado por J. LEGUINA, *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, Madrid, 1970, pág. 30).

tener razón, todo el mundo se esforzará por ocupar esa posición gratificante"¹³. Más adelante, después de apuntar la idea de que en muchas ocasiones más que de encontrar un daño se trata de hallar un patrimonio solvente al que imputarle aquél, por remota que sea la relación, ejemplifica alguno de los temas tratados en uno de los ámbitos más sensibles, el que ahora nos ocupa, esto es, el ámbito sanitario. Y a propósito de ese mundo tan sensible, pero al mismo tiempo tan gráfico a la hora de experimentar las cuestiones de responsabilidad, dice el autor al que me vengo refiriendo: "En el ámbito de la salud, por ejemplo, ¿qué queda de la noción de riesgo "el azar de contraer un mal con la esperanza, si salimos de él, de obtener un bien' (Condillac)" si toda eventualidad terapéutica ha de dar paso al derecho a una indemnización sistemática? ¿Cómo iniciar un tratamiento de alto riesgo si el enfermo instruye una demanda judicial en cuanto aparece la más mínima secuela o efecto negativo? ¿Cómo conciliar la obligación de los medios, la preocupación del paciente y la posibilidad de la innovación? ¿Cómo evitar la aparición de una medicina defensiva en la que el temor al litigio llevaría a renunciar a las técnicas punteras que implicaran algún peligro al particular o provocaría una disminución de determinadas vocaciones (como anestelistas, reanimadores, cirujanos)? ¿Cómo, resumiendo, evitar una situación a la americana en la que el elevadísimo costo de las pólizas de seguros para los obstetras, expuestos a demandas judiciales de todo tipo, dispara el precio de los partos, que se vuelven prohibitivos...?"¹⁴. "Tal es la paradoja de nuestra situación "dice el autor": por un lado, el derecho a la reparación es aquí todavía embrionario, el margen de maniobra de la defensa muy restringido y el acceso a la justicia difícil para los desfavorecidos (...). Por otro lado, el derecho a la responsabilidad jurisprudencial podría arrastrarnos a determinados excesos de la sociedad americana precisamente cuando no gozamos de ninguna de sus ventajas"¹⁵.

Ejemplo entre nosotros de uno de los aspectos a que se refiere el autor podría ser la muy conocida "y muy comentada" STS de 14 de julio de 1991 (Arz. 5115). El caso del aneurisma correctamente operado que deja, no obstante, secuelas que el TS considera indemnizables "a cargo de la Administración, eso sí" a pesar de que la operación estaba dentro del ámbito de la *lex artis*, fue gratis y, además, le salvó la vida a la paciente. ¿Cuál era allí la 'lesión', el daño antijurídico integrado en el patrimonio del sujeto que éste no tiene el deber de

soportar?. ¿Cómo es posible "dice F. PANTALEÓN"¹⁶ al aludir a esta Sentencia" que se acabe respondiendo más intensamente por actividades no lucrativas que por las lucrativas, dado que si la paciente hubiera sido operada en un hospital privado ni éste, ni desde luego el médico, hubieran sido con seguridad condenados y, además, le habrían cobrado el precio de la intervención?.

En el aspecto técnico, la cuestión debatida aquí debería haber sido el concepto de lesión y la relación de causalidad. La Sentencia afirmó, no obstante, que "desde una pura perspectiva de la causalidad material de los actos" lo único relevante era la incidencia "de la intervención quirúrgica llevada a cabo en un centro de la Seguridad Social". Al comentar y criticar el fallo, yo mismo señalé que esa crítica "nada tiene que ver con la deseable amplitud de los regímenes de asistencia social, que pivotan también sobre las disponibilidades económicas porque, desde una óptica de política legislativa, probablemente es preferible adoptar un criterio asistencial que ampliar en vía de responsabilidad la cobertura de todas las secuelas, porque a la larga ello conduciría a limitar la prioritaria asistencia sanitaria"¹⁷.

Pero, en sentido distinto, si la acción de riesgo asumible puede matizar el postulado de la responsabilidad "recuérdese que "la responsabilidad profesional" matiza y es un criterio de ponderación también para la exigencia de la acción de regreso", desde otro punto de vista los inevitables riesgos del progreso y de la técnica apuntan a cuestiones de mucho mayor calado. Porque es difícil seguramente imponer límites al progreso científico y a su aplicabilidad, pero ese progreso no debe ser a "cualquier precio". Y en ese precio no deber estar que el progreso se haga a costa de las potenciales víctimas.

El tema apunta a la responsabilidad. Pero apunta también a la ética profesional, a los nuevos contenidos de la *lex artis*, a la información exigible.

La acción de regreso "bien poco utilizada" nos ha llevado por diferente derroteros. Unos derroteros que a algunos les puede parecer que nos sacan del Derecho práctico entendido como el simple juego de relaciones formales. Creo que no. El Derecho es mucho más que una mera cuestión de lógica formal. Y ese tipo de cuestiones y reflexiones de fondo como las apuntadas

¹³ Op. cit., pág. 134.

¹⁴ Op. cit., pág. 135-6.

¹⁵ Op. cit. p. 137-8.

¹⁶ *Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, en "Documentación Administrativa" núm. 237-38 (1994), pág. 244.

¹⁷ Cfr. *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica*, cit., pág. 43.

son, precisamente, las que nos sirven de guía y de referencia. Esto es, para introducirnos, llenos de dudas e inseguridades, en lo que de verdad el Derecho significa

como instrumento social. La paradoja y, en ocasiones, la falta de respuesta no nos aleja del Derecho. Justamente, nos mete más de lleno en él.

EL AVANCE CIENTÍFICO: NUEVOS RETOS PARA EL DERECHO SANITARIO (*)

*Prof. Dr. Ramón Martín Mateo
Catedrático de Derecho Administrativo
De la Universidad de Alicante*

No creo sea aventurado afirmar que estamos en uno de los momentos más importantes de la historia de la Ciencia de la Vida. Nunca se había conseguido tales progresos como los que se han culminado en los pasados días del verano del 2000¹⁸ en los que en una ceremonia solemne, una organización pública y otra privada, lo cual también es una constatación fáctica y a la vez, una simbólica revelación del entramado del descubrimiento, se presentó la secuenciación completa del genoma humano, en un acto que tenía como oficiante civil al Presidente de los Estados Unidos. En el se dio fe de uno de los logros de la humanidad más importante que conocieron los siglos.

Es oportuno por tanto analizar las consecuencias sociales de estos avances y su previsible materialización en realizaciones prácticas de trascendencia para las circunstancias cotidianas y mas allá aún, para la vida, la salud y la muerte. Para situarnos convendría realizar un análisis retrospectivo de lo que hasta hace poco eran las preocupaciones mas relevantes en materia de bioética¹⁹ tal como que se formulaban a comienzos de los años 80²⁰.

(*) Ponencia presentada en el marco del IX Congreso Derecho y Salud, "Cambios en el derecho sanitario: ¿la respuesta adecuada?", celebrado en Sevilla en noviembre de 2000.

¹ Concretamente el 26 de Junio de 2000 con la participación de Craig VENTER y Francis COLLINS que representaban al sector privado y público respectivamente.

¹⁹ Según V.BELLVER el término Bioética se acuña por POTTER en 1971 en su libro *Bioethics: Bridge to the Future*, V.BELLVER, *¿Clonar? Ética y derecho ante la clonación humana*, COMARES, Granada, 2000, pp.37. Vid específicamente Término Bioética, Nascita, proveniencia fuerza, del mismo coordinador, *Storia de la Bioética*, Roma, 1995.

²⁰ Vid mi monografía *Bioética y Derecho*, Barcelona, Abril, 1987. SIMON LORDA, P, BARRIO CANTALEJO, IM, : *Un marco histórico para una nueva disciplina: La Bioética*. En Azucena Couceiro (Ed). *Bioética para clínicos*. Editorial Triacostela, 1999, Madrid.

1. La problemática consolidada

El arrastre histórico nos actualiza una serie de problemas básicos del derecho tradicional. En primer lugar está la preocupación por la conservación de la vida y el entorno que la condiciona²¹. Otra dirección fundamental nos lleva a la libertad, como categoría básica, a lo que se suma la dignidad humana, la protección a la familia y la tutela a la salud. Un desguace metodológico básico nos aporta el análisis de las constantes de la problemática jurídico-sanitaria y sus aspectos más relevantes lo que podemos completar y extrapolar ahora, con base a los últimos hallazgos científicos²².

El derecho a la vida planteaba entonces y ahora todavía en muchos países donde las circunstancias pretéritas no han sido superadas, la discusión científica y ética trasladada agriamente a la prensa cotidiana, sobre el tema del aborto, recordemos que en una sociedad tan evolucionada como la americana hay todavía gente que mata porque piensan que otros también lo hacen, comandos que pululan por Internet ponen en serio aprieto a los que practican la interrupción consentida y legal del embarazo, lo que está permitido por el ordenamiento jurídico de casi todos los países civilizados y por supuesto el norteamericano.

A nosotros, felizmente, nos parece todo esto un logro irreversible y las jóvenes generaciones piensan que siempre ha sido así, aunque ello ha costado a muchos intelectuales audaces, posicionamientos, actitudes y en-

²¹ Il termine Bioética. Nascita, provenienza, forza, en G.Russo (Coord.), *Storia della Bioética. Le origini, il significato, le istituzioni*. Roma, 1995.

²² H.ENDELHART, *The Foundation of Bioethics*, Oxford University Press, Nueva York, 1986, W.REICH ed. *Encyclopedia of Bioethics*, The Free Press Nueva York, 1978. C.LEGA *Manuale di Bioetica e Dioneologia medica*, Giuffrè Milan, 1991. D.GRACIA *Fundamentos de Bioética*, Eudema, Madrid, 1991. C.ROMEO CASABONA *El Derecho a la Bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.

frentamientos²³. La protección de los embriones no es algo que pertenezca al pasado, como veremos todavía está de actualidad. La disponibilidad sobre la propia vida es algo que suscita aún dramáticas tensiones que hemos visto en las televisiones españolas, en el caso del heroico, “suicida”, gallego que puso la carne de gallina a partidarios y detractores. Un pueblo moderno con profundas convicciones éticas acaba de autorizarla, con razonable cautela, me refiero obviamente a Holanda.

El derecho a la vida y la determinación legal de la muerte, mantiene su evidente trascendencia en relación con avances científicos contemporáneos espectaculares, caso de la posibilidad práctica de los trasplantes, lo que ya se esbozaba en épocas pasadas en relación con algunos aspectos polémicos²⁴ que han sido asimilados, pacíficamente por el Boletín Oficial.

La donación de órganos es entre nosotros un logro espectacular, que nos imitan y envidian fuera de nuestras fronteras; tenemos la legislación mas avanzada del mundo porque la Ley no deja muchas alternativas a los ciudadanos, ya que se presume que todo el mundo es donante mientras no se demuestre lo contrario, haciéndose constar que no se es. Hemos tenido aquí una suerte extraordinaria, la pluma del legislador ha sido guiada de la mano de una persona que concitaba²⁵ en su haber, el ser un jurista notable y un transplantado.

Las medidas antidrogas también tienen generalizado asenso y consenso, aunque todavía no resultan satisfactorias, hay filósofos y estudiosos que sostienen que la mejor medida antidroga es que no exista represión²⁶.

²³ Trabajos singularmente valiosos que destaco son los de M.ATIENZA, *Juridificar la bioética*, “Claves de la Razón Práctica”, n61-1995, pp2 y ss. y A.TORIO, *Bioética y Derecho Penal, Pautas para una discusión*, “Análisis de la Real Academia de Medicina y Cirugía de Valladolid” Vol.25-26, 1987-1988 pp.329 y ss.

²⁴ Vid A.ESTEBAN GARCÍA y J.L.ESCALANTE COBO, *Vida y Muerte: Bioética en el trasplante de órganos*, en *Muerte Encefálica y Donación de Órganos*, Comunidad de Madrid. ORC (Oficina Regional de Coordinación de Trasplantes), 1995, Consejería de Salud y Servicios Sociales. DGPFI, Madrid.

²⁵ Vid A.ESTEBAN GARCÍA y J.L.ESCALANTE COBO, *Vida y Muerte: Bioética en el trasplante de órganos*, en *Muerte Encefálica y Donación de Órganos*, Comunidad de Madrid. ORC (Oficina Regional de Coordinación de Trasplantes), 1995, Consejería de Salud y Servicios Sociales. DGPFI, Madrid.

²⁶ Vid C.M.ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994 y del mismo *Legislación Española sobre trasplantes de órganos: Una visión crítica*, Rev. Esp.Trap.1993.;2:1;36-43. También PECES BARBA, G.,: *Problemas morales del Derecho ante el trasplante de órganos*, 1998. Rev.Esp.Trap.2: (Vol Ext)1-7.

En cuanto a las libertades, los progresos han sido mucho más consolidados, así el internamiento sanitario coactivo no plantea problemas en estos momentos ni jurídicos, ni sociales, ni filosóficos.

El consentimiento del paciente al médico, nunca ha suscitado grandes polémicas, ha sido fácilmente incorporado a nuestro ordenamiento jurídico; como la participación en experiencias clínicas, obviamente, del que se ofrece para ello. Todo esto ya es algo consolidado, lo que es el caso también en otro orden de cosas, de la esterilización y de la transexualidad.

2. La recepción por el Derecho de los avances científicos

Los progresos en los conocimientos de las ciencias de la vida²⁷, están al alcance de todos recogiendo los logros en revistas científicas de divulgación e incluso en las secciones correspondientes de la prensa cotidiana. Algunos de estos temas en estos momentos están todavía sin consolidar a falta de suficiente reflexión social, no basta la mera exposición aséptica de conocimientos, su asimilación es algo que está “in fieri” en cuanto a su trasunto jurídico y filosófico.

A) La clonación terapéutica

Entre las posibilidades apasionantes que la ciencia ha abierto recientemente, debe destacarse el caso de las células madres con arreglo a técnicas que van a permitir un tratamiento muy eficaz de enfermedades graves, incurables en estos momentos, como el Alzheimer o el Parkinson. Una persona que tiene deteriorada, una parte esencial de su organismo puede recuperarla inyectándose cultivos de células obtenidas de tejidos de embriones clonados conseguidos mediante la transferencia de una célula somática a un óvulo fecundado y anucleado.

Este tratamiento, todavía en sus orígenes, pero que ya dispone de las bases científicas precisas, va a permitir con un tratamiento vivo de componentes humanos dominar enfermedades degenerativas que han dañado ciertos órganos, incluidos los tejidos nerviosos, pero que pueden ser sustituidos con unas células similares a las que en su día se dañaron.

Con esto se evita algo que es muy importante: el rechazo, al tratarse de células germinadas que han estado ya en el cuerpo del propio paciente, los elementos anticuerpos defensivos como los leucocitos se desarman, abdican de su agresividad y dejan pacíficamente que se cumplan las funciones de la substitución.

La obtención de embriones así fecundados ha causado graves problemas éticos, y aún no tiene una res-

²⁷ Vid J.H.HIGUERA, *El genoma humano en Derecho y Salud*, Vol.7 n1/1999 pp.33 y ss.

puesta legal clara, aunque si de sentido común, pero recordemos las absurdas rogativas que se hicieron en las iglesias británicas contra la destrucción de embriones no utilizados y las originales manifestaciones piadosas que se suscitaron al agotarse el tiempo de su conservación, lo que ciertamente cogió un tanto descolocado al ordenamiento jurídico.

La clonación terapéutica ha sido autorizada o tolerada en Norteamérica para los centros privados de investigación genética y en general en Inglaterra²⁸, con buen criterio para los que no asumen dogmas religiosos. Posteriormente han surgido reservas por parte precisamente de los investigadores que llevaron a efecto la famosa y primera operación-clonación, la de la oveja Dolly quienes advierten que para ello tuvieron que utilizar y desechar múltiples embriones, lo que no parecería correcto si se tratase de embriones humanos.

B) La clonación reproductiva

Otro avance científico potencialmente espectacular es el de la posibilidad de clonación reproductiva que consiste en conseguir un ser exactamente igual que la persona que pretende clonarse, de la que procede todo el componente genético, para ello también se extrae el componente genético de un óvulo y se le sustituye por el genoma de otro sujeto. Con ello podríamos imaginar el inicio de la inmortalidad, si hiciésemos un individuo igual que el ya existente que teóricamente volvería a vivir, porque tendría todas las características de que disponía cuando fue fecundado en el vientre de su madre.

Pero las maravillas no suelen existir. En primer lugar, además problemas éticos que hacen problemática la asimilación de estas experiencias y no puede olvidarse que hay componentes humanos posteriores al nacimiento, formativos y educativos, no desdeñables. En experiencias americanas, se han observado que gemelos univitelinos, el equivalente a una clonación, que son exactamente iguales, si son educados en distintos medios familiares, aunque los rasgos físicos se mantienen inalterable los caracteres adquiridos y la educación dejan huellas distintivas. La formación, el acervo cultural de contexto social, del entorno y del medio educativo ha llegado a ser muy importante, pero sobre todo el desarrollo intelectual es distinto.

Hay otras posibilidades meramente teóricas de momento sobre la cual todavía no hay progresos científicos palmarios, pero que se conseguirán algún día, que constituirán el desideratum, tanto de los expertos en informática como de los neurólogos, a saber poder copiar el ce-

rebro humano. El ordenador de la quinta generación, sería así un dispositivo que imite los mecanismos de nuestro cerebro.

No obstante y en términos generales y contrayéndonos al derecho positivo la receptividad es mayor de lo que se supone. En la legislación de los países occidentales hay cierta tolerancia sobre estas prácticas. Así V.BELLVER²⁹, cuyas muy respetables convicciones no van por ahí, hace contar con impecable objetividad que “de los textos vistos, español, alemán, francés, italiano, suizo, inglés y americano, únicamente el alemán y el suizo ofrecen una regulación que sanciona sin ambigüedades la clonación humana. Algunas de las normas vistas proscriben prácticas dentro de las cuales podría incluirse la clonación; otras parece que asocian la prohibición de la clonación a la persecución de determinadas finalidades eugenésicas; otras únicamente sancionan la clonación dirigida a la reproducción de seres humanos, pero no necesariamente la clonación de embriones humanos.”

C. La explotación de los conocimientos sobre la dotación genética humana.

El tema jurídico clave³⁰ en el contexto innovador que nos ocupa es el relacionado con la aplicación de los descubrimientos, relacionados con el genoma humano³¹, por lo que es oportuno realizar algunos apuntes sobre determinadas consecuencias prácticas. No olvidemos la presentación de este descubrimiento se realizó en un contexto mixto de empresa pública y privada.

No es de extrañar por tanto que exista el propósito de rentabilizar la operación, registrando, entre otras modalidades, la exclusividad de los derechos, vía sistema de patentes pese a que ello choca con nuestras vivencias consolidadas.

La patentabilidad de investigaciones que redundan en beneficio puro de la ciencia tradicionalmente se ha venido rechazando, por ello no podría patentarse un órgano o un gen concreto porque no son nuestros, no son

²⁸ La Cámara de los Comunes aprobó el 19 de Diciembre del 2000 la Clonación Terapéutica de embriones de menos de 14 días por 366 votos a favor y 174 en contra. La Vanguardia, 20 Diciembre 2000.

²⁹ V.BELLVER *¿Clonar? Ética y derecho ante la clonación humana*, Comares, Granada, 2000, pg.62. Sobre estos temas, Vid GRUPO DE TRABAJO SOBRE LOS ASPECTOS JURÍDICOS DE LA CLONACIÓN HUMANA, CONSTITUÍDO POR LA ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD, en “Derecho y Salud” vol.6/1998, vol6 n1/1986 pp.36 y ss. También M.PEREZ MONGE, *Aproximación al tratamiento jurídico de la clonación de seres humanos en España*, en la misma Revista, vol.7, n.1/1999 pp.33 y ss.

³⁰ Sobre Genes y Leyes, Vid J.J.A.LOZANO TERUEL, *Sencillemente Ciencia*, Murcia, 1997, pp.169 y ss.

³¹ Para una descripción asequible de este fantástico episodio Vid D.COHEN *Los genes de la esperanza*, trad.esp Seix y Barral, Barcelona, 1994.

producto de laboratorio, aunque puedan describirse en base a sus elementos químicos, pertenece a la especie humana, por todo ello³² se ha dado una respuesta unánime, no se pueden patentar.

Las Oficinas de Patentes de todo el mundo se han negado a conceder su protección a descubrimientos concretos bioquímicos o biológicos en este campo, no se puede patentar el cuerpo humano, es patrimonio de la Humanidad, lo que es válido también para el genoma humano.

Las dudas surgen cuando se trata de aplicaciones clínicas, de métodos seguidos para la explotación, técnicas de empleo, mecanismos de transmitirle genética, indicaciones para corregir determinadas proclividades perturbadoras o para arbitrar desfases bioquímicos no deseables.

Tanto las Agencias de protección industrial como la Oficina Europea de Patentes con sede en Munich, ya han recibido solicitudes sobre técnicas curativas basadas en la explotación del conocimiento del genoma humano. En este juego, la pelota está en el lado de los juristas públicos, que deben determinar por ejemplo, que fármacos basados en el genoma serán o no registrables lo que llevará aparejado y no es ciencia-ficción, una serie de posibles intervenciones cuya legitimidad no tenemos clara ya que con ello podemos desembocar en el al vidrioso terreno de la eugenesia.

D. El azar y la necesidad genética

Lo primero de todo es aclarar si es factible y conveniente rectificar los dictados de la naturaleza, de la casualidad, garantizando que nuestros hijos no van a tener nuestras enfermedades y vicios, pero sí nuestras virtudes, problemática que de momento no está suficientemente centrada³³. No es indiferente para un padre decidir si acepta que su hijo vaya a correr el albur de portar enfermedades hereditarias y con ello quizás morir antes de llegar a la edad madura, tener propensiones al Parkinson o a enfermedades todavía, mucho más dramáticas.

No podemos oponernos a priori a descartar estas cautelas, si llegásemos a conocer el gen que causa estos graves trastornos, parece deberíamos poder contraatacar radicalmente y así lo haremos.

Muchos de los pensadores que inciden en el entorno de estas cuestiones están en contra de determinadas aplicaciones, tienen miedo a destapar la "Caja de Pandora",

³² Directiva 98/44 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de Julio de 1998 relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas.

³³ Vid L.M.PASTOR *Selección de sexo, engenesia y bioética*, en "Biología y Ciencias de la Salud", vol.2,n.2, 1999, pp.18 y ss.

aunque ya hemos avanzado por vías paralelas. Hace años la enfermedad de Down era una dolencia que mandaba Dios y había que asumirla, aunque destrozase como lo hace una familia porque un hijo de estas características puede acabar también con los padres. Ahora con una pequeña cautela, una punzada en la madre gestante se puede averiguar los componentes amniocentésicos que se presentan en el embrión, impidiendo el nacimiento y cuando las creencias de los padres lo admitan produciendo aborto, lo que suele ser mayoritariamente asumido.

Estos progresos que no son ya polémicos, aunque su utilización sea lógicamente voluntaria, no están prohibidos por la legislación ni censurados por la sociedad. Llegará un momento en que la terapia genética será también aceptada, sobre todo para algunas enfermedades pero a partir de determinados umbrales, surgirán de nuevo las inquietudes. Alguien se puede plantear porque sus hijos van a ser inexorablemente bajitos y calvos como el progenitor. Tendríamos que ir poniendo el listón para determinar cuando una enfermedad no es tan mala o es realmente horrible.

Aquí quedan interrogantes que es muy difícil de determinar a priori. Progresivamente nos planteamos si se puede dar vía libre ya a una serie de cuestiones pendientes. Por ejemplo debe decidirse si en la recluta de personal por las empresas puede exigirse la estructura del ADN con los que tengan una cierta propensión hereditaria podrían ver cerradas sus puertas al mundo laboral. Por ejemplo el componente legado determina en alguna medida si tiene propensión al alcoholismo, la respuesta en principio debería ser negativa ante esta cuestión, pero en ciertos casos esto no resulta claro, como el de los aspirantes a piloto de aviones de línea.

E) Quién soporta el riesgo

También problemático es el caso de los seguros. Las Compañías del ramo exigen certificados médicos, análisis y reconocimientos, antes de contratar costosas pólizas de vida para no correr el albur de financiar gratuitamente a las viudas. En estos negocios los beneficios son absolutamente seguros, no hay posibilidad de que se arruine la aseguradora si hace bien los cálculos actuariales, salvo acontecimientos extraordinarios, como una explosión nuclear. Lo que lo que hacen las compañías es repartir los riesgos vía primas, financiar los siniestros repartiendo los costos entre los asegurados y si los cálculos están bien hechos técnicamente no puede haber sorpresas, por ello parece que en Inglaterra, cuna de los seguros modernos con la Lloyds de Londres, se ha autorizado ya la petición de información genética.

F) Bioseguridad

Otro tema totalmente distinto al de del genoma humano que guarda relación sobre todo con los aspectos

ambientales, es el tema de los componentes transgénicos de plantas y animales.

Esta problemática biosanitaria de enorme actualidad, ha determinado que desde Bruselas se imponga a los generadores de animales y plantas transgénicas la autorización previa y la publicación de su naturaleza en las etiquetas de los alimentos que los utilizan como materias primas, aunque para mí los riesgos sanitarios que llevan aparejados los alimentos transgénicos son menores, y los ambientales son, posiblemente, inferiores a las ventajas que ofrece el prescindir de pesticidas y otros elementos, que son de una gran agresividad. Pero debe arbitrase cautela y sobre todo la gente tiene derecho a estar informado.

3 Otras incógnitas jurídicas

Vuelven a resucitarse ahora viejas cuestiones que no están del todo resueltas, que han quedado ahí un poco arrinconados hasta que se prosperase científicamente, no sólo en ciencias de la salud, sino también en ciencias políticas y sociales.

Este es el caso de la disponibilidad sobre la vida. Creíamos que todo lo que se podía decir en cuanto a estos aspectos estaba ya explicitado con transparencia y consenso pero hace poco ha emergido, en la prensa, una noticia de gran interés sobre el nacimiento de unas gemelas inglesas inviables en esta situación, polemizándose si esto se podía o se debía imponer la separación por el Juez, lo que se ha hecho, pienso que correctamente, optándose porque una de las dos hermanas pueda vivir, bien que en unas condiciones que a lo mejor no merecería la pena. Se nos han ofrecido un caso práctico, dramático por cierto, que ha cogido desapercibidos a los que creían tener soluciones sobre todos estos temas.

Mas allá aún, ya casi en el terreno de la ciencia-ficción, aparece la posibilidad de prevenir la aparición de nuevas pandemias y, concretamente las originadas por virus. En Norteamérica hay una literatura sensacionalista y también una opción televisiva que juega con la posible y dramática incidencia de estos microorganismos. Los virus son materia viva pero no son seres vivos, están compuestos de proteínas que no se reproducen en la forma habitual de los seres vivos. Son unos componentes aprovechados que se introducen en las células y utilizan su aparato reproductivo para duplicarse, saqueándolas y la haciéndoles producir nuevos virus en grandes cantidades. Tienen una capacidad enorme de propagarse, hay algunos especialmente de gran "virulencia".

Una hipótesis catastrofista afirma que podemos extinguirnos como especie por obra de un virus desconocido, porque dada su capacidad de reproducción, si surgiera un virus con una gran agresividad para el que no tuviésemos respuesta, sería posible, que se llevase al traste a la Humanidad, lo que puede relacionarse con el caso del

SIDA, que viene a continuación, y que todavía es un gran problema, uno de los mas importantes que tenemos desde la perspectiva de medicina social y medicina preventiva.

Para contraer el SIDA en Occidente hay que proponérselo, insensatamente, por acción-omisión, porque uno puede ser homosexual o drogadicto y sin que tenga que contagiarse de esta terrible enfermedad, siempre que se tomen elementales precauciones. A pesar de todo ha causado un trauma extraordinario a fuerza de muchísimo dinero lo estamos controlando y con ayuda de adecuadas dosis de gran pedagogía social.

En torno a este problema hay disfunciones que dependen de la ideología de cada uno, positiva o negativamente. Todavía es noticia sorprendente, que desde el Vaticano se prohíban algunos métodos de protección, remitiéndonos a algo tan sencillo como el no pecar, la castidad. Este tema por tanto no está todavía resuelto.

Otro es el caso sin embargo de naciones enteras africanas que están diezmadas en sus efectivos jóvenes como consecuencia de la difusión de este virus y sin embargo no puede combatirse porque no es posible procurarse la medicina preventiva ni la recuperadora por su enorme costo unitario de las medicinas necesarias. Parece que en estos momentos los grandes laboratorios farmacéuticos están dispuestos a colaborar, otra paradoja de la bioética moderna.

Si el virus del SIDA se hubiese propagado como el de la gripe³⁴ no estaríamos tratando ni del SIDA ni de la gripe, habríamos fallecido, porque su penetración en nuestros órganos sería imposible de impedir. En el futuro pueden aparecer otros tipos de virus mas peligrosos aunque hoy parece improbable, felizmente. Al virus Ébola de reciente aparición, que ha hecho algunas fechorías, ya se le conoce bien pero no tanto su diagnóstico como la terapéutica, aunque no es tan peligroso.

Los virus existen desde siempre, pero aparecen en medios que no habían sido explorados, a los cuales no había llegado el hombre blanco, los negros si pero morían y no decían nada. Al ponerse en contacto con los medios de la civilización occidental como sucedió al pasar el SIDA a los medios de la activa, fértil y placentera población californiana, puede producirse una gran diáspora. Nada nos dice que no existan latentes virus catastróficos y tampoco que no pueda motorizarse quizás con el apoyo de alguno de los locos y ricos megalómanos que todavía dictan su voluntad en exóticos pueblos.

La preocupación de las Naciones Unidas sobre la guerra bacteriológica no es simplemente fruto de sicosis generalizada ni menos del propósito de desacreditar a

³⁴ Como apuntaba en mi obra *El hombre una especie en peligro*, Campomanes, Madrid, 1993, pp.23.

determinados dictadores, hay bases e informaciones suficientes sobre estos sujetos semisicópatas y sus siniestros propósitos.

Suelo afirmar que una de las causas que nos ha permitido llegar hasta aquí es el que durante la última guerra

mundial, o más bien durante la Segunda Posguerra mundial, a uno u otro lado del teléfono rojo no había un loco. Si un insensato hubiera dado la orden de activar el dispositivo adecuado, hubiéramos tenido posiblemente un invierno nuclear que también nos hubiera puesto como especie en entredicho.

LA NUEVA LEY DE SELECCIÓN DE PERSONAL SANITARIO³⁵

Ramón Jiménez Romano
Vocal Asesor de la Dirección General de Recursos Humanos
y Servicios Económicos y Presupuestos del
Ministerio de Sanidad y Consumo

Quiero comenzar esta intervención agradeciendo a la Asociación Juristas de la Salud y al Comité Organizador de este Congreso su invitación para que desarrolle la ponencia relativa a “La nueva Ley de selección de personal sanitario”, así como expresando mi satisfacción personal por tener esta oportunidad de dirigirme a todos ustedes en el marco de la reunión anual que organiza nuestra Asociación Juristas de la Salud.

Y ese agradecimiento quiero personificarlo en D. Josep Lluís Lafarga, quien hasta hoy mismo ha sido, desde su constitución en 1992, Presidente de la Asociación de Juristas de la Salud, Asociación que ha logrado, bajo su presidencia, consolidarse y convertirse en una referencia obligada, no sólo para los profesionales del Derecho Sanitario, sino también para las Administraciones Sanitarias Públicas.

Asimismo, quiero felicitar a quien, desde hoy, es el nuevo Presidente de la Asociación, D. Juan Luis Beltrán, y desearle todos los éxitos en su gestión.

Se me ha pedido que, en este Congreso, desarrolle el tema relativo a la nueva Ley de Selección del personal sanitario. Antes de cumplir tal encargo quiero advertirles que no soy docente, por lo que les pido disculpas por las deficiencias que, a no dudar, tendrá mi presentación, sobre todo juzgada en este marco en el que tan ilustres profesores universitarios hemos tenido, y aún tendremos, ocasión de oír.

Es evidente que el enfoque que ha de presidir el desarrollo de mi intervención ha de enmarcarse en el lema general que preside este IX Congreso Derecho y Salud, que no es sino el de “Cambios en el Derecho Sanitario: ¿la respuesta adecuada?”

El objetivo de la ponencia será por tanto analizar si esta nueva Ley de selección es o no adecuada

a nuestro Sistema Nacional de Salud. Para ello, mi primera labor ha de ser identificar el texto legal al que el título de la ponencia se refiere, y no creo que exista especial dificultad en determinar que la norma a que el título de la ponencia hace referencia es la Ley 30/1999, de 5 de octubre, de selección y provisión de plazas de personal *estatutario* de los Servicios de Salud. Una primera precisión, por lo tanto, es necesario realizar y es que la Ley no se refiere al personal *sanitario*, sino al personal *estatutario*, aspecto éste de la norma que tendremos ocasión de analizar con posterioridad.

Para cumplir el objetivo de la ponencia habrá que proceder a poner de manifiesto las características propias o específicas de la Ley de 1999, características que se entenderán mejor si se efectúa una breve referencia al entorno en el que la nueva Ley se aprueba, a las circunstancias que llevan a su aprobación por las Cortes Generales.

Ello exige, además, hacer un breve comentario del proceso histórico en el que la Ley se enmarca y, aunque en sus líneas generales es de sobra conocido, me permitiré iniciar mi intervención recordándolo.

Remontándonos al año 1986, hay que indicar que el 25 de abril de dicho año se aprueba la Ley 14/1986, General de Sanidad, cuyo artículo 84 encomienda al Gobierno la aprobación, mediante Real Decreto, de un Estatuto-Marco aplicable al personal estatutario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social.

El mandato de la Ley es inmediatamente asumido por el Ministerio de Sanidad, que en el primer trimestre de 1987 da a conocer el primer proyecto de un Estatuto-Marco, proyecto que prevé su aprobación por Real Decreto (como determina la norma legal) y que, tanto por las limitaciones de su propio rango como por la tendencia general que entonces se impone en todos los servicios públicos de uniformar el régimen jurídico de su personal (y cuyo claro exponente es la Ley 30/1984), diseña una

³⁵ Ponencia presentada en el marco del IX Congreso Derecho y Salud, “Cambios en el derecho sanitario, ¿la respuesta adecuada?”, celebrado en Sevilla en noviembre de 2000

regulación para este personal típicamente funcional, y muy cercana a la regulación general sobre la función pública.

cierto con tan sólo observaciones puntuales, por una Comisión creada “ad hoc” en el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (CISNS). Sin embargo, ese proceso de tramitación pronto se verá paralizado.

Y esa paralización deriva de una Sentencia del Tribunal Constitucional, concretamente de la STC 99/1987, de 11 de junio, dictada en varios recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. En esta Sentencia, el Tribunal Constitucional interpreta la reserva de ley que la Constitución establece para el estatuto de los funcionarios públicos, fija su alcance, y concluye que no son constitucionales las remisiones que la Ley 30/1984 realiza a la potestad reglamentaria para determinar aspectos sustanciales de dicho estatuto, dado que la norma legal no acota de forma suficientemente precisa los criterios generales en los que se ha de enmarcar la norma reglamentaria.

Era fácil trasponer esa doctrina al supuesto previsto para el Estatuto-Marco por la Ley General de Sanidad, dado que esta Ley, ni en su artículo 84 ni en ningún otro de sus preceptos, establece criterio alguno para la elaboración del Estatuto-Marco. Únicamente se limita a enumerar las materias que deberían regularse en él.

El Ministerio de Sanidad inicia de inmediato las labores para elaborar un Estatuto-Marco que fuera aprobado por Ley. El borrador inicial está disponible en el primer trimestre de 1988. En él se mantiene la opción de ubicar con claridad al personal estatutario dentro del concepto de funcionario público y sigue, en sus rasgos fundamentales, el régimen general de la función pública. Este borrador, a diferencia del primero que fue elaborado, no llega a ser formalmente presentado como proyecto por el Ministerio, ni llega a iniciar tramitación alguna, dado que en los estudios internos que se producen en el propio Departamento se cuestiona fuertemente ese enfoque claramente funcional.

Se entra así en un periodo de paralización en lo relativo a la tramitación del Estatuto-Marco, dado que no se encuentra el necesario e imprescindible consenso mínimo que permitiera la presentación oficial de un proyecto.

Ello no obstante, el Ministerio abordó dos modificaciones normativas puntuales, relativas a dos aspectos del régimen del personal estatutario que se consideraban mas urgentemente necesitados de reformas.

La primera se produce en relación con el sistema retributivo y se materializa mediante un Real Decreto-Ley, el Real Decreto-Ley 3/1987.

Este primer Proyecto es objeto de presentación oficial por parte del Ministerio de Sanidad e inicia su proceso de tramitación llegando a ser informado, por

La segunda se produce en el ámbito que hoy estudiamos, la selección y provisión de plazas, y se materializa a través de un cauce normativo distinto, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1990 (Ley 4/1990, de 29 de junio, artículo 34.Cuatro), y su desarrollo reglamentario, realizado a través del Real Decreto 118/1991. Especial interés tienen estas normas ya que en alguna forma son el detonante, el origen, de la nueva Ley 30/1999, y van a tener una relevante influencia en los principios inspiradores de la nueva Ley.

Pero la idea de un Estatuto-Marco no se olvida, y se van a producir, entre los años 1990 y 1996, una serie de estudios, si se me permite calificarlos así, *académicos*, que van favorecer el análisis teórico, y quiero creer que, con ello, *más objetivo*, sobre el posible contenido y el alcance de un eventual Estatuto-Marco. Lo cierto es que este proceso contribuyó, de manera sustancial, al acercamiento de las posturas que venían manteniendo los distintos agentes a los que más implicaba esta cuestión, es decir, las Administraciones Sanitarias Públicas, los Servicios de Salud y los Sindicatos más representativos en el ámbito sanitario.

Así, podemos citar el papel de las Administraciones Públicas, entre ellas el Ministerio de Sanidad, en el que se mantienen los trabajos de elaboración de borradores, y de análisis internos de los mismos, de otras Administraciones Públicas, como podría ser el caso del Servicio Catalán de la Salud, que organiza unas jornadas específicas en Cabriels, o del CISNS, que mantiene su preocupación por el Estatuto-Marco y la regulación del personal estatutario en diferentes Comisiones y Grupos de Trabajo.

Igualmente, se puede citar el Informe Abril, dado a conocer en 1991, que analiza profundamente la regulación del personal del SNS, y que propone medidas concretas en sus conclusiones e incorpora numerosas colaboraciones en esta materia de diferentes personas e Instituciones.

Las Organizaciones Sindicales, por su parte, mantienen durante todo este periodo la reivindicación del Estatuto-Marco y, en algunas ocasiones, llegan a elaborar propuestas articuladas sobre su contenido.

Finalmente, no es posible olvidar el papel de la Asociación Juristas de la Salud en esta materia. Y ello no sólo por haber sido un eficaz punto de encuentro y de reflexión entre responsables de las distintas Administraciones Públicas, sino también por las aportaciones concretas realizadas en este tema tanto en los Congresos Derecho y Salud (la regulación de las profesiones sanita-

rias ha sido un tema presente en varios de ellos), como en el Grupo de Trabajo de Recursos Humanos.

A partir del año 1997 se produce, en este ámbito, lo que podríamos denominar un “nuevo escenario” que viene delimitado por tres hechos concretos.

El primero de ellos es la constitución en el Congreso de los Diputados de una Subcomisión Parlamentaria sobre la consolidación, desarrollo y modernización del SNS.

El segundo es el inicio de la tramitación de un proyecto de “Estatuto Básico de la Función Pública”.

El tercero lo constituyen dos Sentencias, la del Tribunal Constitucional de 15 de octubre de 1998, y la del Tribunal Supremo de 1 de diciembre del mismo año.

El primero de los hechos a los que me refería es la constitución en 1996, dentro de la Comisión de Sanidad y Consumo del Congreso de los Diputados y como consecuencia del discurso de investidura del nuevo Presidente del Gobierno, de la Subcomisión Parlamentaria para la Consolidación y Modernización del SNS.

Esta Subcomisión va a desarrollar sus trabajos de forma coordinada con las Administraciones Sanitarias Públicas (no parece preciso recordar que, en aquel entonces, la mayoría parlamentaria estaba constituida por varios partidos, entre ellos los que ostentaban el gobierno en varias Comunidades que ya tenían transferido el INSALUD), y finaliza sus trabajos en el año siguiente. El Pleno del Congreso de los Diputados, el día 18 de diciembre de 1997, aprueba el informe elaborado por la Subcomisión.

El informe de la Subcomisión, aprobado por el Pleno del Congreso, se refiere a todos los aspectos del SNS. En la materia que ahora nos interesa, la normativa sobre su personal, sus conclusiones más sobresalientes son las siguientes:

- En primer lugar, manifiesta la necesidad de elaborar y de aprobar un Estatuto-Marco de carácter básico, Estatuto-Marco que ha de respetar las competencias que, en esta materia, ostentan las Comunidades Autónomas.
- Sobre el contenido de tal Estatuto-Marco, manifiesta la conveniencia de que realice una “adecuación” del régimen general de la Función Pública a las peculiaridades y características del personal del SNS.
- En lo relativo, en concreto, a la selección y provisión de plazas, se manifiesta a favor de asegurar la libre circulación entre todos los Servicios de Salud, flexibilizando y descentralizando la selección.

El segundo de los hechos a los que antes me refería hace relación a la tramitación de un proyecto de Estatuto Básico de la Función Pública.

En el primer trimestre de 1997, el Ministerio de Administraciones Públicas da a conocer el primer borrador de dicho Estatuto Básico, borrador que en el que se prevé incluir directamente al personal estatutario dentro de su ámbito de aplicación, con un régimen idéntico al previsto para los funcionarios públicos.

En su proceso de tramitación, y a iniciativa del Ministerio de Sanidad y Consumo, el borrador de Estatuto Básico de la Función Pública se sometió a informe del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

El Pleno del CISNS, del que forman parte, además del Ministro de Sanidad y Consumo y de los demás representantes de la Administración General del Estado, los Consejeros de Sanidad de todas las Comunidades Autónomas, en su reunión del día 21 de julio de 1997, adoptó dos acuerdos:

- Por una parte, propone la inclusión, en el Borrador de Estatuto Básico de la Función Pública, de una Disposición Adicional que contemple y reconozca las peculiaridades del personal del SNS. Aprueba, asimismo, el texto de la Disposición Adicional que propone, texto que prevé la adaptación del régimen general de la función pública al ejercicio de las profesiones sanitarias, al servicio sanitario-asistencial y al modelo organizativo del SNS.
- En segundo lugar, crea un Grupo de Trabajo, compuesto por representantes del Ministerio de Sanidad y Consumo, del INSALUD, y de las Consejerías de Sanidad y Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, cuya función es la de elaborar un borrador de Estatuto-Marco.

En el mes de abril de 1998, el Grupo de Trabajo creado por el CISNS finaliza la elaboración de un borrador de Estatuto-Marco, lo que supone que, por primera vez, existe un texto global de un proyecto de Estatuto-Marco que goza del consenso general de las Administraciones Públicas con competencias sanitarias plenas.

¿Cuáles son las características de ese texto del proyecto de Estatuto-Marco?

- La primera que habría que resaltar es que resulta exclusivamente aplicable al personal estatutario.
- En segundo lugar, que contendría las bases del régimen jurídico de su relación de empleo, de su régimen estatutario, bases que se aprobarían de acuerdo con las competencias que al Estado otorgan los apartados 16 y 18 del art. 149.1 de la Constitución Española, que se refieren a la coordinación ge-

neral sanitaria y a al régimen estatutario de los funcionarios públicos.

- Se contempla el régimen estatutario como una relación funcionarial especial.
- En cuanto a la selección y provisión de puestos de trabajo, se apuesta por la libre circulación y por la flexibilización de los sistemas de selección.

El Ministerio de Sanidad y Consumo comienza a trabajar sobre este borrador con las Organizaciones Sindicales, manteniendo asimismo contactos con las Comunidades Autónomas, pero estas actuaciones se ralentizan hasta su paralización, como fiel reflejo del proceso de paralización que sufre la tramitación del Estatuto Básico de la Función Pública.

No hay que olvidar que nos encontramos a finales del año 1998, que nos acercamos al final de la legislatura, que, incluso, se habla de la posibilidad de una disolución anticipada de las Cortes Generales. En cualquier caso, parece imposible cumplir los plazos para que una Ley del Estatuto-Marco se apruebe dentro de la legislatura y ello desincentiva, incluso impide, su tramitación.

Y así se habría quedado, paralizado en su tramitación, si no se hubiera producido el tercero de los hechos que, según antes comentaba, contribuyen a configurar un nuevo escenario en esta materia.

Y ese tercer hecho, decía, lo constituyen dos Sentencias, la del Tribunal Constitucional de 15 de octubre de 1998, y la del Tribunal Supremo de 1 de diciembre siguiente. La primera se refiere al art. 34.Cuatro de la Ley 4/1990, y la segunda al Real Decreto 118/1991.

Si recordamos lo que antes indicaba, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 1990 había incluido una regulación en relación con la selección y provisión de plazas para el personal estatutario, regulación que fue posteriormente desarrollada por el Real Decreto 118/1991. Esta norma reglamentaria fue impugnada ante el Tribunal Supremo, y uno de los motivos del recurso era, precisamente, la inadecuación de una Ley de Presupuestos para la regulación de materias de personal. El Tribunal Supremo planteó, ante el Constitucional, la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, y éste, aplicando su ya consolidada doctrina relativa a los requisitos para que la Ley de Presupuestos pueda regular materias ajenas a su contenido mínimo, necesario e indispensable (previsión de ingresos y habilitación de gastos), declaró inconstitucional el artículo 34.Cuatro de la Ley 4/1990.

Como consecuencia de ello, el Tribunal Supremo, mediante Sentencia de 1 de diciembre de 1998, anuló el Real Decreto 118/1991.

Con ello se planteó una situación ciertamente grave, dado que se encontraban en trámite un elevado número de convocatorias para el acceso a varios miles de plazas de personal estatutario (tras un largo periodo sin convocatorias), a las que habían concurrido cerca de 250.000 aspirantes. Tales convocatorias podrían quedarse, por la anulación del artículo 34.Cuatro de la Ley 4/1999 y del Real Decreto 118/1991, sin el necesario amparo legal y reglamentario.

Para evitar la paralización de las convocatorias en marcha, el Gobierno, tras un breve periodo de consultas con las Comunidades Autónomas, y considerando que se producían en este caso las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que establece la Constitución Española para la aprobación de un Real Decreto-Ley, aprueba el Real Decreto-Ley 1/1999, de 8 de enero, que reproduce, casi textualmente, el Real Decreto 118/1991, dado que lo que las circunstancias exigían era, precisamente, un detallado reglamento que amparara las convocatorias en marcha.

La situación que se produce es ciertamente excepcional, y lo es en todos sus aspectos, incluso en el hecho de convertir en norma de rango legal un reglamento. El Gobierno es consciente de ello y, por lo tanto, del valor meramente transitorio del nuevo Real Decreto-Ley, y así lo deja claro en su presentación ante el Congreso de los Diputados para su convalidación, en donde el propio Ministro de Sanidad y Consumo propone su tramitación por las Cortes como Proyecto de Ley e incluso insta a la Cámara a su profunda reforma.

Así, el Pleno del Congreso de los Diputados, en su reunión de 9 de febrero de 1999 convalida el Real Decreto-Ley 1/1999 y acuerda, simultáneamente, su tramitación como Proyecto de Ley.

En la tramitación de este Proyecto de Ley se va a mantener el esquema de colaboración, que ya había presidido los trabajos de la Subcomisión Parlamentaria, entre las Administraciones Sanitarias y los Grupos Parlamentarios y, así, aquéllas harán llegar a éstos el contenido del Borrador de Estatuto-Marco que había sido consensuado en el CISNS. De esta forma, una parte sustancial de ese Borrador de Estatuto-Marco, quizás la más importante para el Sistema Nacional de Salud, inicia un nuevo proceso de tramitación. La Ley que resultará de todo ello, la Ley 30/1999, va a recoger gran parte de los principios que en materia de selección de personal y de provisión de puestos de trabajo se encontraban en el Borrador antes indicado.

Las características fundamentales de la Ley 30/1999, de 5 de octubre, sobre selección y provisión de plazas del personal estatutario de los Servicios de Salud, son, a mi modo de ver, las cinco siguientes:

- Resulta de aplicación al personal estatutario de los Servicios de Salud.
- Adapta al Sistema Nacional de Salud el modelo general de los funcionarios públicos.
- Establece el principio de libre circulación de los profesionales entre todos los Servicios de Salud.
- Flexibiliza los sistemas de selección y provisión de plazas.
- Consagra el principio de participación de las Organizaciones Sindicales en todos los procesos de selección y provisión de plazas.

Analizaré a continuación, con algún detalle, cada una de ellas.

Comentaba que, en primer lugar, la nueva Ley resulta de exclusiva aplicación al personal *estatutario* de los Servicios de Salud. Como es de sobra conocido, en nuestro Sistema Nacional de Salud conviven tres tipos de personal.

Tenemos en primer lugar, por su número e importancia cualitativa, al *personal estatutario*. Es un tipo de personal que procede de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social. En segundo lugar, podemos citar al *personal funcionario* cuyo grupo más numeroso procede de los antiguos Cuerpos de Sanitarios Locales (los llamados *Médicos de APD* –Asistencia Pública Domiciliaria–, pero no sólo éstos, también los Practicantes y Matronas Titulares, los Farmacéuticos Titulares y los Veterinarios Titulares, entre otros) y de las transferencias de la *AISNA* (el Organismo Autónomo Administración Institucional de la Sanidad Nacional, que dependía de la ya hace mucho desaparecida Dirección General de Sanidad). Finalmente, existe *personal laboral* procedente de Centros que por su dependencia respecto de determinadas Administraciones Públicas, básicamente Diputaciones o Consorcios, disponían de este tipo de personal.

La existencia de estos tres tipos de personal es, como ha quedado indicado, una herencia histórica, un fruto del sistema de formación del SNS. Pero hay que resaltar que su incorporación al SNS se ha producido con absoluta naturalidad: hoy en día nadie cuestiona que un Centro en el que existe personal laboral siga funcionando con personal laboral, y lo mismo ocurre con el personal estatutario o funcionario. Algunas Administraciones Públicas han realizado ya una opción genérica en el sentido de que el personal de su Servicio de Salud sea básicamente uno de estos tres modelos, y, por cierto, no hay unanimidad en esa elección: Navarra ha optado por un modelo fundamentalmente basado en el personal funcionario, el País Vasco por el modelo estatutario (también el INSALUD, aunque no de forma expresa, pero la opción está clara), mientras que Cataluña ha establecido que, mayoritaria-

mente, el personal de su Servicio de Salud ha de estar sometido a un régimen laboral.

De estos tres tipos de personal, hay dos de ellos, el personal funcionario y el personal laboral, cuyo régimen jurídico ha sido objeto de actualización y modernización y se encuentra regulado por normas postconstitucionales: El personal funcionario por la Ley 30/1984 y por las Leyes de Función Pública de las Comunidades Autónomas, y el personal laboral por el Estatuto de los Trabajadores y los correspondientes Convenios Colectivos. Tan sólo el personal estatutario se mantiene en gran parte regulado por normas preconstitucionales cuya actualización y modernización se contempla, al menos en determinados aspectos, como una necesidad urgente.

En el proceso de elaboración del Borrado de Estatuto-Marco al que antes me he referido se analizó de forma expresa la conveniencia de que esa norma resultara aplicable a los tres tipos de personal, unificando así su régimen jurídico. Sin embargo, a la vista de que de hecho existían esos tres tipos de personal y de que las Administraciones Públicas habían optado legítimamente por uno u otro en función de diversas consideraciones (de tipo histórico o por el convencimiento de que era el mejor modelo para un Centro o Servicio de Salud), la conclusión fue que lo procedente era que el Estatuto-Marco actualizara exclusivamente la normativa aplicable al personal estatutario, que resultara exclusivamente de aplicación a este personal, dejando a los otros dos grupos con sus propias normas que se actualizan dentro de su propio ámbito.

Este planteamiento general del Borrador de Estatuto-Marco va a ser heredado por la Ley 30/1999 que, de esta forma, sólo será aplicable al personal estatutario, es decir, al personal incluido en el ámbito de aplicación de los Estatutos de Personal Médico, de Personal Sanitario No Facultativo y de Personal No Sanitario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social.

No obstante, la nueva Ley incorpora una Disposición Adicional, la Sexta, cuyo contenido conviene resaltar. Prevé esta Disposición que cuando en un mismo Centro, o en todo un Servicio de Salud, exista personal sometido a diferentes regímenes jurídicos y sea conveniente, para la mejora de la gestión, su unificación, pueda ser ofertada la directa integración de funcionarios y laborales como personal estatutario. Se trata de una integración directa, es decir, sin necesidad de prueba selectiva alguna. Es un cambio sustancial con respecto a la normativa funcional, cuyos procesos de “funcionarización” de personal laboral, iniciados como consecuencia de la STC 99/87 a la que ya me he referido, se realizan a través de pruebas de selección.

La segunda de las características de la Ley 30/1999 que he resaltado es que viene a adoptar el modelo general

de la Función Pública, adaptándolo a las peculiaridades de las profesiones sanitarias y al modelo organizativo del SNS. Con ello, la nueva Ley, como ya lo hacía el Borrador de Estatuto-Marco, sigue las recomendaciones del Congreso de los Diputados, incorporadas al Informe de la Subcomisión Parlamentaria a que con anterioridad me refería.

Consecuencia de ello es, por una parte, que reafirma el carácter de funcionario público del personal estatutario, carácter que, durante un tiempo, ha estado en cuestión, fundamentalmente por la posibilidad de acceso de este personal a la Jurisdicción Social. También incorpora determinados aspectos del régimen jurídico de este personal (especialmente los concursos de traslados y el personal temporal) al ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Otra consecuencia de ese enfoque es que la Ley 30/1999 tiene carácter básico, respetando por supuesto la capacidad de desarrollo legislativo de las Comunidades Autónomas. Este carácter básico es posible en el ámbito de la normativa funcionarial (artículo 149.1.18ª de la Constitución Española), pero no así en las normas laborales (artículo 149.1.7ª de la Norma Fundamental).

Como tercera característica de la Ley indicaba que ésta busca asegurar la libre circulación de los profesionales en todo el SNS. Para conseguir tal objetivo la norma adopta tres medidas que merece resaltar.

En primer lugar, la Ley establece que el personal estatutario se encontrará en situación de servicio activo en todo el Sistema Nacional de Salud, sea cual sea el Servicio de Salud en el que se encuentre prestando servicios y con independencia del Servicio de Salud en el que, en origen, ingresó. Es una previsión distinta a la vigente en el régimen general de la función pública en el que, como todos ustedes conocen, la transferencia o el cambio de Administración, supuesto éste muy restringido, supone el pase a la situación de “servicios en otras administraciones públicas”, situación que, de hecho, implica una cierta desvinculación del interesado respecto de su Administración de origen. El mantenimiento de la situación de servicio activo supone, en alguna manera, la consideración del profesional como personal del conjunto del SNS, no sólo de un Servicio de Salud concreto.

En segundo lugar, la Ley establece sistemas de movilidad voluntaria a través de concursos de traslados abiertos al personal de todos los Servicios de Salud. De esta forma, cuando una Administración Pública efectúa una convocatoria de provisión de plazas, no puede limitar el libre acceso a la misma, en igualdad de condiciones con su propio personal, al personal de los demás Servicios de Salud.

Finalmente, la Ley asigna al Consejo Interterritorial, en colaboración con el Ministerio de Sanidad y Consumo, facultades para homologar categorías de diferentes Servicios de Salud a efectos de participación en los concursos de traslados. Los Servicios de Salud pueden proceder a la creación de categorías específicas en su ámbito, cuyas funciones y denominación no tienen porqué coincidir necesariamente, y la homologación de éstas garantiza la movilidad en todo el SNS. También el CISNS puede aprobar recomendaciones sobre la estructura de los baremos de méritos, a fin de que éstos resulten homogéneos.

Como cuarta característica de la Ley, señalaba la flexibilización de los sistemas de selección.

Esta flexibilización opera, por una parte, en lo relativo al ámbito en el que la selección se produce, desvinculando, por ejemplo, los concursos de traslados y las pruebas selectivas, cuya conexión estaba clara y expresamente establecida en el Real Decreto 118/1991. También permite la nueva norma que el ámbito territorial y funcional en el que se producirá la selección, y por lo tanto, en el que deberá actuar el profesional seleccionado, se determine en cada Servicio de Salud y en cada convocatoria.

Otro aspecto de la flexibilización tiene lugar respecto del régimen general de la función pública. Por ejemplo, se determina que el sistema ordinario de selección es el concurso-oposición, cuando para el personal funcionario el sistema general es la oposición. Determina una estructura general de los baremos de la fase de concurso, al menos para el personal facultativo y el sanitario no facultativo y prevé, y ésta es quizás la innovación más importante, la existencia de concursos no baremados: en determinadas circunstancias y respecto a plazas concretas, es posible que el concurso se resuelva mediante la exposición oral y pública del currículum de los aspirantes y su valoración, global y no baremada, por una Comisión, por un Tribunal formado por expertos.

La última de las características generales de la Ley que antes resaltaba es que otorga una significativa relevancia a la participación de las Organizaciones Sindicales. En su artículo 3, y como uno de los principios y criterios generales de la Ley, se prevé la negociación de todos los procesos, fundamentalmente la periodicidad de las convocatorias y las plazas convocadas, aspecto éste de especial importancia para los Sindicatos, dada la tendencia de los últimos años de las Administraciones Públicas, o al menos de un cierto número de ellas, de no efectuar convocatorias.

En este ámbito hay una novedad significativa, no tanto por los efectos inmediatos de la previsión como por la evolución y los resultados que en un futuro puedan llegar a producirse. Me refiero a la creación, dentro del

Consejo Interterritorial, de una Comisión en la que están presentes todas las Administraciones Públicas y las Organizaciones Sindicales más representativas en el ámbito sanitario.

La función de esta Comisión es, según la Ley, la de asistir al CISNS en la determinación de la estructura y contenido de los baremos de los concursos de méritos, así como en el resto de las funciones que en materia de planificación de las políticas de personal, tiene atribuidas el Consejo Interterritorial.

La creación de la Comisión es una novedad en nuestro modelo de servicios públicos. No existe, que yo conozca, ninguna otra comisión o grupo similar en otros ámbitos del sector público, es decir, una comisión en la que estén presentes todas las Administraciones Públicas con competencias en ese sector y los Sindicatos más representativos del mismo.

La Comisión no tiene, obviamente, capacidad de negociación, aunque sería más preciso decir que no puede formalizar pactos y acuerdos, porque es evidente que su propia dinámica de funcionamiento generará procesos de negociación y de búsqueda de acuerdos, y puede ser el germen de una auténtica mesa de negociación general para todo el Sistema Nacional de Salud en un futuro. He de advertir, no obstante, que la Comisión como tal aún no ha sido constituida (es lógico que genere ciertos recelos en las Administraciones Sanitarias, poco proclives a “perder” ámbitos de su autonomía en aras de decisiones conjuntas), por lo que es ciertamente prematuro emitir juicios sobre su futuro funcionamiento.

No quisiera dejar de resaltar otras características de la Ley 30/1999, no ya de carácter general sino puntuales y concretas.

Así, se puede señalar que la Ley prevé un régimen específico para el personal facultativo, reconociendo su importancia en el sistema sanitario, al señalar en su artículo 1.3 que las Comunidades Autónomas, al proceder al desarrollo legislativo de la ley tendrán en cuenta las peculiaridades propias del ejercicio profesional de ese personal.

Es de señalar también que la Ley 30/1999 prevé el mantenimiento del régimen estatutario con independencia del modelo de gestión del Centro en el que se presten servicios. Es una previsión acorde con lo regulado en la Ley “de acompañamiento” del año 98 respecto de las fundaciones sanitarias públicas. Asimismo, cabe resaltar que la Ley permite la aplicación del régimen estatutario a las estructuras de administración y gestión de los Servicios de Salud.

La Ley también establece como principio general la planificación “eficiente” de las necesidades de recursos y la programación periódica de las convocatorias. Es un

principio que liga con lo que anteriormente comentaba respecto a la participación de las Centrales Sindicales en la periodificación de las convocatorias y en la determinación del número de las plazas convocadas, y que busca resolver ese problema, parece que endémico, de algunos Servicios de Salud, del excesivo número de interinos en sus plantillas.

Aborda también la Ley 30/1999 una completa regulación del personal temporal, que ubica con claridad dentro del personal estatutario a través de la tipificación de los nombramientos temporales como interinos, eventuales y de sustitución.

También emprende una regulación de la promoción interna, que se abre a todos los grupos de clasificación, igual e inferiores, y no sólo al grupo inferior como ocurre con carácter general en la función pública, así como de la denominada promoción interna temporal, que se había desarrollado en el ámbito del personal estatutario al amparo de la situación especial en activo regulada en el Estatuto de personal sanitario no facultativo.

Finalmente, y como última de las características reseñables de la Ley, he de indicar que su Disposición Final Primera contiene, de nuevo, un mandato al Gobierno para que presente a la Cortes, en un plazo de seis meses, el Proyecto de Ley del Estatuto-Marco.

El mandato es coherente con la propia exposición de motivos de la Ley, que hace referencia al Estatuto-Marco en varias ocasiones. Con independencia de que ese mandato, por los motivos que sean, haya resultado de nuevo incumplido, lo que sí nos revela, lo que pone de manifiesto, es que la Ley está concebida, que la Ley surge, como parte de un proceso de consolidación y modernización del SNS, proceso que, en este ámbito de los recursos humanos, culminaría con el Estatuto-Marco, como norma reguladora de todos los aspectos básicos y comunes de la relación de empleo del personal estatutario.

Dentro de esa concepción de la sanidad como un sector de carácter dinámico de la que nos hablaba ayer el profesor Pemán Gavín, y considerando a la Ley 30/1999 como un eslabón más de ese proceso, yo afirmaré, respondiendo a la pregunta que al principio nos formulábamos, que la nueva Ley sí es adecuada a nuestro SNS. Y sí es adecuada en tanto que, formando parte de ese proceso, introduce las modificaciones e innovaciones normativas que ha permitido el más amplio consenso de los sectores interesados, consenso que ha alcanzado tanto al Parlamento como a las Administraciones y Servicios de Salud y al personal a través de sus representantes, a través de las organizaciones sindicales.

Con esa afirmación finalizo mi intervención, agradeciéndoles su atención y ofreciéndome a comentar o a aclarar cualquiera de mis manifestaciones, así como a

analizar otros aspectos que no he puesto sobre la mesa y que puedan afectar bien a la Ley 30/1999, bien al proceso

general de elaboración del Estatuto-Marco.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICO-SANITARIA AL COMIENZO DE UN NUEVO SIGLO. LOS DOGMAS CREÍBLES Y LOS INCREÍBLES DE LA JURISPRUDENCIA

Mariano Yzquierdo Tolsada

Catedrático de Derecho Civil (Excedente)

Profesor Titular de la Universidad Complutense de Madrid

Sumario: 1. Introducción. 2. La trampa de la “unidad de la culpa civil” o la pérdida definitiva del “fair play” procesal. 3. El fetichismo de la distinción “obligaciones de medios/obligaciones de resultado”. 3.1. ¿En qué momento del litigio es útil la distinción? 3.2. Sinalagma y daños: doble proyección práctica de la distinción. 4. Un doble lenguaje no siempre bien entendido por el Tribunal Supremo. 5. ¿Es cierto que debe ser el paciente (o sus herederos) quien pruebe la culpa médica? 6. El pretexto de la relación de causalidad y las sorpresas que da la vida. 7. El funcionamiento “normal o anormal” de las Administraciones sanitarias: una copla recurrente. 8. La jurisdicción competente en las reclamaciones contra las Administraciones sanitarias, o la rebelión de las Salas Primera y Cuarta del Tribunal Supremo.

1. INTRODUCCION

En los últimos años del siglo XX la jurisprudencia nos ha deparado un buen cúmulo de razones para el debate en el mundo de la responsabilidad civil de las profesiones sanitarias. No es mala cosa hacer un balance general, ya a comienzos del nuevo siglo, y aun a riesgo de incurrir a los fáciles tópicos de la cronología.

2. LA TRAMPA DE LA “UNIDAD DE LA CULPA CIVIL” O LA PÉRDIDA DEFINITIVA DEL “FAIR PLAY” PROCESAL.

En la segunda mitad de los años ochenta fue cuajando una nueva teoría en relación con esa zona pretendidamente fronteriza que existe entre la responsabilidad

contractual y la extracontractual, que ha tenido en el ámbito médico su auténtico campo de pruebas, desde la absurda posición de que, aunque entre el médico y el paciente exista un contrato, cabe recurrir al régimen de responsabilidad extracontractual para obtener el resarcimiento por los daños que el facultativo inflija a su paciente. Una tesis que se quiere fijar en que los bienes agredidos están fuera del comercio de los hombres (la vida, la salud, la integridad corporal), y que por ello está justificado hablar de zonas fronterizas.

Con arreglo a la nueva moda, el demandante no ha de *etiquetar* la demanda, sino limitarse a exponer los hechos en que basa la pretensión resarcitoria. El no es quien ha de calificar los hechos, y aunque lo haga, su elección no vincula al juez, que puede actuar con absoluta libertad en virtud del principio *iura novit curia*, de modo que si la reclamación no encaja en el campo pretendido por el actor, podrá intercambiar los argumentos y darle acomodo en la otra esfera, sin que ello suponga vicio de incongruencia.

Se trata de la doctrina que se contiene, por ejemplo, en la sentencia de 16 de diciembre de 1986. Se invocaron en el recurso reglas contractuales y extracontractuales; en concreto, el recurrente indica que la *causa petendi* se encuentra tanto en el art. 1554-2º como en el 1902, añadiendo que “no existen entre las responsabilidades contractual y extracontractual esenciales diferencias y sí fundamentos y finalidad comunes”. Pues bien, la sentencia parece jugar la doble baraja de la tesis de la opción y la del concurso de normas:

a) Por una parte se dice que, aun existiendo contrato, el actor ha alegado, y el demandado aceptado, el art. 1902, por lo que “el Tribunal de instancia no debe

entender ejercitable la acción contractual” (o lo que es lo mismo, no juega el iura novit curia porque el juzgador se ve vinculado por la relación jurídico-procesal establecida por las partes), “máxime cuando se piden, entre otras partidas, una por daños materiales devenidos fuera del piso arrendado y otra por daños morales, cuya procedencia de mera infracción contractual es dudosa” (pronunciamiento éste último descorazonador, pues parece negar que el daño moral contractual sea indemnizable); teoría de la *opción*, por tanto,...

b) pero por otra parte, entiende lícito alegar ambos bloques normativos, y dice que “está bien aplicado el art. 1902 aunque en la demanda por argumento *ad maiorem* se invoquen artículos sobre responsabilidad contractual” (teoría del *concurso de normas*). Más todavía: “la obligación de indemnizar a consecuencia de la actuación culpable de la arrendadora ha de declararse, tanto si se trata de infracción contractual como si es extracontractual”.

En materia de responsabilidad médica, la sentencia de 18 de febrero de 1997 acoge esta tesis que se ha venido a denominar del concurso de normas, y que, en definitiva, parte de la base de que no existen dos pretensiones independientes. El paciente murió tras contraer el sida y la hepatitis C después de que se le tratara con anticoagulante la trombosis venosa consecutiva a la artroscopia realizada en su rodilla.

El actor sustentó su reclamación sobre los arts. 1902 y ss. C.civ. Sin embargo, la sentencia condenatoria argumentó en todo momento con base en los preceptos reguladores de la responsabilidad contractual, entendiendo que de carácter efectivamente contractual es la relación existente entre un paciente y la entidad gestora de la prestación de asistencia sanitaria, en tanto que aquél sea persona afiliada al régimen general de la Seguridad Social. En nuestro caso, si se admite esto, el Instituto Catalán de Salud estaba obligado contractualmente a proporcionar la asistencia sanitaria en sus centros, y precisamente lo que vino a darse fue un incumplimiento contractual, o mejor un cumplimiento defectuoso, “pues quien prestó asistencia médica al actor originario le administró un medicamento a tal punto deteriorado que determinó la inoculación en el organismo del paciente de dos enfermedades gravísimas, como son la hepatitis C y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida”.

Pues bien, gran parte de la argumentación mantenida por el Instituto Catalán de la Salud en el recurso de casación consistía precisamente en lo que a su juicio constituía el vicio de incongruencia de la sentencia recurrida: planteada una acción extracontractual, ¿es lícito que el juzgador modifique la calificación? ¿No significa ello una mutación del objeto litigioso?

Dice la sentencia: “*Con excepciones, la doctrina civilista actual sostiene que sería erróneo considerar que si el perjudicado ha fundamentado su demanda de indemnización sólo en normas de responsabilidad extracontractual o sólo en normas de responsabilidad contractual, el órgano jurisdiccional incurre en incongruencia por cambio de la causa de pedir si funda la decisión en normas de culpa distintas de las invocadas. La "causa petendi" que con el "petitum" configuran la pretensión procesal se define por el relato de hechos y no por la fundamentación jurídica, que, en casos de culpa, no vincula al Tribunal ni en la calificación de la relación jurídica controvertida, ni en las normas de aplicación, de manera que el órgano jurisdiccional actúa dentro de los límites de la congruencia, aunque cambie el punto de vista jurídico*”.

Yo creo que la teoría del concurso de normas no es viable en los ordenamientos que, como el nuestro, parten del presupuesto de que ambas formas de reclamación constituyen pretensiones jurídicas diferentes. No debe olvidarse que es la demanda lo que identifica las pretensiones jurídicas, y *de lege lata*, no parece bueno para la seguridad jurídica el que el demandante o el propio órgano jurisdiccional, y hasta en pleno curso procesal del pleito, puedan variar los fundamentos de derecho “a modo de un libro de hojas intercambiables según los intereses o la discrecionalidad del Juez” (PASCUAL ESTEVILL). Desde luego, no parece muy correcto que en la sentencia de 26 de enero de 1984 cambiase la calificación que de relación extracontractual había dado la Audiencia y *aceptado los litigantes*, para afirmar que se trataba de un caso de responsabilidad contractual.

Nuevamente el Tribunal Supremo incidió en esta tesis con la sentencia de 6 de mayo de 1998³⁶. Lo curioso del caso era que en la sentencia de Primera Instancia se puede leer que el diagnóstico de la enfermedad del niño, en el que todos los informes médicos coincidían, databa de finales de 1987, y la reclamación, de ochenta millones de pesetas, fue presentada el 28 de octubre de 1991. Y eso era así porque “mi mandante, por ignorancia de la ley, ha permanecido inactivo en lo relacionado con el daño moral y material recibido tanto por su hijo como por los padres”. La demanda, a pesar de todo, se amparaba en los arts. 1902 y 1903 C.civ., sin invocarse para nada la normativa contractual. Sólo faltaba, en fin, admitir expresamente que el tiempo había transcurrido con creces, y pedir perdón por no conocer el “pequeño deta-

³⁶ Sobre esta sentencia, puede verse mi trabajo Cegueras producidas en niños nacidos prematuramente. (Las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero (Sala Sexta) y 6 de mayo (Sala Primera) de 1998, en *Actualidad de Derecho Sanitario*, núm. 40, 1998, p. 275

lle” de la prescripción anual. Y fue después, al contestar a la excepción de prescripción opuesta por el INSALUD, cuando el demandante procedió a modificar la acción, diciendo ahora que ésta se basaba en la culpa contractual. Pero el art. 1101 no había sido ni citado en la demanda. Semejante cambio en la relación jurídico procesal ya constituida no fue admitido por la sentencia del Juzgado, pero tampoco por la que dictó en grado de apelación la Audiencia Provincial de Badajoz con fecha 25 de enero de 1994.

Pero la cosa cambió en casación: “...la moderna jurisprudencia ha acunado (sic) la doctrina de la unidad de culpa civil, que permite, sin que ello suponga incongruencia de la resolución ni indefensión en los demandados, en determinadas ocasiones, y siempre que, como sucede en el presente caso, los hechos sirvan de fundamento para cualquiera de ambas acciones, la de responsabilidad contractual y la extracontractual, admitir una u otra acción, siquiera, insistimos, no hubiera sido calificada acertadamente en la demanda, pues lo importante e inmutable son los hechos, en tanto que la cita legal es alterable por el principio contenido en el brocardo da mihi factum, dabo tibi ius”.

Y, a renglón seguido, la sentencia cita la doctrina contenida en la de 18 de febrero de 1997, “trampeando” con el consabido principio de la unidad de la culpa civil. Principio que nadie discute, pero sucede que una cosa es que el concepto de culpa del art. 1104 C.civ. valga para definir también la culpa extracontractual y otra bien distinta que cada vez que nos situemos ante un supuesto de los pretendidamente borrosos (que, siendo muchos, no son ni de lejos tan numerosos como quiere hacernos creer tanto demandante mal asesorado, despistado o listillo), se pueda ejercitar una acción determinada, darle cumplido “etiquetaje”, configurar la litis y, de repente, como quien no quiere la cosa, caer en la cuenta de que en realidad se desea ejercitar una acción distinta. Si, por ejemplo, el hijo extramatrimonial no reconocido quiere, como hijo único que es, heredar de su padre una finca que constituye el único elemento activo de la herencia, y desplazar con ello de la sucesión intestada a los colaterales del causante, lo que no vale es que el letrado ejercite una acción reivindicatoria o de petición de herencia y luego, en trámite de réplica, diga: “mi mandante, que lo único que desea es esa su finca, por ignorancia de la ley ha permanecido inactivo y no ha ejercitado la acción de filiación, pues ignorábamos ambos que la acción real no puede prosperar sin demostración del justo título de dominio, y éste difícilmente podía obtenerse sin un previo reconocimiento del parentesco”. Desde luego que no vale, pero los jueces no parecen tener mucho inconveniente en reemplazar con un abuso manifiesto del principio “iura novit curia”, ora la incompe-

tencia de los letrados, ora las disfunciones del sistema legal.

Ultimamente, el Supremo se ha mostrado particularmente decidido a admitir esta tesis de la “unidad de la culpa civil” en materia sanitaria. Puede verse la sentencia de 8 de febrero de 2000, pero más elocuente, por lo disparatado, es lo que dice la de 30 de diciembre de 1999. La niña había fallecido después de que en el Hospital del INSALUD no se le detectase a tiempo la apendicitis. Tras el sobreseimiento penal absolutorio, la demanda se presentó casi siete años después, entendiendo el Juzgado y la Audiencia que la acción estaba prescrita. Pero el Tribunal Supremo prefiere entender que la relación entre el INSALUD y el afiliado (padre de la menor) tiene carácter “propiaamente contractual” (cosa de la que, según la sentencia, “no cabe duda”), y que el plazo aplicable era el de quince años. El Voto Particular de Gullón Ballesteros recuerda, con citas concretas de jurisprudencia constitucional, que las prestaciones de la Seguridad Social no se apoyan en un marco contractual, cosa que después ha reiterado la sentencia de 12 de febrero de 2000, que por lo mismo aboga por la aplicación del plazo de un año. Una sentencia que, para huir de la polémica suscitada por la teoría de la “unidad de la culpa civil”, prefiere hablar de la “tutela procesal unitaria de la culpa civil”.

Por mucho que las dos esferas de la responsabilidad cuenten con conceptos comunes, dos acciones que cuentan con dos plazos distintos de prescripción son dos acciones que, por mucho que se parezcan, son aprehendidas por el legislador como de distinta naturaleza y fundamento. Otra cosa es que merezca la pena aproximar los diferentes regímenes, como sin duda viene sucediendo en los moldes de la responsabilidad civil de este fin de siglo. Y, desde luego, la diferencia de los plazos es la que urge modificar, pues no cabe duda de que, superada esa abismal diferencia que mantiene incomprensiblemente nuestro Derecho, son muchos los problemas que quedarían superados.

3. EL FETICHISMO DE LA DISTINCIÓN “OBLIGACIONES DE MEDIOS/OBLIGACIONES DE RESULTADO”.

Es casi un lugar común que las sentencias sobre responsabilidad médica repitan una y otra vez eso de que los médicos, por regla general, comprometen una actividad diligente (y algunas sentencias, casi siempre de un mismo Ponente, dicen eso tan cursi de la “lex artis ad hoc”), pero no un éxito, no la curación ni la consecución de un resultado. Ninguna sentencia hace la previa advertencia: de antemano, no podemos partir de que ya se sabe

ante qué tipo de obligación nos encontramos. Y es que para eso se litiga precisamente. Y por otra parte, suele ser habitual mezclar, como si de una misma cosa se tratara, el lenguaje de la responsabilidad por daños con el de la obligación y su correspondiente. Conviene analizar ambas cuestiones por separado.

3.1. ¿En qué momento del litigio es útil la distinción?

Es tradicional distinguir en la **actividad médica** aquellas intervenciones en las cuales no se puede garantizar la eficacia del resultado (como son normalmente las de cirugía terapéutica o curativa, y en general, en lo que se da en llamar medicina asistencial) de aquellas en las que la garantía de la eficacia en el resultado es contenido de la prestación debida (medicina satisfactiva, y señaladamente las intervenciones de cirugía estética o embellecedora). En términos muy generales, cabe decir que en las primeras se actúa sobre un cuerpo enfermo, mientras que en las segundas las condiciones son muy distintas, pues el paciente sólo se somete a ellas si se le asegura un perfeccionamiento físico, y la intervención médica no es inevitable. Una tesis de tanta simetría llevaría a decir, simplificando las cosas, que en el primer caso existe un *contrato de servicios médicos*, y en el segundo un *contrato de obra*. De este modo, el esquema probatorio *teórico* sería éste: tratándose de obligaciones de resultado, al acreedor-paciente le basta con probar la no obtención del fin último exigible, dato éste claramente constatable, que evidencia el incumplimiento (aún no sabemos si imputable) y que actúa como hecho constitutivo de la pretensión de resarcimiento; acto seguido, el deudor-médico intentará, por medio de la prueba de la ruptura del nexo causal, deducir que ese incumplimiento no le es imputable; si se trata de una obligación de medios o actividad (intervención quirúrgica a corazón abierto y de pronóstico incierto), no habrá esos ideales *prius* y *posterius* probatorios, pues si la prestación consistía precisamente en una actividad diligente, es impensable que pueda adelantarse el acreedor demostrando la actividad no diligente (con lo que ya habría probado el incumplimiento imputable) y que a continuación pueda el deudor contraprobar demostrando la ausencia de culpa (con lo que quedaría claro, no que hubo un incumplimiento inimputable, sino un efectivo cumplimiento de la obligación).

Pero lo cierto es que en la práctica las cosas no suceden como en este esquema teórico. Cierto es que **cuando la obligación sea de resultado, la prueba del incumplimiento objetivo descarta el análisis de la culpa, y no porque no la haya, sino porque no interesa su evaluación**: ni siquiera es que se presuma, es que queda fuera de toda cuestión en un litigio en el que el *Leistungsprogramm* consistía en un resultado determina-

do exigible. Pero no menos cierto es que, al inicio de un proceso, no sabemos con entera seguridad ante qué tipo de obligación nos encontramos. Ni siquiera en lo que "desde fuera" pudiera parecer una clarísima obligación de resultado queda acreditado nada definitivo con ese primer paso *teórico* que da el demandante con su material probatorio. Es que no hay propiamente ni primer ni segundo paso, sino que ambas partes aportarán sus pruebas, de tal forma que el demandante intentará hacer ver que la obligación era de resultado y el demandado dirá que lo era de actividad. Lo único que está claro al comienzo es que el interés final del acreedor no se obtuvo, pero todavía no sabemos (podremos, como mucho, sospecharlo) si la insatisfacción de ese interés final es al tiempo insatisfacción del interés primario. **La utilidad práctica de la distinción está, propiamente, no en la posibilidad de "etiquetar" la obligación *ab initio*** (cosa siempre difícil para una persona ajena a la esfera técnica a la que pertenecen las actividades médicas y en general, a la que pertenecen muchas de las actividades que deben enjuiciarse cuando el litigio ha de consistir precisamente en una evaluación de la corrección técnica de las mismas) **sino en el tramo final del litigio, cuando las pruebas aportadas o la capacidad discursiva de una de las partes haya logrado convencer al juez de cuál era el verdadero contenido del programa de prestación**. Es siempre un juicio a posteriori el que permite decir constantemente al Tribunal Supremo que la obligación del médico no es la de obtener la recuperación del enfermo, como obligación de resultado, sino más bien una obligación de medios³⁷.

Con todo, sí habrá casos en los que se sepa de antemano a qué categoría pertenece la concreta obligación. En general, y como indica CABANILLAS SÁNCHEZ, tendrá decisiva importancia la autonomía privada, pues puede suceder que hayan sido las propias partes quienes hayan determinado si el resultado formaba parte del programa de prestación o no. Y aunque nada se haya dicho, sí se puede entender que, en general, se sabe de antemano que son obligaciones de medios las que se dan cita en los contratos de arrendamiento de servicios, mandato, de trabajo, o las que asumen los administradores de sociedades. Por el contrario, lo serán de resultado las obligaciones nacidas de los contratos de ejecución de obra, servicio bancario de caja de seguridad, transporte, mediación, agencia, comisión³⁸ mercantil, o las obligaciones de asistencia técnica.

³⁷ Sentencias, entre otras muchas, de 7 de febrero, 29 de junio y 6 de julio de 1990, 8 de mayo de 1991, 25 de abril de 1994, 12 de julio de 1994, 11 de febrero de 1997, 4 de febrero de 1999 o 18 de abril de 2000.

³⁸ CABANILLAS SÁNCHEZ, Las obligaciones..., cit., págs. 38 y 48 y ss. No cito, en cambio, como hace este autor, a la obligación de dar, pues es cierto que se trata de una típica obligación

No sirve para quitar validez a la distinción el hecho de que en cualquier obligación de actividad existan resultados "parciales" exigibles (así, para el cirujano, la asepsia del instrumental quirúrgico o, para el abogado, la presentación a tiempo de la demanda o la asistencia a una vista) que se dan cita con deberes, también fragmentarios, de actividad (uso de la técnica adecuada, diligencia, corrección). Pero ello no desvirtúa el carácter de la convención. El resultado exitoso, cuando de obligaciones de actividad se trate, no es más que la meta a la que aspiran los servicios eficientes, pero nada más (así, para los abogados, sentencia de 7 de febrero de 2000). Cuando no se cumpla uno de estos deberes fragmentarios de resultado, a veces se podrá decir que ello es suficiente para que quede a la vista la culpa como incumplimiento de la convención global de actividad (así, no efectuar análisis previos a la intervención quirúrgica o dejar prescribir la acción); otras veces será una pauta más o menos sólida para acreditar tal negligencia. También son de medios, en general, las obligaciones del Notario (art. 146 del Reglamento Notarial), pero no cerciorarse de la identidad de los comparecientes es suficiente demostración de culpa (sentencia de 5 de febrero de 2000). Pero la existencia de varios deberes fragmentarios no altera la naturaleza de la obligación global.

3.2. Sinalagma y daños: doble proyección práctica de la distinción

Si continuamos tomando las actividades de los profesionales de la medicina como banco de pruebas, insisto en que la regla general en materia de responsabilidad médica es la de que no cabe, en principio, establecerla sin que quede acreditado que los daños sufridos son consecuencia de la culpa del médico, y en que esto es algo aceptado jurisprudencialmente. O lo que es lo mismo, que la obligación del médico, siendo de mera actividad diligente y no de resultado, no consiste en obtener la curación sino en utilizar la diligencia requerida por el caso concreto. En cualquier caso, se hace obligado distinguir entre lo que es el lenguaje propio de la responsabilidad por los daños causados por la actividad del médico, y lo que es el referente a la prestación en sí y a su

de resultado, pero decirlo sin más explicaciones llevaría probablemente al lector a fijar la atención en la obligación del vendedor, que a mi juicio es obligación solamente de "entregar" (la posesión pacífica de la cosa), pero no de "dar" (dare transmissivo); ello, en un sistema netamente romano como el nuestro, que permite decir que el vendedor no está obligado a transmitir la propiedad. Sobre el tema, CUENA CASAS, Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales, Barcelona, 1996, págs. 442 y ss. El tema excede con mucho del propósito de una Ponencia como ésta.

correspondiente contraprestación en forma de derecho al cobro de los honorarios. Verdaderamente, la distinción entre obligaciones de actividad y obligaciones de resultado nació con la finalidad de diseñar un esquema de atribución de riesgos: el deudor de una obligación de resultado que no logra obtener el mismo, sea cual sea la causa del fracaso, ha incumplido su obligación. Ello es claro, tan claro como lo está la consecuencia, que no es otra, por ahora, que la pérdida del derecho a la percepción de los honorarios. El que ahora ese incumplimiento sirva para imputar o no al profesional los daños y perjuicios que sobrevengan al cliente por la no consecución del resultado ya dependerá de la causa por la que el fracaso tuvo lugar. Si el Abogado no tiene hecha a tiempo la declaración de Hacienda que se le encargó, no cobrará sus honorarios, y ello, ya sea porque le han incendiado el despacho, porque le han robado los papeles la noche anterior a su entrega o, sencillamente, porque se ha descuidado en la consecución del encargo. Pero de los daños que todo ello provoque al cliente en forma de multas, recargos, etc., sólo dejará de responder el profesional si el fracaso se ha debido a una causa ajena. Y, naturalmente, si la Administración tributaria no sanciona al contribuyente (porque no le somete a inspección o por la razón que sea) y éste no sufre entonces daño alguno, el Abogado no responde por no haber daño, pero sigue sin cobrar sus honorarios. Si el analista clínico no cumple con la obligación de dar al paciente el resultado del análisis de hemoglobina glicosilada que se le solicita, o lo hace mal, por lo pronto ello exime de pagar los honorarios al profesional. Pero los daños que de ello se deriven (así, un diagnóstico equivocado de diabetes *mellitus* que se basa en la interpretación dada por el endocrino a los análisis clínicos mal hechos) serán imputables al analista salvo que demuestre la causa ajena (por ejemplo, que un extraño cambió las muestras sanguíneas o que una extraña contaminación provocó la alteración de las mismas).

Pensemos ahora, en cambio, en la obligación, típicamente de medios, asumida por el cirujano de llevar adelante una complicada intervención. Y pensemos que la intervención se hace mal: el cirujano no pone en práctica ninguna norma elemental de la *lex artis*, opera ebrio, sin lavarse las manos ni hacer uso de guantes de quirófano, fumando puros habanos durante la intervención y experimentando sobre el aparato digestivo del sufrido paciente con instrumental sucio y oxidado. Pero pensemos también que, por un extraño milagro, el enfermo cura. No hay daño alguno para él, pero la incompetencia del médico no le hace acreedor de honorarios. El cliente no ha sufrido daños, y no hay responsabilidad civil del facultativo, pero al mismo tiempo, éste no ha cumplido el encargo, o lo ha cumplido mal... y no cobra. La obligación de actividad (diligente) se ha incumplido, pero la Diosa fortuna ha procurado que la dolencia se cure. No

sabemos *quién* lo ha conseguido, pero sí, desde luego, *quién no*.

Se trata, pues, de dos lenguajes diferentes. Inicialmente la distinción atribuida a DEMOGUE fue referida solamente a la asunción de los riesgos, o lo que es lo mismo, a si el acreedor cobra o no cobra, y no tanto a la responsabilidad por daños. Importa la distinción para saber lo que da de sí el sinalagma obligacional, y después habrá que examinar si se dan los requisitos de la responsabilidad civil. Lo que sucede es que, a mi juicio, diferenciar obligaciones de medios y obligaciones de resultado es algo que arroja sus consecuencias sobre el juicio de responsabilidad, desde el mismo instante en que el primer elemento de la responsabilidad civil consiste en una acción u omisión (dañosa) que, cuando de responsabilidad contractual se trata, consiste precisamente en un incumplimiento de contrato. La conjunción de ambos planos determinará así que se puedan producir interesantes cruces:

Primero: si el deudor lo es de una obligación de resultado (así, extraer una pieza dentaria maltrecha, entregar una prótesis o elaborar un dictamen):

a) Cuando el resultado se consigue, habrá derecho a la percepción de los honorarios, y ello aunque el deudor no haya utilizado ni tan siquiera una diligencia media: se remunera un resultado, no un actuar diligente. Y, naturalmente, no hay responsabilidad civil porque no hay daños.

b) Si el resultado no se obtiene, se pierde el derecho a cobrar honorarios, sea cual fuere la razón del fracaso. Si ello determina la producción de daños, no se responderá de los mismos si la causa ha sido ajena (vgr., incendio con corte de luz en la consulta), habiendo responsabilidad civil si no fue así, y correspondiendo la prueba del caso fortuito al deudor. Con independencia de qué haya pasado con los honorarios, se responderá o no de los daños según el incumplimiento haya sido imputable o inimputable.

Segundo: si la obligación es de actividad (vgr., el seguimiento de una enfermedad crónica, una intervención quirúrgica complicada o la asunción de un litigio por un letrado):

a) La actividad diligente determina la perfecta procedencia del correspondiente: el médico cobra. Si, a pesar de la diligencia, sobrevienen daños (vgr., el paciente fallece, cosa que a priori era bastante probable), no se responde civilmente: sin culpa probada no hay responsabilidad cuando la obligación es de medios (lo más probable es que se deban a causa ajena, faltando entonces

no sólo la culpabilidad sino también la causalidad, pero no es necesario identificar tal causa para exonerarse).

b) La actividad negligente supone siempre incumplimiento, con pérdida del derecho a honorarios; si además trae consigo daños, esa culpa que sirve para calificar de imputable el incumplimiento, sirve también como factor de atribución de los daños: no se cobra, y además se responde. Si a pesar de haber culpa, el cliente no sufre daños, no existe responsabilidad civil (lo que ahora falta es el daño como elemento de la responsabilidad).

Y todo ello, siempre desde la base de que la distinción carece de utilidad en el momento de plantearse la reclamación: el juez tiene ante sí la pretensión de un médico que reclama unos honorarios, o la de un cliente que no sólo no los quiere pagar, sino que además pide el resarcimiento de los daños que dice haber sufrido. Uno y otro aportarán sus pruebas, y cómo convenzan unas y otras será lo que lleve finalmente al juez a calificar el vínculo de una o de otra manera y de extraer consecuencias en ambos planos: el del sinalagma y el de los daños y perjuicios.

Existirán entonces tres niveles de fracaso en la actividad del médico: en un primer nivel se situarán aquellas actuaciones ligeras o descuidadas que solamente dejan ver una falta de «reflejos» o de «ojo clínico»: son pequeños fallos comúnmente aceptados como tolerables. Son comportamientos que no trascienden a ninguno de los dos planos referidos aquí: hay médicos buenos y los hay menos buenos, los hay caros y baratos, ocurrentes y romos, como sucede en cualquier profesión o arte. En un segundo nivel se sitúan las negligencias que traen consigo la pérdida del derecho a los honorarios, pero que no llevan al médico a responder civilmente porque no existe daño que resarcir. Y, por último, negligencias que no sólo quiebran el sinalagma e invitan al cliente a no cumplir con su correspondiente, sino que constituyen además un adecuado factor de imputación de los daños causados.

4. UN DOBLE LENGUAJE NO SIEMPRE BIEN ENTENDIDO POR EL TRIBUNAL SUPREMO.

Y puestos a utilizar, sin decirlo, un doble lenguaje, a veces se dicen verdaderas barbaridades. Es muy habitual mezclar las cuestiones de responsabilidad por daños con las de subsistencia o extinción de la obligación. Cuando el art. 1182 C.civ. dice que “*Quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora*”, o cuando el art. 1183 dispone que “*Siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la*

pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario”, para nada están regulando extremos que tengan que ver con la responsabilidad civil. Los preceptos regulan solamente si la obligación subsiste o si se ha extinguido, pero no si el deudor debe o no reparar los daños causados: eso tiene su propia regulación: los arts. 1101 y ss. Y todo ello tiene importantes consecuencias, como por ejemplo:

1º La acción de cumplimiento específico se basa en el hecho objetivo del incumplimiento: la obligación subsiste, y subsiste insatisfecha, pues la imposibilidad de prestar se ha debido a hecho imputable al deudor (o éste se encontraba en mora). Así de simple habrá de ser la tipología de todo litigio en el que se discuta la extinción de la obligación o su perpetuación (arts. 1182 y 1184 C.civ.). Pero el acreedor no necesita demostrar daño alguno, pues, tratándose de una pretensión de cumplimiento, basta con que éste sea todavía posible. Y si ya no lo es, pretender la “*aestimatio rei*” tampoco precisará alegar que existe un daño conectado con el incumplimiento, y subjetivamente imputable al deudor: como la obligación no se ha extinguido, “se debe” el equivalente. Remedio, pues, automático, que opera cada vez que no sea posible³⁹ la ejecución específica de una obligación que sigue viva .

2º. En cambio, la indemnización de daños y perjuicios (que es cosa compatible con la acción de cumplimiento) requiere la prueba del daño sufrido⁴⁰, y no es remedio automático, sino más bien eventual . Si yo sigo dispuesto a que el promotor moroso me entregue el chalet diez meses más tarde de lo previsto, sólo si alego y pruebo los daños moratorios (hotel y guardamuebles, por ejemplo) y el resto de los elementos de la responsabilidad, obtendré una indemnización. El solo fundamento del crédito contractual constituye suficiente prueba para pedir el cumplimiento o su equivalente, pero no la indemnización .

3º. Eso sí, cuando el acreedor mantiene viva su acción de cumplimiento, este hecho por sí sólo no determina la responsabilidad por daños moratorios. Así, si al deudor no le es posible la entrega del *genus* por causa ajenas a él, sigue obligado a la entrega, pero el caso fortuito⁴² le exonerará de indemnizar los daños moratorios .

³⁹ LLAMAS POMBO, Cumplimiento por equivalente..., cit., pág. 101.

⁴⁰ LLAMAS, loc. cit.

⁴¹ CARRASCO PERERA, Comentario del artículo 1101 del Código civil, en Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, t. XV, vol. 1º, Madrid, 1989, pág. 406.

⁴² CARRASCO PERERA, cit., pág. 404. En la conocidísima sentencia de 13 de junio de 1944, se lee que la guerra civil

4º. Que no deba responder el deudor cuando el daño sufrido por el acreedor se ha debido a una causa no imputable no tiene por qué implicar la extinción de la obligación: el art. 1101 no prejuzga si la obligación subsiste o se extingue (ése es tema de “*perpetuatio obligationis*”, no de estricta responsabilidad). El pintor no responde si el hijo del acreedor empuja la escalera sobre la que aquél se sostenía, viniendo a caer sobre el tapiz un bote de pintura, ni responde el conductor del autobús si el viajero se lesiona debido a las maniobras que tuvo que efectuar para evitar el atropello del suicida. Y sin embargo, el pintor sigue obligado a pintar y el viajero sigue teniendo derecho a que le conduzcan al punto de destino .

Por todo ello no se entiende muy bien que, a la hora de decidir si se ha probado o no un adecuado criterio de atribución de responsabilidad en un caso de responsabilidad médica, se recurra a estos preceptos, para, por ejemplo, entender que en el ámbito médico debe jugar una presunción de culpa. Eso es justo lo que hace la sentencia de 28 de junio de 1999. Se trataba de un tratamiento dental, intervención quirúrgica con anestesia general y colocación de prótesis. Después de dar por sentado que el celebrado era un contrato de obra, generador de obligación de resultado, y que el médico no había probado el caso fortuito (art. 1105), la sentencia apela a la “presunción de culpa contractual, que deriva como principio general, del artículo 1183 del Código civil”.

Falso. Tal presunción de culpa, de existir en ese artículo, existe para decidir que la obligación sigue viva, que no se ha extinguido: el médico sigue obligado a prestar el tratamiento, y, de no ser ya posible, a entregar su equivalente pecuniario (en el caso, el precio). La indemnización de daños y perjuicios se gobierna por los arts. 1101 y ss., y necesitará la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad contractual: probado el daño por el paciente, y no probada por el médico la concurrencia del caso fortuito, el facultativo habrá de pagar la indemnización que corresponda (encarecimiento de las materias primas y de los servicios de otro facultativo –no así la cantidad concurrente entre ambos tratamientos, pues el precio ya ha sido devuelto–, daños morales y corporales, etc.). Si precisamente el art. 1183 termina diciendo “y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1096” es porque en éste se diferencian perfectamente las pretensiones de cumplimiento de la obligación y las pretensiones de reparación de daños.

impidió durante tres años la entrega del aceite vendido. Al ser obligación genérica, el vendedor seguía obligado a cumplir, pero no a indemnizar por la mora.

⁴³ Afortunados ejemplos de CARRASCO, cit., pág. 384.

Sentencias como la anterior pueden invitar a pensar que el mero incumplimiento de una obligación genera responsabilidad civil, y no hay nada más lejos de la realidad. En la responsabilidad contractual, la acción u omisión consiste en el incumplimiento de un contrato, en la medida en que tal circunstancia ha dañado los intereses del acreedor. Ciertamente que en una acepción muy amplia del término, la responsabilidad del deudor por el incumplimiento de sus obligaciones implica hablar de los efectos, cualesquiera sean éstos, que tal incumplimiento puede producir en su patrimonio. En términos de HERNÁNDEZ GIL, cabe así entender la responsabilidad patrimonial como "conjunto de consecuencias jurídicas a que queda sometido el deudor en cuanto ha asumido un deber y que tienden a dotar de efectividad al derecho del acreedor"⁴⁴.

Pero desde ese concepto amplio deben practicarse sucesivas acotaciones. Cuando existe un incumplimiento contractual, puede suceder en primer lugar que todavía no nos encontremos ante un caso de imposibilidad definitiva. El acreedor tratará de conseguir en primer término el cumplimiento *in natura*, y ello dará lugar a la llamada **ejecución forzosa**, a través de la cual se hace efectivo el poder coactivo del acreedor (arts. 1096, 1098 y 1099 C.civ.). Si la prestación ya no es objetivamente posible (o, siéndolo, ya no le sirve al acreedor, vgr., la boda ha tenido ya lugar, y el vestido de novia lo termina el sastre dos semanas más tarde), ya no es viable el cumplimiento *in natura*, y el acreedor podrá pedir, de manera subsidiaria, el **equivalente pecuniario o "aestimatio rei"** (y siempre que no haya concurrido una circunstancia que determine la extinción de la obligación). No se trata de una nueva obligación, sino de una transformación del objeto de la primitivamente asumida. No es que ésta se extinga y nazca otra nueva, sino que la primera se perpetúa, como lo demuestra con claridad meridiana el art. 1182 C.civ., que sólo proclama la extinción de la obligación cuando la prestación se hace imposible por causas no imputables al deudor ("*perpetuatio obligationis*").

Pero, tanto en el caso del cumplimiento forzoso como en el de cumplimiento equivalente, habrá que reponer en la esfera jurídica del acreedor lo que media entre su situación real y la situación en la que se encontraría en caso de que el cumplimiento exacto hubiese tenido lugar. Y como, además de perder la prestación a que tenía derecho, el acreedor puede haber sufrido por razón del incumplimiento otros daños, el sistema le proporciona otro remedio: el **resarcimiento de daños y perjuicios**. Precisamente por eso dice el art. 1096 C.civ.

⁴⁴ HERNÁNDEZ GIL, Derecho de obligaciones, Madrid, 1976, pág. 70.

que en las obligaciones de dar, el deudor puede ser compelido a que realice la entrega *independientemente* del derecho a ser indemnizado que le otorga el art. 1101.

Desde este punto de vista, la "*aestimatio rei*" y la indemnización o "*id quod interest*" son conceptos⁴⁵ que se deben separar inicialmente con absoluta nitidez. Proporcionar al acreedor el equivalente pecuniario no es algo que tenga una función resarcitoria, sino de cumplimiento: el deudor debe cumplir "*in natura*", pero si no lo hace, deberá cumplir prestando el equivalente, y por eso son incompatibles la ejecución forzosa de la obligación originaria y la prestación del equivalente. O se cumple con lo que era debido, o se paga la "*aestimatio*", pero ni una cosa ni otra son reparación de daño alguno, sino cabal cumplimiento o cumplimiento por equivalencia, respectivamente. No son medios de tutela del crédito que tengan que ver, en sentido técnico, con la responsabilidad contractual. Pero, eso sí, siendo incompatibles ambas formas de cumplir, cada una es individualmente compatible con la pretensión resarcitoria: cuando el acreedor, además de la prestación o su valor, quiere verse reintegrado de todos los efectos dañosos que el cumplimiento tardío (en el primer caso) o el incumplimiento definitivo de la primitiva obligación y su sustitución por la "*aestimatio rei*" (en el segundo) le hayan podido reportar, tratará de conseguir una indemnización. Y ésta sí es una nueva obligación, por mucho que conserve determinados puntos en común con la anterior. De la misma manera, si el acreedor opta por resolver el contrato por incumplimiento, el que ello sea radicalmente incompatible con la pretensión de cumplimiento, no le priva de su derecho a exigir la reparación de los daños que ha sufrido (art. 1124, pº 2º C.civ., y lo mismo, para las obligaciones mercantiles, en el art. 329 C.com.).

Es lógica la frecuencia con que la jurisprudencia afirma que la obligación de reparar no nace por el simple incumplimiento de la obligación primitivamente asumida: se necesita además una lesión para los intereses de ese acreedor en beneficio del cual se encontraba configurada la relación obligatoria: el solo⁴⁶ incumplimiento no genera obligación de resarcir daños. La obligación de

⁴⁵ Cosa que no hace el art. 1135 C.civ., que confunde indemnización con precio o valor de la cosa, a diferencia de lo que, con corrección, hace el art. 1136. Algo parecido parece ocurrir en el art. 1150. Tampoco diferencian los arts. 1152 y 1153, de los que no se deduce a primera vista si la pena sustituye sólo a la indemnización de daños o comprende también el valor de la prestación. Si distingue indemnización y precio el art. 1147, pº 2º, y, en sede de "*perpetuatio obligationis*" (que no de responsabilidad), el art. 1185 habla correctamente de precio.

⁴⁶ Por todas, pueden verse las sentencias de 29 de noviembre de 1985, 24 de septiembre de 1986, 29 de noviembre de 1990, 10 de junio de 2000 o 30 de junio de 2000.

reparar no da así solución al problema que para él supone el incumplimiento de la prestación, sino al problema originado cuando por ese incumplimiento se ha generado un daño en su patrimonio. Como señala CAPILLA RONCERO, la obligación de reparar no se limita⁴⁷ a sustituir la obligación de cumplir específicamente (de lo contrario, todo deudor podría escoger entre cumplir o indemnizar). A lo que obliga el art. 1101 C. civ. no es a indemnizar un abstracto incumplimiento del deudor, sino unos daños y perjuicios causados por quienes en el incumplimiento de sus obligaciones incurren en alguna de las formas de contravención previstas en el precepto. Si en alguna ocasión da la impresión de que el Tribunal Supremo ha sostenido la existencia de un daño por el solo incumplimiento, lo cierto es que del análisis del caso concreto se puede deducir la realidad efectiva del daño⁴⁸. Eso es justo lo que parece suceder en la sentencia citada de 28 de junio de 1999, pues evidentemente, el fallo en el tratamiento dental provocó daños. Pero convendría mayor precisión contractual, no sea que haya quien piense que, probado el incumplimiento, nada más hace falta para que a uno le den la indemnización que pretende.

5. ¿ES CIERTO QUE DEBE SER EL PACIENTE (O SUS HEREDEROS) QUIEN PRUEBE LA CULPA MÉDICA?

Sea culpa contractual o culpa extracontractual la que protagonice el supuesto de hecho concreto, resulta obligado comprobar que la apreciación de la culpa o negligencia suele jugar en la práctica jurisprudencial con unas especificidades muy notables cuando de negligencia médica se trata. No es que ésta no participe de las fórmulas generales que apuntan hacia la objetivación, pero sí se puede decir que los tribunales son aquí mucho más cautelosos, cosa de la que hay que felicitarse.

⁴⁷ CAPILLA RONCERO, La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito, *Cádiz*, 1989, pág. 44.

⁴⁸ Así, si la sentencia de 9 de mayo de 1984 dice que el incumplimiento puede suponer "per se un perjuicio, un daño, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral", no es porque el Supremo quiera iniciar un cambio de rumbo. Era el caso del abogado que demandaba a la Compañía Telefónica como consecuencia de haberse omitido en la Guía Telefónica de Lérida sus datos personales y profesionales, y la sentencia no se limita a devolverle las cantidades pagadas a la compañía. Al margen de éstas, el daño existía. Hay comentario de la sentencia en IGARTUA ARREGUI, Comentario de la sentencia de 9 de mayo de 1984, en C.C.J.C., n° 5, págs. 1631 y ss. Ultimamente, la sentencia de 28 de diciembre de 1999 dice que, en líneas generales, sigue en pie el principio de que el solo incumplimiento no genera responsabilidad por daños, pero que puede suceder que del solo incumplimiento se derive fatalmente la existencia del daño.

Una afirmación más o menos constante es la que, a modo de regla general, encontramos en numerosas sentencias: si, salvadas las excepciones, lo normal es que las actividades médicas se enmarquen en el cauce de las obligaciones de actividad o de medios, el Tribunal Supremo concluye de manera habitual diciendo que no basta, para que aflore la responsabilidad, que el resultado apetecido por ambas partes de la relación (el éxito, la curación), no se haya obtenido. El demandante deberá demostrar, por lo tanto, que existió culpa o negligencia en el facultativo.

Con todo, la propia jurisprudencia se está ocupando de suavizar un esquema probatorio que, como el apuntado, pone las cosas muy difíciles a todo paciente damnificado que pretenda demandar una responsabilidad por daños. Ello se consigue a través de⁴⁹ diferentes expedientes, todos muy visibles por explícitos :

Uno de ellos consiste en una argumentación que quiere hacer ver la "**mejor posición probatoria**" en que se encuentra un facultativo frente a sus pacientes. Dice, por ejemplo, la sentencia de 2 de diciembre de 1996 explica: "cuando se obstaculiza la práctica de la prueba o no se coopera de buena fe por las partes, sean actoras o demandados, a facilitar su producción, cabe que se atenúe el rigor del principio que hace recaer sobre el actor la carga de probar los hechos constitutivos de su pretensión, desplazándola sobre la parte que se halle en mejor posición probatoria, aunque sea la demandada, por su libertad de acceso a los medios de prueba". Igualmente, menciona de forma expresa la obligación del médico de contribuir activamente a probar que no existió en su actuar negligencia ni imprevisión la sentencia de 28 de julio de 1997, para un caso de intervención para extirpar un carcinoma de útero: el demandante no tiene por qué verse obligado a probar qué hechos serían los que exonerarían al médico, como el caso fortuito, para razonar que en el supuesto concreto no concurren los mismos: tendrá que ser el demandado el que aporte la prueba exoneradora, como corresponde a su mejor posición en el conocimiento de la esfera técnica del caso.

El segundo elemento destacable, combinado con el anterior, tiene como resultado un panorama bien distinto al que presentaba la que antes describí como regla general: me refiero a los expedientes de "**culpa virtual**". Un instrumento quirúrgico de cuarenta centímetros de

⁴⁹ Sobre el tema, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba, *Madrid*, 1999, y DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, El régimen de prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho, *Madrid*, 1996.

largo y un kilo de peso abandonado en el abdomen del paciente en el curso de la operación quirúrgica (Niza, 1979), deja patente, *prima facie*, una negligencia médica. Como dice la citada sentencia de 2 de diciembre de 1996, “aun cuando sea la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación, no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste, comparativamente, es desproporcionado con lo usual, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revelando la penuria negligente de medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización”.

No constituye en este punto la jurisprudencia sobre la prueba de la culpa médica una excepción a las tendencias generales. La diferencia está en que, si en las sentencias sobre temas no médicos, la inversión de la carga de la prueba es la regla, en la jurisprudencia médica es la excepción, o al menos se exige para ello el condicionante previo del “resultado desproporcionado”. Pueden verse en este sentido las sentencias de 9 y 12 de diciembre de 1998.

Un tercer elemento que viene a sentar otra excepción e el esquema subjetivista o por culpa de la responsabilidad médica es el que consiste en distinguir el *acto médico* en sí, regido en lo que a la responsabilidad civil se refiere por los metros de medida de la responsabilidad por culpa de los preceptos del Código civil, y los *servicios sanitarios*, que, a tenor de las declaraciones jurisprudenciales, no precisan la culpa de nadie para determinar la responsabilidad de la Administración sanitaria (INSALUD y Administraciones autonómicas, señaladamente). Un régimen de responsabilidad objetiva que en los últimos años ha sido definitivamente trasladado al terreno de los *servicios sanitarios*. Llamaba la atención que, a pesar de que los servicios sanitarios se encuentran recogidos expresamente en la enumeración que el art. 28.2 hace de los productos y servicios que *en todo caso* se someten al régimen de responsabilidad objetiva, ni los demandantes invocaban ni los Tribunales aplicaban el precepto. Y cuando tenían ocasión para pronunciarse, lo hacían para declarar paladinamente que no cabe aplicar el art. 28 L.C.U. porque en el ámbito médico-sanitario queda descartada la responsabilidad objetiva⁵⁰.

⁵⁰ Interesante el trabajo de PANIZA FULLANA, Responsabilidad sanitaria y protección de los consumidores, R.G.D., enero-febrero 1999, págs. 75 y ss., en el que se relata la evolución jurisprudencial.

Pues bien, desde la sentencia de 1 de julio de 1997⁵¹, dictada para un caso de infección hospitalaria en un centro del INSALUD, la idea contraria ha quedado aceptada de manera definitiva: si está admitida la necesidad de medir la responsabilidad *del médico concreto* en función de la concurrencia o no de culpa en su actuación (como corresponde al campo de las obligaciones de medios), no sucede lo mismo con los servicios sanitarios, que deben regirse por las pautas de la responsabilidad objetiva al tratarse de servicios que se encuentran mencionados en la relación del art. 28.2, pero que, aunque así no fuese, incluyen “necesariamente la garantía de determinados niveles de pureza, eficacia o seguridad” (art. 28.1). Que no quepa apreciar la responsabilidad de un cirujano por haber sido exquisitamente diligente en la intervención no significa que no se pueda condenar al titular del centro sanitario cuando el servicio prestado ha sido defectuoso⁵².

6. EL PRETEXTO DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y LAS SORPRESAS QUE DA LA VIDA.

Como resulta lógico, y en aplicación de los principios probatorios comunes, el damnificado es quien deberá acreditar necesariamente la conexión causal entre la conducta del agente y el daño sufrido. Pero ello, tanto si la responsabilidad se basa en la culpa como si se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva o por riesgo. Lo que está detrás del binomio responsabilidad subjetiva/responsabilidad objetiva es solamente un problema de factores o criterios de atribución: por razón de culpa en la primera y sin culpa en la segunda, pero los restantes elementos de la responsabilidad civil continúan en pie, y entre ellos, la relación de causalidad. En el imperio de la responsabilidad objetiva no cabe la exoneración si el demandado solamente demuestra que no hubo culpa, pero sí cuando demuestre la ruptura del nexo causal. Es responsabilidad *objetiva*, no responsabilidad *automática*.

Así por ejemplo, en la sentencia de la Sala 3ª de 10 de febrero de 1998 leemos que la responsabilidad de la Administración “se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal”, y que “ni siquiera es necesario probar que el servi-

⁵¹ Comentada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO en C.C.J.C., nº 45, págs. 1218 y ss.

⁵² Con posterioridad, pueden verse en la misma línea las sentencias de 21 de julio de 1997, 9 de junio de 1998, 18 de junio de 1998, 9 de diciembre de 1998, 28 de diciembre de 1998, 9 de marzo de 1999, 24 de septiembre de 1999 y 30 de diciembre de 1999. La de 6 de mayo de 1998 fue estudiada por mí en Cegueras producidas en niños prematuros, en Actualidad del Derecho sanitario, nº 40, junio 1998, págs. 275 y ss.

cio público se ha desenvuelto de manera anómala”. Pero, siendo ello cierto, también lo es que el resultado de la exhaustiva prueba pericial practicada impide aceptar la premisa “de haber estado sometido el menor a un riesgo por excesiva oxigenación, lo que hubiera exigido una probanza clara y determinante de dicha situación, siendo la apreciación crítica de la mencionada prueba pericial (...), la que no permite llegar a esa conclusión. Por ello, y confirmando los criterios de la sentencia recurrida, la relación de causalidad era imprescindible para deducir la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (...), y no queda acreditado, en el caso examinado, su existencia”⁵³.

En cambio, se equivoca gravemente la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 9 de noviembre de 1999, cuando dice que la responsabilidad objetiva “nace por el resultado producido, sin que quepa alegación alguna de exclusión de la responsabilidad”.

El que la prueba de la causalidad corresponda al demandante no significa que haya que pedir a éste un especial rigor probatorio: como siempre, cabrán, por ejemplo, las pruebas de presunciones. Así, la sentencia de la Sala 2ª de 12 de mayo de 1986 se refiere a los “cursos causales no verificables”, como “hipótesis en que la causalidad *posible* existente entre dos hechos: un comportamiento humano en forma de acción u omisión y la ocurrencia de un resultado lesivo o dañoso, no sea susceptible de demostración científico-natural”.

Lo que sucede es que esta dulcificación de la prueba lleva a situaciones algo anómalas, como las que en la doctrina francesa se han puesto de manifiesto en materia de responsabilidad médica: ya no es que se presume la culpa, sino que la presunción abarca al propio nexo causal (“*causalité virtuelle*”). No se tiene muy claro, por ejemplo, qué ha ocurrido en ese hospital durante la estancia del paciente, ni tampoco qué concreto daño ha sufrido, pero sí que salió peor que entró, disminuyendo sus posibilidades de curación. Se condena entonces al centro por la “*perte d'une chance*”: al no quedar acreditada la conexión entre la conducta del médico y el daño sufrido *en concreto* (unas lesiones, por ejemplo), se facilita la posición del demandante sobre la base de una *causalidad aleatoria* que presume al médico autor de un daño *abstracto*. Por medio de este artificio judicial se sustituye la reparación de un daño no probado por la de indemnización de equidad, a la vista de un daño que no consiste en otra cosa que en la pérdida de posibilidades de curación. Fórmula intermedia que resulta pintoresca,

⁵³ Esta sentencia fue objeto de mi trabajo Cegueras producidas en niños nacidos prematuramente, *Actualidad del Derecho sanitario*, n.º 40, junio 1998, pág. 275.

pues una cosa es que se simplifiquen ciertos aspectos de la prueba de la causalidad y otra muy distinta que este *presupuesto de la reponsabilidad civil* no tenga⁵⁴ que ser probado por quien aduce la existencia del deber.

Por otra parte, no deja de ser curiosa una circunstancia: se habla, por una parte, de la superación de la teoría de la causalidad adecuada, basada en la regularidad estadística, para dar entrada a una suerte de causalidad eficiente con el objeto de que no se escapen los casos concretos que hayan encontrado su imputación en factores distintos a los que marcan las leyes de la probabilidad. Pero, al mismo tiempo, cuando la prueba de la causalidad es difícil, se vuelve a retomar la idea de la probabilidad. Como ha dicho DE ÁNGEL, “cuando es imposible esperar certeza o exactitud en materia de relación de causalidad, el juez, que puede contentarse con la *mera probabilidad de su existencia*, se encuentra en una posición más cómoda si esa posibilidad puede expresarse en términos aritméticos o estadísticos; en definitiva, expresados en porcentajes. Dicho de otro modo, cabe la condena del demandado, considerándose por tanto que la relación de causalidad se ha probado, cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un “grado suficiente de probabilidad”, sobre todo cuando es una probabilidad próxima a la certeza o, simplemente, una “alta probabilidad”. De ahí la fórmula jurisprudencial norteamericana del “*more probable than not*”, en cuya virtud es suficiente contar con una probabilidad de más del 50% para concluir que la “causa” imputable al demandado es soporte⁵⁵ de la relación de causalidad del caso que se enjuicia”.

O lo que es lo mismo, ante la dificultad, regreso (¿resignado?) a la causalidad adecuada. Y a lo mejor no cabe otra solución cuando los criterios de imputación conocidos no la dan. Pero ¿qué índice de probabilidad marca la razonable probabilidad? El dato que da este autor sobre el estudio de la Asociación Californiana del Corazón es curioso: “cuando un grupo de cinco cardiólogos examinaron los expedientes de 319 víctimas de ataques cardíacos, hubo una división de opiniones de tres a dos en la mayor parte de los casos y sólo en 47 hubo acuerdo; **más alarmante todavía fue descubrir que cuando 101 de esos casos fueron sometidos de nuevo a la consideración del grupo de especialistas, sin que**

⁵⁴ Y no digamos que cuando se llega aún mas lejos en la libre valoración del nexo causal, sobre la base de que el tratamiento médico ha ido precedido de la *creación de un riesgo injustificado*. En tales supuestos, el nexo causal se presume, y el médico resulta condenado a la reparación íntegra de un daño ¡que se da por probado! PENNEAU, *La responsabilité médicale*, Paris, 1977, págs. 114 y ss.

⁵⁵ DE ÁNGEL, en Comentario del Código civil (art. 1902), t. 8, ed. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 435.

antes supieran ellos que ya les habían sido planteados, en el 30% de los casos el dictamen previo de los cardiólogos fue distinto”.

Con todo, una notable dulcificación de la prueba de la causalidad ha estado presente en las últimas tres décadas en aquellas actividades que, de por sí, presentan inicialmente un peligro. Pero, hasta la fecha, a lo más que se había llegado era a deducir la relación causal por medio de la prueba de presunciones, con o sin cita expresa del art. 1253 C.civ. (ahora derogado por la L.E.Civ., que se ocupa del tema en el art. 386). Es el caso de la conocida sentencia de 14 de marzo de 1978, en la que, ante el incendio de unos almiars de paja, se presumió la causalidad con el hecho de que poco antes había circulado entre ellos un tractor que desprendía chispas por el tubo de escape. Pero esa técnica, consistente en enlazar un efecto a un proceso causal no enteramente verificado, pero alrededor del cual existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, ha quedado ya superada. Desde luego, el caso más emblemático fue el del aceite de colza desnaturalizado. Había que condenar como fuera al Estado, dadas las magnitudes de la tragedia. La fórmula de la sentencia de la Sala Segunda de 26 de septiembre de 1997 consistió en condenar a un funcionario (el Director del Laboratorio Central de Aduanas) cuya atribución no era nada relacionado con la salud pública, sino ¡clasificar las sustancias de cara a su tratamiento arancelario! Pero es que los aceiteros, únicos causantes de la introducción para el consumo humano de un aceite que era de uso industrial, eran insolventes. Y entonces, la mayor condena de nuestra historia (unos quinientos mil millones de pesetas) se resolvió, en fin, fingiendo una inexistente relación de causalidad con un servicio público de exclusivo carácter tributario.

Conviene resaltar, para concluir, que si el problema de la existencia o no de causalidad es una cuestión de hecho reservada a los Tribunales de instancia, no ocurre igual con eso que hemos dado en llamar, acaso con alguna impropiedad, “causalidad jurídica”, o lo que es lo mismo, con los problemas de imputación objetiva. Lo mismo que el concepto de culpa o negligencia que haya manejado la instancia (imputación subjetiva), se trata de cuestiones de Derecho revisables en casación (así, sentencia de 6 de marzo de 1999).

7. EL FUNCIONAMIENTO “NORMAL O ANORMAL” DE LAS ADMINISTRACIONES SANITARIAS: UNA COPLA RECURRENTE.

Pocas voces se han alzado, y de modo reciente, contra un sistema como el español en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas que lleva casi

medio siglo recibiendo parabienes doctrinales y siendo considerado como uno de los más protectores del mundo. No podía ser de otra manera, pues nuestras normas le dicen al perjudicado que recibirá una indemnización aunque el daño haya sido consecuencia del funcionamiento **normal** del servicio público. Un sistema de responsabilidad que, si se me permite el chascarrillo, tiene como factor de atribución a “*la pólvora del Rey*”, que repara daños que muchas veces no encontrarían reparación si su autor fuera un empresario privado y que se aproxima más a las normas de asistencia social que a las que deben regular la responsabilidad civil de manera sensata.

Y es que, si bien es verdad, como dice MARTÍN REBOLLO, que el principio de responsabilidad de las Administraciones Públicas es uno de los pilares básicos del Estado de Derecho (pues lo lógico es que los efectos perjudiciales de una actividad que, como la de los poderes públicos, está dirigida a lograr beneficios colectivos, deben ser asumidos también por toda la colectividad), ello no tiene que significar para el sistema la constante asunción de *cualquier* daño, incluso del que se ha debido al correcto funcionamiento del servicio público. Eso sólo puede suponer que el diseño de la responsabilidad de los poderes públicos en España no tiene ningún carácter profiláctico, no sirve para aportar nada a las pautas de calidad y de buen funcionamiento que deben tener los servicios públicos: si se responde tanto en los casos en que éstos funcionen mal, como cuando funcionen medianamente bien y hasta muy bien, ni quienes tienen a su cargo las prestaciones pondrán mucho esmero en hacerlo con exquisita corrección ni los jueces tendrán a la vista estándares de funcionamiento que estén por encima de lo mediocre, lo que se tiene que traducir a la fuerza en condenas a ojo que sólo tratan de esconder las propias arbitrariedades⁵⁶ de un sistema próximo a la asistencia social universal.

Evidentemente, algo se ha mejorado desde que la Ley 4/1999 ha reformado el art. 145.2, de modo que la acción de regreso de la Administración contra el funcionario que actuó con dolo o negligencia grave debe ser ejercitada en todo caso (se sustituyó “*podrá exigir*” por “*exigirá de oficio*”). Algo, pero poco.

Fijémonos en la sentencia de 14 de junio de 1991, conocida como el “caso de los aneurismas gigantes” y tomada como paradigma de los excesos del sistema. La paciente presentaba aneurismas gigantes en ambas carótidas, y el cirujano optó por reducir primero la del lado

⁵⁶ MARTÍN REBOLLO, La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica, en *Revista Documentación Administrativa*, 237-238 (enero-junio 1994),. págs. 30 y ss

derecho, ocluyéndola con un clip al no ser viable otra posibilidad. Pero, contra lo previsible, la otra carótida no suministró suficiente flujo de sangre al cerebro, lo que produjo a la enferma graves secuelas. La intervención facultativa fue irreproachable, pues no había motivos para pensar *a priori* que los riesgos habrían sido menores si se hubiera intervenido antes sobre la carótida izquierda. Con todo, el Supremo dijo que un supuesto de responsabilidad que tiene carácter objetivo significa la “desconsideración total de las circunstancias y conductas de quienes lo crean, organizan, controlan o vigilan y del personal que lo realiza”, y que procedía entonces la condena del INSALUD, pues “lo único relevante para la Sala ha de ser la incidencia, a efectos de causalidad, de la intervención quirúrgica llevada a cabo en un Centro de la Seguridad Social”. “(...) Ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala”, dice la sentencia de 29 de octubre de 1998.

Sencillamente, el Presupuesto público de un país como el nuestro no se puede permitir la cobertura de un sistema tan poco realista⁵⁷ que, al hacer responsables a las Administraciones también de los daños producidos por el funcionamiento *normal* de los servicios públicos, no concede otra alternativa que la de no prestarlos. ¿Es eso el Estado social?

Por eso no es de sorprender que, de espaldas al texto de la ley, muchas sentencias⁵⁸ de los últimos tiempos hayan preferido la exoneración⁵⁸, al pensar que nuestro sistema exige la “*faute de service*” de la jurisprudencia francesa, la culpa, aunque sea anónima o de la organización y no imputable a nadie en concreto, el funcionamiento *anormal*, en definitiva: en la ejecución de las obras de carreteras (sentencias de 2 de diciembre de 1996

⁵⁷ Así, MARTÍN REBOLLO, cit., pág. 42, y PANTALEÓN, Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, en el mismo número monográfico de la Revista citada en la nota anterior, pág. 239. Ambos autores toman el caso de los aneurismas gigantes como muestra de la perversión del sistema en págs. 37 y 242, respect.

⁵⁸ Tampoco es infrecuente que, desde el propio tenor de las normas, se recurra al cómodo expediente de la inexistente antijuridicidad, y se declare que se trataba de un daño en relación con el cual existía obligación de soportarlo por parte del perjudicado. Pueden verse, sólo a título de ejemplo: la sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de junio de 2000, para un caso de dilación en la tramitación de un expediente, la de la Sala de lo contencioso-administrativo del T.S.J. del País Vasco, en un caso de actuación sanitaria con paciente reacio a ser objeto de diagnóstico. En la Sala Tercera del Supremo, pueden verse la de 18 de octubre de 1999, para un supuesto de lesión ocular causada por pelota de goma lanzada por la Guardia Civil en una manifestación violenta, o la de 3 de octubre de 2000, para un caso de intervención de vasectomía con embarazo posterior.

y 28 de octubre de 1998) y aceras (sentencia de 5 de junio de 1998), en el derribo de edificios ruinosos (sentencia de 14 de mayo de 1994), en la intervención municipal para el cierre de establecimientos (sentencia de 9 de diciembre de 1995), en las actuaciones policiales (sentencias de 21 de noviembre de 1995, 9 de junio de 1998 y 21 de diciembre de 1998) o del cuerpo de bomberos (sentencia de 28 de abril de 1998), en la organización de espectáculos públicos (sentencia de 23 de mayo de 1995). También en la prestación del servicio psiquiátrico, que si no es anormal, no permite condenar a la Administración por el suicidio del interno (sentencia de 5 de mayo de 1998).

Es cierto que las novedades legislativas han introducido paliativos interesantes. Así, si el art. 141.1 de la Ley 30/1992 establece como requisito de la indemnización que el particular no tenga el deber jurídico de soportar el daño, ello significa que los servicios públicos tienen un cierto margen de tolerancia típica, inherente a su propio funcionamiento, o lo que es lo mismo, que el enjuiciamiento de un supuesto no debe tomar en cuenta sólo la mera causación del daño, sino el completo enjuiciamiento del actuar de la Administración. El justo equilibrio propio del Estado social determina que no se pueda medir con el mismo rasero el daño causado por la empresa privada, que actúa porque quiere hacerlo y se lucra con ello, que el producido por el servicio público como resultado de un deber constitucionalmente impuesto a las Administraciones. Servicio público del que forman parte determinados riesgos *estadísticamente típicos*⁵⁹ que el administrado ha de asumir también como propios.

En la versión reformada por la Ley 4/1999, ya hemos visto que se establece, como complemento de lo anterior, que no habrá responsabilidad cuando los daños provengan 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 su producción. Está claro que en la mente del legislador sólo han estado presentes los muchos casos en que las Administraciones sanitarias venían siendo condenadas por las transfusiones sanguíneas que inoculaban al paciente el virus del SIDA o de la hepatitis C en épocas en las que los virus no se conocían por la ciencia, lo que determina que el legislador haya introducido esta mención en el art. 141.1, a fin de sentar la conclusión de que el perjudicado tiene el deber jurídico de soportar el daño (problema de antijuridicidad/causa de justificación). Pero más bien se trata de una circunstancia de falta de causalidad.

⁵⁹ “Que la responsabilidad exista porque el hospital era público y gratuita la intervención quirúrgica, parece el desiderátum de los enemigos de la medicina pública”, dice PANTALEÓN, cit., pág. 244, poniendo en duda si hubiera habido condena en caso de tratarse de clínica privada.

dad, de una concreción del concepto de fuerza mayor que ya estaba latente en el sistema (y hasta patente en el propio art. 139.1), como indica la meditada sentencia de 31 de mayo de 1999. Incluso hay quien concluye que la reforma afecta al propio criterio de atribución de la responsabilidad de las Administraciones, deduciendo que hemos regresado⁶⁰ a un sistema de responsabilidad por culpa presunta⁶¹, sin caer en la cuenta de que el precepto sólo es un *parche* (parche importantísimo, pero parche al fin y al cabo, sólo alusivo a excusas exoneradoras de naturaleza tecnológica o científica) en un régimen *deslumbrante* que sigue hablando de responsabilidad por el funcionamiento normal de los servicios públicos.

Eso sí, el art. 139.1 exige que el daño sea consecuencia del funcionamiento del servicio público, no siendo preciso que la causalidad sea “directa, inmediata y exclusiva”, como durante algún tiempo se entendió⁶¹. El estado actual de la doctrina y jurisprudencia no deja ver notables diferencias en relación con el régimen común en los casos de participación de la víctima o de un tercero en el evento dañoso, si bien sí se distingue con precisión entre la fuerza mayor (hecho exterior y ajeno al servicio, que exonera) y el caso fortuito (circunstancia o suceso también impredecible, pero interno, que no exonera).

8. LA JURISDICCIÓN COMPETENTE EN LAS RECLAMACIONES CONTRA LAS ADMINISTRACIONES SANITARIAS, O LA REBELIÓN DE LAS SALAS PRIMERA Y CUARTA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Especialmente escandalosa se presenta la situación cuando se reclaman indemnizaciones por responsabilidad sanitaria al INSALUD (o a aquellas Comunidades Autónomas que, como Andalucía, País Vasco, Galicia, Cataluña, Comunidad Valenciana o Canarias, tienen ya transferidas las competencias en materia sanitaria). Es frecuente exigir la responsabilidad conjunta y solidaria de algún médico interviniente.

Ante reclamaciones semejantes, hay sentencias la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que entienden que la competencia es de la **jurisdicción civil**, bien sea porque califican la relación del paciente con la Administración como de Derecho privado (así, la sentencia de 23 de

noviembre de 1990), o bien porque entienden que una cosa es el defectuoso servicio sanitario y otra la mala práctica del médico concreto (sentencia de 15 de marzo de 1993). En los últimos tiempos hemos visto enjuiciado por la Sala Primera el proceder⁶² de la Administración sanitaria en múltiples ocasiones.

Pero también hay sentencias que dicen que es competente la jurisdicción contencioso-administrativa, sobre la base (a mi juicio, tan indiscutible, que por eso las sentencias muchas veces ni se lo plantean, por no entrar las partes a discutirlo) de que la relación es de Derecho público y la responsabilidad se basa en el normal o anormal funcionamiento del servicio público sanitario. Así, las de 15 de julio de 1991 y 22 de noviembre de 1991, ambas de la Sala 3ª. Pero⁶³ también son numerosas las recaídas en los últimos años.

Y no faltan sentencias (ahora, de la Sala 4ª) que entienden que la competente es la **jurisdicción social** o laboral, porque consideran que no se trata de una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración propiamente dicha, ni tampoco de una responsabilidad que se exija con base en la culpa extracontractual. El litigio procede entonces del “desarrollo de la acción protectora de la Seguridad Social”. Ése es el lugar común⁶⁴ que leemos constantemente en la jurisprudencia social. Así, la sentencia de 20 de abril de 1992 proclama: “La responsabilidad patrimonial del Estado a consecuencia del funcionamiento anormal de los servicios públicos o el derecho del particular a ser indemnizado de los efectos de un acto administrativo no impugnado no son, precisamente, las situaciones jurídicas que se dan en casos como el contemplado en los presentes autos en el que lo que prima, vehementemente, es una reclamación en materia de Seguridad Social, perfectamente, encajable en el ámbito del art. 2.b) del vigente Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral”. Y, en cuanto al conflicto con

⁶⁰ Así, PANTALEÓN, en su intervención en el II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil celebrado en Gijón en junio de 2000. *Pequeña crónica* en Diario médico, 5 de junio de 2000.

⁶¹ Puede verse A. NIETO, La relación de causalidad en la responsabilidad administrativa: doctrina jurisprudencial, R.E.D.A., 1987, n° 53, págs. 99 y ss.

⁶² Por ejemplo, en las sentencias de 5 de mayo de 1988, 22 de junio de 1988, 30 de enero de 1990. También dos sentencias de 28 de diciembre de 1998, o las de 4 de febrero de 1999, 9 de marzo de 1999, 29 de junio de 1999, 15 de julio de 1999, 10 de noviembre de 1999, 3 de diciembre de 1999, 9 de diciembre de 1999, 8 de febrero de 2000, 13 de julio de 2000, etc. En alguna ocasión se decide la Sala Primera por declararse incompetente, en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, como ha ocurrido recientemente en la sentencia de 19 de abril de 2000.

⁶³ Por ejemplo, las sentencias de la Sala Tercera de 4 de octubre de 1999, 30 de octubre de 1999, 18 de noviembre de 1999, dos de 28 de marzo de 2000, dos de 4 de abril de 2000, 13 de abril de 2000, etc.

⁶⁴ Ahí están las sentencias de la Sala Cuarta de 19 de diciembre de 1996, 16 de enero de 1997, 18 de septiembre de 1997, 11 de noviembre de 1998, 19 de abril de 1999, 5 de mayo de 1999, 3 de diciembre de 1999, 5 de abril de 2000, etc.

la jurisdicción civil, la sentencia también dice que, aunque a veces se formulen las reclamaciones en vía civil y al amparo de los arts. 1902 y 1903 C.civ., no puede “ignorarse que la prestación sanitaria de referencia, en cuyo desenvolvimiento acaecen los daños y perjuicios a resarcir, se produce en función de la relación jurídica de aseguramiento protector que vincula a la Seguridad Social con sus titulares y beneficiarios”.

A mi juicio, si hay tantas sentencias de la Sala de lo Civil (y dígame lo mismo de las de lo Social) sobre este tipo de cuestiones, es porque, como ponen a las claras las de 26 de diciembre de 1996 o 12 de junio de 1997, si se aplicara el Derecho aplicable, subyace el mismo problema gravísimo de justicia material que ha presidido siempre los conflictos entre las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa: se trata de reclamaciones a dilucidar por la jurisdicción contencioso-administrativa, pero si la víctima del daño inició el pleito por la vía civil, no se le puede obligar, ya cuando el litigio se halla en casación, a comenzar otro procedimiento, con el consiguiente y penoso peregrinar, contrario al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas.

La Sala Especial de Conflictos de Competencia también ha tenido ocasión de pronunciarse, en Autos que proclaman la competencia del orden contencioso-administrativo y la incompetencia del orden social⁶⁵. En España hay asistencia sanitaria universalizada, pero las diferentes Salas del Tribunal Supremo se rebelan y le dicen al damnificado paciente que si el servicio sanitario falla, no va a saber dónde dirigirse. No sin razón habla PANTALEÓN de folletín abracadabrante y de espectáculo bochornoso⁶⁶.

Yo creo que, al margen de las tensiones entre la jurisdicción civil y la contencioso-administrativa, podía haber ciertas dudas en relación con el conflicto entre ésta y la jurisdicción social, pero desde la promulgación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998, y sobre todo, desde la reforma introducida en 1999 en la Ley 30/1992, tales dudas ya no deben existir. En efecto, la imprecisión era absoluta cuando nos encontrábamos con un art. 9.4 L.O.P.J., que, en su redacción originaria (L.O. 6/1985, de 1 de julio), se limitaba a decir: “*Los (Tribunales y Juzgados) del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo y con las dis-*

posiciones reglamentarias”. Mientras tanto, el art. 9.5 decía (y sigue diciendo): “*Los del orden jurisdiccional social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral*”.

Si a ello añadimos lo dispuesto por el art. 2 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril), la confusión estaba servida: “*Los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan: (...) b) En materia de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo*”.

Pero, como ya hemos visto, tras la reforma de la L.O.P.J. de 1998, su nuevo art. 9.4 deja claro que los jueces de lo contencioso-administrativo deben entender de toda reclamación de responsabilidad de la Administración, “*cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive*”. En semejantes términos, el art. 2 e) L.J.C.A., promulgada también en 1998, concluye diciendo que la Administración no puede ser demandada por este concepto ante los órdenes jurisdiccionales civil o social.

Y, por si fuera poco, la Ley 4/1999, de 13 de enero introdujo en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, una Disposición Adicional Duodécima, dedicada en especial a “*Responsabilidad en materia de asistencia sanitaria*”, que viene a echar un definitivo cerrojo en un problema tan engorroso y que no es, precisamente, de escasa litigiosidad:

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.

Es de esperar, pues, que pronto dejemos de ver resueltas por tres órdenes jurisdiccionales distintos las reclamaciones de responsabilidad por defectuosa prestación del servicio sanitario. Lo más que podrá ocurrir es que se diluciden algunas en vía penal, como cuestión civil acumulada a la dilucidación de la eventual responsabilidad criminal de miembros del personal sanitario. Pero, tanto si hay reserva de acciones en el proceso penal

⁶⁵ Autos de 7 de julio de 1994, varios de 18 de marzo de 1997, 29 de junio de 1998, 10 de noviembre de 1998, 18 de diciembre de 1998, 18 de junio de 1999, 22 de junio de 1999, etc.

⁶⁶ PANTALEÓN, Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas..., cit., págs. 404 y 405.

como si la acción se entabla al margen del ámbito penal, la única jurisdicción competente es la contencioso-

administrativa. El tiempo dirá si quien esto afirma pecó de optimismo.

¿SIRVE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS PARA LA CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS SANITARIOS? ALGUNAS REFLEXIONES A PROPÓSITO DE LOS CONTRATOS SOBRE SERVICIOS Y BIENES SANITARIOS ⁶⁷

*Mariano López Benítez
Prof. Titular de Derecho Administrativo
de la Universidad de Córdoba*

I. Consideraciones preliminares

1. Introducción

¿Sirve la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para la contratación de los servicios sanitarios? La respuesta a esta cuestión demanda, por un lado, discriminar las heterogéneas realidades que se esconden detrás de la expresión, aparentemente común, de servicios sanitarios; por otro lado, la pregunta apunta directamente al marco de relaciones entre la normativa sanitaria y las normas que disciplinan la contratación pública, cuestión ésta última que suscita otra pregunta ulterior: la de si es posible -en estos momentos- regir la contratación de los servicios sanitarios allende las previsiones de la Ley de Contratos.

De cara a facilitar el correcto encuadre de todas estas cuestiones, y antes de proceder al análisis de las distintas realidades que se esconden bajo el nominatim común de servicios sanitarios, conviene recordar que, hasta la década de los años ochenta, y en virtud de lo prevenido en la Disposición transitoria 1ª del Reglamento de Contratos del Estado, la legislación de contratos del Estado sólo se aplicaba a las Entidades gestoras de la Seguridad Social "en defecto de sus normas administrativas especiales" y "para resolver las dudas y lagunas que aquéllas puedan contener en materia de contratación". Fue la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1989 la que culminó de modo definitivo el proceso de plena sujeción de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la

Seguridad Social a la normativa común de contratación pública, hito que hay que juzgar particularmente relevante si tomamos nota de que la Ley General de Sanidad se había producido con anterioridad. Esta plena sujeción no ha sido desvirtuada posteriormente ni por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, ni por el reciente Texto Refundido de 16 de junio de 2000, que, estableciendo para las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social algunas especialidades de carácter predominantemente orgánico, confirman su sometimiento general a la normativa de contratación pública¹.

Ahora bien, esta sujeción general de la contratación de los servicios sanitarios a la legislación general de contratos precisa de ulteriores matices, referidos tanto a las particularidades que la contratación de los diversos servicios sanitarios presenta, como al balance de poderes entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de contratación y en materia de sanidad pública, contraste de competencias que nos proporcionará la medida exacta sobre la capacidad que los legisladores autonómicos tienen de alterar o modular el panorama trazado por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2. Delimitación del objeto: la heterogénea realidad de los servicios y bienes sanitarios

¿A qué nos referimos cuando hablamos de servicios sanitarios? Haciendo abstracción en esta sede de la vertiente organizativa que alude a las entidades y organiza-

⁶⁷ Ponencia presentada en el marco del IX Congreso Juristas de la Salud celebrado en Sevilla en noviembre de 2000

ciones que prestan los servicios sanitarios -aspecto que sólo nos interesará en este trabajo en la medida en que se mezcle o resulte decisivo de cara a aclarar el ámbito de aplicación de la legislación de contratos y de sanidad-, cuando empleamos el término "servicios sanitarios" aludimos a su acepción más sustancialista. Desde esta perspectiva, entendemos los servicios sanitarios como las prestaciones sanitarias que se realizan a los particulares, esto es, las prestaciones propiamente asistenciales. Lo que ocurre es que para cubrir esta prestación, que constituye la razón de ser del servicio público sanitario, hacen falta unos medios y hacen falta igualmente otras prestaciones instrumentales que permiten que aquél cometido principal se verifique. Esta diversidad de realidades resulta, en nuestra opinión, extremadamente funcional para delimitar el objeto del presente trabajo, porque, cuando se alude a la contratación de los servicios sanitarios, se apela, en puridad, no sólo a lo que sería la contratación de la gestión de la asistencia sanitaria pública (núcleo más íntimo del derecho a la salud), sino a la contratación también de ciertas prestaciones y a la adquisición de ciertos bienes complementarios de aquélla y a la contratación, en fin, de determinadas prestaciones instrumentales, que aunque alejadas de aquél círculo primigenio, se reputan esenciales para la buena marcha y el funcionamiento de los establecimientos sanitarios.

Atendiendo a estas consideraciones, cabe decir que la contratación de la gestión de los servicios de asistencia sanitaria en sentido estricto ha discurrido tradicionalmente a través de los cauces del contrato de gestión de servicios públicos, valiéndose, en unos primeros momentos y casi en exclusiva, de la figura de los conciertos administrativos. Más tarde, de la mano de la legislación específicamente sanitaria, el legislador estatal y los legisladores autonómicos han enriquecido este marco con nuevas modalidades de contratación, cuya compatibilidad con la legislación de contratación pública hemos de abordar a continuación.

Por su parte, la contratación de los servicios sanitarios que hemos denominado complementarios, tales como el transporte sanitario, los medios diagnósticos, o el suministro de oxígeno y otros tratamientos en el domicilio de pacientes, se han valido también de las fórmulas del concierto sanitario (especialmente, cuando éste empieza a interpretarse perdiendo la nota de la globalidad de la prestación sanitaria), pero también en algunos casos de los cauces del contrato de servicio.

Del mismo modo, la Administración sanitaria precisa de ciertos bienes que resultan imprescindibles para el desarrollo de su giro o tráfico característico. La adquisición de estos bienes, que sigue la vía del contrato de suministro, aunque no supone, en puridad, una prestación

de servicios sanitarios, guardan con ésta una íntima relación y presentan una complejidad propia que justifican su atención en este trabajo.

Finalmente, la contratación de los servicios sanitarios puramente instrumentales, cual es el caso de los servicios de limpieza y mantenimiento de los hospitales o de los servicios de restauración, hallan hoy sitio en el ámbito del contrato de servicios.

Lo que acabamos de exponer conforma a grandes trazos la tipología contractual tradicionalmente seguida para la gestión y adquisición de los diversos servicios sanitarios, anteriormente caracterizados. Sin embargo, este esquema precisa en la actualidad ser replanteado a la luz tanto de la legislación de contratos como de la legislación sanitaria.

II. La contratación de los servicios propiamente sanitarios

1. La técnica del concierto

A) Su parca regulación en el Derecho español

Factores diversos que no es del caso reseñar han determinado que hasta tiempos relativamente recientes la gestión de los servicios sanitarios propiamente dichos, esto es, de la asistencia sanitaria pública, haya seguido predominantemente los títulos de la gestión directa. Sólo de manera complementaria o subsidiaria se recurrió a la fórmula del conciertoⁱⁱ. Del concierto sorprende, sin embargo, la parca regulación de la que ha sido objeto y que contrasta ciertamente con su profusa utilización en determinados ámbitos, como es el caso de la sanidad o de la educación. Es verdad que el concierto estaba previsto como modalidad de gestión de los servicios públicos, amén de en la normativa local, en los arts. 66.3 y 205 de la LCE y del RCEⁱⁱⁱ, respectivamente, y en el art. 104 de la Ley General de la Seguridad Social (Decreto 2065/1974, de 30 de mayo)^{iv}; pero es verdad también que estas previsiones resultaban demasiado genéricas, ya que se limitaban poco más que a prever la figura, y a definirla. De esta manera, se ha dicho con razón que "de facto, el concierto sanitario se ha desenvuelto por cauces ajenos a los establecidos en la legislación sobre contratación administrativa"^v, puesto que el único desarrollo que se hizo, en el ámbito sanitario, de las previsiones de la LCE y de la LGSS correspondió a la Resolución de la Secretaría de Estado para la Sanidad de 11 de abril de 1980, resolución que venía a remarcar el carácter subsidiario que presentaba el recurso a esta técnica.

Con posterioridad, la legislación de contratos sigue limitándose a prever la figura del concierto como moda-

lidad de la contratación de la gestión de los servicios públicos [art. 156 c) del TRLCAP], fijando su duración, de manera un tanto ambigua, en diez años [art. 157 c) del TRLCAP]. Por su parte, el art. 90 de la LGS ha avanzado más, pues incorpora ciertas determinaciones de interés.

B) El concierto sanitario en sentido estricto debe limitarse a la contratación con personas y entidades privadas

La LGS, que insiste en el carácter subsidiario de esta modalidad de gestión del servicio sanitario, establece de forma muy clara que el concierto se realiza siempre con entidades y personas privadas, como demuestra no sólo su encuadramiento en el Título IV de la LGS (*De las actividades sanitarias privadas*), sino también las importantes alusiones que en el art. 90 se contienen, tanto cuando enfatiza que las Administraciones Públicas Sanitarias podrán establecer conciertos para la prestación de servicios sanitarios *con medios ajenos a ellas*, como cuando prioriza la utilización de recursos sanitarios *propios*^{vi}. Y esta idea de que el concierto sanitario se traba siempre con personas y entidades privadas tiene importancia porque no es infrecuente que normas sectoriales permitan a la Administración Pública la conclusión de conciertos con otras entidades públicas. Así sucede, por ejemplo, en el ámbito de los servicios locales; pero así ocurre igualmente en la propia LGS, en la que el art. 104.3 prevé la perfección de conciertos entre las Instituciones sanitarias y las Universidades para garantizar la docencia práctica de la Medicina y de la Enfermería. La misma posibilidad de concertar con entidades públicas la fija, en el ámbito de las prestaciones sanitarias, el art. 199 de la LGSS (RDLeg. 1/1994, de 20 de junio)^{vii}. Aun así, la intención de la LGS es, en nuestra opinión, muy clara en el sentido de que la figura del concierto *rectius sensu* quede reservada a los que se concluyan con entidades y personas privadas^{viii}.

Esta previsión parece además coherente con lo que establece la propia legislación de contratos, ya que ésta no oculta su intención de que todos los acuerdos entre Administraciones y entes públicos se canalicen a través de la vía de los convenios [art. 3.1 c) del TRLCAP], idea en la que abunda el art. 154.2 del TRLCAP, aunque planteando algunos problemas específicos a los que más adelante nos referiremos.

C) La sujeción de los conciertos a la legislación de contratos y el alcance de la excepción contenida en el art. 154.2 del TRLCAP

Los conciertos sanitarios se suscriben, por tanto, con personas y entidades privadas, y en tanto que se configuren como una modalidad del contrato de gestión indirecta

del servicio público sanitario, se sujetan, en consecuencia, plenamente a la legislación de contratos. Admitido esto, hay que dar cabida, sin embargo, a la cuestión de dónde ponemos la frontera de lo público y de lo privado en lo que se refiere a entidades. El tema, como se sabe, no es baladí y guarda relación con la excepción prevista en el art. 154.2 del TRLCAP:

"No serán aplicables las disposiciones de este Título [el relativo al contrato de gestión de servicios públicos] a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la *creación* de Entidades de Derecho Público destinadas a este fin ni a aquellos en que la misma *se atribuya* a una sociedad de Derecho Privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma"

a) La exclusión en favor de entidades y sociedades de capital íntegramente público

La excepción cobra sentido, en lo que respecta a las entidades públicas, en el hecho de que, encuadradas dentro de la denominada Administración institucional, constituyen un reflejo de la potestad organizatoria, por lo que será la norma de creación (que, en el ámbito de la Administración General del Estado tendrá que ser una Ley, art. 61 de la LOFAGE) la que le atribuya la gestión de ese servicio y pormenorice los detalles de su régimen de prestación, razón por la que no tendría sentido, una vez creada la entidad, la conclusión con ésta de un contrato de gestión del servicio público^{ix}. Cosa distinta es la posterior actividad de esta entidad que, cuando contrate con terceros la gestión de prestaciones sanitarias, sí precisará sujetarse a las previsiones de la legislación de contratos, ya veremos con qué alcance.

Igual sucede con las sociedades de Derecho Privado, con respecto a las cuales la vigente legislación de contratos ha operado un cambio importante, pues, conviene reparar en que el art. 154.2 del TRLCAP supone en este punto una vuelta a los orígenes, es decir, un retorno a lo que establecía el art. 62.2 de la vieja Ley de Contratos del Estado, que, como se recordara, excluía del ámbito de aplicación del contrato de gestión de servicios públicos a los que se gestionasen mediante la creación de entidades de derecho público o mediante su encomienda a una Sociedad de Derecho Privado cuyo capital fuese en su totalidad propiedad del Estado o de un ente público. El art. 155.2 de la LCAP alteró ésta última previsión, extendiendo este régimen de excepción a aquellas sociedades en que fuese *mayoritaria* la participación de la Administración o de un ente público, extensión que desapareció en la nueva redacción que dio al art. 155.2 de la LCAP la

Ley 53/1999, de 28 de diciembre y que ha hecho suya, como era, por otra parte, lógico, el art. 154.2 del vigente TRLCAP.

Las sociedades de capital íntegramente público, a las que se les atribuya la gestión de los servicios sanitarios, tampoco tendrán, en consecuencia, que recurrir ni a la fórmula del concierto, ni a cualesquiera otra modalidad del contrato de gestión de servicios públicos. Será igualmente su norma de creación y sus respectivos Estatutos los que cubran los extremos referidos al régimen de la prestación. Por otra parte, los recelos que, desde ciertas posiciones ideológicas, pudieran reprocharse a la creación y atribución a estas sociedades de la gestión de un servicio público al margen de las fórmulas que se requieren para los privados, se disipan desde el punto y hora en que estas sociedades, sin ser Administraciones Públicas, son instrumentos de la acción administrativa y desde este prisma representan también una mera opción organizativa. Al mismo tiempo, no hay que olvidar la configuración de la sanidad como un verdadero servicio público y el protagonismo principal -y no meramente complementario o subsidiario- del que se dota a la iniciativa pública en este ámbito.

b) La excepción consagrada por el art. 154.2 del TRLCAP y las nuevas formas de gestión sanitaria

Ahora bien, retomando el hilo de nuestro discurso, cabe preguntarse si las nuevas fórmulas de gestión sanitaria que han ido apareciendo por ministerio de la legislación estatal y autonómica se benefician igualmente de esta excepción que consagra el art. 154.2 del TRLCAP. Así sucede, desde luego, con las recientísimas fundaciones públicas sanitarias (art. 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre), pues, en puridad, representan una simple adaptación de las entidades públicas empresariales al ámbito sanitario. Su conceptualización como organismos públicos las reconduce con facilidad, utilizando los cánones interpretativos de la LOFAGE, a la noción de entidad pública que emplea el mencionado art. 154.2 del TRLCAP. Lo mismo puede decirse con las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 30/1994, pues su posición es homologable a estos efectos con las de las sociedades estatales de capital exclusivamente público^x. Mas, ¿qué puede decirse de las sociedades estatales cuyo capital sea *sólo* mayoritariamente público? ¿Quedan excepcionadas igualmente las disposiciones del TRLCAP referidas al contrato de gestión de servicios públicos para atribuir o encomendar a estas sociedades de capital mixto la gestión de servicios sanitarios?

c) Criterios para la resolución del conflicto entre la legislación sanitaria y la legislación de contratos

En este punto se plantea una importante antinomia entre la legislación de contratos y la legislación sanitaria, porque el art. 54 del RD 29/2000, de 14 de enero, homologa aparentemente el régimen de las sociedades estatales "que se constituyan para la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria", juzgando, en principio, indiferente el dato de que en su capital sea *mayoritaria o única* la participación del Instituto Nacional de la Salud. Como fácilmente se advierte, el Reglamento vuelve a las previsiones de la LCAP, pero resulta contradictorio con la legislación de contratos actual. Pensamos que la resolución de este conflicto de normas no debe resolverse valiéndose de los criterios tradicionales de que la norma posterior deroga a la norma anterior o de que la norma superior abroga a la inferior, aunque la aplicación de ambos criterios condujese en este caso a la misma solución, esto es, la supremacía de la legislación de contratos sobre la sanitaria. Por el contrario, la resolución de este conflicto apunta a un problema de mayor altura y enjundia y que planea sobre todo el marco de relaciones entre la legislación contractual y la normativa sanitaria: ¿cuál de estas legislaciones prevalece sobre la otra?

Es mérito del Prof. VILLAR PALASI habernos advertido de la insuficiencia que los criterios tradicionalmente empleados para la ordenación del sistema de fuentes presentan para resolver todos los casos de conflictos internormativos. A él se debe igualmente la conceptualización de la teoría de los grupos normativos, grupos en los que hay que incardinar, de acuerdo con su finalidad y su campo de acción, las distintas normas y disposiciones que conforman el ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva, es claro que, en el supuesto que nos ocupa, nos hallaríamos, en puridad, más que ante un conflicto internormativo ante un problema de qué grupo normativo resulta aplicable si el de la contratación pública, cuya norma de cabecera es en este momento el TRLCAP, o si el de sanidad, cuya norma principal es la Ley General de Sanidad. La solución a esta aparente antinomia pasa, en nuestra opinión, por darle primacía al grupo normativo de la legislación de contratos, puesto que las normas, integradas en el grupo normativo de la sanidad, no son suficientes para contradecir aquél, ya que carecen de los presupuestos básicos para que tal efecto se produjese: la isonomía y la isometría. Naturalmente, la afirmación anterior no empece a que el propio grupo normativo de contratos excepcione en ciertos puntos su aplicación y remita o reenvíe su regulación al ordenamiento sanitario. Mas esta excepción no se produce aquí; antes bien, ya hemos dado noticia de cómo, durante la

década de los ochenta, se va produciendo un paulatino proceso de sujeción de los contratos sanitarios al marco común de la legislación de contratos del Estado, sometimiento que es ya pleno en la vigente normativa de contratación de las Administraciones Públicas, salvo las especialidades que ésta sienta en favor de las disposiciones sanitarias.

En consecuencia, creemos que, en la atribución de la gestión sanitaria a sociedades de capital mayoritariamente público, resultan *sensu contrario* aplicables las disposiciones específicas del contrato de gestión de servicios públicos. La solución de la legislación de contratos resulta además coherente con otras normas de nuestro ordenamiento jurídico que conciben como gestión indirecta la gestión de un servicio mediante sociedades cuyo capital no pertenezcan en exclusiva a una Administración o entidad pública, y, en particular, con el art. 156 d) del TRLCAP^{xi}.

La solución alcanzada es extrapolable también al ámbito de las Comunidades Autónomas no sólo porque el art. 154.2 del TRLCAP tenga carácter básico y, en consecuencia, constituya un límite a los legisladores regionales, sino porque ni siquiera entra, dentro de las capacidades de éstos, la posibilidad de alterar o expandir dicha determinación básica uniendo las competencias que ostentan sobre sanidad (art. 149.1.16 CE) y contratación administrativa (art. 149.1.18 CE).

D) La regulación del concierto y las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de contratos y de sanidad

Precisamente, éste último aspecto nos va a servir para advertir, en cambio, que los legisladores autonómicos sí están llamados a desplegar una importante labor a la hora de desarrollar las escasas previsiones que, sobre las modalidades de gestión indirecta del servicio público sanitario, bosquejan tanto el TRLCAP como la LGS. En otro lugar hemos expuesto, a propósito de las relaciones entre la legislación de contratos y la del procedimiento administrativo común, que las competencias sobre contratación administrativa revisten un carácter instrumental o adjetivo y que asumen, por tanto, una relación de medio a fin con las materias sobre las que se proyectan^{xii}. Trasladado al supuesto que nos ocupa, lo anterior significa que a los legisladores autonómicos cumple una importante labor de definición y desarrollo de las modalidades de contratación en el ámbito sanitario, tarea en la que sólo van a encontrar los frenos que suponen las escasas determinaciones básicas contenidas al respecto en la LGS y en el TRLCAP. Siendo esto así, y centrándonos en este momento en la figura del concierto sanitario, cabe decir que los legisladores autonómicos tienen en sus manos

acabar con esa cierta orfandad normativa de la que ha venido tradicionalmente rodeada la figura. Al respecto, ha de notarse que las determinaciones que incorpora el TRLCAP se constriñen a definirlos genéricamente y a enfatizar su sometimiento, en todo caso, al ámbito de la legislación de contratos^{xiii}, legislación que -conviene advertirlo- no es sólo la estatal, sino la que legítimamente pueden abordar ya las Comunidades Autónomas y que puede asumir incluso la forma de una legislación específica de contratos sanitarios, uniendo las competencias que muchas Comunidades Autónomas poseen en ambos campos^{xiv}.

En esta línea, el art. 90.4 de la LGS emplaza también a dicha labor cuando señala que "las Administraciones Públicas dentro del ámbito de sus competencias fijarán los requisitos y las condiciones mínimas, básicas y comunes, aplicables a los conciertos". Entre esos requisitos y condiciones mínimas a los que se refieren los restantes apartados del art. 90 están, sin duda, la nota de la complementariedad o subsidiariedad del concierto a la que ya hemos aludido y la reserva de la modalidad del concierto a los contratos que se concluyan efectivamente con entidades y personas privadas, quedando asimiladas a éstas, como hemos visto, las sociedades de economía mixta, concepto que, tras el TRLCAP, parece abrazar también las sociedades estatales o autonómicas cuyo capital, aun siendo mayoritariamente público, no lo sea en exclusiva.

E) ¿Conciertos con entidades públicas actuando bajo veste privada?

No obstante lo dicho, aún hay que plantearse si podrían concertarse los servicios sanitarios con Administraciones y entidades públicas que actuaran bajo *veste* privada, esto es, como si fuesen particulares. Tal posibilidad podría pensarse más que para concertar los servicios hospitalarios en su globalidad para contratar ciertos servicios particulares o especializados, y no tendría, en principio, porqué limitarse a Administraciones y entidades públicas de su ámbito territorial o de su zona geográfica de influencia. Es verdad que estos supuestos no quedan amparados por la norma de excepción del art. 154.2 del TRLCAP, que se refiere, según hemos visto, a supuestos de atribución o asignación normativa y no a supuestos negociados; sin embargo, sí podrían caer, en nuestra opinión, plenamente dentro del supuesto de no sujeción a la legislación de contratos de los convenios de colaboración entre entidades públicas consagrados en el art. 3. 1.c) del TRLCAP y que, según doctrina reiterada de la Junta Consultiva de Contratación, no tienen las cortapisas objetivas de los convenios que se celebran con entidades y personas sometidas al Derecho Privado^{xv}.

2. La utilización del procedimiento negociado en los contratos de gestión de servicios públicos.

A) El art. 159.2-f) del TRLCAP

El problema que acabamos de plantearnos podría haber quedado resuelto en los términos expuestos si no fuese por la complejidad que, al respecto, introduce el art. 159.2 f) del TRLCAP, previsión que, por lo demás, tiene su origen en un añadido incrustado por el art. 72 de la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos de 1997 (Ley 13/1996, de 30 de diciembre). Señala, en efecto, el art. 159.2 f) del TRLCAP, que podrá utilizarse el procedimiento negociado, entre otros, en el supuesto de:

"Los (?) relativos a la prestación de asistencia sanitaria concertados con medios ajenos, derivados de un Convenio de colaboración entre las Administraciones Públicas o de un contrato marco, siempre que éste haya sido adjudicado con sujeción a las normas de esta Ley"

B) Las contrataciones derivadas de un convenio de colaboración interadministrativo

El precepto transcrito no es, desde luego, un dechado de claridad^{xvi} y mezcla, valiéndose de un censurable utilitarismo, realidades muy diversas. En lo que ahora nos interesa, el precepto confirma la imposibilidad de utilizar la técnica del concierto para regular los acuerdos de prestación sanitaria entre Administraciones y entidades públicas, confirmando consiguientemente la fórmula del convenio de colaboración. Sin embargo, a partir de este dato cierto afloran las dudas. Hay quien entiende, pensando en las encomiendas de gestión sanitaria que se le hacen a las entidades locales, que lo que el art. 159.2 f) del TRLCAP reconoce es que "esos convenios de colaboración con las entidades locales titulares de centros sanitarios son contratos de gestión de servicios públicos, no un negocio jurídico excluido del art. 3. 1. c) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas^{xvii}". Ahora bien, si se repara detenidamente en el mencionado art. 159.2 f) del TRLCAP, se observa que los que pueden seguir las formas del procedimiento negociado son los contratos *derivados* de un convenio de colaboración, que son a los que, en definitiva, se les reputa contratos de gestión de servicios públicos. El convenio de colaboración puede, sin embargo, tener por objeto la atribución o encomienda de la prestación sanitaria, sin perder, por las razones anteriormente expuestas, su condición de convenio de colaboración excluido del ámbito de aplicación del TRLCAP. Incluso, dando un paso más, podría pensarse

que ésta última interpretación dependerá del grado de concreción al que se haya llegado en el convenio de colaboración, pues pudiera ser que en éste se hayan previsto hasta los últimos detalles, haciendo innecesaria la posterior conclusión de contratos derivados del convenio, por seguir la terminología empleada por la Ley.

La interpretación que sustentamos proporciona además una mayor coherencia al resto del precepto, pues aproximaría este supuesto al de los contratos marco, aunque con algunas diferencias. Cuando se formulan en términos demasiado genéricos, los convenios de colaboración asumen la misma función que los contratos-marco: ser una suerte de contratos normativos que sirven de cuadro para la conclusión de una futura serie de contratos. No obstante, se separan en un punto importante: el procedimiento para la conclusión de un contrato-marco está plenamente sujeto a la legislación de contratos (de ahí, la previsión final del precepto) y lo está, porque la figura del contrato-marco está pensada para la creación de un marco de relaciones contractuales estables entre la Administración y los privados, lo que obliga a asegurar la publicidad y la concurrencia. Los convenios de colaboración, a los que se refiere el art. 159.2 f) del TRLCAP, juegan el mismo papel, pero con una notable diferencia: como sólo rigen las relaciones de colaboración entre Administraciones pueden concluirse al margen de las previsiones de la legislación de contratos, pues, en principio, no quebrantan las reglas de la publicidad y de la concurrencia habida cuenta del carácter de servicio público que tiene la sanidad y del papel complementario o subsidiario que cubre a este respecto la sanidad privada.

C) La conclusión de conciertos por procedimiento negociado sin publicidad

El art. 159.2 f) del TRLCAP contiene también, como hemos visto, una previsión específica para los conciertos, aunque lo haga empleando un censurable circunloquio. A través de éste creemos que lo que dicho precepto permite es que se recurra a las formas del procedimiento negociado cuando por razones fácticas resulte imposible promover un proceso de concurrencia real, lo que haría absurdo e inútil seguir los rigurosos y retardatorios trámites del procedimiento abierto y del concurso. Naturalmente, esta situación se dará más fácilmente con respecto a la concertación global, por ejemplo, de un hospital o de un centro sanitario, que con respecto a la concertación de un servicio sanitario de carácter complementario, como podría ser, por ejemplo, el transporte de enfermos^{xviii}.

D) Las contrataciones derivadas de un contrato o acuerdo-marco

a) La naturaleza de los contratos-marco

Otra cuestión última plantea el art. 159.2 f) del TRLCAP. Es la que alude a la previsión de los contratos-marco y a las relaciones que éstos pueden tener con los conciertos sanitarios. Señala, en efecto, aquél precepto que podrán seguirse las formas del procedimiento negociado para la adjudicación de los contratos *derivados* de un contrato marco, "siempre que éste haya sido adjudicado con sujeción a las normas de esta Ley". La figura del contrato marco conforma una novedad y constituye de alguna manera una gran incógnita, como la misma Junta Consultiva de Contratación ha confesado. En el TRLCAP sólo hay referencias al contrato marco cuando se regula el contrato de suministro [arts. 182.1), y 183.1], previsión que lucía ya en la primitiva redacción de la LCAP. Fuera del TRLCAP, alude a los contratos o acuerdos marco la Ley de Contratación para los sectores excluidos (art. 6 de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre). Por lo demás, hay que reseñar que la escasísima doctrina que, hasta el momento, ha abordado la realidad de los acuerdos-marco lo ha hecho un tanto de pasada y haciendo patentes sus recelos hacia la misma, recelos, por cierto, que contrastan con el decidido impulso que, desde las instancias comunitarias, parece querer darse a dicha figura.

De los escasos datos que el ordenamiento, tanto nacional como comunitario, proporcionan de cara a la caracterización de los contratos o acuerdos-marco, si puede afirmarse con cierta seguridad su carácter de contrato normativo, en el sentido más puramente civilista del término. Es decir, el contrato marco se mueve dentro de la funcionalidad típica de los contratos normativos. Su objeto no es la conclusión ya de un contrato de asistencia sanitaria, sino "determinar el contenido normativo de futuros contratos constitutivos de obligaciones" en que dos o más sujetos entren a formar parte^{xix}. El contrato marco como contrato normativo asegura, pues, la conclusión de futuros contratos, pero, por sí mismo, no genera más derechos y obligaciones que los de la eventual celebración de futuros contratos y los de conformar el contenido de éstos de acuerdo con las cláusulas y estipulaciones que previamente han resultado pactadas en el contrato marco.

Desde el punto de vista de la contratación administrativa, la adopción de la fórmula del contrato marco simplifica enormemente los procedimientos de contratación, particularmente en lo que se refiere a las fases de preparación y adjudicación de los sucesivos contratos, ya que, si, por un lado, tenemos ya seleccionado al contratista, por el otro, tenemos también preconfigurado el

contenido contractual, lo que agiliza extraordinariamente la confección del expediente de contratación. Precisamente, es ésta previa selección de los contratistas la que suscita, como vimos la crítica de la doctrina que se ha ocupado del tema, y la que determina, en consecuencia, que la legislación de contratos exija que, para la conclusión de un contrato-marco, se sigan las normas de la normativa de contratación^{xx}. Así las cosas, se comprenderá que los contratos-marco guarden muchas similitudes con las formas de adquisición centralizada que, desde hace ya tiempo, hemos conocido en el ámbito del contrato de suministros, aunque resulten también notables sus diferencias.

b) ¿Existen los contratos marco la exclusividad en favor de un solo contratante?

Dos cuestiones queremos tratar someramente antes de dar por concluido este apartado de los contratos-marco. En principio, la figura resulta aplicable a todas las modalidades de gestión indirecta de los servicios públicos, aunque quizá tenga mayor virtualidad en relación con los conciertos que en relación, por ejemplo, a la concesión. Centrados, por tanto, en el concierto, las dos cuestiones que pretendemos abordar aluden, por una parte, a si el acuerdo marco impone o no la cláusula de exclusividad a favor de un solo empresario, y, por otra, a si el contrato marco, tal concebido, se confundiría con la exigencias de la homologación que, en el ámbito sanitario, se requiere a los centros privados para poder concertar con la Administración.

La Comunicación de la Comisión de 11 de marzo de 1998 y el art. 6 de la Ley que regula los procedimientos de contratación en los sectores excluidos parecen no exigir la exclusividad en favor de un solo contratista^{xxi}. Exclusividad que, en cambio, sí resulta aconsejable -y, en nuestra opinión, exigible- con respecto a las contrataciones centralizadas de suministros. La razón que explica esta diferencia de trato entre dos modalidades que, como hemos dicho, guardan tantas similitudes, se conectan a la distinta funcionalidad que poseen los concursos para la determinación del tipo y los acuerdos marco. Aquéllos no son, en puridad, contratos normativos, sino verdaderos contratos en los que ya se selecciona un adjudicatario que vendrá obligado a concluir y suministrar las diversas peticiones de bienes que desde ese momento se le puedan ir dirigiendo; los acuerdos marco, en cambio, sólo prefiguran el contenido de futuros contratos y efectúan una selección de los posibles contratistas, aunque no creemos que exista, por parte de éstos, ni siquiera una verdadera obligación de concluir el contrato derivado, lo que justificaría el que se incluyesen varios posibles candidatos para asegurarse, en su caso, la Administración aquélla conclusión. En cualquier caso, el número de selecciona-

dos tampoco debe ser muy elevado, pues, entonces, se correría el riesgo de que el acuerdo mareo, se convirtiese en un bordo expediente para elegir, después, libremente entre el rosario de posibles contratistas seleccionados^{xxii}. De la misma forma, estimamos que en el expediente de contratación del contrato derivado debe quedar debidamente justificado porqué se escoge a uno de entre los posibles candidatos.

c) Las relaciones entre los contratos-marco y las homologaciones requeridas para poder concertar con la Administración sanitaria

Resta que nos preguntemos sobre qué relaciones se establecen entre el contrato-marco y el requisito de la homologación exigido con carácter general a los centros sanitarios privados para poder concertar con la Administración la prestación de los servicios sanitarios. El art. 90.5 de la LGS establece, en efecto, que "los centros sanitarios susceptibles de ser concertados por las Administraciones Públicas sanitarias deberán ser previamente homologados por aquéllos, de acuerdo con un protocolo definido por la Administración competente, que podrá ser revisado periódicamente". Fácilmente se constata que este precepto concibe la homologación como un *prius* con respecto a la concertación, un requisito de capacidad que los hospitales y centros privados deben reunir para poder convertirse en contratistas de la Administración sanitaria. Desde esta perspectiva, y puesto que en el ámbito del contrato de gestión de servicios públicos no es exigida la clasificación de los contratistas, a pesar de lo que en otro sentido pudiera deducirse de algunas normas^{xxiii}, la homologación sanitaria viene de alguna forma a realizar en el ámbito de la concertación sanitaria el papel que en el contrato de obras y en los de consultaría y asistencia y de servicios cumple el requisito de la clasificación de los contratistas^{xxiv}. Por ello, siendo el contrato-marco un contrato -de carácter normativo, pero contrato, al fin y al cabo- los centros sanitarios privados que se incorporen al ámbito objetivo de dicho contrato-marco precisarán igualmente de su previa homologación, ya que la conclusión del contrato-marco los convierte en potenciales prestadores del servicio público sanitario.

III. La contratación del resto de servicios sanitarios y de los suministros

1. La contratación de los servicios sanitarios complementarios, ¿contratos de gestión de servicios o contratos de servicios?

La contratación del resto de servicios sanitarios precisa, como expusimos al inicio de este trabajo, distinguir entre los que allí denominábamos servicios complementarios e instrumentales. La contratación de los primeros

no plantea especiales problemas, pues, en su mayoría, dichos contratos resultan reconducidos a las técnicas ya conocidas de la gestión indirecta de servicios públicos y, fundamentalmente, del concierto. Sólo se suscitan problemas particulares en relación con determinadas prestaciones que parecen poder encontrar acomodo en el marco del contrato de servicios, en cuyo caso las cuestiones que afloran resultan muy similares en su formulación y resolución a las que, a continuación, vamos a abordar con respecto a los llamados servicios instrumentales. De todos modos, antes de pasar a ese análisis, sólo queremos advertir de que las incertidumbres que sobre el particular han surgido, devienen en gran parte de la inteligencia de normas de funcionalidad muy reducida, cuales son las que clasifican a los contratistas en el ámbito del mencionado contrato de servicio o en el de asistencia, razón por la que la Junta Consultiva ha relativizado en alguna ocasión su alcance.

2. La contratación de servicios instrumentales y de bienes imprescindibles para el funcionamiento de la actividad sanitaria

A) Las contrataciones centralizadas de bienes y servicios

a) Caracterización de la figura.

Centrándonos ya en los servicios instrumentales, las cuestiones que, dentro del estrecho margen de este trabajo, pretendemos abordar pueden ser tratadas conjuntamente con las relativas a la contratación de suministros que se juzgan imprescindibles para la buena marcha de los centros y servicios asistenciales. En concreto, queremos incidir sobre el tema de las contrataciones centralizadas de servicios y de suministros, previstas en los arts. 199 y 183 del TRLCAP, respectivamente, pues la regulación de aquéllas remite a las normas y principios acuñadas para los segundos.

El art. 199 del TRLCAP regula, en efecto, la contratación centralizada de servicios en los siguientes términos:

"Los contratos de servicios podrán ser declarados de contratación centralizada en la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 183. 1"

El precepto, como decimos, remite a las normas que regulan la contratación centralizada de suministros (art. 183 del TRLCAP), remisión que tiene su explicación en el hecho de que ha sido precisamente en el

ámbito de los suministros en donde primero (e, incluso, antes de que la legislación de contratos la previese expresamente) ha surgido esta modalidad de contratación^{xxv}.

La dinámica de la contratación centralizada es, por lo demás, muy simple, e, incluso, a partir de la LCAP, tiende a hacerse uniforme en el Estado y las Comunidades Autónomas. En síntesis, comprende dos fases: los concursos para la determinación del tipo y las contrataciones derivadas de dichos concursos que se pueden verificar siguiendo los cauces del procedimiento negociado sin publicidad [arts. 182.g) y 210 f) del TRLCAP]. Previamente a la celebración de los concursos para la determinación del tipo, resulta precisa la llamada declaración de uniformidad de los bienes y servicios de utilización común.

El recurso a estas técnicas de contratación centralizada responde sustancialmente a una serie de razones de variada índole. En primer lugar, la contratación centralizada pretende coordinar las diversas compras de bienes y servicios idénticos que realiza la Administración, mitigando los perniciosos efectos de la *atomización* orgánica; en un segundo término, persigue también racionalizar el trabajo administrativo, simplificando y agilizando los procedimientos contractuales; y, por último, la contratación centralizada busca reforzar la posición de la Administración como comprador^{xxvi}. La conjunción de todos estos factores es lo que hace que las modalidades de contratación centralizada hayan ido paulatinamente ganando terreno en todas las Administraciones Públicas y estén impulsando reacciones positivas en el plano de la legislación, como muestra, por ejemplo, el Anteproyecto del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que en estos momentos se elabora. En el ámbito sanitario, el mismo INSALUD ha explicitado recientemente su voluntad favorable a esta política común de compras^{xxvii}.

b) Las contrataciones centralizadas de bienes y servicios desde la perspectiva de las nuevas formas de gestión sanitaria

Ahora bien, desde la perspectiva que en este trabajo nos ocupa, ¿sirve la regulación contenida en el TRLCAP para las adquisiciones centralizadas de bienes y servicios que se verifican en el ámbito sanitario?

El primer corsé con el que podríamos toparnos es de orden organizativo. El art. 182 g), segundo párrafo, establece que para la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, *Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social* y demás entidades públicas estatales, la declaración de uniformidad de los bienes de utilización común se hará por la Dirección General de

Patrimonio, previsión que pudiera ir en contra de la autonomía de gestión que orienta las recientes reformas de las entidades sanitarias. Este entendimiento resulta, no obstante, mitigado por varios factores:

- ♦ El carácter no básico de este párrafo del art. 182 g) del TRLCAP determina lógicamente que esta previsión no pueda operar con respecto a las Comunidades Autónomas que tienen transferida la gestión asistencial^{xxviii}. Aún más, en nuestra opinión, no puede operar ni siquiera supletoriamente como criterio de inspiración para los legisladores autonómicos. Tratándose como se trata de una previsión eminentemente organizativa cualquier determinación, directa o indirecta, de la legislación del Estado se hallaría viciada de inconstitucionalidad.

- ♦ Pero es que, incluso, en el ámbito de la gestión asistencias del Estado, este precepto permite su excepción, porque, según el mismo precepto, "cuando se trate de bienes de utilización específica por los servicios de un determinado Departamento ministerial", la declaración de uniformidad competirá ejercerla a éste, requiriendo sólo el informe previo de la mencionada Dirección General de Patrimonio. Por nuestra parte, pensamos que esta dispensa es aplicable al ámbito sanitario, ya que, centrada esta modalidad de contratación en la procura de los bienes que conforman la infraestructura ontológica de la organización administrativa, es claro que la realidad material sanitaria requerirá de unos bienes que son también de utilización común por los servicios específicos de una determinada rama de la Administración^{xxix}.

La especialidad organizativa en favor de las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social se consagra además, siquiera con carácter transitorio, para todo el proceso posterior de contratación centralizada (DT 4ª del TRLCAP).

Las precisiones de carácter organizativo, que acabamos de hacer, nos colocan ya en situación de abordar una última reflexión de carácter más general a propósito de los procedimientos de contratación centralizada de bienes y servicios sanitarios: ¿resulta coherente la estructura con la que actualmente aparecen dibujados dichos procedimientos con los intentos acometidos por las últimas reformas legislativas de agilizar y darle autonomía a la gestión sanitaria? ¿Es, realmente, funcional el sistema de adquisición centralizada que diseña el TRLCAP? Se ha dicho, en alguna ocasión, que un hospital es *un pequeño mundo*, afirmación que gana enteros en el caso de los macrohospitales o ciudades sanitarias. Los últimos hitos legislativos han tratado de reconocer esta realidad propiciando la creación o conversión de centros hospitalarios o asistenciales en nuevas formas de gestión que se ordenen mediante "criterios de descentra-

lización y autonomía" que "se ejercerán conforme a las características que le sean propias a cada una de las formas de gestión que adopten los centros sanitarios" y que comprende aspectos tales como "el desarrollo de su estructura organizativa; el desarrollo y gestión de los planes de calidad total del centro; la elaboración y aplicación de las normas internas de funcionamiento; la gestión de sus recursos económicos con arreglo a principios de economía, celeridad y eficacia; la gestión de su tesorería y patrimonio y de sus recursos humanos" (arts. 11 y 12 del RD 29/2000, de 14 de enero).

Pues bien, si se quiere ser coherente con estos *nuevos principios* de la gestión sanitaria, el ámbito de la contratación centralizada tendrá que ser redimensionado, en el sentido de que todo el proceso se adecue a la nueva realidad organizativa que está surgiendo y a la que, inevitablemente, nos guste o no, nos vemos abocados^{xxx}; efecto que se conseguirá apurando las virtudes de la desconcentración en el seno de cada organización. De la misma forma, será preciso igualmente que se flexibilice el contenido de los pliegos que rigen estas contrataciones, proceso en el que ya da importantes avances el Anteproyecto de Reglamento sobre el que, en estos momentos, se trabaja.

B) Los servicios y trabajos repetitivos

El art. 210 e) del TRLCAP contempla, en el ámbito del contrato de servicios, otra posibilidad más de valerse de las formas del procedimiento negociado: nos referimos a la posibilidad de contratar por procedimiento negociado sin publicidad "la repetición de estudios, servicios o trabajos similares a otros adjudicados por procedimiento abierto o restringido, siempre que los primeros se hayan incluido en el anuncio del citado procedimiento abierto o restringido y computado su importe para fijar la cuantía total del contrato".

Esta figura, que tiene también su correlato en el contrato de obras, guarda una cierta similitud con el acuerdo marco de que anteriormente hemos hablado, más aún después de la configuración que a éste se ha dado, por ejemplo, por la Ley de Contratación en sectores excluidos y que obliga, como se sabe, a fijar el precio global. Sin embargo, hay, en nuestra opinión, alguna diferencia: la fundamental, aparte de otras que no podemos obviamente abordar en este estudio^{xxxi}, es que aquí no estamos ante un simple contrato normativo, aquí hay ya un servicio primero que se ha contratado y que, efectivamente, se ha hecho.

IV. La legislación de contratos de las Administraciones Públicas y la habilitación de nuevas formas de gestión en el Sistema Nacional de Salud

El sistema descrito quedaría incompleto si no valorásemos una última circunstancia. Hasta el momento, hemos hablado del carácter administrativo o no de los contratos que se concluyen con los particulares en el genérico campo de los servicios sanitarios. Ahora bien, en este análisis hemos dejado fija una constante que ha operado a modo de premisa de todas las consideraciones efectuadas. Esta premisa ha sido la de entender que las entidades que concluían tales contratos con los particulares estaban plenamente sujetas a la legislación de contratos. Dicho de otra manera, hemos entendido que eran poderes adjudicadores en el sentido más estricto del término. Sin embargo, sabemos de las últimas reformas que en el ámbito de las formas de gestión se han producido recientemente y que han venido a introducir importantes factores de análisis. Sin entrar, desde luego, en todo el vasto conjunto de problemas que estas reformas introducen, sí queremos, no obstante, conocer el alcance que, a nuestro juicio, despiertan sobre la contratación administrativa.

1. La regulación vigente

El artículo único de la Ley 15/1997, de 25 de abril, de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, establece, en su apartado 2º, que "*la prestación y gestión de los servicios sanitarios y sociosanitarios podrá llevarse a cabo, además de con medios propios, mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas, en los términos previstos en la Ley General de Sanidad*". El contenido de la previsión es tan ambiguo que, para empezar, no se sabe bien si se está refiriendo a las formas que pueden seguirse para atribuir o encomendar a las nuevas entidades emergentes la prestación y gestión de los servicios sanitarios o si, por el contrario, está refiriéndose a las formas que estas nuevas entidades nacidas de la reforma pueden escoger para, a su vez, encomendar o atribuir la prestación y gestión de los servicios sanitarios. Si éste segundo es el sentido que ha querido darse al mencionado precepto, la fórmula tiene que ser completada con lo que establece, en desarrollo de esta Ley, el art. 111.7 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, a propósito del régimen de contratación de las fundaciones públicas sanitarias:

"El régimen de contratación respetará, en todo caso, los principios de publicidad y libre competencia, y se regirá por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas".

Más explícito y detallado, el RD 29/2000, de 14 de enero, que constituye, según su Exposición de Motivos, "desarrollo obligado de la Ley 15/1997, de 25 de abril, y desarrollo necesario del artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre", detalla pormenorizadamente el régimen de contratación de cada una de las entidades que ahora aparecen en escena en el ágora sanitario. Así, para *las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 30/1994*, el art. 43 precisa que,

"...ajustarán su actividad contractual al Derecho Civil y Mercantil y estarán sujetas a los principios de publicidad y concurrencia, salvo en los casos no exigidos en la legislación sobre contratos de las Administraciones públicas".

... Para los *consorcios sanitarios*, el art. 51 especifica que,

"...ajustarán su actividad contractual a lo dispuesto en la legislación de contratos de las Administraciones públicas"

... Para las *sociedades estatales*, el art. 59 repite lo dicho para las fundaciones, es decir, que,

"...ajustarán su actividad contractual al Derecho Civil y Mercantil y estarán sujetas a los principios de publicidad y concurrencia, salvo en los casos no exigidos en la legislación sobre contratos de las Administraciones públicas".

... Finalmente, para las *fundaciones públicas sanitarias*, el art. 72 concreta que,

"La contratación de las fundaciones públicas sanitarias respetará, en todo caso, los principios de publicidad y libre concurrencia y se regirá por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos de las Administraciones públicas".

2. Sujeción plena a la legislación de contratos para los consorcios y para las fundaciones públicas sanitarias: atención particular a los contratos y negocios excluidos del ámbito de aplicación del TRLCAP que concluyan éstas últimas entidades

El esquema, que traza el Reglamento de 14 de enero de 2000, describe, a nuestro juicio, dos supuestos de sujeción plena a la legislación de contratos y dos supuestos, en cambio, de sujeción mínima (o, probablemente, de simple huida, por plantearlo en términos más reales) a la legislación de contratos. La sujeción plena

rige, desde luego, para los consorcios, porque constituyen un ejemplo de las "entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas... que [satisfacen] específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil" (art. 1.3 del TRLCAP); interés éste que, como hemos expuesto en otras sedes, no hay que identificar con el trasnochado afán de lucro, sino con el despliegue *en el mercado* de una actividad en régimen de concurrencia paritaria con los particulares^{xxxii}. Esta opinión se confirma, por lo demás, con la plena sujeción al ordenamiento administrativo que preconiza el art. 47 del Reglamento, lo que haría absurdo consagrar una *vía de fuga* exclusivamente para el ámbito de la contratación.

De la misma forma, y a pesar de la ambigüedad empleada por el art. 72 del Reglamento, creemos también que rige una sujeción plena a la legislación de contratos para las llamadas fundaciones públicas sanitarias. En primer lugar, porque no hay que olvidar que una de las finalidades -confesadas- de la reforma es, precisamente, adaptar el régimen jurídico de las entidades públicas empresariales de la LOFAGE a la esfera de la sanidad, homologación que exige someterlas al mismo régimen de contratación que ostentan aquéllas entidades y que se sintetiza, en virtud del art. 1.3 del TRLCAP, en una sujeción plena a la legislación de contratos cuando concluyan con terceros contratos y negocios que objetivamente caigan dentro del ámbito de aplicación de la legislación de contratos^{xxxiii}. Fuera de este ámbito objetivo, creemos que el Reglamento suaviza para las fundaciones públicas sanitarias los rigores existentes para las entidades públicas empresariales, toda vez que éstas han de respetar, cuando confluyan, por ejemplo, contratos privados, las normas del TRLCAP y de sus disposiciones de desarrollo en lo que afecta a la preparación y adjudicación de dichos contratos privados (art. 9.1 del TRLCAP). Pensamos que esta interpretación que sustentamos es la que explica la expresión inicial del art. 72 del Reglamento ("la contratación ... respetará, en todo caso, los principios de publicidad y libre concurrencia"). Cuestión diferente es la de si esta suavización del régimen de los contratos objetivamente no sujetos a la legislación de contratos, resulta compatible con ésta, tesis que debe resolverse, a nuestro juicio, en sentido afirmativo, ya que el propio art. 9.1 del TRLCAP establece aquella sujeción plena de los llamados actos separables "en defecto de normas administrativas específicas", lo que da pie para pensar en que estas normas específicas pueden ser también las sanitarias sin que, por ello, se altere la virtualidad de los criterios que ordenan las relaciones entre ambos grupos normativos.

3. El régimen de contratación de las fundaciones y de las sociedades estatales

Finalmente, el régimen de contratación de las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 30/1994 y de las sociedades estatales son bien distintos. Los arts. 43 y 59 del Reglamento enganchan dicho régimen a lo previsto en la Disposición adicional sexta del TRLCAP, aunque con una notable salvedad: mientras que esta Disposición sólo habla de las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación pública, el art. 54.1 del Reglamento de 14 de enero de 2000 conceptúa, según vimos, como sociedades estatales también aquéllas en las que el capital social es exclusivamente público. No obstante, pensamos que en este punto, y a diferencia de cuanto dijimos a propósito del análisis de las específicas normas del contrato de gestión de servicios públicos, el matiz carece de relieve y debe prevalecer la noción de organismo de Derecho público que sienta el art. 1.3 del TRLCAP y en el que no cabe, desde luego, ninguna de estas dos entidades^{xxxiv}.

V. Breve reflexión final

Ciertamente, por éste último flanco, que acabamos de abordar, se desangran gran parte de las garantías establecidas por la legislación de contratos, lo que obligará también en el campo de la sanidad a abrir el mismo debate que el recurso a entidades formalmente privadas ha suscitado ya en otros ámbitos de la contratación públi-

ca^{xxxv} Por eso, la respuesta a la pregunta que planteábamos al inicio de este trabajo consiste cabalmente en la formulación de otra pregunta: admitido que la legislación de contratos nace con una voluntad omnimoda de regular toda la contratación pública, cualesquiera que sea el ámbito en el que ésta se desarrolle, ¿es posible y legítimo alterar aquélla voluntad creando entidades cuya sujeción a la legislación de contratos es más tenue y relajada, pero que realizan sin embargo la misma actividad contractual que las entidades sujetas? La respuesta a esta segunda cuestión escapa, desgraciadamente, a nuestras limitadas posibilidades y demanda valorar muchos principios y reglas, entre los cuales no son precisamente los menores el mismo campo de aplicación del Derecho Administrativo o las relaciones entre el principio de legalidad y la eficacia.

Ahora bien, lo que sí cabe es la posibilidad de que, al hilo de las peculiares relaciones que rigen entre la normativa de contratación y la sanitaria, que los legisladores autonómicos profundicen, sin desvirtuar el sentido y las finalidades de la legislación de contratos, en las particularidades que ofrece la contratación de los servicios sanitarios, opción que, personalmente, juzgo más adecuado que la adulteración de instituciones jurídicas ya muy consolidadas o que los, a veces, irreflexivos movimientos de huida.

ⁱ De carácter predominantemente orgánico son las distintas referencias que en el articulado del TRLCAP se realiza a las Entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad. Así, Arts. 12.1 (órganos de contratación); 48 (competencia del Consejo de Ministros para la aprobación de pliegos de cláusulas administrativas particulares); 49 (informe del Servicio Jurídico en el procedimiento de aprobación de pliegos de cláusulas administrativas particulares); 51 (competencia del Consejo de Ministros para la aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales); 59.2 (informe del Servicio Jurídico para el ejercicio de las prerrogativas administrativas de la contratación); 72.1 a) (tramitación de emergencia, dación de cuenta al Consejo de Ministros); 81 (composición de la Mesa de contratación); 117.1 a) (competencia para la formalización de contratos en el extranjero); 141 (procedimiento negociado para los contratos de obras declarados secretos); 159.2. c) (procedimiento negociado para los contratos de gestión de servicios declarados secretos); 177.2 (cuantías a partir de las cuales deben publicar los anuncios de suministros en el DOCE); 182 g) y h) (procedimiento negociado sin publicidad en el contrato de suministro); 183.1 (competencia para declarar la adquisición centralizada de bienes); 195 (autorización para la fabricación de bienes muebles); 199 (competencia para la contratación centralizada de servicios); 210 f) y g) (procedimiento negociado sin publicidad en el contrato de servicios); Dad 3º, 1 (competencia para la adquisición de equipos y sistemas para el tratamiento de la información); Dad 13ª (sustitución de Letrados en la Mesa de contratación) y DT 4ª (Competencias en materia de suministros de bienes de utilización común por la Administración).

Dado el carácter orgánico de todas estas determinaciones, es fácilmente comprensible que no tengan carácter básico y que no muestren tampoco aptitud, a pesar de lo que pudiera deducirse de la Disposición final 1ª, 1 del TRLCAP, para comportarse como preceptos supletorios (cfr. nuestro trabajo *La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: su entronque con el bloque de la constitucionalidad y su ámbito de aplicación*, en la obra dirigida por F.A. Castillo Blanco, *Estudios sobre la contratación en las Administraciones Públicas*, CEMCI, Granada, 1996, pp. 1 y ss.

ⁱⁱ Así, J. PEMAN GAVIN, *Hacia nuevas formas de gestión de los servicios sanitarios (Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio)*, en la obra colectiva *Reforma y liberalización económica. Los Decretos-Leyes de junio 1996*, Civitas, Madrid, 1996, p. 296. Sobre la evolución de la Sanidad en España y su situación presente resulta de gran utilidad la lectura del Informe contenido en la obra colectiva coordinada por Santiago Muñoz Machado, José Luis García Delgado y Luis González Seara, *Las estructuras del bienestar. Derecho, Economía y Sociedad en España*, Escuela Libre Editorial y Editorial Civitas, Madrid, 1997, pp. 217-294

ⁱⁱⁱ El RGCE subrayaba, por cierto, ese matiz de subsidiariedad al que hemos aludido, puesto que el recurso a la modalidad del concierto se condicionaba, por un lado, temporalmente -plazo no superior a ocho años, salvo que el Gobierno autorizara expresamente otra cosa- y, por otro lado, a que el concierto "convenga" a la Administración "para el desempeño o mayor eficacia de un servicio público"

^{iv} Texto, por cierto, que planteaba algunos problemas en orden a una correcta caracterización conceptual del concierto, pues decía que "la asistencia en régimen de internado se hará efectiva en las Instituciones sanitarias de la Seguridad Social o

mediante concierto y en aplicación del principio legal de coordinación hospitalaria, en las clínicas, sanatorios y establecimientos de análoga naturaleza de la Organización sindical o de carácter público o privado. Reglamentariamente se regulará el régimen de concierto, especialmente de los que se formalicen por la Entidad Gestora con las Facultades de Medicina".

^v J. PEMAN, *Hacia nuevas formas...*, cit., p.297, nota 6

^{vi} Aparte de otras menciones, si cabe más claras, en otros preceptos de la LGS, como los arts. 93 y 94 que hablan expresamente de conciertos con centros sanitarios privados y de centros privados concertados.

^{vii} En nuestra opinión, lo previsto por la LGSS no desvirtúa las afirmaciones de la LGS. En primer lugar, no hay que olvidar el alcance refundidor de la normativa de la seguridad social anterior que tiene esta norma, lo que explica que su capacidad de maniobra fuese muy limitada. Pero es que, en segundo lugar, la LGS posee con respecto a la LGSS en estos aspectos una superioridad funcional que impide que jueguen criterios de ordenación del sistema de fuentes, como el de la norma posterior.

^{viii} Lo que afirmamos en el texto no queda contradicho por la existencia de los llamados *conciertos singulares* que pueden concluirse con entidades privadas y públicas y que encontraron su plasmación normativa en el art. 6 de la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 12 de mayo de 1989, que establecía lo siguiente:

"1º Previa autorización del Secretario general de Asistencia Sanitaria, el Instituto Nacional de la Salud podrá suscribir conciertos singulares con entidades públicas o benéfico-privadas, en orden al establecimiento de un régimen de funcionamiento programado y plenamente coordinado con el de los Centros sanitarios públicos, en el marco de una planificación sectorial.

2º. Las condiciones económicas se establecerán en base a módulos específicos de costes efectivos por día de estancia, urgencias, consultas y demás servicios especiales a concertar, pudiéndose prefiar en el concierto, en su caso, una financiación global anual calculada en función de dichos costes y de los objetivos previstos de prestación de servicios asistenciales, revisable mediante una liquidación final del ejercicio que tenga en cuenta el grado de cumplimiento de dichos objetivos y su valoración según los módulos económicos convenidos.

3º. La Dirección General de Programación Económico-Financiera, a propuesta, en su caso, del Instituto Nacional de la Salud, fijará las normas de procedimiento, habilitación presupuestaria y condiciones técnicas y económicas de contratación, así como los requisitos que han de reunir los Centros hospitalarios, objeto del concierto singular.

4º. Los mencionados conciertos singulares tendrán una duración máxima de cinco años. Estos conciertos deberán adaptarse a la normativa que con carácter general se promulgue en desarrollo de los preceptos contenidos en la Ley General de Sanidad".

Pensamos que, pese a la equivoca denominación ("conciertos singulares"), o no estamos ante verdaderos conciertos en sentido estricto, sino ante los convenios singulares de vinculación a los que se refiere el art. 67.2 de la LGS, o ante lo que estamos es ante un supuesto en que la Administración o entidad pública que concierta con la Administración sanitaria no

aparece bajo veste pública, sino como persona privada, en cuyo caso sí que podríamos estar ante un auténtico concierto. De todas formas, nos inclinamos más por la primera opción y ello por dos razones: primero, porque, como más adelante afirmamos en el texto, la manera más normal de relacionarse entre sí las Administraciones Públicas no son los contratos, y en segundo lugar, porque si se examina el contenido de los conciertos que se signaron al socaire de esta normativa se comprobará fácilmente que ante lo que estamos es ante una verdadera integración o adscripción del hospital público en cuestión. Así lo ve, por ejemplo, J.M^a RODRIGUEZ DE SANTIAGO, *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 192-194, *passim*, quien se ha ocupado de estudiar con detenimiento el Convenio que, en aplicación de la transcrita Orden de 12 de mayo de 1989, suscribieron el 13 de diciembre de 1989 el INSALUD y la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias y, en cuya virtud el Hospital General de Asturias dejaba de ser gestionado por la Comunidad Autónoma para integrarse en la estructura administrativa del INSALUD. Como afirma RODRIGUEZ DE SANTIAGO, "en el clausulado se pone de manifiesto que más que de un convenio para coordinar la actuación de dos centros hospitalarios públicos se está pactando la integración del hospital de la Comunidad Autónoma en el ámbito de la gestión administrativa del INSALUD, y ello a pesar de que la Comunidad Autónoma continúa siendo, formalmente, titular de la propiedad del inmueble y de las relaciones con el personal del centro hospitalario" (p. 192). Por ello, sigue diciendo, "sería ilusorio hablar, a la vista de lo expuesto, de una simple coordinación y no, más bien, de una integración temporal del hospital en la estructura administrativa del INSALUD, aunque sea sin la titularidad del inmueble y de las relaciones laborales y funcionariales", circunstancia ésta última que le hace dudar de la naturaleza de estos convenios: "...no debe ser posible que por convenio -que, en este caso, no parece que pueda tener otra naturaleza que la de un *contrato* (subrayado del autor)- celebrado entre dos partes (el INSALUD y la Comunidad Autónoma se afecte *in peius* a derechos de terceros (el mencionado personal), para los que el contrato es *res inter alios acta*" (p. 193).

Estas últimas dudas que, en orden a la conceptualización de estos conciertos singulares (rectamente, según la LGS, convenios), posiblemente podrían abonar la idea, anteriormente expresada, de que, en puridad, en estos convenios de adscripción o de integración, las entidades públicas que los suscriben con la Administración sanitaria competente, lo hacen en calidad de personas privadas y, por tanto, sin rodearse de las prerrogativas que caracterizan la posición y el estatus de la Administración Pública. Esta manera de entender el problema de los denominados convenios o conciertos singulares reforzaría los argumentos de quienes estiman estos convenios como verdaderos contratos de gestión de servicios públicos (así, F.J. VILLAR ROJAS, *La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: fundamento y límites*, Praxis, Barcelona, 1996, pp. 103-107). Sin embargo, el procedimiento que, en estos casos, se sigue nos inclina más a pensar que estemos, como afirma A. MENENDEZ REXACH (*Las fórmulas de gestión indirecta de servicios sanitarios: especial referencia al concierto sanitario*, en el Libro de Ponencias del III Congreso Derecho y Salud, Pamplona, 1995, pp. 73 a 93), ante actos administrativos necesitados de aceptación (postura a la que se adscribe también J.L. GOMEZ DE HITIA, *Formas jurídicas de la organización sanitaria. Derecho público y Derecho privado*

en la provisión pública de servicios sanitarios, EASP, Granada, 2000, p. 323).

^{ix} Cosa diferente es que tengan que concluir después el denominado contrato-programa previsto en el 59.2 de la LOFAGE

^x Aunque, en puridad, pesan las dudas sobre si puede hablarse, con respecto a este tipo de fundaciones, de titularidad del capital en los términos que se exponen más adelante.

^{xi} En este aspecto, hay que reseñar de todas formas cómo tradicionalmente ha existido una antinomia entre la legislación local y la legislación general. En la legislación local, se distingue entre "sociedades mercantiles", cuyo capital debe ser íntegramente titularidad de la Corporación Local, y que constituyen una modalidad de gestión directa de los servicios públicos [arts. 85.3. c) de la LRBRL; 103.1 del TRRL y 89 del RSCL] y "sociedades de capital mixto". Por su parte, en el ámbito de la legislación general, el carácter de sociedades estatales se le ha atribuido sólo a aquellas sociedades mercantiles en las que la Administración General del Estado, o sus Organismos Públicos cuentan con una participación mayoritaria (art. 6.1 a) de la LGP] (por todos, cfr. L.M. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 11^a ed., 2000, p. 279). La reforma, por tanto, que en este punto ha operado el art. 154.2 del TRLCAP ha restringido el concepto de sociedad estatal, al menos, a los efectos de poder rehuir las formas de la gestión indirecta de los servicios públicos, pues ahora, las sociedades estatales con capital mayoritariamente público quedan homologadas a las sociedades de economía mixta, a las que se refiere el art. 156. d) del TRLCAP como modalidad de gestión indirecta de los servicios públicos, forzando consiguientemente el propio concepto de sociedad de economía mixta que, como explica J.A. SANTAMARIA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, Ceura, Madrid, 2000, II, 2^a ed., p. 330, "tiene como rasgo fundamental el que la participación administrativa en el accionariado tiene que ser necesariamente minoritaria o compartida al 50%, ya que si su cuota es mayoritaria, estaríamos en el supuesto (...) de una sociedad instrumental con la que no cabe concluir un contrato de gestión de servicios"

^{xii} *Contrato administrativo de suministro y centralización de las compras públicas*, Barcelona, 2000, pp. 176-181. Sobre la distribución de competencias específicamente en materia de sanidad, véase J. TORNOS MAS, *Aspectos constitucionales y distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas*, en la obra I Congreso de Derecho y Salud, Comunidad de Madrid, Madrid, 1993, pp. 19 y ss, así como el trabajo de S. MUÑOZ MACHADO contenido en el mismo volumen *La organización de los sistemas de salud*, pp. 35 y ss.

^{xiii} Dentro de la parquedad que los textos legales muestran a la hora de trazar el régimen jurídico del concierto en general (y no ya sólo del sanitario), resulta muy significativa la regulación abordada por el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de las Entidades Locales de Cataluña (Decreto 179/1995, de 13 de junio). Su art. 273 preceptúa taxativamente que "serán de aplicación al contrato del concierto las normas de contratación administrativa", además de las contenidas en la sección 1^a (disposiciones generales) del capítulo III (gestión indirecta), sección en la que se regula, entre otros aspectos, el contenido de los pliegos (art. 232), la formación y contenido del expediente de contratación (art. 234), el si-

nalagma contractual (arts. 235 a 240) y los modos de extinción (art. 241).

En la misma línea abunda la Junta Consultiva de Contratación (Informe 37/1995, de 24 de octubre, cdo. 4º) cuando afirma que "el término *conciertos* a los que se alude en los preceptos reseñados no resulta incompatible, sino plenamente congruente con el de contrato de gestión de servicios públicos".

^{xiv} Casi simultáneamente a la promulgación de la LCAP, la Ley del Parlamento de Cataluña 11/1995, de 29 de septiembre, abordó una modificación parcial de la Ley de Ordenación Sanitaria (Ley 15/1990, de 15 de julio). En lo que ahora nos interesa, el art. 8 de aquella Ley introdujo en la Ley de Ordenación Sanitaria una nueva disposición adicional 11ª, que dice: «Tomando como marco de referencia la legislación sobre contratos de las administraciones públicas, el Consejo Ejecutivo debe regular mediante un Decreto los requisitos, alcance, procedimiento y sistemas de selección para el establecimiento de los contratos de gestión de servicios sanitarios y sociosanitarios en régimen de concierto, que deben ajustarse con carácter general a los principios de publicidad y concurrencia, teniendo en cuenta las previsiones del Plan de Salud de Cataluña y las normas específicas de ordenación de dichos servicios». Esta disposición se completa con la nueva redacción que la Ley 11/1995 da al art. 4 de la Ley de Ordenación Sanitaria y que, en materia de contratación, dice lo siguiente: "La contratación del Servicio Catalán de la Salud debe ajustarse a las previsiones de la legislación sobre contratos de las administraciones públicas. Sin embargo, los contratos de gestión de servicios sanitarios y sociosanitarios en régimen de concierto se rigen por sus normas específicas".

Para J.PEMAN GAVIN, *Nuevas formas de gestión...*, cit., p. 319, esta reforma significa que, aunque el concierto sanitario se conceptúa inequívocamente como una modalidad del contrato administrativo de gestión de servicios públicos", la Ley "exceptúa expresamente a estos contratos de la aplicación de la legislación general de contratos de las Administraciones Públicas y remite para su regulación a unas normas específicas a aprobar por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad". Por nuestra parte, aparte de las dudas que nos ofrece esta remisión incondicionada que se hace al Reglamento para que regule los conciertos sanitarios (*vid.* Lo que al respecto decimos en *Contrato administrativo de suministro...*, cit., pp. 172 y 173), no comparamos esta idea de que los contratos de concierto sanitario se configuren como una suerte de contrato administrativo especial; antes bien, creemos que esa vinculación que la Ley catalana hace al "marco de referencia" de la legislación de contratos constituye algo más que un parámetro interpretativo (una especie de modelo para el legislador autonómico). En puridad, pensamos que lo que quiere decir la Ley catalana con el empleo de esta ambigua expresión no es algo muy distinto de lo que preconizamos en el texto, esto es, que las normas de la Ley de Contratos que disciplinan el contrato de gestión de servicios públicos y que poseen carácter básico conforman el punto de partida y el límite que no pueden traspasar los legisladores autonómicos en su legítima regulación de los conciertos sanitarios.

Daría ciertamente fundamento para pensar que estamos ante unos contratos administrativos especiales, la equívoca y problemática expresión con que acaba la mencionada disposición adicional 11ª: "ajustándose con carácter general a los principios de publicidad y concurrencia", pues, en nuestra opinión,

no es que tengan que ajustarse a tales principios (incluso, en puridad, para los contratos administrativos especiales, el art. 8. 1 del TRLCAP requiere más: su adjudicación de conformidad con lo dispuesto en el Libro I de dicho texto), es que, siendo una modalidad del contrato de gestión de servicios públicos, deben respetar el marco íntegro que la legislación de contratos diseña para este contrato administrativo típico.

^{xv} "...con carácter reiterado y uniforme viene sosteniendo esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa que *la forma normal de relacionarse las Administraciones Públicas, los Organismos Autónomos y los Entes Públicos sujetos en su concepto de órganos de contratación a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como antes a la legislación de contratos del Estado, es la vía del convenio de colaboración* hoy prevista en el apartado 1, c) del artículo 3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, sólo excepcionalmente, cuando una de las partes que entran en relación sea un Ente Público, podrá acudir a la celebración de un verdadero y propio contrato sujeto a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sujeción que por dicción expresa del citado artículo 3, no se produce en el caso del convenio de colaboración" (Informe 68/1996, de 18 de diciembre, cdo. 2º).

Por otra parte, en lo que respecta al distinto ámbito objetivo que pueden poseer los convenios según se concluyan entre entidades públicas o entre éstas y particulares, la Junta Consultiva de Contratación afirma que los convenios que se celebren "con entes públicos, a diferencia de los convenios de colaboración con particulares, pueden tener por objeto el de los contratos regulados por la Ley de Contratos del Estado o por normas administrativas especiales" (Informe 8/1989, de 4 de abril, cdo. 3º; en el mismo sentido, el 15/1989, de 18 de julio).

^{xvi} Para empezar, ni se entiende bien el principio, ni se entiende bien el final. No se entiende el principio, porque no se sabe con certeza a qué se alude exactamente con el empleo de la expresión "los relativos". Parece que con el recurso a esta locución pretende aludir a los contratos; de todos modos conviene notar que los efectos que tal entendimiento produce son muy distintos para cada uno de los supuestos que en el mencionado precepto se contienen. Tampoco constituye un modelo en su parte final, aunque sólo tiene algún sentido si el inciso último se construye a los contratos marco

^{xvii} F.J. VILLAR ROJAS, *La Ley de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud.- ¿Hacia la desregulación de la sanidad pública?*, DS 6 (2), 1998, p. 84.

^{xviii} Cfr. F.J. VILLAR ROJAS, *op. cit.*, p. 83

^{xix} M. GARCIA AMIGO, *Condiciones generales de los contratos*, Madrid, 1969, p. 138

^{xx} Exigencia que ha sido enfatizada por la Junta Consultiva de Contratación en su Informe 10/1995, de 8 de junio. Aunque no se trataba de un acuerdo marco de los que venimos hablando, esto es, de los relativos a la gestión de servicios públicos, sino a los contratos-marco que se prevén en el ámbito del contrato de suministro, sí guarda un extraordinario interés por la inspiración que éste ha surtido en la inclusión posterior de aquella figura. En *el Informe* en cuestión se demandaba el dictamen de la Junta Consultiva en orden a calificar el borrador de un denominado Acuerdo-marco que se proponían concluir el Ministerio de Sanidad y Consumo, en nombre y representación del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional

de Salud, y la Asociación Nacional Empresarial de la Industria Farmacéutica (Farmaindustria), por el que se regulaban las adquisiciones directas a los laboratorios de las especialidades farmacéuticas por los centros e instituciones hospitalarias del Sistema Nacional de Salud. La Junta Consultiva, tras afirmar la legitimidad de la figura genérica del Acuerdo-marco con el Derecho comunitario y la LCAP (cdo 2º), concluye que, en el caso concreto que se le somete, "el proyecto de Acuerdo-marco está en contradicción con los principios y reglas concretas de la utilización del procedimiento negociado que se recogen en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", pues "aun cuando se habla de un Acuerdo marco, su contenido no coincide con el supuesto previsto en el apartado f) del artículo 183 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues este supuesto exige una previa adjudicación con sujeción a las normas de la Ley, es decir, mediante concurso, del propio acuerdo o contrato marco, para que las adjudicaciones posteriores puedan realizarse por utilización del procedimiento negociado (contratación directa)" (cdo. 3º)

^{xxi} Los contratos que se adjudiquen por alguno de los procedimientos previstos en la presente Ley -dice el art. 6 de la Ley de Contratación en sectores excluidos- podrán adoptar la forma de acuerdos marco, celebrados entre alguna de las entidades contratantes enumeradas en el art. 2 y *uno o varios empresarios*". Por su parte, la citada Comunicación de la Comisión enfatiza que "los contratos marco deben ser objeto de una publicación con una información objetiva y transparente. Tras la presentación de las candidaturas, podrían elaborarse listas de posibles adjudicatarios. Para evitar la compartimentación de los mercados, las listas deberían tener una duración limitada o estar abiertas de forma permanente" (epígrafe 2.1.2.3)

^{xxii} Riesgo del que advierte F.J. VILLAR ROJAS, *La Ley de habilitación...*, cit., p. 85

^{xxiii} El Informe de la Junta Consultiva de Contratación 37/1995, de 24 de octubre, que versa sobre la naturaleza jurídica de los contratos que celebra el INSALUD para las prestaciones sanitarias a los beneficiarios de la Seguridad Social, así lo ha afirmado con rotundidad en su cdo. 5º: "... ha de indicarse que, según resulta del art. 25 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a diferencia de lo que sucede en los contratos de obras y en los de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales, en los contratos de gestión de servicios públicos no resulta exigible el requisito de la clasificación de contratistas, por lo que cierta confusión que pudiera derivarse de la Orden de 24 de noviembre de 1982, redactada nuevamente por Orden de 30 de enero de 1991 y de la Resolución de 17 de mayo de 1991, de la Dirección General de Patrimonio del Estado sobre criterios para la clasificación de empresas consultoras y de servicios, en cuanto mencionan expresamente los servicios sanitarios en general y los servicios de transporte en ambulancia, en particular, debe considerarse superada por los criterios resultantes de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como norma posterior y de superior rango a las reseñadas".

El Anteproyecto de Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 11 de julio de 2000 continúa, de todos modos, sembrando importantes dudas con respecto no sólo a la clasificación de las empresas que prestan servicios sanitarios, sino incluso sobre la misma

conceptuación del tipo de contrato administrativo en que es encasillable su prestación. El art. 37, que establece los grupos y subgrupos de clasificación en los contratos de servicios, incluye en el grupo 23 ("servicios cualificados") las actividades médicas y sanitarias (subgrupo 1), y los servicios de esterilización del material sanitario (subgrupo 4), lo que significaría atraer ambos hacia el ámbito del contrato de servicios, circunstancia que si no causa excesivos problemas con respecto al segundo por tratarse de una actividad instrumental a la actividad propiamente sanitaria, sí causa, en cambio, notables quebrantos en torno a lo que hayamos de entender incluido en el epígrafe "actividades médicas y sanitarias", pues posiblemente podría atraer hacia el campo del contrato de servicios esas fórmulas de gestión indirecta de los servicios sanitarios que se realizan a través de cooperativas laborales y que han ido surgiendo al hilo de las recientes reformas organizativas que en materia de sanidad se están produciendo tanto a nivel estatal como autonómico. En esta misma línea de crítica, el mencionado art. 37 del Anteproyecto cataloga como subgrupo 1 del grupo 27 ("servicios de transporte"), *el traslado de enfermos por cualquier medio de transporte*, modalidad que, al menos en lo que respecta al transporte en ambulancia, se había venido considerando como un contrato de gestión de servicios públicos.

^{xxiv} Como equivalentes lo entiende J.L. GOMEZ DE HITIA, *Formas jurídicas de la organización sanitaria...*, cit. P. 320. En general, sobre el papel que cumple la clasificación de los contratistas en el Derecho de la contratación pública, véase la obra de H. GOSALBEZ PEQUEÑO, *El Contratista de la Administración Pública*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

Por otra parte, como cuenta LI. BOHIGAS, *La acreditación de hospitales: un paso hacia la liberalización del mercado hospitalario español* en la obra coordinada por G. López i Casanovas y D. Rodríguez Palenzuela, *La regulación de los servicios sanitarios en España*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 113-116, *passim*, la necesidad de esta homologación respondió, en sus orígenes, a una situación de carencia de centros propios que obligó al entonces Instituto Nacional de Previsión a utilizar en determinados ámbitos territoriales (particularmente, en Cataluña) la concertación con centros privados y públicos como fórmula predominante para la atención de los beneficiarios de la Seguridad Social.

Hay que notar, no obstante, que la palabra "homologación" posee un significado anfibológico en la LGS, ya que si el art. 90.5 lo utiliza en el sentido comentado en el texto, el art. 66.1, segundo párrafo, lo emplea en otro sentido diferente, en el de la necesidad de obtener una acreditación de que el hospital reúne unas condiciones técnicas homologables para quedar vinculados, mediante un convenio singular, con la Red de Hospitales Públicos.

^{xxv} Debemos notar, no obstante, que la Ley de Bases de Contratos del Estado preveía la extensión de la figura no sólo a la adquisición de bienes muebles, sino también a la adquisición de servicios. Sin embargo, la LCE no recogió tal extensión. Sobre este tema y la evolución legislativa de las adquisiciones centralizadas véase nuestra obra *Contrato administrativo de suministro...*, cit., pp. 83-86.

^{xxvi} Un análisis detenido de dichas ventajas, en nuestro libro *Contrato administrativo...*, cit., pp. 88-108.

^{xxvii} En efecto, en una "Nota de Prensa" de 7 de marzo de 2000 (<http://www.msc.es/insalud>), se afirma que "el INSALUD ha definido una política de compras para todos sus centros que

promueve la utilización de mecanismos de agrupación de adquisiciones para bienes y servicios comunes o de uso común, lo que consigue abaratar los costes. Así, durante 1999 se realizaron compras comunes por valor de 15.600 millones de pesetas en gasóleo, informática, gestión de residuos, talonarios de receta y electromedicina. En cuanto a las compras por adopción de tipo (concursos en los que se fija el precio máximo) referidas a tiras reactivas, gases medicinales o dializadores, entre otras cosas, el gasto fue de 9.000 millones de pesetas en 1999.

La compra de bienes y servicios no sólo ha racionalizado el gasto público, sino que ha afectado positivamente a la calidad del producto final, y a la eficacia de los procesos asistenciales. Esta nueva estrategia de compras mejora también la profesionalización y la participación del personal sanitario en esta tarea.

Las medidas de este Plan se dividen en tres etapas. En la primera de ellas, se establecen las medidas previas; es decir, se definen los bienes y servicios y se planifican y programan las compras. A continuación se lleva a cabo la contratación, esto es, los procedimientos de adquisición con el criterio básico de primar al actitud corporativa en las compras que incluye las compras corporativas (común, por adopción del tipo o por acuerdos o convenios) y la compra individual. Finalmente, se realizan los mecanismos de control y seguimiento de compras (...)

La estrategia de compras del INSALUD ha fijado unos criterios para su ejecución: -La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; -La autonomía de gestión de los centros; -La planificación; -El funcionamiento como corporación"

^{xxxviii} Sobre este proceso, vid. J.PEMAN GAVIN, *Sobre el proceso de desarrollo y aplicación de la Ley General de Sanidad.- balance y perspectivas*, DS nº 7 (2), 1999, p. 11.

^{xxxix} Así lo sostenemos en *Contrato administrativo de suministro...*, cit., pp. 116-118. Fuera ya del ámbito de la contratación centralizada este argumento en favor de la especialidad lo refuerza la Disposición adicional 3ª del TRLCAP, que alude expresamente, junto al Ministerio de Defensa, a las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social. Por cierto, sobre el contenido de esta Disposición hay que advertir que la remisión que contiene al art. 183 lo es a la numeración que el tratamiento de información tenía en la LCAP, no a la que tiene en el TRLCAP, errata que s.e.u.o no ha sido aún corregida.

^{xxx} Naturalmente, todo ello, sin perjuicio de las adhesiones que, mediante convenio, podrán hacerse a los sistemas de contratación centralizada de otras Administraciones o entidades. La Disposición adicional 10ª del TRLCAP da pasos en este sentido, aunque, a nuestro juicio, no los suficientes, ya que contempla exclusivamente adhesiones totales o parciales a los procedimientos de contratación centralizada de Administraciones de carácter territorial.

^{xxxi} Sobre ellas, vid. *nuestro Contrato administrativo de suministro...*, cit., pp. 135-138. De interés es el trabajo de I. PEREZ VICENTE, *Aspectos organizativos de la Sanidad en la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Administración de Andalucía nº 37 (1999)

^{xxxii} Véase nuestro trabajo *Los poderes adjudicatarios en el Derecho comunitario y en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Noticias de la Unión Europea nº 136 (1996), pp. 58-60

^{xxxiii} Coincidimos en este punto parcialmente con M. VAQUER CABALLERIA, *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública, La reforma de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 123 y 124, cuya interpretación del art. 111.7 de la Ley 50/1998, aunque le lleva también a declarar la sujeción plena de los contratos administrativos de este tipo de fundaciones a la legislación de contratos, no se plantea el problema de los contratos que concluyan estas entidades y que objetivamente no tengan que estar sujetos al TRLCAP, por ejemplo, porque sean contratos privados.

^{xxxiv} Como sintetiza M. VAQUER, *Fundaciones públicas...*, cit., pp. 115-122, *passim*, lo que la Dad. 6ª de la LCAP (ahora del TRLCAP) fija es, por un lado, *una sujeción excepcional y principal*, porque "deben acomodar su contratación a los genéricos principios de publicidad y concurrencia previstos en la LCAP [...que], todo lo más, nos informan de qué cabe entender por publicidad y concurrencia y sirven, a nuestros efectos, como un *standard de seguridad*, pues no puede exigirse a las empresas públicas más que a las Administraciones Públicas" (p. 116); por otro lado, se trata además de una *sujeción parcial*, en el sentido de que "la disposición adicional 6ª no sujeta a las empresas públicas a los principios propios de la contratación pública en general, sino sólo a los de publicidad y concurrencia. En todo lo demás, no implícitamente incluido en ellos, como capacidad y facultades de las partes, constitución de garantías, procedimiento, efectos y extinción del contrato, rige el Derecho común" (p. 119).

La idoneidad de las fundaciones para gestionar servicios sanitarios ha recibido recientemente críticas muy severas por parte de un sector de la doctrina. Especialmente crítico se muestra J.L. PIÑAR MAÑAS, *Tercer sector, sector público y fundaciones*, ponencia presentada al XIII Congreso italo-español de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Salamanca los días 8 a 10 de octubre de 2000, quien considera que la Ley 15/1997 ha alterado el régimen establecido por el RD-Ley de 1996, pues, determinando que la gestión y administración de los centros, servicios, etc., podrá llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de *cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho*, está procediendo a desfigurar a estas fundaciones, "pues las empresas públicas (...) pueden considerarse de titularidad pública y los consorcios pueden considerarse de naturaleza pública. Pero las Fundaciones de la Ley 30/1994 ni son una cosa ni la otra" (...), de modo que "sin entrar ahora en la bondad o no de atribuir a Fundaciones la gestión de los hospitales públicos, hay que decir que hoy por hoy y con el artículo único de dicha Ley en la mano no es posible atribuir a Fundaciones (de la Ley 30/1994) la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de asistencia sanitaria o sociosanitaria en el ámbito del Sistema Nacional de Salud. Hacerlo tras su entrada en vigor (el mismo día de su publicación en el BOE) es teóricamente ilegal. Haberlo hecho conforme al Real Decreto ley 10/1996, sin embargo, no lo era. Y quiero resaltar que no estamos ante un simple error técnico (bastaría con haber dicho que la gestión podrá llevarse a cabo a través de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública o constituidos por entes públicos), sino ante un error, y de bulto, conceptual: la ley quiere (o parece querer) considerar a las fundaciones hospitalarias como entidades públicas, cuando no lo son ; o como entidades de la Administración, de la que no son" (pp. 34-37, *passim*).

^{xxxv} Al respecto, cfr. los trabajos de J.L. MARTINEZ LOPEZ-MUÑOZ, *¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas? (A propósito de algunas innovaciones de la Ley de Acompañamiento de los Presupuestos del Estado para 1997)*, RAP nº 144 (1997), especialmente pp. 51, 54, 56 y 70; E. MALARET i GARCIA, *Las sociedades para la construcción de obras hidráulicas* y G. ARIÑO y M. SASTRE BECEIRO, *La concesión de obra y servicio para la realización de obras hidráulicas*, trabajos éstos últimos contenidos en la obra coordinada por A. Embid Irujo, *El nuevo derecho de aguas: las obras hidráulicas y su financiación*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 97-144 y 145-170, respectivamente.