

# InDret

*Seguro y responsabilidad patrimonial  
de la Administración Pública Sanitaria*

**Begoña Arquillo Colet**  
Abogada  
Bufet Castelltort

Working Paper n°: 181  
Barcelona, enero de 2004  
[www.indret.com](http://www.indret.com)

## **Abstract**

*Este trabajo tiene por objeto analizar los problemas –que ya resultarán familiares a los lectores de InDret– que plantea el hecho de que un seguro cubra la responsabilidad patrimonial de la Administración, centrando el discurso en el ámbito de la Administración Pública Sanitaria. Así, el artículo toma como punto de partida los datos más relevantes sobre las distintas Administraciones Públicas Sanitarias y sus pólizas de seguros, así como el estudio de las reclamaciones extrajudiciales y judiciales que se han planteado en la práctica, para afirmar que la contratación por la Administración Pública de un seguro voluntario es socialmente beneficiosa siempre que mejore la situación de todos los agentes sociales implicados. Para ello se sugieren soluciones en relación con la tramitación de los siniestros o con la acción directa contra el asegurador de la Administración Pública Sanitaria. El tema, además, ha adquirido gran actualidad, dadas las recientes normativas que pretenden incluir un seguro obligatorio en las prestaciones médicas, tanto públicas (art. 36 del Real Decreto 29/2000, de 14 de enero) como privadas (art. 46 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias).*

## **Sumario**

### **1. Introducción**

### **2. El aseguramiento de la Administración Pública Sanitaria en España: datos empíricos y normativos**

### **3. ¿El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria es socialmente beneficioso?**

### **4. La defensa jurídica y la tramitación de los siniestros de la Administración Pública Sanitaria asegurada**

### **5. Las reclamaciones judiciales contra la Administración Pública Sanitaria y la acción directa contra el asegurador**

#### **5.1. Introducción: pluralidad de regímenes y de jurisdicciones**

#### **5.2 La jurisprudencia del Tribunal Supremo**

- a) ¿Contra quién se reclama? Análisis de las sentencias que reclaman contra la compañía aseguradora**
- b) Los criterios de la Sala 1ª del Tribunal Supremo sobre responsabilidad civil de la Administración Pública Sanitaria**
- c) Los criterios de la Sala 3ª del Tribunal Supremo sobre responsabilidad civil de la Administración Pública Sanitaria**

#### **5.3. Conclusiones**

### **6. Bibliografía**

### **7. Tabla de jurisprudencia del Tribunal Supremo**

## 1. Introducción

Este artículo analiza el seguro de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria, dentro de la difícil relación entre dos instrumentos muy distintos: la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública (arts. 139-145 de la [Ley 30/1992, de 28 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común](#), -BOE núm. 285, 27.11.1992-, modificada por la [Ley 4/1999, de 13 de enero](#) -BOE núm. 12, 14.1.1999-), y el seguro de responsabilidad civil (arts. 73-76 de la [Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro](#) -BOE núm. 250, 17.10.1980-).

La cuestión ya ha sido tratada repetidamente en *InDret*, especialmente en las aportaciones de la edición 3/2003, realizadas por HUERGO, [El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas](#), MIR, [La jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: una polémica que no cesa](#) y GÓMEZ LIGÜERRE, [Paso a nivel](#). Este nuevo trabajo centra el tema en el ámbito de la Administración Pública Sanitaria, sector donde se hacen mucho más patentes los problemas expuestos por estos autores, y se utiliza como banco de pruebas de las respuestas jurídicas ofrecidas hasta ahora. Los problemas que abordamos son sustancialmente de tres tipos y las tesis que sostenemos son fundamentalmente las siguientes:

- La primera cuestión que se plantea es si la contratación de un seguro por la Administración Pública Sanitaria es socialmente beneficiosa. En este trabajo se da una respuesta afirmativa (a pesar de las acertadas objeciones realizadas por HUERGO, 2002, págs. 28-30, o los efectos negativos de la contratación de un seguro sobre la prevención, analizados por GÓMEZ LIGÜERRE, en el trabajo de *InDret* ya citado) porque entendemos que mejora la situación de todos los agentes sociales implicados. Con todo, en la práctica no siempre se cumplen estas ventajas.
- El problema de la defensa jurídica del asegurado, y de la tramitación y liquidación de los siniestros de la Administración Pública, parece que ha encontrado una buena solución en la Comisión de Seguimiento que opera en los expedientes administrativos en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria. Pese a ello, el trabajo expone algunas objeciones prácticas que avalan que la regulación actual del procedimiento administrativo conlleva que el seguro pierda su utilidad como técnica para facilitar la gestión y liquidación de los siniestros.
- Por último, el estudio realizado pone de relieve que la acción directa del perjudicado contra la compañía aseguradora de la Administración Pública o la reclamación conjunta contra la Administración Pública Sanitaria y su asegurador apenas son utilizadas en la práctica. Por ello, no se solicita la aplicación de los intereses del art. 20 de la [Ley de Contrato de Seguro](#) ni se saca provecho de la mayor rapidez de la acción directa. Las consecuencias son evidentes: el perjudicado pierde algunas de las ventajas que le conlleva

el hecho de que la Administración Pública Sanitaria esté asegurada. Una regulación clara a favor de la acción directa contra el asegurador permitiría superar estas dificultades.

Antes de desarrollar estas tesis, conviene exponer las razones que nos han decantado a escoger este concreto sector de la Administración Pública:

I. El sector sanitario presenta una combinación de frecuencia y severidad muy alta en los siniestros, situación que además ha propiciado en los últimos años un gran aumento de reclamaciones de responsabilidad civil médica (tanto de demandas civiles como de reclamaciones administrativas) contra los entes sanitarios públicos.

Cabe destacar, por ejemplo, el elevado riesgo de contraer un virus o bacteria intrahospitalaria en un hospital: según el Informe EPINE (<http://www.mpsp.org/mpsp/epine/index.html> o <http://www.fonendo.com/noticias/18/2001/04/1.shtml>) realizado con datos de un buen número de hospitales públicos españoles, la tasa de infecciones hospitalarias es muy alta en España aunque ha descendido en los últimos años, desde el 8,45% en el año 1990 hasta el 6,90% en el año 2000 (no obstante, en cuidados intensivos la tasa aún oscila entre el 23% y el 27%).

En otro orden de cosas, según datos no oficiales del Colegio de Médicos de Barcelona publicados en el Diario *El País* (edición 8.9.1996), casi un 7% de los 19.000 colegiados han sufrido desde el año 1987 algún tipo de interpelación judicial: las reclamaciones se multiplicaron por 20 entre 1988 y 1992, y la proporción, aunque no de una manera tan espectacular, ha seguido aumentando hasta hoy. Igualmente, la Administración Pública Sanitaria y, en concreto, el *Servei Català de la Salut* tienen que resolver un número de reclamaciones muy elevado, (MIR, 2000, pág. 35: “Así entre 1994 y 1995 el incremento global de reclamaciones fue de un 53,56 por 100 (se pasó de 84 reclamaciones, en total, sumadas las dirigidas contra el SCS y el ICS, en 1994, a 129 en 1995, mientras que en 1995 y 1996 el aumento alcanzó el 46,51 por 100”) con un aumento de las cantidades indemnizatorias solicitadas (MIR, 2000, págs. 33-34, según datos del Área Jurídica y de Organización del *Servei Català de la Salut*: en el año 1996, las reclamaciones administrativas y civiles dirigidas al ICS fueron 117 con un importe reclamado de 9.015.181,56 € y las dirigidas al SCS fueron 72, con un importe reclamado de 7.028.855 €).

La Subdirección General de la Inspección Sanitaria del INSALUD ha realizado un estudio sobre las reclamaciones que se realizan a la póliza de seguro de responsabilidad civil del INSALUD (estudio que puede consultarse en <http://www.diariomedico.com/asesor/gestion.html>, bajo el título de “Las especialidades más reclamadas, las áreas clínicas más conflictivas. Presentación multimedia de un estudio realizado sobre la póliza de responsabilidad profesional del Insalud”). El análisis se realiza entre el año 1995 y 2000 sobre un total de 2.136 casos. En este estudio se establece que el número de siniestros y de reclamaciones es:

<b>Año</b>	<b>Siniestros</b>	<b>Reclamaciones</b>
1995	483	116
1996	477	335
1997	523	453
1998	429	490
1999	190	503
2000	34	239

Respecto a la gestión de los expedientes de reclamación, un 53% (1.132 casos) son rehusados, un 19% (406 casos) están pendientes de pago, un 16% (342 casos) ha recibido ya una indemnización por el INSALUD y sólo un 12% (256 casos) ha seguido la vía judicial. Entre los casos que han recibido indemnización por el INSALUD, se constatan las siguientes indemnizaciones:

Intervalo de indemnización	Número de casos
Menos de 6.010,12 €	32
Entre 6.010,12 y 30.050,60 €	143
Entre 30.050,60 y 60.101,21 €	71
Entre 60.101,21 y 90.151,81 €	38
Entre 90.151,81 y 120.202,42 €	22
Entre 120.202,42 y 150.253,02 €	14
Entre 150.253,02 y 180.303,63 €	14
Más de 180.303,63 €	8
<b>TOTAL</b>	<b>342</b>

Es posible también obtener otros datos (véase la noticia de fecha 15.1.1999 en Diario médico, <http://www.diariomedico.com/normativa/norm150199com.html>): el 11 de junio de 1998 la Comisión de Seguimiento de la póliza de seguros del INSALUD había cerrado unos 760 siniestros de un total de 1.033 reclamaciones. Entre ellas, las especialidades más reclamadas son medicina general, traumatología y obstetricia. El INSALUD ha indemnizado un 15% con un total de 5.349.007,72 €. La media de las indemnizaciones pactadas extrajudicialmente con la Comisión de Seguimiento es de 47.536,95 €: la mayoría de casos se resuelven concediendo entre 6.010,12 € y 60.101,21 €.

Todas estas reclamaciones por responsabilidad civil médica a entes públicos sanitarios se han incrementado presumiblemente por varios motivos (véase, por todos, CUETO, 1997, págs. 151 y ss., o REDJA, 1992, págs. 113-114):

- a) El 90% de las prestaciones sanitarias que se realizan actualmente en España son prestaciones públicas.
- b) Existe una mayor sensibilización del paciente por los daños causados por su médico y unas altas expectativas de obtener una indemnización, aumentadas por la influencia de los medios de comunicación y de la difusión mediática de algunas sentencias.

A título de ejemplo, **la Sentencia de un Juzgado de Primera Instancia de Barcelona** (según noticia publicada en *El Periódico* y *Diario ABC*, del 29.7.2002, aunque estas informaciones no citan la fecha de la sentencia, y <http://www.actualderechosanitario.com>, disponible hasta el 27.12.2002) que condena a un médico, la clínica y dos aseguradoras –del facultativo y del centro asistencial-, *Winterthur* y *Fiatc*, a indemnizar con 1.800.000 € a una paciente que quedó parapléjica y con lesiones neurológicas irreversibles, tras ser operada de una hernia discal; o **la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Barcelona 21.1.2002** que condena al *Institut Català de la Salut* a indemnizar con 100.862,87 € a los familiares de una paciente por las secuelas sufridas tras una intervención de escoliosis.

No obstante, en España la situación es distinta a la que aparenta la difusión de estas sentencias: según los datos expuestos en el XX Congreso de la Sociedad Española de la Calidad Asistencial

(octubre 2002; datos aportados por Manuel IGLESIAS CUBERO, Magistrado de la Sala 4ª del Tribunal Supremo) de las 50.000 reclamaciones judiciales presentadas en el año 2001 por asuntos médicos sólo prosperaron el 18%, y en la mayoría de los casos, el facultativo contra el que se reclamaba pertenecía al ámbito público. Los porcentajes de condenas por especialidades médicas durante la última década tampoco son muy elevados y el porcentaje más alto (24%) corresponde a las reclamaciones contra anestelistas (véase RODRÍGUEZ VARONA, 1997, págs. 61-62).

c) También ha tenido un peso importante la regulación legal que permite que el paciente acceda libremente a su historia clínica y a todos sus datos médicos. La [Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente, derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica](#) (BOE núm. 274, 15.11.2002; véase en InDret, SEUBA y RAMOS, [Derechos y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínicos. Presentación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre](#)) recoge claramente que el paciente tiene el derecho de acceso a su historia clínica (aunque no a toda ella), creada por el doctor que le atiende en el centro sanitario, y puede solicitar en cualquier momento obtener copia de sus datos: el médico puede reservarse el derecho de dar a conocer sus valoraciones subjetivas, pero no puede ampararse en la confidencialidad para no informar a su paciente, sino tan sólo en el beneficio terapéutico.

En Cataluña, se aplica la [Ley de la Generalitat de Cataluña 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y a la documentación clínica](#) (BOE 2.2.2001). Esta Ley regula la documentación clínica de los centros asistenciales (especialmente de la historia clínica, que debe conservarse durante 20 años a contar desde la muerte del paciente) y la concreción de los derechos de los usuarios.

II. En otro orden de cosas, es evidente la existencia de una contratación generalizada de un seguro por las Administraciones Públicas Sanitarias españolas, que se acogen a la posibilidad de contratar seguros que prevé los arts. 5, 9 y 206.6. a) del [Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas](#) (BOE núm. 148, 21.6.2000) y el art. 3 del [Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas](#) (BOE núm. 257, 26.10.2001). En España, la Administración Pública Sanitaria está asegurada prácticamente en su totalidad: existe un gran número de pólizas, suscritas por el INSALUD o por los organismos de las Comunidades Autónomas que tienen transferidas las competencias en la materia, que cubren la responsabilidad patrimonial de la Administración y la del personal que presta servicios sanitarios (funcionarios y personal contratado).

A pesar de todo, la Administración Pública Sanitaria tiene claras dificultades para encontrar un asegurador externo, pese a que mantiene la técnica del aseguramiento.

Con fuertes presiones de los médicos si no se asegura, como las actuales protestas del Colegio de Médicos de Santa Cruz de Tenerife, <http://80.81.104.134/2002-10-15/vivir/vivir0.htm>, o las de los médicos de Valencia cuando el Servicio Valenciano de la Salud optó por un modelo de autoseguro mediante Decreto en el año 1996.

Recientemente, la compañía aseguradora *Winterthur* declaró que abandonaba el ramo de responsabilidad sanitaria y que no suscribiría más pólizas en el año 2003, aunque sí mantendría las pólizas de seguro de contagio de profesionales del virus VIH y de la Hepatitis C. Las razones que *Winterthur* aducía eran de política empresarial de la compañía y manifiestaba que, a pesar de todo, este tipo de seguro era económicamente rentable. Ello creó una gran incertidumbre económica en el sector ya que hasta ahora *Winterthur* había asegurado el *Servei Català de la Salut*, el Servicio Andaluz de la Salud, el Servicio Vasco de la Salud y, muy recientemente, el Servicio Madrileño de la Salud (y también a muchos Colegios Oficiales de Médicos de España, como el de Barcelona, Zaragoza o Teruel). La mayor parte de estos seguros han sido contratados actualmente por la compañía aseguradora *Zurich*.

Pese a que la contratación de un seguro de la Administración Pública parece un buen negocio para las compañías aseguradoras, existen varias razones por las que surge esta falta de disponibilidad (el lector interesado puede consultar PRIEST, 1987, págs. 497-502 y págs. 1521 y ss., en relación con los problemas de oferta para algunas actividades concretas de la Administración Pública): a) la gran multiplicidad de riesgos de las Administraciones Públicas Sanitarias y las dificultades para el cálculo actuarial que ello conlleva: las pólizas son muy amplias y cubren gran variedad de riesgos de la Administración, que evidentemente no son riesgos homogéneos que se vayan a comportar del mismo modo; b) pese a un aumento de pólizas y de primas, los resultados técnicos siguen siendo, en general, negativos en los seguros médicos (véase ya la estadística de UNESPA para el ejercicio de 1990-1995), además de que existen dificultades para prever las dotaciones de las reservas iniciales.

## **2. El aseguramiento de la Administración Pública Sanitaria en España: datos empíricos y normativos**

### **· El Servei Català de la Salut**

El primer organismo sanitario de la Administración Sanitaria catalana fue el Institut Català de la Salut, aunque actualmente existe el Servei Català de la Salut (CatSalut), dependiente de la Generalitat de Catalunya (Departament de Sanitat i Seguretat Social), que adopta buena parte de las funciones del Institut Català de la Salut y está creado por la [Ley catalana 15/1990, de 9 de julio, de Ordenación Sanitaria de Cataluña](#) (DOGC 30.7.1990, reformada parcialmente por la Ley 11/1995 y desarrollada por el Decreto 131/1994). En relación con su seguro de responsabilidad civil existe una póliza conjunta entre la Administración Pública Sanitaria catalana y los Colegios Profesionales de Médicos de Cataluña.

En el año 1999, la póliza que cubría al *Institut Català de la Salut*, con una prima realmente alta de 5.950.019,83 € (que eleva considerablemente la prima del año 1996, 2.346.583,12 €). fue concertada con las entidades aseguradoras *Winterthur* con un 59%, *Zurich* con un 25%, *Fiatc* con un 10% y *MAPFRE* con un 6%.

En el año 2003, la entidad aseguradora es *Zurich* que ha sustituido a *Winterthur*, *Seguros Generales*; y su correduría de seguros es la entidad *CONFIDE*.

## · EL INSALUD

El INSALUD fue creado para la gestión de los servicios sanitarios por el [Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre Gestión institucional de la seguridad social, la Salud y el Empleo](#) (BOE 18.11.1978). Actualmente, la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Texto Refundido por el [Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio](#) (BOE 24.6.1994), establece en su art. 57.b) que el INSALUD es una entidad gestora de la Seguridad Social -junto con el INSS y el INSERSO-. En relación con el seguro de responsabilidad civil, el INSALUD empezó a contratar una póliza de seguro a partir del año 1991.

Aunque el grupo asegurador que cubrió la responsabilidad médica durante 1991 y 1992, *Unión y el Fénix, Seguros*, no lo renovó a partir de ese año, lo que afectó gravemente a los médicos que hacían uso de la cobertura de responsabilidad civil. En el año 1994, la Administración se hizo cargo de la responsabilidad civil pero debió hacer frente a numerosos gastos en relación con las indemnizaciones y empezó a surgir de nuevo la idea de acudir a las aseguradoras para poder presentar una partida presupuestaria fija que resolviera su problema. A ello se le unió una presión muy fuerte de los sindicatos médicos que provocaron que en mayo del año 1995 se convocara un concurso público para encontrar seguro. Cabe destacar que en el año 1998, la póliza de responsabilidad civil del INSALUD fue adjudicada a un *pool* formado por *MAPFRE, AGF-Unión el Fénix, Musini y Winterthur* (con la intermediación de las corredurías de seguros *Unispa, Alexander & Alexander, y Gil y Carvajal*). Este *pool* fue el único que se presentó al concurso. En la póliza contratada destaca que las demandas por siniestros acaecidos durante el año del contrato podían presentarse hasta tres años después de su finalización (el 1 de marzo de 2001). El precio de licitación era de 9.556.092,46 € y la oferta de esta alianza ocasional de empresas ascendió a 9.285.637,01 €. La franquicia descendió de 6.010,12 € de la póliza anterior a 3.000 €. En el año 1999 la única aseguradora del INSALUD pasó a ser *Mapfre*.

En la actualidad, *Zurich* es la única aseguradora del INSALUD, cuya póliza se contrató por tres años en el año 2000 (por el que recibe una prima total de 55,6 millones de €), sin variaciones sustanciales en la cobertura de los años anteriores, incluida la franquicia de 3.000 €. Este seguro cubre los accidentes laborales, la defensa jurídica y la responsabilidad civil del INSALUD y del personal sanitario. A su vez, también cubre la responsabilidad civil patronal y de explotación del INSALUD.

### • Las coberturas de las pólizas de seguro

Las pólizas de seguro de responsabilidad civil médica para la Administración Pública Sanitaria en el mercado español de seguros no difieren en sus coberturas de las pólizas de responsabilidad civil general (al igual que el resto de pólizas de la Administración Pública, véase TORRENT, 1995, págs. 110-113) y se articulan con cláusulas de una redacción muy amplia. Los rasgos principales son:

- a) La póliza tiene tres secciones según el riesgo cubierto (responsabilidad civil general, responsabilidad civil médica, responsabilidad civil profesional no médica), pero no existen diferentes secciones según el sujeto asegurado. En cada una de las secciones aparece como **tomador del seguro** la Administración Pública Sanitaria correspondiente y como **asegurados** tanto el Organismo Público como los funcionarios a su servicio (como las pólizas de los Colegios profesionales: el tomador del seguro es el Colegio



profesional y en la definición de asegurado se recoge que tendrán dicha condición aquellos profesionales en ejercicio que se hallen colegiados).

b) En relación con la **delimitación cuantitativa** del riesgo, el capital asegurado es elevado y las franquicias también son muy altas (alrededor de unos 6.000 €). Además, las pólizas también prevén dos límites (un límite máximo por cada siniestro y un límite agregado que se aplica en el caso de que haya varios siniestros) y la posibilidad de revisar periódicamente la prima inicial en función de la frecuencia de la siniestralidad.

c) En la **delimitación objetiva** del riesgo se incluye la siguiente cláusula general de cobertura:

*“La responsabilidad por actividades de personal sanitario y no sanitario: los daños sufridos por los pacientes a consecuencia de acciones, omisiones o errores profesionales culposos o negligentes ocurridos con ocasión de diagnóstico, tratamientos, aplicaciones terapéuticas, intervenciones quirúrgicas y, en general, derivados de la realización de cualquier acto clínico sanitario que sea de la competencia profesional del asegurado, y los daños originados por la utilización del instrumental y aparatos necesarios en su profesión”.*

Por otro lado, las exclusiones de cobertura son:

- Los daños causados en el ejercicio de una profesión o especialidad para la que no se tiene la debida autorización legal, académica o colegial, o los que excedan de la estricta actividad profesional.
- El pago de multas, penalizaciones y/o sanciones impuestas por los Tribunales y demás Administraciones.
- Los daños debidos a la prescripción de productos farmacéuticos no registrados en la Dirección General de Sanidad o retirados del consumo por dicho organismo.
- Las reclamaciones por daños incluidos en el ámbito del seguro obligatorio de responsabilidad civil de Instalaciones Radioactivas.
- Aquellas actividades negligentes que tengan como consecuencia la adquisición, transmisión o contagio del Síndrome de Inmunodeficiencia Humana (SIDA) –asimismo se excluyen también daños derivados de acciones que tengan su origen en la extracción, transfusión y /o conservación del plasma sanguíneo.
- Determinados delitos cometidos por el médico.

d) En la **delimitación temporal del riesgo**, se suele establecer una cláusula *claims made* de cobertura posterior que cubre los siniestros sucedidos hasta una fecha determinada y reclamados hasta un año después o bien con retroactividad ilimitada (es decir, que cubren las actuaciones médicas sin ningún límite temporal anterior).

e) Por último, un médico puede tener diferentes pólizas de seguro de responsabilidad civil. Así, en el mercado español de seguros coexisten las pólizas de seguro de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria y de su personal, las pólizas de seguros privadas adscritas a los Colegios de Médicos que cubren su responsabilidad personal -si tiene la condición de colegiado en la fecha del siniestro y con independencia de que trabaje en la Sanidad Pública o en la privada- y las pólizas privadas que pueden contratar los médicos para reforzar su cobertura (por ejemplo, cubriendo riesgos no previstos como las pérdidas causadas por la pena de inhabilitación profesional, aumentando

el capital asegurado, o incluso para protegerse de un posible derecho de regreso de la Administración Pública Sanitaria –que así reclamaría contra su aseguradora privada y todo se resolvería en un pleito entre diferentes entidades aseguradoras-). En el caso de que varios seguros que haya contratado un médico puedan cubrir un mismo interés y riesgo se aplica la regulación del **seguro cumulativo** -aunque el tiempo de cobertura coincidente sea menor al de la duración de los contratos- contenida en el art. 32 de la [Ley de Contrato de Seguro](#), que es plenamente aplicable a la Administración Pública Sanitaria, y que dispone que:

*“Cuando en dos o más contratos estipulados por el mismo tomador con distintos aseguradores se cubran los efectos que un mismo riesgo puede producir sobre el mismo interés y durante idéntico período de tiempo del tomador del seguro o el asegurado deberán, salvo pacto en contrario, comunicar a cada asegurador los demás seguros que estipule. [...]*

*Los aseguradores contribuirán al abono de la indemnización en proporción a la propia suma asegurada, sin que pueda superarse la cuantía del daño. Dentro de este límite el asegurado puede pedir a cada asegurador la indemnización debida, según el respectivo contrato. El asegurador que ha pagado una cantidad superior a la que proporcionalmente le corresponda podrá repetir contra el resto de los aseguradores [...]*”.

Más dudoso es si las compañías aseguradoras de la Administración Pública pueden alegar el art. 32.1 de la [Ley de Contrato de Seguro](#) que prevé que, en caso de omisión del deber de comunicación de que existen varios seguros, el asegurador no está obligado a pagar la indemnización. Con todo, la pérdida del derecho a la indemnización sólo se puede alegar por los aseguradores que prueben que no les fue notificada la existencia del seguro múltiple por dolo del tomador del seguro o en situación de sobreseguro (si el importe total de las sumas aseguradas es notablemente superior al valor del interés).

### **3. ¿El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria es socialmente beneficioso?**

El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria no sólo es la opción más generalizada, sino que del estudio realizado se deriva que también es el sistema más deseable socialmente ya que deja en mejor posición a todos los agentes sociales implicados: la Administración Pública Sanitaria, la compañía aseguradora y el perjudicado. Parece, por tanto, que la postura del Legislador en el [Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio](#) (en contraposición a la Resolución de la Dirección General de Seguros de 26 de junio de 1996 –que el lector interesado puede consultar en GAMERO, 1999, págs. 359-361-) es la correcta. Con todo, un análisis detenido de la práctica española demuestra que no siempre se mejora la posición de estos agentes.

Para llegar a esta conclusión, basta aplicar la teoría del seguro que recoge, en términos generales, los beneficios del seguro que cubre la responsabilidad civil, en relación con las funciones de la responsabilidad civil y del derecho de daños: minimizar el coste de los accidentes (es decir, del número de accidentes, la suma de los daños derivados de los accidentes y el coste de las medidas de precaución dirigidos a evitarlos) y asegurar la reparación de las víctimas.

De hecho, las funciones de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria coinciden esencialmente con las funciones de la responsabilidad civil (véase SALVADOR y CASTIÑEIRA,

1997), aunque tienen algunas especialidades y pueden dividirse en cuatro grupos (MIR, 2002, págs. 131-152): función reparadora o compensatoria, función preventiva, función de control social del buen funcionamiento de los servicios públicos, y función demarcatoria.

Una descripción precisa del seguro requiere distinguir también tres funciones bien diferenciadas (ABRAHAM, 1990, págs. 2-3; LOWRY, 1999, págs. 3-16):

**a) Función de *-transfer*.** Transferencia del riesgo entre los sujetos con aversión al riesgo (a los que afecta no sólo el valor de una pérdida sino la frecuencia con que sucede dicha pérdida) a los sujetos con menos aversión al riesgo o neutrales al riesgo, (véase SHAVELL, 1987, págs. 186-199, con la exposición de una teoría básica, págs. 192-215, y el análisis de los efectos colaterales de la misma, págs. 238-245). Así, sustituye un riesgo de coste incierto (el pago de una indemnización por un siniestro) por un coste más bajo y previsible (la prima). En definitiva, la Administración Pública Sanitaria traslada al asegurador, a cambio de una prima, el coste de las indemnizaciones que debe pagar.

**b) Función de *Risk-pooling*.** Puesta en común de los riesgos: las compañías de seguros no son totalmente neutrales al riesgo, pero un buen seguro reduce –o elimina– riesgos si asegura un número suficientemente grande de asegurados con riesgos homogéneos, de tal manera que las pérdidas se prevean y se puedan compartir. Para ello se aplica la teoría de los grandes números (*law of large numbers*) que declara que los fenómenos eventuales, que circunstancialmente se manifiestan continuamente en un mismo acontecimiento, decrecen en su irregularidad hasta adquirir una constante, en la medida que aumenta el número de veces en que una observación es realizada (CLARKE, 1997, pág. 5, y REDJA, 1992, págs. 22-23). Esta teoría explica la opción de varias compañías aseguradoras españolas con una cartera importante de captar un gran volumen de pólizas (esa era la opción seguida hasta ahora por *Winterthur* en el caso de la Administración Pública Sanitaria, o por la compañía de seguros *Zurich* para las Administraciones Locales –las pólizas de la Administración Local no ofrecen unos resultados técnicos especialmente atractivos, a no ser que se contraten seguros de un volumen importante de municipios: sobre esta siniestralidad elevada, véase PAVELEK, 1997, pág. 24-).

También es un obstáculo para que se entienda que el seguro de responsabilidad de la Administración Pública Sanitaria es socialmente beneficioso. La Administración Pública Sanitaria tiene asumido gran cantidad de riesgos que, en principio, la convertirían en neutral al riesgo: su funcionamiento no sería tan distinto al de una compañía aseguradora; por tanto, la contratación de un seguro sería redundante, como señala Huergo, en su trabajo para *InDret*. A ello puede oponerse que los riesgos no son homogéneos y también que existen razones de política presupuestaria que justifican que la Administración Pública Sanitaria no sea neutral al riesgo y que contrate un seguro.

**c) Función de *Risk-allocation*.** Distribución del riesgo: los aseguradores no sólo aceptan la transferencia y reunión de riesgo, sino que también, a cambio de la cobertura que ellos proporcionan, fijan un precio (prima) que es proporcional al grado de riesgo de cada asegurado. Así distribuyen los riesgos en grupos de asegurados con un grado similar de sufrirlos.

De todo ello se deriva que las compañías aseguradoras salen beneficiadas con el hecho de que la Administración Pública Sanitaria, que además es solvente, contrate un seguro. Pero cabe plantearse cuáles son las razones de la Administración Pública Sanitaria para contratar un seguro externo.

Una primera respuesta se encuentra en la teoría económica de actitudes ante el riesgo. Según esta teoría, una persona aversa al riesgo está, en principio, dispuesta a pagar una prima para evitar la

posibilidad de que le afecte un riesgo incierto. Así, el seguro es bueno para los individuos que prefieren sustituir el coste elevado de un riesgo que pueda producirse en el futuro por el coste más reducido y cierto del pago periódico de una prima: las pérdidas se soportan mejor si se fraccionan entre un gran número de individuos y si se reparten a lo largo del tiempo (SCHWARTZ, 1998, págs. 335 y ss.).

Ésta es la razón principal por la que se aseguran los entes locales: un Ayuntamiento pequeño suele preferir pagar una parte importante de su presupuesto anual en forma de primas que arriesgarse a perder gran cantidad de renta en un pleito desfavorable que estime su responsabilidad patrimonial. La situación de un Ayuntamiento pequeño se parece, aunque no sea idéntica, a la de un particular con aversión al riesgo. En estos casos, la contratación de un seguro de responsabilidad civil presenta más ventajas que inconvenientes (el análisis sería parecido al realizado por GÓMEZ POMAR, en InDret, [Coches y accidentes \(II\): algunos problemas del seguro de responsabilidad civil del automóvil](#)).

El caso en el que nos encontramos aquí es el de una Administración Pública institucional (la Administración Pública Sanitaria) con una solvencia ilimitada (aunque ¿realmente tiene un patrimonio suficientemente grande para hacer frente a las indemnizaciones que pudieran derivarse de la responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración, si ésta se aplicara rigurosamente?). La razón de que los Servicios de Salud públicos contraten un seguro de responsabilidad civil es de política presupuestaria (véase también MONTORO, 2002, págs. 29 y 35, o HUERGO, 2002, págs. 25-26): la Administración Sanitaria, como está asegurada, sólo tiene que pagar la prima, con independencia del volumen de indemnización que genere. La forma de gestión de los presupuestos públicos hace decisivo que se opte por soportar costes de primas de seguro que, por elevadas que sean, son presupuestariamente previsibles y no por asumir el riesgo de las indemnizaciones.

Este argumento explica también por qué los daños causados por el contagio del virus de la SIDA o de la HEPATITIS C mediante una transfusión sanguínea estén excluidos de las pólizas generales: han sido objeto de “transacciones” previas mediante Reales Decretos que permiten determinar *ex ante* la cuantía indemnizatoria (véase SEUBA, 2002, 411): la norma más reciente es [la Ley 14/2002, de 5 de junio](#) (BOE núm. 135, 6.6.200, véase el comentario de SEUBA, en InDret, [La Ley 14/2002, de 5 de junio, de ayudas sociales a hemofílicos contagiados con el VHC](#))

Con todo, ello no es del todo exacto: aún existen un buen número de casos de Hepatitis C –y en menor medida de contagio de SIDA- que llegan a la Sala 3ª del Tribunal Supremo, con un aumento muy destacable entre los años 2001-2003, aunque es previsible que descendan en los próximos años. Algunos casos recientes son: en materia de contagio de Hepatitis C, **STS, 3ª, 10.2.2001**; **STS, 3ª, 17.4.2001**; **STS, 3ª, 19.4.2001**; **STS, 3ª, 3.5.2001**; **STS, 3ª, 9.5.2001**; **STS, 3ª, 19.6.2001**; **STS, 3ª, 20.9.2001**; **STS, 3ª, 25.10.2001**; **STS, 3ª, 19.12.2001**; **STS, 3ª, 36.2.2002**; **STS, 3ª, 2.4.2002**; **STS, 3ª, 23.9.2002**; **STS, 3ª, 7.10.2002**; **STS, 3ª, 10.10.2002**; **STS, 3ª, 27.1.2003**; **STS, 3ª, 6.3.2003**; **STS, 3ª, 9.1.2003**; **STS, 3ª, 24.3.2003**; y en materia de contagio de SIDA, **STS, 3ª, 19.4.2001**; **STS, 3ª, 17.10.2001**; **STS, 3ª, 21.12.2001**; **STS, 3ª, 25.1.2003**.

Además, el hecho de que exista un seguro conlleva indudables ventajas para el perjudicado: además de que la compañía aseguradora se hará cargo del pago de la indemnización, en su caso, y liquidará el siniestro con mayor rapidez, si se reclama contra la compañía aseguradora se puede

solicitar el pago de los elevados intereses que establece el art. 20 de la [Ley de Contrato de Seguro](#) desde la fecha del siniestro y aumentar considerablemente la cantidad que finalmente se percibe.

El lector que lo dude puede hacer números: el art. 20 de la concede un interés igual al interés legal incrementado en un 50%, y un 20% de interés a partir de los dos años desde la fecha del siniestro. Si no se reclama contra la compañía de seguros, la reclamación deberá basarse sólo en el art. 1108 del [Código Civil](#) y el art. 576 de la [Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil](#) (BOE núm. 7, 8.1.2000), que conceden los intereses legales contenidos en las Leyes de Presupuestos Generales: en el año 1998, un 5'50%; en el año 1999, un 4'25%; en el año 2000, un 4'25%; en el año 2001, un 5'50 %; en el año 2002, un 4'25%; y en el año 2003, un 4'25%.

En definitiva, la compañía aseguradora, la Administración Pública y el perjudicado mejoran su posición al trasladar su riesgo mediante un contrato de seguro. Además, las posibilidades alternativas a la contratación de un seguro, como reducir el nivel de actividad (que es inviable: la Administración no puede dejar de prestar un servicio público por miedo de afrontar los daños) o aumentar los recursos de la Administración y, con ello, la presión fiscal sobre los ciudadanos son poco aconsejables.

Aunque el seguro puede plantear problemas en los incentivos de los asegurados para evitar el número de accidentes, derivados de la información imperfecta o asimétrica entre las partes contratantes.

a) El primer problema es el de **selección adversa** (*adverse selection*): las solicitudes de seguro serán realizadas, en su mayor parte, por sujetos con un riesgo elevado. La razón es obvia: los sujetos con un grado mayor de exposición al riesgo tienen más tendencia a transferirlo que los sujetos de riesgo bajo. Ello conlleva que las primas no puedan basarse en la tasa mediana sino en la previsión del peor caso, lo que convierte la prima en más cara y menos atractiva (sobre el problema y sus soluciones: ABRAHAM, 1990, págs. 3-4; REA, 1991, pág. 2). Por ello, es fundamental la separación de asegurados en grupos de riesgos ajustados. Esta separación difícilmente podrá aplicarse en el caso de seguro de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria.

b) El segundo problema es el **riesgo moral** (*moral hazard*). Este problema se plantea porque el asegurador no conoce el comportamiento del asegurado *ex ante* y, una vez firmado el contrato de seguro, el asegurador tampoco puede, por lo general, ni observar, ni verificar, ni controlar perfectamente el comportamiento de sus asegurados (BAIRD, 1994, págs. 153-158; RASMUSEN, 1996): la adquisición puede provocar que la Administración no incurra en más costes para adoptar precauciones o reducir su nivel de actividad, lo que se ve agravado además por el estándar de responsabilidad objetiva. Esto puede causar desajustes en el sistema: el seguro reduce los costes secundarios (de distribución y dispersión del riesgo) de los accidentes pero pueden verse aumentados los costes primarios (número de accidentes), ya que el asegurado será menos precavido. En el caso de la Administración Pública, las consecuencias pueden parecer aún más graves ya que puede tener como efecto la irresponsabilidad del funcionario.

Un problema distinto es si está justificado un seguro obligatorio en estos casos como ha promovido el art. 36 del [Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, de nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud](#) (BOE 25.1.2000; cuya impugnación no ha prosperado: véase la **STS, 3ª sección 4ª, 27.1.2003**).

*“El personal que preste sus servicios en los centros sanitarios regulados en el presente Real Decreto tendrá cubierta la responsabilidad profesional derivada de los daños y perjuicios no intencionados causados a terceros por acción u*

*omisión, en el ejercicio de sus funciones asistenciales. A tal fin, el centro sanitario o el Instituto Nacional de la Salud suscribirá la correspondiente póliza de responsabilidad civil que determinará los riesgos incluidos y excluidos”.*

Igualmente, el art. 46 de la [Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesionales Sanitarias](#) (BOE núm. 280, 22.11.2003) establece un seguro obligatorio de responsabilidad civil para los profesionales sanitarios que operan en la sanidad privada:

*“Los profesionales sanitarios que ejerzan en el ámbito de la asistencia sanitaria privada, así como las personas jurídicas o entidades de titularidad privada que presten cualquier clase de servicios sanitarios, vienen obligados a suscribir el oportuno seguro de responsabilidad, un aval u otra garantía financiera que cubra las indemnizaciones que se puedan derivar de un eventual daño a las personas causado con ocasión de la prestación de tal asistencia o servicios”, (véase un comentario en SOTO, 2003: este autor analiza lo que denomina una progresiva “socialización” del seguro de responsabilidad civil que parece pretender proteger más los derechos de la víctima que los del asegurado y destaca las complicaciones para asegurar las prestaciones sanitarias con una disminución destacable de las aseguradoras que operan en este ramo).*

Por otro lado, esta opción ya se ha previsto en otras regulaciones de Derecho Comparado, destacadamente en el Derecho Italiano. La primera norma es el art. 28 D.P.R. 761/1979, de 20 de diciembre de 1979, que prevé la obligación de la Administración Sanitaria italiana de concertar una póliza de seguros que cubra la responsabilidad de sus dependientes (médicos, enfermeras, auxiliares, etc.) por los actos que realicen en el ejercicio de su actividad dentro del servicio sanitario nacional italiano. La posibilidad de asegurar la responsabilidad civil frente a terceros está excluida en el caso de culpa grave o dolo. El art. 24 D.P.R. 218/1992, de 14 de febrero de 1992, ha previsto de nuevo el deber de la U.U.S.S.L.L. de asegurar a los médicos por los daños derivados de responsabilidad civil profesional frente a terceros (con unas coberturas de 1,5 millones de libras por muerte o invalidez permanente y 70.000 libras por día de invalidez temporal). El lector interesado puede consultar ANDREANI, 1995, págs. 435-450, o PICCIOLI, 1995, págs. 451-489.

No creemos que ello sea eficiente: la finalidad principal del seguro obligatorio es asegurar la indemnidad de las víctimas; por ello, en el caso de una Administración Pública con solvencia ilimitada la necesidad de un seguro obligatorio es redundante.

#### **4. La defensa jurídica y la tramitación de los siniestros de la Administración Pública Sanitaria asegurada**

La defensa jurídica de una persona que tiene contratado un seguro de responsabilidad civil plantea varias cuestiones en el derecho español, por ejemplo, qué sucede si el asegurado prefiere tener un abogado propio o cómo se deben tratar los conflictos de intereses entre asegurado y asegurador. El problema cobra aún mayor importancia si el asegurado es una Administración Pública, ya que existen serias dudas de que puedan aplicarse las previsiones del art. 74 de la [Ley de Contrato de Seguro](#):

*“Salvo pacto en contrario, el asegurador asumirá la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado, y serán de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen. El asegurado deberá prestar la colaboración necesaria en orden a la dirección jurídica asumida por el asegurador”.*

La “*dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado*” comprende una compleja labor de gestión del siniestro (trato con el perjudicado, transacción, defensa en el procedimiento, interposición de recursos, etc.). Así, el reconocimiento de la deuda, la determinación de su importe mediante la aceptación de la reclamación extrajudicial del tercero o la transacción corresponden al asegurador, tanto si se trata de reclamaciones fundadas (en que se fijará la cuantía y la liquidación de la deuda), como reclamaciones infundadas (en las que se rechazará el siniestro). Si el tercero reclama por vía judicial, el asegurador también tiene el poder de decisión: puede elegir abogado y procurador (aunque los poderes para pleitos deberán otorgarse por el asegurado). El asegurador también tiene la decisión de recurrir ante la sentencia que declare en un procedimiento civil que el asegurado está obligado al pago de una determinada indemnización (véase SÁNCHEZ CALERO, 2001, págs. 1253-1280)

En el caso de la Administración Pública Sanitaria, con la existencia de un procedimiento administrativo previo obligatorio, la compañía aseguradora interviene mediante la actuación de una **Comisión de Seguimiento** del expediente administrativo. Esta Comisión está integrada por representantes de la Administración, de la compañía de seguros, de la correduría de seguros y de colectivos afectados (por ejemplo, el Colegio Oficial de Médicos, aunque en este caso no tienen voto en las decisiones), y se reúnen con una periodicidad mensual en sesiones donde revisan varios expedientes. Las funciones de la Comisión son valorar las circunstancias de cada reclamación, determinar la procedencia del siniestro, y decidir la conveniencia de llegar o no a acuerdos extrajudiciales. La admisión o desestimación de las reclamaciones corresponde a esta Comisión de Seguimiento y si la decisión es una transacción económica, y una vez se ha llegado a un acuerdo sobre la oferta que se presenta al perjudicado, si esta oferta es aceptada, la compañía aseguradora debe realizar la gestión en un plazo máximo de 3 meses. Esta gestión la realizan los tramitadores de siniestros de la compañía aseguradora.

La actuación de la Comisión de Seguimiento es un ejemplo de buena coordinación entre la Administración Pública y el seguro en la tramitación de siniestros y constituye una garantía para la compañía aseguradora. De todos modos, la existencia de un procedimiento administrativo obligatorio dificulta la rapidez en la gestión de los siniestros.

Según la legislación vigente, en el caso de que se pretenda solicitar una indemnización de daños derivados de una asistencia sanitaria prestada en un centro sanitario público o de cobertura pública se debe tramitar como una reclamación de responsabilidad patrimonial. El procedimiento está regulado por el [Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial](#) – BOE núm. 106, 4.5.1993- (sobre la vía administrativa, el expediente administrativo y el papel de las aseguradoras, véase TORRENT, 1999, págs. 39-40; o HUERGO, 2002, págs. 138-151) cuyas características son las siguientes:

- **Plazos:** En el procedimiento administrativo se establece un plazo de seis meses para resolver la reclamación administrativa previa. Transcurrido dicho plazo se entiende que se ha dictado una resolución presunta negativa (art. 13.3 del [Real Decreto 429/1993](#)). Por otro lado, la [Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa](#) (BOE 14.7.1998) establece en su art. 46, dos plazos para interponer recurso: si hay resolución expresa, el plazo es de dos meses desde la

notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa; si la resolución es presunta, el plazo es de seis meses desde el día siguiente al acto presunto.

· **Inicio del cómputo:** La fecha a partir de la que se empieza a contar el plazo es la que dispone el art. 42.3.b) de la [Ley 30/1992](#): “*b) En los iniciados a solicitud del interesado, desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación*”

· **Suspensiones y ampliaciones:** No obstante, el plazo de seis meses puede ser susceptible de suspensión o de ampliación por los siguientes motivos, establecidos en el art. 42.5 de la [Ley 30/1992](#): “*El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos:*

*a) Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, el transcurso del plazo concedido, todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 71 de la presente Ley [...].*

*c) Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses.*

*d) Cuando deban realizarse pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimientes propuestos por los interesados, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente”.*

En el procedimiento administrativo contra la Administración Pública Sanitaria el supuesto típico en el que se suspende el procedimiento es para solicitar al centro público la historia clínica del paciente, si éste ha dado un permiso previo para solicitarla. Otro supuesto, en el caso de Cataluña, es la solicitud del preceptivo informe del ICAM (*Institut Català d’Avaluacions Mèdiques*), anteriormente denominado CRAM (*Centre de Reconeixement i Avaluació Mèdics*). El plazo de suspensión para que se realice no puede exceder de tres meses.

· **Trámite de audiencia.** El art. 11 del [Real Decreto 429/1993](#) obliga a realizar un trámite de audiencia, previo a la resolución. En el caso de Cataluña, se permite a la parte reclamante que examine el expediente en el Área de Recursos del *Servei Català de la Salut*, que solicite copia de los documentos y que en el plazo de 10 o 15 días presente alegaciones o documentos. En el caso de que se presenten otros documentos médicos (por ejemplo, unas radiografías) el *Servei Català de la Salut* puede solicitar un nuevo informe del ICAM.

El expediente suele contener documentación clínica facilitada por el organismo público y el Informe médico valorativo de la asistencia sanitaria prestada, emitido por el ICAM. También contiene la documentación sobre la comunicación de la reclamación a la compañía aseguradora y al corredor de seguros (en cumplimiento de lo que establece el art. 16 de la [Ley de Contrato de Seguro](#)), pero no contiene otra información de la compañía de seguros, ya que el administrado difícilmente tendrá acceso en el trámite de audiencia al clausulado de la póliza (si no lo solicita expresamente) o a las alegaciones de la compañía aseguradora en el procedimiento (que puede realizar en virtud de los apartados b) y c) del núm. 1 del artículo 31 de la [Ley 30/1992](#), por el que se considera a la compañía aseguradora como interesada en el procedimiento y que puede comparecer y personarse).



Una vez realizado el trámite de audiencia, el expediente es analizado por la Comisión del Seguimiento. La decisión de esta Comisión de Seguimiento no es vinculante para la propuesta de resolución que debe realizar el Letrado instructor del *Servei Català de la Salut* (si la Comisión rehúsa la reclamación se continúa con el procedimiento de responsabilidad patrimonial) pero sin duda es influyente.

Uno de los argumentos de los defensores de la reclamación ante la jurisdicción contencioso-administrativa de la Administración Pública asegurada (MIR, [La jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: una polémica que no cesa](#)) es precisamente la realización de un procedimiento de reclamación administrativa previa que produce que los costes de transacción de los reclamantes se vean disminuidos (la reclamación administrativa previa no tiene riesgo de costas y es más barata). Este estudio contrarresta los presuntos efectos positivos de esta reclamación administrativa previa: en primer lugar, se trata de un proceso muy lento que retrasa la gestión de los siniestros por la compañía aseguradora; en segundo lugar, el perjudicado no conoce la póliza de la compañía aseguradora de la Administración Pública, ya que la actuación de la Comisión de Seguimiento es posterior al trámite de audiencia, por lo que no se preservan adecuadamente las garantías del administrado; en tercer lugar, no es necesaria una reclamación administrativa previa para que el perjudicado pueda transaccionar con la compañía aseguradora ya que en el caso de responsabilidad civil médica existe el Servicio de Responsabilidad Profesional del Colegio de Médicos que examina la existencia de mala praxis médica para llegar a un acuerdo extrajudicial.

En Cataluña, el hecho de que la misma entidad cubra con una póliza de seguros el *Servei Català de la Salut* y al *Consell Oficial de Metges de Catalunya* (CCMC) conlleva algunas coincidencias en la gestión de los siniestros. En el caso de la póliza del CCMC se actúa a través del Servicio de Responsabilidad Profesional (SRP) del correspondiente Colegio de Médicos. Así, la póliza de la que es tomador el CCMC dispone de una cláusula contractual específica por la que la compañía aseguradora delega al SRP del Colegio Oficial de Médicos correspondiente, la función de la gestión de los siniestros que afectan a los médicos colegiados. Ello conlleva que cuando tienen noticia de una reclamación contra algún médico (reclamación extrajudicial por burofax, telegrama de interrupción de la prescripción, etc.), este Servicio contacta con el perjudicado para requerirle información del motivo de la reclamación por mala praxis médica y pedirle autorización, en su caso, para solicitar en su nombre su historia clínica. En el caso de que se desee llegar a un acuerdo económico extrajudicial a cargo de la póliza, una vez recabada la documentación clínica relativa al proceso asistencial, el mencionado Servicio citará al facultativo implicado y mediante una comisión habilitada estudiará y valorará la asistencia objeto de la reclamación con el fin de conseguir un acuerdo económico extrajudicial en el caso de que se objetive una mala praxis. Si no es así, se da una respuesta motivada a la reclamación.

## ***5. Las reclamaciones judiciales contra la Administración Pública Sanitaria y la acción directa contra el asegurador***

### **5.1. Introducción: pluralidad de regímenes y de jurisdicciones**

La Administración Pública Sanitaria está sujeta a la regulación administrativa de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas no sólo en relación con el

procedimiento de reclamación, sino también en relación con el estándar de responsabilidad que se aplica. Su principal característica es que no se trata de una responsabilidad por negligencia, sino que se trata de una **responsabilidad objetiva**, es decir, se indemniza aquel daño causado por la Administración que el particular no tiene la obligación jurídica de soportar siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos: por tanto, es independiente de las precauciones asumidas por la Administración en la organización y prestación del servicio donde se han originado los daños (este estándar defendido por GARCÍA DE ENTERRÍA, 1984, ya ha sido criticado por la doctrina administrativista -por todos, GÓMEZ PUENTE, 1997 o MIR 2002- y civilista -PANTALEÓN, 2000, págs. 458 y ss.-).

La responsabilidad patrimonial de la Administración también tiene otras peculiares características:

- a) **Directa:** Los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y el personal a su servicio (art. 145 de la [Ley 30/1992](#)). En cambio, en otros ordenamientos jurídicos, destacadamente el **derecho alemán**, la responsabilidad patrimonial de la Administración es subsidiaria (*Subsidiarität Klausel*). Esta cláusula que se encuentra recogida en el § 839.1 *in fine* BGB (en el caso de que el daño sea imprudente, el tercero perjudicado debe dirigirse, si es posible, contra otros causantes del daño o contra su propia compañía aseguradora de daños, antes de reclamar a la Administración) ha sido contrarrestada por la jurisprudencia que ha rechazado la aplicación de la cláusula de la subsidiaridad de la responsabilidad administrativa en estos casos, de manera que no cabe remitir automáticamente las reclamaciones de los afectados a las entidades aseguradoras de daños (véase MAURER, 1990, págs. 547 y ss., y OSSENBUHL, 1998, págs. 438-456).
- b) **Exclusiva:** La persona que sufre un daño derivado de la responsabilidad de la Administración sólo puede actuar contra la Administración y no sobre el agente o funcionario que le ha causado el daño. Para paliar esta exclusividad, se prevé la posibilidad de una acción de repetición de la Administración Pública contra el personal a su servicio en casos de dolo o culpa grave. Con todo, en las pólizas de seguro no se contempla la posibilidad del asegurador de subrogarse en esta acción de repetición y en la práctica no se ejercita esta acción (véase BELADIEZ, 1997, págs. 162-166), aunque el particular puede utilizar la vía penal para actuar directamente con el funcionario. En primer lugar, es frecuente acudir a esta vía con el convencimiento de que la instrucción penal es una buena manera de obtener pruebas de una manera más fácil y económica, por ejemplo un informe médico forense del futuro reclamante; en segundo lugar, también es común la búsqueda de un responsable penal no con la finalidad de depurar las responsabilidades penales sino con la de obtener rápidamente una declaración de responsabilidad de la Administración.
- c) **Uniforme:** La regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración es idéntica para todo tipo de sujetos y para todo tipo de actuaciones lesivas que sean imputables a la Administración y no existen varios regímenes en función del tipo de riesgo o del sector de actividad: actividad sanitaria, actividad de policía, etc.

Por otro lado, a pesar de que tras la reforma realizada en el año 1998 y en el año 2003 parece que la responsabilidad de la Administración Pública Sanitaria se debe tramitar en la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial según la reforma realizada por la [Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial](#) – BOE núm. 309, 26.12.2003-: “*Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones*

*públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva” y art. 2.e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, según la reforma de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad”) ya son dos los Autos de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo que han declarado que los daños causados por una Administración Pública se pueden juzgar en vía civil si se demanda conjuntamente a la Administración y a su asegurador o si se ejerce una acción directa contra la compañía aseguradora: el **Auto de 27.12.2001** y el **Auto de 21.10.2002**, ambos en reclamaciones contra RENFE y su compañía de seguros, MAPFRE (véase los trabajos de GÓMEZ LIGÜERRE, en InDret, **Cambio de vía. Auto de la Sala especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2001**, **Dos veces en la misma piedra y Paso a nivel**; HUERGO, 2002, págs. 171-178; desde un punto de vista más crítico: MIR, **La jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: una polémica que no cesa** y ORRIOLS, 2003).*

Estos Autos parecen resolver la situación de gran inseguridad jurídica creada por un extenso índice de sentencias que defendían tanto la competencia de la jurisdicción civil como la de la contencioso-administrativa:

- A favor de la jurisdicción contenciosa: **STS, 3ª, 14.9.1995; SAP de Asturias, Sección 5ª, 16.5.1997; SAP de Girona, Sección 2ª, 27.7.1998; SAP de Rioja, civil, 11.3.1999; SAP de Vizcaya, civil, 12.3.1999; SAP de Murcia, Sección 3ª, 12.3.1999; SAP de Valencia, Sección 7ª, 10.5.1999; SAP de Vizcaya, Sección 4ª, 5.11.1999; SAP de Vizcaya, Sección 5ª, 26.6.2000; SAP de Valladolid, Sección 3ª, 1.7.2000; SAP de Vizcaya, Sección 5ª, 6.7.2000; SAP de Vizcaya, Sección 5ª, 10.7.2000; SAP de Vizcaya, Sección 5ª, 12.7.2000.** Después del primer Auto de la Sala de Conflictos, véase la **SAP de Girona, civil Sección 2ª, 26.6.2002** y la **SAP de Girona, civil Sección 2ª, 10.6.2002**.
- A favor de la jurisdicción civil: **STS, 1ª, 22.4.1995; STS, 1ª, 2.12.1998; SAP de Vizcaya 19.1.1998, SAP de Vizcaya 25.5.1998, SAP de Valladolid 22.7.1998; SAP de Madrid, Sección 13ª, 22.3.1999; SAP de Badajoz, Sección 1ª, 26.2.1999; SAP de Zamora, Sección única, 8.11.1999; SAP de Barcelona, Sección 15ª, 2.2.2000; SAP de Zamora, Sección única, 17.5.2000; SAP de Oviedo, Sección 1ª, 2.6.2000.**

## 5.2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo

Un buen número de reclamaciones contra la Administración Pública Sanitaria llega a los Tribunales y el Tribunal Supremo español ha establecido algunos criterios. La jurisdicción civil (Sala 1ª del Tribunal Supremo) es la que ha conocido un mayor número de reclamaciones contra

el INSALUD y otros organismos sanitarios autonómicos, especialmente antes de la reforma del año 1998 ya que la Sala declaraba la *vis atractiva* de la jurisdicción civil en estas reclamaciones para evitar el “peregrinaje de jurisdicciones” (**STS, 1ª, 12.6.1997**). En los últimos años, como ya veremos, un mayor número de casos ha llegado a la Sala 3ª del Tribunal Supremo, aunque es probable que los últimos Autos de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo vuelvan a llevar estas causas a la Sala 1ª.

#### **a) ¿Contra quién se reclama? Análisis de las sentencias que reclaman contra la compañía aseguradora**

Del estudio realizado se deriva que casi nunca se reclama conjuntamente contra la Administración Pública Sanitaria y contra su compañía aseguradora, ni mucho menos se ejerce una acción directa contra el asegurador. Sólo es posible encontrar algunos casos.

##### • En el ámbito del **Tribunal Supremo**:

1. La **STS, 1ª, 19.6.1998**. Una paciente falleció porque los médicos que le atendían de un fuerte dolor en el esófago le realizaron una endoscopia que empujó la espina de pescado que la paciente se había tragado (circunstancia que los médicos desconocían) y le perforó la aorta. La madre de la paciente demandó a los médicos al Servicio Andaluz de la Salud, a la Consejería de Salud y Consumo de la Junta de Andalucía y a la compañía de seguros *Winterthur*. El Tribunal Supremo considera que la endoscopia era la mejor técnica a utilizar, aunque declara la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer del caso.
2. La **STS, 1ª, 8.9.1998**. María Teresa E. sufrió una parálisis completa del nervio poplíteo externo, tras una sencilla operación para eliminar un quiste. María Teresa E. demanda al INSALUD, la Tesorería Territorial de la Seguridad Social, el cirujano., *La Unión y El Fénix Español* y *Winterthur, Sociedad Suiza de Seguros*. El Tribunal Supremo condena a los demandados a pagar una indemnización de 74.459,39 € por considerar que se había producido un resultado anormal y desproporcionado.
3. La **STS, 3ª, 13.7.2000**. Caso de negativa justificada del centro público de realizar una cesárea en un parto que se desarrollaba con normalidad, aunque la paciente y su marido habían insistido en su práctica. Amelia B.B. y Antonio C.G. reclaman al INSALUD, a la Tesorería General de la Seguridad Social y a *Mapfre*. El Ministerio, la SAN 12.5.1999 y el Tribunal Supremo desestiman la pretensión: en este caso falta el requisito de la relación de causalidad ya que si el paciente no sigue las directrices del equipo médico, éste no tiene responsabilidad.
4. La **STS, 1ª, 17.2.2000**. Gregorio M.G., enfermo mental que se encontraba bajo control médico e ingresado en un centro psiquiátrico del Servicio Vasco de la Salud-*Osakidetza*, escapó de dicho centro y se ahogó en una ría. La madre del fallecido demanda al Servicio Vasco de la Salud y a *Winterthur* y solicita 237.399,78 € más los intereses legales. En primera instancia se conceden 90.151,81 €, decisión que es revocada por la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo. Según el Tribunal Supremo, el hospital demandado no actuó con negligencia y no ha incumplido un deber genérico de vigilancia del enfermo.
5. La **STS, 1ª, 5.2.2001**. Un niño de dos meses muere por insuficiencia respiratoria aguda tres días después de ser visitado en un Centro de Atención Primaria y de que se le diagnosticara un resfriado común. La madre del niño demanda a los médicos, a *Cresa Aseguradora Ibérica, S.A.*, al Servicio Vasco de Salud-

Osakidetza y a su aseguradora *Aurora Polar, S.A.* Las tres instancias desestiman la reclamación ya que consideran que no se ha acreditado ni la culpa de los facultativos ni la relación de causalidad.

6. La **STS, 1ª, 19.2.2001**. En este caso, la fallecida, Asunción R.M., fue diagnosticada de infección de vías respiratorias altas y se le prescribió tratamiento. Pese a ser sometida a varios análisis clínicos posteriores, no se le detectaron síntomas de proceso hemorrágeo hasta el día 11.5.1992, en que se ordenó su ingreso hospitalario, si bien los hijos de la enferma no llevaron a la madre al Hospital hasta el día siguiente, y se le realizó una transfusión de concentrado de plaquetas. Con todo, la paciente falleció tres días después. Las tres instancias desestiman la reclamación de los familiares contra uno de los médicos, el INSALUD y *Winterthur* porque consideran que los médicos actuaron conforme a la *lex artis*.

• En el ámbito de las **Audiencias Provinciales**:

1. La **SAP de Valencia, civil, 22.12.1995** se ocupa de un caso de diagnóstico erróneo de hernia discal, en el que se practicó una intervención que se complicó posteriormente con una infección hospitalaria. La Audiencia declara la responsabilidad objetiva del INSALUD y la indemnización a cargo de su aseguradora, *La Unión y el Fénix Español, S.A.*, ya que en vía civil sólo se demandó a esta compañía de seguros, con la que el INSALUD tenía concertada la cobertura de la responsabilidad civil. La Audiencia condena a la aseguradora porque los servicios médicos del hospital público no informaron al paciente de los graves riesgos que se podían derivar de la operación.
2. La **SAP de Vizcaya, Sección 4ª civil, 5.11.1999** resuelve una reclamación de mal praxis médica contra Osakidetza / Servicio Vasco de Salud y contra la aseguradora *Aurora Polar, S.A.* En esta sentencia se declara la incompetencia de la jurisdicción civil: el motivo es que para que la aseguradora sea condenada al pago se exige que se examine la conducta del asegurado que, como se trata de una Administración Pública, sólo se puede realizar en la jurisdicción contencioso -administrativa.

En cambio, cuando se reclama contra un centro privado o contra médicos que actúan en la medicina privada, la reclamación contra la compañía de seguros es la práctica habitual: así, en la **STS, 1ª, 11.2.1997; STS, 1ª, 19.2.1998; STS, 1ª, 29.7.1988; STS, 1ª, 9.12.1998; STS, 1ª, 12.12.1998; STS, 1ª, 14.5.1999; STS, 1ª, 22.11.1999; STS, 1ª, 22.6.2000; STS, 1ª, 26.9.2000; STS, 1ª, 23.3.2001; STS, 1ª, 18.2.2003; STS, 1ª, 8.5.2003; STS, 1ª, 25.6.2003**.

**b) Los criterios de la Sala 1ª del Tribunal Supremo sobre responsabilidad civil de la Administración Pública Sanitaria**

La Sala 1ª del Tribunal Supremo aplica al INSALUD y al resto de organismos sanitarios el estándar de responsabilidad por culpa recogido en los arts. 1902 y ss. del [Código Civil](#). Las sentencias más destacadas de los últimos años ilustran claramente esta afirmación y permiten delimitar los criterios seguidos por esta Sala.

- **La regla general: negligencia del médico y prueba del paciente.** Sobre la responsabilidad del médico, el discurso de la jurisprudencia de la Sala 1ª sobre responsabilidad de la Administración Pública Sanitaria se basa en la falta de diligencia debida del médico y en que su actuación no está basada en la *lex artis* (un buen ejemplo es la **STS, 1ª, 11.4.2002** que declara que la muerte del paciente es debida a la negligencia de un cirujano que no empleó en la operación la técnica adecuada). Además, la culpa y la relación de causalidad entre el daño y la actuación médica han de ser probados por el paciente. Sólo hay

dos excepciones: a) la medicina voluntaria; b) el daño desproporcionado del paciente (véase la **STS, 1ª, 29.11.2002** comentada en *InDret* por LUNA, [Olvido de una gasa durante una intervención quirúrgica](#)) u otros casos recientes de daño desproporcionado: la **STS, 1ª, 31.1.2003** o la **STS, 1ª, 25.9.2003**, en un caso de parálisis espinal causada por intervención quirúrgica).

· **Casos de infecciones hospitalarias.** Si se produce una infección de origen hospitalario, con independencia de su causa, se debe declarar la responsabilidad del ente público. Este criterio se impone a partir de la **STS, 1ª, 26.5.1997**, que trata de un caso de infección de la herida quirúrgica que acaba provocando gravísimas secuelas en la pierna del paciente debido a que la zona afectada se cangrena. En el mismo sentido, la **STS, 1ª, 18.6.1998** condena al *Institut Català de la Salut* en un caso en que el paciente muere afectado por una bacteria intrahospitalaria, cuando antes de una intervención se administró al paciente suero por vía endovenosa en el brazo izquierdo. Asimismo, un caso muy reciente está resuelto por la **STS, 1ª, 7.4.2003**.

· **Consentimiento informado.** No hay muchos casos de responsabilidad civil médica que se basen como criterio de resolución en la ausencia o no de consentimiento informado, aunque parece ser que la tendencia es aplicarlo especialmente cuando se utilizan técnicas de alto riesgo y en las que no se da una información rigurosa. Un ejemplo es la **STS, 1ª, 27.4.2001**, en un caso de intervención de ligadura de trompas en que la paciente quedó posteriormente embarazada: la actora y su marido solamente firmaron un modelo general de consentimiento informado para todo tipo de intervenciones, en el que no constaban ni los riesgos de la intervención ni la posibilidad de un futuro embarazo y ello no es información previa suficiente. Prácticamente idéntico es el caso resuelto por la **STS, 1ª, 29.5.2003**. Por último, igualmente se pronuncia la **STS, 1ª, 2.7.2002** que trata del incumplimiento del médico del deber de informar al paciente de los eventuales riesgos de una vasectomía.

### c) Los criterios de la Sala 3ª del Tribunal Supremo sobre responsabilidad civil de la Administración Pública Sanitaria

La Sala 3ª del Tribunal Supremo también ha conocido de varios casos de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria, aunque el porcentaje es bajo en relación con el resto de casos de responsabilidad patrimonial de la Administración. Con todo, se observa un incremento del número de reclamaciones en los años 2000 y 2001, que vuelve a descender en el año 2002 y en el año 2003 (aunque este último año sólo está actualizado hasta finales del mes de julio).

Año	Número de casos sobre responsabilidad patrimonial de la Administración Pública	Número de casos sobre responsabilidad de la Administración Pública Sanitaria	Porcentaje
1997	114	2	1,75%
1998	156	4	2,56%
1999	214	13	1,4%
2000	174	21	12,06%
2001	135	30	22,22%
2002	146	17	11,64%
2003	88	9	10,23 %

Además, la Sala 3ª no aplica el estándar de responsabilidad objetiva y sus criterios para decidir la resolución de los casos son sustancialmente idénticos a los utilizados por la Sala 1ª.

• **La regla general: el Tribunal Supremo no aplica rigurosamente el criterio de responsabilidad objetiva.** La Sala 3ª del Tribunal Supremo utiliza el criterio de que si no existe negligencia tampoco hay relación de causalidad y, por tanto no aplica un estándar de responsabilidad objetiva. No obstante, como siempre habla de “responsabilidad objetiva” no crea una jurisprudencia que permita que el Legislador compruebe que la responsabilidad objetiva es insostenible y perjudica a las compañías aseguradoras: ¿pueden delimitar a qué riesgos deben hacer frente si existe un estándar de responsabilidad objetiva que no se aplica en la práctica? Véase algunas reflexiones en *InDret*, realizadas por SALVADOR y RUIZ, [Negligencia, causalidad y responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas: SSTS, 3ª, 24.7.2001](#). Un buen ejemplo es el caso resuelto por la **STS, 3ª, 10.2.1998**, en que el hijo menor de Juan Antonio S.B. y Manuela T.C. sufría una ceguera que podía ser debida al tratamiento hospitalario que recibió en el centro médico en los días siguientes a su nacimiento prematuro, ya que se le tuvo en una incubadora y se le administró oxigenoterapia que, al parecer, causó la ceguera. El Tribunal Supremo considera que en este caso, “no hubo relación de causa-efecto entre el comportamiento de la Administración demandada y la enfermedad de la menor” (FJ 4) y argumenta para ello que el tratamiento fue correcto: “la culpa o negligencia médica surge con dotación de suficiente causalidad cuando no se realizan las funciones que las técnicas de salud aconsejan y emplean como usuales, en aplicación de la deontología médica y del sentido común humanitario” (FJ 7).

• **Casos de infecciones hospitalarias.** El caso de la Sala 3ª que ejemplifica bien este criterio es el resuelto por la **STS, 3ª, 13.7.2000**. Laura V.L. sufrió una infección del estafilococo Aureus durante una intervención quirúrgica. En el mes de octubre siguiente, Laura V.L. sufrió inflamaciones alrededor de las cicatrices, de manera que el 14.10.1992 se le realizó una nueva intervención que la curó definitivamente. En esta operación se descubrió que había cuerpos extraños dentro de la herida y que algunos puntos de sutura internos habían determinado la infección. Como consecuencia de ello, Laura V.L. estuvo incapacitada durante 189 días y le quedan como secuelas dos cicatrices en el cuello. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación de la paciente contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia: el daño no fue consecuencia inevitable de la operación (dada la presencia de cuerpos extraños) y, por ello, la paciente no tiene la obligación jurídica de soportarlo. Un caso más reciente de infección está resuelto por la **STS, 3ª, 13.3.2003**.

• **Consentimiento informado.** Un ejemplo de la aplicación de la Sala 3ª de este criterio lo encontramos en la **STS, 3ª, 4.4.2000**, Jesús Manuel Q.L., de 17 años de edad, fue sometido a una intervención quirúrgica (necesaria, pero no urgente) para corregir la coartación aórtica congénita que sufría. Como consecuencia de la intervención, sufrió un déficit de capacidad fisiológica del 70%, con paraplegia. Los profesionales médicos no han demostrado que hubieran informado a los representantes legales del menor de los riesgos mínimos de la intervención. Las secuelas de la operación no son imputables causalmente a la falta de información; no obstante, la propia inconciencia informativa supone un daño moral en sí misma, diferente al daño corporal (FJ 5).

### 5. 3. Conclusiones

Del estudio realizado se deriva que en las reclamaciones judiciales contra la Administración Pública Sanitaria no se tiene en cuenta la existencia del seguro: no se suele demandar conjuntamente a la compañía aseguradora y a la Administración ni, mucho menos, se ejerce la acción directa contra la aseguradora.

Por ello, en la práctica, el perjudicado no solicita los elevados intereses del art. 20 de la [Ley de Contrato de Seguro](#) ni obtiene las indemnizaciones con más rapidez, uno de los beneficios claros de que la Administración Pública esté asegurada. Parece que los (abogados de los) perjudicados

no tienen en cuenta esta circunstancia. O sí lo tienen en cuenta pero, dada la inseguridad jurídica de la regulación actual, prefieren no arriesgarse a que se declare la incompetencia de jurisdicción para conocer del asunto y soportar las costas procesales que existen tanto en el proceso civil como en el proceso contencioso-administrativo (arts. 394, 395 y 396 de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#) y art. 139 de la [Ley 29/1988, de 13 de julio](#)).

La gran ventaja social del aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración es precisamente la acción directa. La primera razón se basa en el propio fundamento que tiene la acción directa con carácter general: favorecer el derecho del perjudicado de obtener una indemnización rápida y evitar que éste deba acudir al causante del daño y seguir un procedimiento administrativo (véase BUSTO, 2002, págs. 1482-1487; GAMERO, 1999, págs. 368-372; HUERGO, 2002, págs. 160-171; MONTORO, 2002, págs. 75-87; en general, sobre la acción directa, SÁNCHEZ CALERO, 2001, págs. 1298-1356), teniendo en cuenta que también se abaratan los costes de gestión de la tramitación de siniestros si la responsabilidad de la Administración se instrumenta a través de una póliza de seguro. La segunda razón es que impedir el ejercicio de la acción directa ahorra los intereses moratorios previstos en el art. 20 de la [Ley de Contrato de Seguro](#). Todo ello provoca que las especialidades de la Administración conviertan el sistema en más gravoso para la víctima del funcionamiento de un servicio público que para el resto de víctimas (véase ARQUILLO, 2003, págs. 2161-2163, y, en *InDret*, GÓMEZ LIGÜERRE, [Sobre la posibilidad que la víctima ejercite la acción directa contra la compañía aseguradora de la Administración Pública](#)).

No obstante, esto debería regularse expresamente por el Legislador para evitar que los beneficios de la contratación de una póliza de seguros por la Administración Pública Sanitaria (rapidez en el señalamiento y en el pago de la indemnización, y ahorro de costes de gestión) y que determinan que la contratación de este seguro sea socialmente beneficiosa no se utilicen en la práctica. Una regulación clara a favor de la acción directa contra el asegurador, prevista en el art. 76 de la [Ley de Contrato de Seguro](#), permitiría superar estos problemas.

A estas ventajas se suele objetar que la jurisdicción civil no puede enjuiciar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. En el ámbito de la Administración Pública Sanitaria se pone de manifiesto que los criterios de la Sala 1ª y de la Sala 3ª del Tribunal Supremo en la materia coinciden, por lo que el intento del Legislador de establecer diferentes regímenes en función de quien es el causante del daño no tiene un reflejo en la práctica.

Por último, si se tiene en cuenta que la responsabilidad objetiva es una patente de corso para que las compañías aseguradoras aumenten las primas y que supone un grave problema de riesgo moral, realizar una nueva regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria que distinga los diferentes criterios de imputación beneficia tanto a la Administración Pública asegurada como a la propia compañía aseguradora.



## 6. Bibliografía

- ABRAHAM, Kenneth S.: *Insurance Law and Regulation: cases and materials*, The Foundation Press., Inc., Westbury, New York, 1990.
- ANDREANI, Antonio: “L’assicurazione della responsabilità civile della pubblica amministrazione come problema giuridico”, en Domenico SORACE (coord.), *La responsabilità pubblica in pratica. Studio di casi e analisi di documenti giurisprudenziali*, Il Mulino, Bologna, 1995, págs 435-450.
- ARQUILLO COLET, Begoña: “Seguro de Responsabilidad Patrimonial de la Administración Local”, en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Editorial *La Ley*, núm. 12, (30 junio 2003), págs. 2148-2167.
- BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C.: *Game Theory and the Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, 1994.
- BELADIEZ ROJO, Margarita: *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997.
- BUSTO LAGO, José Manuel: “La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas”, en *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Pamplona, 2002, págs. 1425-1530.
- CLARKE, Malcolm A.: *The Law of Insurance Contracts*, 3ª ed., Insurance Law Library, London, 1997.
- CUETO PÉREZ, Miriam: *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1997.
- GAMERO CASADO, Eduardo: “Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 103, (julio-septiembre 1999), págs. 357-381.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1984.
- GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos: “Sobre la posibilidad de que la víctima ejercite la acción directa contra la compañía aseguradora de la Administración Pública. Auto de la AP (Sección 3ª) de Valladolid de 22 de noviembre de 2000”, en *InDret 3/2001*, Barcelona, 2001, disponible en la dirección de Internet: <http://www.indret.com>.
- “Cambio de vía. Auto de la Sala especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2001”, en *InDret 4/2002*, Barcelona, 2002, disponible en la dirección de Internet: <http://www.indret.com>.

- “Dos veces en la misma piedra”, en *InDret 1/2003*, Barcelona, 2003, disponible en la dirección de Internet: <http://www.indret.com>.
- “Paso a nivel”, en *InDret 3/2003*, Barcelona, 2002, disponible en la dirección de Internet: <http://www.indret.com>.
- GÓMEZ POMAR, Fernando: “Coches y accidentes (II): algunos problemas del seguro de responsabilidad civil del automóvil”, en *InDret*, Barcelona, 2000, disponible en la dirección de Internet: <http://www.indret.com>.
- GÓMEZ PUENTE, Marcos: *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- HUERGO LORA, Alejandro: *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- “El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas”, en *InDret 3/2003*, Barcelona, 2003, disponible en la dirección de Internet: <http://www.indret.com>.
- LOWRY, John; RAWLINGS, Philip: *Insurance Law: Doctrines and principles*, Hart Publishing, Oxford, 1999.
- LUNA YERGA, Álvaro: “Olvido durante una gasa durante una intervención quirúrgica. Comentario a la STS, 1ª, 29.11.2000”, en *InDret 2/2003*, Barcelona, 2003, disponible en la dirección de Internet: <http://www.indret.com>.
- MAURER, Hartmut: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Aufl., C.H. Beck, München, 1990.
- MIR PUIGPELAT, Oriol: *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid, 2000.
- *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002.
- “La jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: una polémica que no cesa”, en *InDret 3/2003*, Barcelona, 2003, disponible en la dirección de Internet: <http://www.indret.com>.
- MONTORO CHINER, María Jesús; HILL PRADOS, María Concepción: *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, Atelier, Barcelona, 2002.
- ORRIOLS SALLÉS, María Ángeles: “Un paso atrás en la unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad de la Administración como consecuencia de la presencia de compañías aseguradoras en el proceso”, en *Revista Jurídica La Ley*, núm. 5720 (17 febrero 2003).

OSSENBÜHL, Fritz: *Staatshaftungsrecht*, 5ª ed., C. H. Beck, München, 1998.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando: “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones Públicas)”, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (Coord.), Dykinson, Madrid, 2000, págs. 439-465.

PAVELEK ZAMORA, Eduardo: “El aseguramiento de la responsabilidad de la Administración”, en *Revista de Derecho de los Seguros Privados*, (mayo-junio 1997), págs. 17-29.

PICCIOLI, Carlo: “L’assicurazione della responsabilità in alcune pubbliche amministrazioni”, en Domenico SORACE (coord.), *La responsabilità pubblica in pratica. Studio di casi e analisi di documenti giurisprudenziali*, Il Mulino, Bologna, 1995, págs 451-489.

PRIEST, George L.: “Puzzles of the Tort Crisis”, en *Ohio State Law Journal*, Vol. 48, núm. 1, (1987), págs. 497-502.

---- “The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law”, en *The Yale Law Journal*, Vol. 96, (1987), págs. 1534-1556.

RASMUSEN, Eric: *Games and Information. An Introduction to Game Theory*, 2ª ed., Blackwell, Cambridge, Massachussets, 1996.

REA, Samuel A. Jr.: “The economics of insurance law”, en *Law and Economics. Working Paper Series*, Toronto, 1991, págs. 1-30.

REJDA, George E.: *Principles of Risk Management and Insurance*, 4ª ed., HarperCollins Publisher Inc., New York, 1992.

RODRÍGUEZ VARONA, M: “Responsabilidad civil médica, hospitalaria y su aseguramiento”, en *Revista de Derecho de los Seguros Privados*, (noviembre-diciembre 1997), págs. 7-77.

SALVADOR CODERCH, Pablo; CASTIÑEIRA PALOU, Mª Teresa: *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

SALVADOR CODERCH, Pablo; RUIZ GARCÍA, Juan Antonio: “Negligencia, causalidad y responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas: SSTS, 3ª, 24.7.2001”, en *InDret*, Barcelona, 2002, <http://www.indret.com>

SÁNCHEZ CALERO, Fernando (Dir.); TIRADO SUÁREZ, Francisco Javier; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos; TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 2ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2001.

SCHWARTZ, Gary T.: “Insurance, deterrence and Liability”, en *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, tomo II, 1998.

SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles: *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas. Respuestas jurídicas al contagio transfusional del SIDA y de la Hepatitis*, Civitas, Madrid, 2002

----- “La Ley 14/2002, de 5 de junio, de ayudas sociales a hemofílicos contagiados, con el VHC”, en *InDret 3/2002*, Barcelona, 2002, disponible en la dirección de Internet: <http://www.indret.com>.

SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles; RAMOS GONZÁLEZ, Sonia: “Derechos y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínicos. Presentación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre”, en *InDret 4/2002*, Barcelona, 2002, disponible en la dirección de Internet: <http://www.indret.com>.

SHAVELL, Steven: *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, London, 1987 (véase también el *link* <http://papers.nber.org/papers/w9483.pdf>).

SOTO NIETO, Francisco: “El seguro obligatorio de responsabilidad profesional sanitaria”, en *Revista Jurídica La Ley*, núm. 5889, (10 noviembre 2003).

TORRENT RIBERT, Pere Joan: *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas: especial consideración de la derivada del uso de las vías públicas, el seguro de responsabilidad civil de los entes públicos*, Mapfre, Madrid, 1995.

----- “ Legitimació de les entitats asseguradores en els procediments de responsabilitat patrimonial de les administracions públiques”, en *Jornada sobre Assegurances de Responsabilitat Patrimonial (Organitzada per la Direcció General del Patrimoni de la Generalitat de Catalunya, a Barcelona, el 28 d'octubre de 1998)*, Generalitat de catalunya, Departament d'Economia i Finances, Barcelona, 1999, págs 11-49.

## 7. Tabla de jurisprudencia del Tribunal Supremo

### Sentencias del Tribunal Supremo comentadas

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
1ª, 26.5.1997	4114	González Poveda	José Ignacio G.C. contra el INSALUD
1ª, 12.6.1997	4769	O'Callaghan Muñoz	Dolores A.L. y María de Gracia M.A. contra el Servicio Andaluz de la Salud y el Hospital Universitario de Sevilla
3ª, 10.2.1998	1452	González Rivas	Juan Antonio T.B. y Manuela T.C. contra el INSALUD
1ª, 18.6.1998	5290	Fernández Cid de Temes	Ángeles R.T., Yolanda y Raquel F.R. contra el <i>Institut Català de la Salut</i>
1ª, 19.6.1998	5068	Gullón Ballesteros	Angeles C.M. contra Félix M.G., Julio P.D., <i>Winterthur</i> , Servicio Andaluz de la Salud y Consejería de Salud y Consumo de la Junta de Andalucía
1ª, 8.9.1998	7598	González Poveda	Mª Teresa E.C. contra el INSALUD, la Tesorería Territorial de la Seguridad Social, Francisco B.H., <i>La Unión y el Fénix Español</i> y <i>Winterthur</i>
3ª, 28.6.1999	6330	González Navarro	Francisco González Navarro contra Joaquina M.M. y el Servicio Andaluz de la Salud
1ª, 17.2.2000	1161	Martínez Calcerrada Gómez	Teresa G.M. contra <i>Winterthur</i> y el Servicio Vasco de Salud
3ª, 4.4.2000	3258	Xiol Ríos	Jesús Manuel Q.L. contra el Servicio Gallego de la Salud y la Administración General del Estado
3ª, 13.7.2000	6008	González Navarro	Amelia B.B. y Antonio G.G. contra el INSALUD, la Tesorería General de la Salud y <i>MAPFRE</i>
3ª, 13.7.2000	7420	Sieira Míguez	Laura V.L. contra el Servicio Andaluz de la Salud
3ª, 8.2.2001	251	Sieira Míguez	No consta contra el Gobierno de Canarias
1ª, 5.2.2001	541	Marín Castán	Amaia S.G. contra Marina S. y Raquel María G.R., Idoia T.E., Servicio Vasco de salud-Osakidetza, <i>Cresa Aseguradora Ibérica S.A.</i> , <i>Aurora Polar, S.A.</i>
1ª, 19.2.2001	1488	García Varela	Aniano y Dionisia P.R. contra Matías G.A., el INSALUD y <i>Winterthur</i>
1ª, 27.4.2001	6891	Villagómez Rodil	Encarnación M.A. y Pilar M.E. contra el SERVASA
1ª, 11.4.2002	3288	Marín Castán	Luzdivia M.M., Mª Isabel y María M.M. contra Juan S.F., Fernando S.F., Pedro R.C. y el INSALUD
1ª, 2.7.2002	5514	Corbal Fernández	Rafael L.V. contra Ángel C.M. y el INSALUD.
1ª, 29.11.2002	11404	O'Callaghan Muñoz	Fernando M.V. contra José Román B.S.
1ª, 31.1.2003	646	O'Callaghan Muñoz	Ramon O.B. contra Santiago A.M.
3ª, 13.3.2003	3292	Sieira Míguez	Carmen B.C. contra el INSALUD
1ª, 7.4.2003	2845	Romero Lorenzo	María N.T. contra Antonio O.G.

1ª, 29.5.2003	3916	Villagómez Rodil	Sonia contra Braulio, Luis Enrique y el Servicio Valenciano de la Salud.
1ª, 25.9.2003	La Ley 2812	González Poveda	Gumersindo N. De la T. y Susana G.R. contra el Servicio Gallego de la Salud, Camilo A.R. y <i>Winterthur</i> .