
Implantación de mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos por mala praxis asistencial: ventajas y posibilidades de articulación jurídica

Joaquín Cayón de las Cuevas

Jefe del Servicio de Asesoramiento Jurídico de la Consejería de Sanidad.
Gobierno de Cantabria. Profesor asociado de Derecho Mercantil
de la Universidad de Cantabria.

Planteamiento

Los conflictos por defectuosa asistencia sanitaria han sido tradicionalmente abordados en España a través del sistema judicial. No es este el momento de abordar los problemas endémicos que padece en nuestro país la administración de Justicia, cuya sempiterna crisis, como la del teatro, se ha convertido en cita ya clásica, pero sí constituye la pretensión de este trabajo efectuar una aproximación indiciaria a los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos en el ámbito sanitario. En este sentido, las ventajas de los denominados ADR (*alternative dispute resolution*) para la resolución de conflictos por mala praxis asistencial resultan, a nuestro

juicio, evidentes. En primer término, y esto es decisivo tanto para el paciente como para el profesional implicado, se gana en rapidez y agilidad frente a la tradicional lentitud del proceso judicial. En segundo lugar, la heterocomposición extrajudicial suele ser gratuita para el usuario frente a los importantes gastos del proceso jurisdiccional. Asimismo, la resolución a través de instrumentos alternativos puede suponer una importante reducción tanto de los costes burocráticos, judiciales y de gestión, como del importe de la indemnización que suele ser menor que la que hipotéticamente pudiera obtenerse en sede judicial. Del mismo modo, creemos que la aplicación de los ADR a los conflictos asistenciales mejora y favorece

ce la relación clínica y, en fin, permite la adopción de una solución que huye de los parámetros culpabilísticos tradicionales contribuyendo a la eliminación de prácticas de medicina defensiva. Esta última tendencia, que podemos calificar como “huida de la culpabilización”, se ha ido progresivamente asentado en países sanitariamente avanzados, como Suecia, Nueva Zelanda, Dinamarca, Finlandia, Noruega o Estados Unidos, en los que vienen aplicándose, bajo diferentes fórmulas y variantes, un sistema de responsabilidad sin falta⁽¹⁾.

Por todo ello, los sistemas extrajudiciales vienen erigiéndose en el derecho sanitario comparado como una alternativa especialmente idónea para resolver conflictos derivados de la mala praxis médica: son rápidos, económicos y eficaces. Sentada esta premisa de partida, cabe analizar la aplicabilidad en nuestro país de los tres mecanismos clásicos de resolución extrajudicial: la conciliación, la mediación y el arbitraje. Las tres figuras tienen en común el hecho de un tercero participa en la resolución del

conflicto, si bien con distintos grados de intensidad y protagonismo. En la conciliación, el tercero se limitaría a acercar las posturas de las partes; por el contrario, en la mediación el papel del tercero resulta más ambicioso: no sólo acerca las posturas de las partes, sino que además debe proponer una solución a las mismas. Finalmente, el arbitraje constituiría la fórmula más refinada de heterocomposición en cuanto que la resolución del conflicto se impone a las partes a través de un laudo que produce efectos de cosa juzgada y que constituye un título ejecutivo de la misma eficacia que una sentencia. De ahí que el sistema arbitral haya sido calificado con acierto por el Tribunal Constitucional como un “equivalente jurisdiccional”.

Conciliación y mediación en materia de asistencia sanitaria

La conciliación, entendida como sistema meramente exploratorio y carente de eficacia vinculante, se ha articulado en el Derecho sanitario español a través de diversas figuras. En primer lugar, cabe hacer referencia a los servicios de atención al usuario que cumplen una importante fun-

⁽¹⁾ Sobre dichos sistemas véase Halley M. Martin, et al. Medical malpractice solution: systems and proposals for injury compensation. *N Engl J Med.* 1990; 322:639-41.

ción informativa y asesora, tramitando, además, quejas y reclamaciones. Debe señalarse que incluso, en determinados ordenamientos autonómicos, se han potenciado dichos servicios, atribuyéndoles de forma expresa funciones adicionales de intermediación en las reclamaciones formuladas por pacientes, que van más allá, por tanto, de la mera tramitación de las mismas⁽²⁾. En este sentido, resulta interesante la experiencia de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, que ha aprobado un Plan Director de Seguridad Corporativa y Protección del Patrimonio de su Servicio de Salud (denominado “Plan Perseo”), en cuyo seno se ha regulado un procedimiento de mediación para la resolución de conflictos entre usuarios y profesionales.

Junto a dichos servicios de naturaleza administrativa convive la figura del defensor del usuario o defen-

sor del paciente, implantada en algunas comunidades autónomas y que cuenta con funciones de intermediación entre prestadores de servicios sanitarios y usuarios⁽³⁾. En todo caso, conviene dejar constancia de que el nombramiento y cese de los defensores del usuario o del paciente corresponde al Gobierno autonómico respectivo, por lo que cabe cuestionarse si la configuración puramente administrativa de su naturaleza debiera exigir ir más allá de lo que es un mero órgano dependiente de la propia Administración pública prestadora del servicio sanitario. Es por ello que determinadas comunidades autónomas han optado por atribuir directamente las tareas de conciliación y/o mediación en el sector sanitario a sus defensores del pueblo, comisionados de los correspondientes Parlamentos autonómicos y que por ello gozan de un estatuto jurídico de independencia formal superior. En este

⁽²⁾ Así, en la Comunidad Autónoma de Cantabria, la Unidad de Atención al Usuario tiene, entre otras misiones, la de “favorecer la intermediación en los conflictos que planteen los ciudadanos como usuarios del Sistema Autonómico de Salud” (artículo 56.3.c de la Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria). Debe destacarse igualmente la previsión de realización, en el marco del Plan de Gobernanza de la Comunidad, de un proyecto piloto consistente en la implantación de una unidad de gestión de conflictos en el seno de un hospital comarcal.

⁽³⁾ Tal es el caso del defensor del paciente de la Comunidad de Madrid (Ley 12/2001, de 21 diciembre, de Ordenación Sanitaria), del defensor del usuario del Sistema Público de Salud de La Rioja (Decreto 1/2005, de 7 enero) o del defensor de los usuarios del Sistema Sanitario Público de Extremadura (Decreto 4/2003, de 14 enero). Otras comunidades autónomas, pese a contar con la misma figura específica, no la atribuyen funciones mediadoras expresas.

sentido, suele ser frecuente que la institución cuente en su estructura con un encargado específico de la gestión de las reclamaciones relacionadas con la salud de los usuarios⁽⁴⁾.

Finalmente, en la medida en que el arbitraje de consumo resulte extensible a los conflictos sanitarios en los términos que a continuación estudiaremos, no debemos dejar de referirnos como supuesto específico de mediación sanitaria, a la mediación de consumo prevista en los artículos 37.3.a) y 38 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

A través de todas las figuras expuestas, la conciliación y la mediación deben coadyuvar a alcanzar los acuerdos indemnizatorios entre perjudicado y Administración a los que se refiere el artículo 8 del 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.

⁽⁴⁾ Es el caso del *valedor do pobo* de Galicia, del que depende el *vicevaledor del paciente*, o del defensor del pueblo de Castilla-La Mancha, que tiene a su cargo una Oficina de Defensa del Usuario del Sistema Sanitario de Castilla-La Mancha.

Arbitraje en materia de asistencia sanitaria

Posibilidades teóricas de articulación

Podemos anticipar que, a nuestro juicio, existirían dos posibilidades teóricas de articulación arbitral de un conflicto derivado de una mala praxis asistencial: el arbitraje ad hoc y el arbitraje institucional, ya sea corporativo, asociativo o administrativo. En efecto, en primer lugar, cabe acudir al arbitraje ad hoc previsto en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje —en adelante LA—, ya que nada impide que las partes de un conflicto sanitario sometan las cuestiones litigiosas derivadas de la prestación de servicios a uno o varios árbitros, formalizando un convenio arbitral de forma expresa o bien incorporando una cláusula compromisoria al contrato de servicios sanitarios (artículo 9 LA)⁽⁵⁾. Nos encon-

⁽⁵⁾ M. Gisbert Pomata defiende la posibilidad legal de incluir expresamente y con las necesarias garantías dentro de los documentos de consentimiento informado, cláusulas compromisorias que permitan resolver extrajudicialmente los conflictos entre el paciente y el prestador (Los conflictos sanitarios y los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos. En: Adroher Biosca S, De Montalvo Jääskeläinen F, directores. Los avances del derecho ante los avances de la medicina. Cizur Menor: Thomson Aranzadi; 2008. p. 362.

traríamos, por tanto, en presencia del supuesto general con las particularidades que luego veremos para el caso de que el prestador forme parte del sector público.

En segundo lugar, nada impide que las partes se sometan a un arbitraje institucional. En este sentido, de acuerdo con el artículo 14 LA “las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a: a) corporaciones de derecho público que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras, y en particular el Tribunal de Defensa de la Competencia; b) asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales”. El precepto se refiere, pues, a dos tipos de arbitraje institucional: el arbitraje corporativo y el arbitraje asociativo.

Respecto del arbitraje corporativo, resulta evidente la inaplicabilidad del arbitraje gestionado por las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación a las relaciones clínicas entre el prestador de servicios sanitarios y el usuario, dado que la atribución arbitral de los entes camerales sólo opera en el ámbito interempresarial. Distintas son, sin embargo, las posibilidades que, al menos desde un pun-

to de vista teórico, ofrecen al ámbito sanitario los colegios profesionales. En este sentido, la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre colegios profesionales, recientemente reformada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, establece como atribuciones de este tipo de corporaciones “cuantas funciones redunden en beneficio de la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados” (artículo 5.a) y, más específicamente, “resolver por laudo, a instancia de las partes interesadas, las discrepancias que puedan surgir sobre el cumplimiento de las obligaciones dimanantes de los trabajos realizados por los colegiados en el ejercicio de la profesión” (artículo 5.n). En este sentido, merece destacarse que tanto el Colegio Oficial de Médicos de Vizcaya, como el Colegio Oficial de Médicos de Orense, atribuyen a ambas corporaciones en sus estatutos, funciones arbitrales para dirimir conflictos entre pacientes y facultativos. Igualmente, merece destacarse la creación del Tribunal de Conciliación, Mediación y Arbitraje en materia de Responsabilidad Sanitaria en el marco de la Corte de Arbitraje del Colegio de Abogados de Madrid. Debe señalarse, sin embar-

go, que dichas iniciativas no han cristalizado debido al escasísimo número de conflictos sometidos a las instituciones colegiales, circunstancia que, en el caso de los Colegios de Médicos, acaso pueda deberse al eventual sentimiento de parcialidad que albergue el usuario.

La tercera posibilidad a la que hacíamos referencia es el denominado arbitraje administrativo, cuyo reconocimiento se encuentra ampliamente positivizado en nuestro ordenamiento, razón por la que se ha llegado a añadir la actividad arbitral a la tradicional clasificación tripartita de las formas de acción administrativa. En efecto, el legislador ordinario ha reconocido un amplio elenco de sectores en los que se atribuye a la Administración pública la gestión del arbitraje para dirimir conflictos privados. Por otra parte, ahora desde la perspectiva de las pretensiones del ciudadano de naturaleza jurídico-pública, el artículo 107.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, permite que las leyes puedan sustituir el recurso de alzada (o el recurso de reposición, respetando su carácter potestativo

para el interesado), en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la citada Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo⁽⁶⁾.

⁽⁶⁾ Debe destacarse que el precepto ha originado controversias en la doctrina en cuanto a la determinación de qué leyes, estatales o autonómicas, pueden establecer los mecanismos extrajudiciales sustitutivos de los recursos. E. García de Enterría en "Un punto de vista sobre la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", *Revista de Administración Pública*, n.º 130, 1993, p. 214-15, sostuvo la imposibilidad de implantación mediante ley autonómica. Por el contrario, J. Torrens Mas entiende que, en la medida en que el legislador no necesita ser autorizado por el propio legislador, el artículo 107.2 "daría cobertura legal al legislador autonómico para introducir en la regulación del régimen jurídico propio los nuevos medios de control a que se refiere la Ley estatal (Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos. *Revista de Administración Pública*. 1995; 136:166). En el mismo sentido, véase C. Carretero Espinosa de los Monteros. Competencia de las Comunidades Autónomas para la regulación de las alternativas no jurisdiccionales en la resolución de las pretensiones de Derecho Público. En: Carretero espinosa de los Monteros C, coordinador. Alternativas no jurisdiccionales en la resolución de las pretensiones de Derecho Público. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, Junta de Andalucía; 2003. p. 27.

Teniendo en cuenta la posibilidad de que la Administración pública resuelva mediante arbitraje conflictos de las partes cabe plantearse si existe algún tipo de arbitraje administrativo vigente que pueda servir para dirimir conflictos de asistencia sanitaria. En este sentido, entendemos que el arbitraje de consumo constituye una vía que es susceptible, como mínimo, de resultar explorada. Debemos partir del artículo 1.2 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, que define dicho sistema como “el arbitraje institucional de resolución extrajudicial, de carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor”. Se trata, por tanto, de un arbitraje en el que el sujeto activamente legitimado ha de ser un consumidor o usuario, correspondiendo la legitimación pasiva a un empresario o profesional. Sentado dicho ámbito subjetivo, la extensión del arbitraje de consumo a las controversias sanitarias no ofrece en principio mayores dificultades, dado que indubitada-

mente el paciente es consumidor de productos y usuario de servicios sanitarios. En este sentido, no resulta complicado sostener tal posición desde la configuración negativa del concepto general de consumidor que luce en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 26 de noviembre, cuyo artículo 3 determina que, a los efectos de dicha norma, son consumidores o usuarios “las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional” y el paciente, desde luego, lo es. Lo mismo cabe señalar del prestador de servicios sanitarios, que encaja dentro del concepto de empresario a los efectos de las relaciones jurídicas de consumo, dado que el artículo 4 TRLGDCU considera empresario a “toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada”.

La aplicabilidad de la normativa de protección del consumidor y usuario a las relaciones sanitarias deriva incluso de dos datos normativos adicionales. En primer lugar, el artículo

9 TRLGDCU exige que los poderes públicos protejan prioritariamente los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con “bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado”. Pues bien, tales bienes y servicios se encuentran recogidos en el Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre —disposición que debe reputarse vigente pese a ser anterior al TRLGDCU—, cuyo Anexo I cita expresamente a dichos efectos los “medicamentos y productos sanitarios”, así como los “servicios sanitarios: médicos, hospitalarios, farmacéuticos y veterinarios”. En segundo lugar, la jurisprudencia, si bien de modo oscilante, ha entendido aplicable el antiguo artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio (hoy artículo 148 del TRLGDCU de 2007) a los servicios sanitarios. En efecto, el artículo 148 establece un régimen especial de responsabilidad objetiva para determinados daños, entre los que se encuentran incluidos de forma expresa los daños derivados de los servicios sanitarios. Sin perjuicio de lo anterior conviene realizar la importante precisión de que la doctrina del Tribunal Supremo viene proclamando que la aplicación del régi-

men de responsabilidad objetiva a los daños derivados de los servicios sanitarios únicamente alcanza a los aspectos funcionales del servicio sanitario y no a los daños imputables directamente a los actos médicos⁽⁷⁾.

Sentado lo anterior, más dudas ofrece el ámbito objetivo de aplicación del sistema arbitral de consumo para extender dicho procedimiento a las controversias sanitarias. En este sentido, el artículo 2.2 del RD 231/2008 establece que “(...) no podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión, muerte o aquéllos en que existan indicios racionales de delito, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivada de ellos”. Así las cosas, entendemos que esta prohibición admite dos posibilidades interpretativas. La primera de ellas postularía no admitir en ningún caso la posibilidad de arbitrar a través de este sistema controversias de índole asistencial, toda vez que en las mismas siempre media lesión o muerte. No obstante, a poco que analicemos detenidamente el supuesto,

⁽⁷⁾ Vid, por todas, STS, Sala de lo Civil, de 23 de enero de 2009.

podemos comprobar que si empleamos un concepto restrictivo de lesión, se abre un interesante abanico de supuestos arbitrables. Tal sería el caso de la pretensión indemnizatoria derivada de la asistencia sanitaria que genera simplemente una cicatriz pero que resulta estéticamente reprobable. En este sentido, creemos que cabría sostener un criterio hermenéutico que abogara por entender “lesión” en términos exclusivamente médicos, como concepto diferenciado de daño, de modo que quedarán abiertas las puertas del arbitraje de consumo a las controversias en las que se exija responsabilidad por los daños morales derivados de la asistencia sanitaria. A nuestro juicio, tal interpretación resultaría posible, pues de lo contrario carecería de sentido la referencia normativa al término “muerte”. En otras palabras, parece que tanto el TRLGDCU como el RD 231/2008 invocan determinadas causas generadoras de daños pero no los daños por sí mismos considerados. Incluso, atendiendo a una interpretación histórica, cabría considerar que el inciso final del artículo 2.2 sólo estuviera pensado para la responsabilidad civil derivada del delito, por lo que cabría el arbitraje en

caso de lesiones no delictivas. Sea como fuere, como hemos tenido oportunidad de señalar en ocasiones anteriores, creemos que si bien es cierto que la operación de traslación del arbitraje de consumo a los conflictos sanitarios ofrece dificultades técnicas que no escondemos, no es menos cierto que existen espacios —escasos, pero suficientes— para articular soluciones jurídicas *de lege ferenda* que permitan aplicar un instrumento de heterocomposición de naturaleza arbitral a los conflictos sanitarios⁽⁸⁾.

Entre dichas soluciones podría encontrarse la eventual implantación un arbitraje sanitario específico de carácter administrativo⁽⁹⁾. Para ello, cabría acudir a la previsión contenida en el artículo 63 del Real Decre-

⁽⁸⁾ Tomillo Urbina J, Cayón de las Cuevas J. Prólogo. En: Tomillo Urbina J, Cayón de las Cuevas J. La protección jurídica del paciente como consumidor. Cizur Menor: Aranzadi; 2010. p. 14. Por su parte, M. Gisbert Pomata afirma con rotundidad que “en las relaciones médico-paciente y posibles negligencias, siempre cabe acudir a un arbitraje de consumo” (ob. Cit., p. 363).

⁽⁹⁾ Existen, en este sentido, propuestas doctrinales de creación de órganos administrativos con funciones arbitrales en materia sanitaria como la de R. Reino-so Lasso en “Vías alternativas a la resolución jurisdiccional de los conflictos en materia de responsabilidad patrimonial en los servicios sanitarios: Tribunales de Salud”. En C. Carretero Espinosa de los Monteros, coordinador. Ob. cit., p. 125-30.

to 231/2008, que contempla la posibilidad de que el Sistema Arbitral de Consumo pueda actuar como soporte administrativo de otros arbitrajes. En este sentido, dicha disposición permite que las Juntas Arbitrales de Consumo puedan asumir, en los términos que se acuerde por las respectivas Administraciones públicas competentes, la gestión y administración de arbitrajes sectoriales distintos al arbitraje de consumo, “siempre que su gestión y administración haya sido encomendada legal o reglamentariamente a una Administración pública”. De acuerdo con el artículo 64 del texto reglamentario en estos casos, la actividad de la Junta Arbitral de Consumo que preste el soporte administrativo, así como el procedimiento arbitral que se siga, “se ajustará a lo dispuesto por la normativa que resulte de aplicación al arbitraje sectorial”. Consecuentemente, la solución que aquí postulamos requiere su expresa regulación que deberá tener un doble contenido: de una parte, la atribución de la gestión y administración del arbitraje sanitario a la Administración pública como presupuesto habilitante; de otra parte, el procedimiento arbitral a emplear, que podrá ser específico, genérico

—bastaría una mera remisión a la LA—, o, incluso, el mismo que el previsto para el arbitraje de consumo. En todo caso, entendemos *prima facie* que el reconocimiento institucional del arbitraje sanitario exige la adopción de una norma de rango estatal. Efectivamente, si, tal y como ha declarado la jurisprudencia constitucional, el arbitraje es un “equivalente jurisdiccional”, la regulación de un procedimiento arbitral para un determinado sector de actividad constituiría técnicamente legislación procesal cuya aprobación se encuentra expresamente reservada al Estado, ex artículo 149.1.6 CE. La efectiva implantación de esta vía —arbitraje sanitario sectorial— depende, por tanto, del Estado⁽¹⁰⁾. No obstante, debemos recordar la posibilidad antes apuntada de arbitrar conflictos sanitarios, entendidos como conflictos de consumo en los supuestos en los que la interpretación restrictiva del concepto de lesión que proponemos lo permita.

⁽¹⁰⁾ No sucede así en el caso de la mediación a la que no resulta de aplicación tal título competencial al no estar revestida de jurisdiccionalidad alguna. Tanto es así que las recientes reformas estatutarias recogen como competencia autonómica la regulación de los procedimientos de mediación en el ámbito del consumo.

El problema del carácter público del prestador de servicios sanitarios

En todo caso, no debe dejar de abordarse un problema añadido que presenta un eventual arbitraje en materia de asistencia sanitaria. En principio, el carácter público del prestador de servicios sanitarios no representa problema alguno para la aplicabilidad del arbitraje de consumo, al poder resultar empresario a los efectos del TRLGDCU (artículo 4). Ahora bien, si los planteamientos anteriores no ofrecen mayores inconvenientes cuando el prestador del servicio sanitario es privado, cuando éste tiene naturaleza pública —como sucede en la mayor parte de los casos en nuestro país dado el importantísimo peso de la sanidad pública—, debemos tener en cuenta que la sujeción al arbitraje se encuentra subordinada a determinadas exigencias formales. En este sentido, los requisitos procedimentales previstos en la legislación estatal para someter una cuestión litigiosa a arbitraje son extraordinariamente rígidos y cautelosos. A dicha circunstancia no es ajena la potestad de la Administración de autotutela declarativa y ejecutiva de sus propios actos. Es por ello que los ADR en el ámbito adminis-

trativo han tenido una mayor implantación en los países del *common law*, en los que la Administración, como regla general, carece de privilegios posicionales actuando en sede judicial como un particular más, frente a los sistemas de régimen administrativo como el español que reconocen a la Administración pública un fuero propio con exorbitancias procesales: la jurisdicción contencioso-administrativa. En dichas circunstancias no debe extrañarnos la escasez de supuestos de sujeción arbitral de la Administración y la extraordinaria cautela con la que se contempla tal posibilidad. En efecto, el artículo 7.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP) exige, para someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los derechos de la Hacienda pública estatal, la aprobación de Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado en pleno, pronunciándose en idéntico sentido el artículo 31 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, respecto de los bienes y derechos del Patrimonio del Estado. En términos parecidos, se contempla también la cuestión en los ordenamientos auto-

nómicos. Sobre la interpretación del artículo 7.3 LGP existen, no obstante, autores que entienden que el precepto “no es de aplicación a cualesquiera supuestos de responsabilidad patrimonial, debiendo interpretarse circunscrito en su ámbito de aplicación a las relaciones tributarias entre la Administración y otros entes públicos o privados”⁽¹¹⁾. Por el contrario, en nuestra opinión, el precepto no se limita a las relaciones de contenido tributario entre ciudadano y Administración, sino que se proyecta en general sobre el conjunto de derechos de la Hacienda pública, que pueden ser tanto de derecho público como de derecho privado (artículo 5.2 LGP).

No obstante, sí resulta discutible si los rigurosos requisitos exigidos para que la Administración se someta a arbitraje se predicen exclusivamente de ésta o se extienden también a las sociedades mercantiles públicas y a las fundaciones públicas, a las que la Ley 15/1997, de 25 de abril, habilita para gestionar la asistencia sanitaria pública pese a que constituyan supues-

tos de personificación jurídico-privada. En este sentido, nos decantamos por excluir de tales requisitos a las sociedades y fundaciones en mano pública si partimos de la definición de “derechos de la Hacienda pública estatal” que nos proporciona el propio artículo 5.1 LGP como “conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado y a sus organismos autónomos”. Quedarían así fuera de tal concepto, que es al que se refiere el artículo 7.3 LGP, los derechos de las entidades integrantes del sector público empresarial y fundacional. Ello, lógicamente, abre la vía del arbitraje cuando la asistencia sanitaria sea gestionada a través de tal tipo de entes⁽¹²⁾.

Ante la dificultad de sometimiento arbitral de la Administración, se ha apuntado como fórmula más sencilla

⁽¹¹⁾ González Carrasco MC, Marín López MJ. ¿Es trasladable el arbitraje de consumo a los conflictos sanitarios? En: Tomillo Urbina J, Cayón de las Cuevas J. directores. Ob.cit., p. 255.

⁽¹²⁾ Sobre la posibilidad de sujeción al arbitraje de las entidades integrantes del sector público empresarial y fundacional, téngase en cuenta que, en el ámbito de la contratación pública, se establece de forma expresa tal posibilidad en el artículo 39 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que determina expresamente que “los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones públicas podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren”.

para implantar un arbitraje en materia de conflictos derivados de la asistencia sanitaria pública la imposición a las compañías aseguradoras de la responsabilidad civil de la Administración, del compromiso de aceptación del arbitraje que inste el usuario perjudicado en los pliegos de condiciones del concurso público, olvidando, de este modo, a la Administración sanitaria como demandada para centrarse en la aseguradora de su responsabilidad⁽¹³⁾. Sin embargo, dicha solución no esta exenta de problemas. Por una parte, el contrato de seguro es un contrato privado de la Administración cuyos efectos y extinción se rigen por el derecho privado (artículo 20 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público), razón por la que cabe dudar si tal imposición no supone contravención del artículo 1.256 del Código Civil que impide que la validez y el cumplimiento de los contratos pueda dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. De otra parte, debemos tener en cuenta el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en supuestos

análogos; así, en su Informe 33/99, de 30 de junio de 1999, desechó la posibilidad de incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de gestión de servicios públicos cláusulas relativas de la adhesión del contratista a un sistema de arbitraje de consumo en sus relaciones con los usuarios, tanto como criterio de solvencia, como criterio de adjudicación, entre otros motivos, por entenderlos contrarios a la normativa comunitaria al discriminar al licitador de otros Estados miembros.

A modo de conclusión

De lo expuesto hasta ahora, no resulta difícil colegir que no existe en España una implantación sólida de los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos por mala praxis asistencial. Es cierto que se han abierto camino, fragmentaria y tímidamente, figuras con funciones conciliadoras y/o mediadoras, pero debe potenciarse una perspectiva integral y sistemática como sucede en otros países europeos o americanos, incluso configurando la mediación como un trámite preceptivo que opere como requisito previo del ulterior procedimiento judicial o arbitral, cuando ésta

⁽¹³⁾ Pantaleón Prieto F. Se debería imponer a los seguros del SNS que ofrezcan el arbitraje. Diario Médico de 26 de marzo de 1999. También a favor, M. C. González Carrasco y M. J. Marín López. Ob.cit., p. 256.

resulte sin avenencia entre las partes. Con todo, la situación del arbitraje sanitario es aún más decepcionante, particularmente en relación con los conflictos entre pacientes y prestadores públicos. Ante este panorama, y sin perjuicio de que el ordenamiento vigente reconozca a la Administración de forma extraordinariamente rígida y desconfiada la posibilidad de someter a arbitraje la resolución de controversias derivadas de la mala praxis asistencial, resultaría deseable apostar valiente y decididamente por un sistema de arbitraje sanitario, flexibilizando, al menos en el ámbito de la responsabilidad sanitaria, los requisitos de suje-

ción arbitral. Para ello, procede continuar explorando desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial los caminos entreabiertos que permite vislumbrar el sistema arbitral de consumo, incorporando la óptica del paciente como consumidor. Alternativamente y desde la perspectiva del legislador, cabe postular la aprobación de la oportuna reforma normativa de ámbito estatal que cree y diseñe un sistema de arbitraje sanitario de nuevo cuño, institución que permitiría una resolución más eficaz de las controversias asistenciales en beneficio de los pacientes, de los profesionales y de la propia organización sanitaria.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- Blanco Carrasco M. Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Madrid: Editorial Reus; Madrid, 2009.
- Carretero Espinosa de los Monteros C. Competencia de las Comunidades Autónomas para la regulación de las alternativas no jurisdiccionales en la resolución de las pretensiones de Derecho Público. En: Carretero Espinosa de los Monteros, coordinador. Alternativas no jurisdiccionales en la resolución de las pretensiones de Derecho Público. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, Junta de Andalucía; 2003. p. 25-9.
- García de Enterría E. Un punto de vista sobre la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Revista de Administración Pública. 1993; 130:25-222.
- Gisbert Pomata M. Los conflictos sanitarios y los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos. En: Adroher Biosca S, De Montalvo Jääskeläinen F, directores. Los avances del derecho ante los avances de la medicina. Cizur Menor: Thomson Aranzadi; 2008. p. 353-64.
- González Carrasco MC, Marín López MJ. ¿Es trasladable el arbitraje de consumo a los conflictos sanitarios? En: Tomillo Urbina J, Cayón de las Cuevas J, directores. La protección jurídica del paciente como consumidor. Cizur Menor: Aranzadi; 2010. p. 249-64.
- Hernández Moreno J, Hernández Gil ML, Hernández Gil A. Responsabilidad por mala praxis médica: la vía extrajudicial. Cuadernos de Medicina Forense. 2002;28:7-24.
- Marín Gámez JA. Aproximación a la problemática jurídico-constitucional del arbitraje. Derecho Privado y Constitución. 2002;16:23-258.
- Martin HM, et al. Medical malpractice solution: systems and proposals for injury compensation. N Eng J Med. 1990;322(9).
- Ortuño Muñoz JP, Hernández García J. Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal. Laboratorio de Alternativas. 2007;110.
- Padilla Toledano R, Fernández-Sordo Cabal A. La función mediadora del Defensor del Paciente (I). Actualidad del Derecho Sanitario. 2009;164:713-19. La función mediadora del Defensor

- del Paciente (II). Actualidad del Derecho Sanitario. 2009;165:815-21.
- Pantaleón Prieto F. Se debería imponer a los seguros del SNS que ofrezcan el arbitraje. Diario Médico de 26 de marzo de 1999.
- Parada Vázquez R. Arbitraje y derecho administrativo. La actividad arbitral de la Administración. Revista Galega de Administración Pública. 1999; 23:13-43.
- Reinoso Lasso R. Vías alternativas a la resolución jurisdiccional de los conflictos en materia de responsabilidad patrimonial en los servicios sanitarios: Tribunales de Salud. En: Carretero Espinosa de los Monteros C, coordinador. Alternativas no jurisdiccionales en la resolución de las pretensiones de Derecho Público. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, Junta de Andalucía; 2003. p. 125-30.
- Tomillo Urbina J, Cayón de las Cuevas J. Prólogo. En: Tomillo Urbina J, Cayón de las Cuevas J, directores. La protección jurídica del paciente como consumidor. Cizur Menor: Aranzadi; 2010. p. 11-5.
- Tornos Mas J. Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos. Revista de Administración Pública. 1995;136: 149-77.
- Trayter JM. El arbitraje de Derecho Administrativo. Revista de Administración Pública. 1997;143:75-106.

