

LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS CAUSADOS POR PROVEEDORES PRIVADOS EN LA ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA

Marco Atienza, C.M.

Abogado

Doctorando en Derecho

Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: 1. Introducción; 2. La asistencia sanitaria transfronteriza. 2.1 El acceso a la asistencia a través de la vía de los Reglamentos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, 2.2 El acceso a la asistencia a través de la vía de la Directiva de Asistencia Sanitaria Transfronteriza, 2.3 El acceso a la asistencia sanitaria en otro Estado sin amparo por la Seguridad Social. El llamado turismo sanitario; **3. La responsabilidad por los daños causados en el ámbito de la asistencia sanitaria transfronteriza por los proveedores privados.** 3.1 La competencia judicial internacional. ¿Qué órganos y de qué Estado miembro serán competentes para conocer del proceso? 3.2 Ley aplicable a la asistencia sanitaria transfronteriza; **4. Conclusiones; 5. Bibliografía.**

RESUMEN

El presente artículo tiene como objeto hacer una aproximación al régimen de responsabilidad de la asistencia sanitaria transfronteriza cuando los daños hayan sido causados por proveedores privados de salud, en especial, la determinación de la competencia judicial internacional y la ley aplicable.

PALABRAS CLAVE

Asistencia sanitaria transfronteriza, pacientes transfronterizos, proveedores privados de salud, centros privados, competencia judicial internacional, ley aplicable.

1. INTRODUCCIÓN

El fin de este artículo es hacer una breve introducción al régimen de responsabilidad en la asistencia sanitaria transfronteriza. Para esto, se ha de partir de una afirmación básica: la asistencia sanitaria transfronteriza es una realidad. Es una modalidad para poder recibir una atención sanitaria en otro Estado miembro.

Si bien es cierto que la asistencia sanitaria transfronteriza era prácticamente impensable hasta principios de los años setenta, cuando fueron aprobados los primeros Reglamentos de coordinación de la

Seguridad Social, la cada vez mayor integración entre los Estados miembros de la Unión Europea, ha provocado que se pase de un modelo al que exclusivamente podían acceder trabajadores transfronterizos a otro en el que la salud puede ser concebida como un servicio susceptible de explotación, liberalizando la sanidad. Con el nuevo modelo que inaugura la Directiva 2011/24/UE, que se estudiará en el siguiente epígrafe, es el paciente el que puede elegir viajar al extranjero, a otro Estado miembro con el fin de someterse a un tratamiento médico¹.

Si bien es cierto que en la actualidad la movilidad de pacientes es muy baja², la entrada en vigor de la Directiva puede suponer una importante oportunidad para la asistencia sanitaria privada, además de un reto para los servicios de salud públicos. Según los datos del Eurobarómetro de 2015 en los que se dio a los encuestados una lista de problemas con los que podían encontrarse de acudir a la asistencia sanitaria en otro Estado miembro, la mayoría reconoció que la principal barrera era el idioma (27%), acompañado en segundo lugar por la falta de conocimientos de los derechos del paciente transfronterizo en el caso de que el tratamiento médico saliera mal (23%)³.

No es extraño que uno de los principales problemas que actúan como frontera para someterse a un tratamiento sanitario en otro Estado es el desconocimiento de los derechos que tienen los propios pacientes al intervenir diferentes ordenamientos jurídicos, ya que tal y como ha expuesto M^a Dolores ORTIZ, “*el intercambio internacional comporta riesgo e incertidumbre a las partes contratantes. El sujeto que participa activamente en el comercio internacional*

se pregunta: ¿Qué sucederá con la otra parte contratante en caso de controversia? ¿Qué tribunal será competente para conocer de la cuestión controvertida? ¿Qué Ley resultará aplicable al contrato internacional? ¿La resolución dictada por el tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea será válida y eficaz en los Estados miembros distintos a aquél cuya autoridad la dictó?”⁴. Todas estas cuestiones se plantean porque estamos ante una relación internacional, es decir, “ninguna de estas reflexiones sería necesaria, si estuviéramos refiriéndonos a relaciones jurídicas internas, locales”⁵.

Sin embargo, el objeto de este trabajo no sólo es de un gran interés para los ciudadanos que hayan pensado la posibilidad de acudir a otro Estado miembro a recibir un tratamiento sanitario, sino que también es de un altísimo interés para los centros privados españoles, ya que España, y concretamente sus costas, se configura tanto como un destino turístico como un lugar de retiro (jubilación), estos últimos, conocidos como los *gerontoinmigrantes*⁶. Así, nuestro país se ha consolidado como un importante destino de pacientes transfronterizos por varios motivos, entre otros gracias a: “1. *La normativa que facilita la movilidad de personas y la coordinación sanitaria. 2. La necesidad de aliviar listas de espera en Inglaterra o Países nórdicos. 3. Precios más competitivos, en especialidades como odontología u oftalmología. 4. Cercanía física y las infraestructuras de transporte con Europa. 5. Envejecimiento y poder adquisitivo de la población europea. 6. Turismo europeo muy consolidado en España. [...] España es un país eminentemente receptor de pacientes, con un importante constituido por los ciudadanos comunitarios residentes*”⁷.

1 Josefa CANTERO afirma que estamos ante un nuevo derecho, el de la *libre opción sanitaria transfronteriza*, es decir, el derecho de los pacientes a elegir dónde pueden recibir un tratamiento médico, si en su Estado de residencia o en otro Estado miembro y con cargo al sistema público, en *La creación del nuevo derecho a la libre opción sanitaria transfronteriza. Desafíos de la liberalización en nuestro modelo público sanitario*, CANTERO MARTÍNEZ, J. (dir.), *La liberalización de la Asistencia Sanitaria Transfronteriza en Europa. Retos y desafíos para el Sistema Nacional de Salud*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017, pág. 32.

2 Según el Eurobarómetro *Special Eurobarometer 425, Patients' rights in cross-border healthcare in the European Union*, publicado en mayo de 2015, en 2007, menos de un 5% de la población europea había recibido asistencia sanitaria en otro Estado miembro diferente al suyo. En la mayoría de los casos, el tratamiento sanitario no fue planeado (3%) y solo un 2% de los pacientes recibieron asistencia en otro Estado miembro de modo programado, pág. 4. Fuente: http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs_425_sum_en.pdf

3 *Special Eurobarometer 425, Patients' rights in cross-border healthcare in the European Union*, ob. cit., pág. 9.

4 ORTIZ VIDAL, M. D., *Ley aplicable a los contratos internacionales y eficiencia conflictual*, Editorial Comares, Granada, 2014, pág. 26.

5 ECHEZARRETA FERRER, M., *Justicia civil en las relaciones sanitarias transfronterizas*, en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M. (coord.), *Sanidad transfronteriza y libertad de circulación. Un desafío para los lugares europeos de retiro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 358.

6 El concepto de gerontoinmigrantes fue acuñado por Maite ECHEZARRETA FERRER en *El lugar europeo de retiro: indicadores de excelencia para administrar la gerontoinmigración de ciudadanos de la Unión Europea en municipios españoles*, en 2005, definiéndolos como inmigrantes extranjeros, en especial de la Unión Europea, que deciden jubilarse en otro Estado. Si bien es cierto que los gerontoinmigrantes no son “pacientes” que acuden a un Estado miembro con el fin de recibir un tratamiento médico, han de incluirse puesto a que por las características que tienen (personas mayores), hacen uso de la asistencia sanitaria transfronteriza.

7 LOMAS HERNÁNDEZ, V., *La gestión del turismo sanitario de ida y de vuelta en el ámbito público y privado*, en

Por lo expuesto, y a modo de resumen, el objetivo del presente artículo es responder a las siguientes cuestiones: ¿ante qué órgano jurisdiccional y de qué Estado miembro deberemos presentar la demanda? y ¿qué Ley material será la aplicable para sentenciar sobre la posible responsabilidad? Si bien antes de adentrarnos en estas cuestiones, con la idea de poder entender la asistencia sanitaria transfronteriza, deberemos de estudiar brevemente cuáles son las vías de acceso a ésta, ya que solo vamos a tratar la responsabilidad cuando el daño haya sido causado por los centros privados.

2. LA ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA

Según lo dispuesto en el artículo 168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁸, en adelante TFUE, la responsabilidad primaria de protección de la salud de los ciudadanos es una competencia exclusiva de los Estados miembros. Sin embargo, a pesar de que no existen títulos competenciales directos para la regulación comunitaria, se ha legislado desde las instituciones europeas amparando que los ciudadanos puedan ser asistidos en otro Estado miembro diferente del de afiliación⁹.

Han sido dos vías las que han sido creadas por el legislador comunitario con tal fin, en virtud de las potestades que tiene la Unión Europea en la coordinación de las diferentes Seguridades Sociales (art. 5.3 TFUE) y en el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior (art. 3.1.b) TFUE). Estas vías o modalidades de acceso a la asistencia sanitaria transfronteriza son la vía de los Reglamentos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, con el Reglamento (CE) n° 83/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social¹⁰, y

CANTERO MARTÍNEZ, J. (dir.), *La liberalización de la Asistencia Sanitaria Transfronteriza en Europa. Retos y desafíos para el Sistema Nacional de Salud*, ob. cit., págs. 324 y 325.

8 Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 30 de marzo de 2010.

9 El artículo 3.c) de la Directiva 2011/24/UE define el Estado miembro de afiliación como “el Estado miembro que es competente para conceder al asegurado una autorización previa para recibir un tratamiento adecuado” en otro Estado miembro o fuera del Estado miembro de residencia de conformidad con los Reglamentos (CE) n° 883/2004, 987/2009 859/2003 o 1231/2010.

10 Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 30 de abril de 2004, corrección de errores en el Diario Oficial de

el Reglamento (CE) n° 987/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n° 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social¹¹. La segunda vía de acceso a la asistencia sanitaria en la Unión Europea es por la Directiva 2011/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza¹².

Las instituciones europeas han creado un sistema dual en el modo de acceso a la asistencia sanitaria transfronteriza. Aunque comparten el mismo fin, la prestación de un servicio sanitario, la elección de una u otra vía conlleva un conjunto de derechos y obligaciones para el paciente transfronterizo muy diferentes. Así, a continuación, se van a exponer de modo muy resumido las características de cada una de las vías, quién podrá acceder a éstas y quién será el prestador del servicio sanitario, cuestiones que revisten de gran importancia para este artículo.

Aunque pueda parecer que la Unión Europea haya pretendido crear un sistema sanitario a nivel comunitario, ésta “no está legitimada ni pretende crear un sistema sanitario europeo dado que la organización y gestión sanitaria continúa siendo competencia de los Estados miembros”¹³, si bien Josefa CANTERO reconoce que, aunque la Directiva “no supone el reconocimiento de un sistema sanitario europeo, [...] da un importante paso para la aproximación de algunos aspectos de la asistencia médica entre los Estados”¹⁴, se pretende crear un marco general para la provisión de una asistencia sanitaria segura, eficaz y de gran calidad¹⁵, sin olvidar que “l’intervento sempre più rilevante dell’UE nelle politiche sanitarie, [...] non può non condizionare, più

la Unión Europea de 7 de junio de 2004. El Reglamento entró en vigor el 1 de mayo de 2010, al aprobarse y entrar en vigor el Reglamento de aplicación (art. 91).

11 Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 30 de octubre de 2009. El Reglamento entró en vigor el 1 de mayo de 2010 (art. 97).

12 Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 4 de abril de 2011. Entró en vigor el 24 de abril de 2011, según lo dispuesto en el artículo 22.

13 VILLALBA PÉREZ, F., “Responsabilidad de los Estados miembros en la asistencia sanitaria transfronteriza”, *Derecho y Salud*, Vol. 23, núm. 1, enero-junio 2013, pág. 103.

14 CANTERO MARTÍNEZ, J., *La creación del nuevo derecho a la libre opción sanitaria transfronteriza. Desafíos de la liberalización en nuestro modelo público sanitario*, ob. cit., pág. 38.

15 Cdo. 4 de la Directiva.

o meno direttamente, l'organizzazione interna dei servizi sanitari, potendo influire anche sulle decisioni inerenti i trattamenti medici da assicurare, sulle scelte sull'allocatione delle risorse oppure sui criteri in base ai quali attribuire le priorità nel settore della salute"¹⁶.

2.1 El acceso a la asistencia a través de la vía de los Reglamentos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social

La primera vía de acceso a la asistencia sanitaria transfronteriza es a través de los Reglamentos europeos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros. En los casos en los que se accede por esta modalidad, el paciente transfronterizo será tratado por el sistema público del Estado miembro receptor de acuerdo con la cartera de servicios de éste, sin necesidad de abonar el importe del servicio recibido¹⁷, que será abonado por un sistema de compensaciones entre los Estados miembros. Además, los Reglamentos, en los casos en los que la asistencia sea programada¹⁸, requieren de la necesidad de una autorización previa¹⁹, que deberá de ser resuelta por el Servicio de Salud autonómico.

En segundo lugar, cuando sea una asistencia no programada²⁰ no será necesaria la solicitud de la

16 *"La intervención siempre relevante de la Unión Europea en las políticas sanitarias, [...] no puede dejar de condicionar, de modo más o menos directo, la organización interna de los servicios sanitarios, pudiendo influir también sobre las decisiones inherentes a los tratamientos médicos, sobre las decisiones de asignación de los recursos o sobre los criterios para asignar las prioridades en el sector de la salud"*, BUSATTA, L., "La cittadinanza della salute nell'Unione europea: il fenomeno della mobilità transfrontaliera dei pazienti, dalla libera circolazione alla dimensione relazionale dei diritti", *DPCE online* 2015-3, pág.129. Traducción propia.

17 El ciudadano accede en igualdad de condiciones que los ciudadanos del Estado receptor. Así, si los ciudadanos del Estado receptor han de abonar la intervención sanitaria porque exista un copago o un pago íntegro, el paciente transfronterizo también habrá de abonar el servicio.

18 Se puede definir como asistencia sanitaria programada toda aquella asistencia realizada en el extranjero y que haya sido planificada con anterioridad, es decir, que la asistencia sanitaria no esté motivada por un tratamiento de urgencias, sobrevenido, nuevo o recaída del paciente.

19 La autorización previa para la asistencia sanitaria programada se solicita a través del formulario S2, anteriormente el E112. Para más información, *vid.* Formularios útiles para los derechos de seguridad social, en https://europa.eu/youreurope/citizens/work/social-security-forms/index_es.htm. Última visita: 1 de mayo de 2018.

20 La asistencia no programada se ha de definir de modo negativo a la asistencia programada. El Tribunal de Justicia ha fallado en su Sentencia de 25 de febrero de 2003, asunto

autorización previa²¹. Como ya se ha expuesto con anterioridad, la prestación del servicio sanitario será prestado obligatoriamente por los organismos públicos de los Estados miembros por lo que, centrándose este trabajo en la responsabilidad civil de los centros privados, los pacientes transfronterizos que accedan a través de esta vía, no estarán protegidos por las disposiciones aquí contenidas. En último lugar, se ha de añadir que se aplicará de modo preferente esta vía a la de la Directiva cuando sea de aplicación preferente al ciudadano excepto que opte de modo expreso por las reglas de la Directiva²².

2.2 El acceso a la asistencia a través de la vía de la Directiva de Asistencia Sanitaria Transfronteriza

La segunda vía de acceso a la asistencia sanitaria transfronteriza fue creada en sus inicios de modo jurisprudencial por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en base a principio de libertad de prestación de servicios. Fueron con posterioridad las instituciones europeas las que positivizaron dicha movilidad en la Directiva 2011/24/UE²³.

La principal diferencia entre esta vía y la de los Reglamentos de coordinación de Seguridad Social es que en los casos en los que el paciente transfronterizo acceda a la asistencia por esta segunda modalidad, éste portará la cartera de servicios de su Estado de origen al Estado miembro donde se va a prestar la asistencia sanitaria, aunque tendrá que anticipar el pago de la prestación sanitaria con independencia de que con posterioridad solicite el reembolso a su servicio de salud. Si bien estos son requisitos que

C-326/00, caso *Idryma Koinonikon Asfaliseon (IKA) c. Vasileios Ioannidis*, apartado 41, que no se requiere que sea un tratamiento exclusivamente de urgencia, sino que puede ser por cualquier patología sobrevenida, nueva o recaída que requiera una intervención sanitaria.

21 Si bien es cierto que para las asistencias no programadas no es necesario el formulario S2 (asistencias programadas), si que es necesario tener en vigor la tarjeta sanitaria europea. Así parte de la doctrina ha considerado que la mera solicitud de la expedición de la Tarjeta Sanitaria Europea es una autorización previa, ya que el Instituto Nacional de la Seguridad Social, en el caso de España, comprueba que el solicitante está amparado sanitariamente por el servicio público, certificando con su emisión que el titular tiene derecho a recibir las prestaciones sanitarias. Reside por lo tanto su naturaleza jurídica en la de las autorizaciones previas.

22 Artículo 8.3 de la Directiva.

23 La Directiva ha sido transpuesta al Derecho español mediante el Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza, y por el que se modifica el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación.

diferencian esta segunda modalidad del acceso a la asistencia mediante los Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social, la principal característica introducida por esta vía es que el ciudadano podrá elegir quién ha de prestar el servicio sanitario, si lo hace el servicio público (Seguridad Social) o un centro privado. Es importante añadir que, si el paciente accede por esta modalidad, aunque el prestador del servicio sea un centro privado y tenga que adelantar el pago del tratamiento, podrá hacerlo con cargo al correspondiente servicio de salud de origen, siendo éste el competente tanto para autorizar la prestación como para reembolsar su coste²⁴.

La posibilidad de poder elegir por parte del paciente transfronterizo quién quiere que le preste el servicio sanitario es, sin lugar a dudas la más importante característica de la Directiva, ya que amplía considerablemente la esfera de los derechos de los pacientes, girando la Directiva en torno al Derecho a la libre opción sanitaria del paciente²⁵, siendo para éste un Derecho de libertad e imponiendo importantes límites y obligaciones a los servicios de salud de los diferentes Estados miembros.

2.3 El acceso a la asistencia sanitaria en otro Estado sin amparo por la Seguridad Social. El llamado turismo sanitario

Y en último lugar, se ha de añadir una tercera vía de acceso a la asistencia sanitaria transfronteriza. Si bien las dos vías anteriores, la de los Reglamentos de

coordinación de seguridad social y la de la Directiva, son dos modos de acceso positivizados, regulados a nivel europeo, se caracterizan porque ambas están cubiertas por la seguridad social del Estado miembro donde el paciente esté afiliado.

Sin embargo, hemos también de exponer que, de cara a la responsabilidad de los centros privados cuando se atiende a un paciente transfronterizo, no se puede olvidar que puede darse la circunstancia de que el paciente transfronterizo decida viajar a otro Estado para someterse a un tratamiento médico sin estar amparado por la Seguridad Social de su Estado de afiliación. Es decir, cuando opte por el llamado *turismo sanitario*.

3. LA RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS EN EL ÁMBITO DE LA ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA POR LOS PROVEEDORES PRIVADOS

Una vez estudiados los modelos de acceso a la asistencia sanitaria transfronteriza, este trabajo se va a centrar en resolver dos preguntas esenciales sobre el régimen de responsabilidad cuando la asistencia sanitaria se ha prestado de modo transfronterizo. Ambas cuestiones son, ¿qué órganos judiciales y de qué Estado miembro serán competentes para conocer de un posible procedimiento judicial? y, ¿qué Ley será la aplicable? Como puede observarse, las respuestas a estas cuestiones son de una alta importancia, tanto para los posibles pacientes transfronterizos como para los proveedores privados de salud. Para los primeros, debido a que aportará seguridad jurídica de los derechos que tienen en el caso de que como consecuencia de dicha asistencia se produzca un daño y para los segundos, al ser conscientes de las obligaciones y riesgos que asumen al internacionalizar la asistencia sanitaria²⁶.

El legislador europeo, consciente de la importancia de estas cuestiones para la implantación de la asistencia sanitaria transfronteriza en los Estados miembros, en la propia Directiva estableció en sus considerandos 23 y 24 que los Estados receptores de pacientes transfronterizos, deben de establecer y garantizar “*unas obligaciones comunes claras respecto a la provisión de mecanismos para atender las situaciones en que haya que responder de los daños*”

24 Tal y como reconoce la doctrina, la Directiva supone para la sanidad privada una importantísima oportunidad de negocio, ya que expande la sanidad privada fuera de las fronteras nacionales, permitiendo al paciente la elección entre el sistema público y el privado. Así, Josefa CANTERO ha expuesto que, “*dado el prestigio de que gozan los profesionales sanitarios españoles y el atractivo que supone el turismo en España, es previsible que este fenómeno de la asistencia sanitaria transfronteriza pueda atraer a importantes flujos de turistas que opten por una clínica española para someterse a un determinado tratamiento médico, anticipando los gastos y después solicitando el correspondiente reembolso cuando vuelvan a su país*”, CANTERO MARTÍNEZ, J., *La creación del nuevo derecho a la libre opción sanitaria transfronteriza. Desafíos de la liberalización en nuestro modelo público sanitario*, ob. cit., págs. 49 y 50.

25 Se ha de recordar que en España no se puede elegir acudir a un prestador de servicios público o privado. Así, el artículo 9 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, establece que “*las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud únicamente se facilitarán por el personal legalmente habilitado, en centros y servicios, propios o concertados, del Sistema Nacional de Salud, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél, sin perjuicio de lo establecido en los convenios internacionales en los que España sea parte*”.

26 Tal y como recuerda Mayte ECHEZARRETA, “*quien se internacionaliza asume el coste jurídico de la internacionalización*”, *Justicia civil en las relaciones sanitarias transfronterizas*, ob. cit., pág. 383.

derivados de la asistencia sanitaria”²⁷ así como que han de disponer de “mecanismos para proteger a los pacientes y para exigir reparación en caso de daños causados por la asistencia sanitaria prestada en su territorio, y de que estos mecanismos son adecuados a la naturaleza y el alcance del riesgo”²⁸. Sin embargo, la Directiva, lejos de regular unos mecanismos-marco de responsabilidad, deja al arbitrio de los diferentes Estados miembros la creación de éstos²⁹, recordando que el establecimiento de unos mecanismos transparentes, determinados y conocidos supondrá que exista por parte de los pacientes transfronterizos una confianza en la asistencia, evitando que “la falta de confianza en esos mecanismos suponga un obstáculo para la implantación de la asistencia sanitaria transfronteriza”³⁰.

Así, en el mismo sentido, el artículo 4.2 de la Directiva establece que es una obligación del Estado miembro de tratamiento instaurar “procedimientos y mecanismos transparentes de presentación de reclamaciones para que los pacientes puedan pedir reparación, de acuerdo con la legislación del Estado miembro del tratamiento, cuando sufran daños de resultas de la asistencia sanitaria recibida”³¹. Tal y como ha expuesto Javier GARCÍA, “la Unión Europea ha querido garantizar con la Directiva el acceso a la asistencia sanitaria en el ámbito europeo para garantizar la libre circulación de personas, creando un espacio único sanitario, pero sin incidir en [...] cómo ha de garantizarse la indemnización por los daños que se causen”³².

Si bien la Directiva no establece dichos mecanismos³³, el legislador europeo, desde 1968 ha ido

creando un entramado de normas directamente aplicables a los Estados miembros en los que se han establecido tanto las normas de competencia judicial internacional como la determinación de la ley aplicable. Si bien estas son normas de alcance general, no dirigidos de modo expreso a la asistencia sanitaria, el fin de estas normas ha sido la armonización de hasta veintiocho ordenamientos jurídicos internos diferentes, derivado del nacimiento de la Unión Europea cuyo principal objetivo es “la creación de un espacio judicial europeo que asegure el correcto funcionamiento del mercado interior en el que se garantice el efectivo ejercicio de las libertades recogidas en la Versión consolidada TUE-TFUE (libre circulación de personas y factores productivos)”³⁴.

Con este fin, se va a estudiar a continuación tanto la competencia judicial como la Ley aplicable en aquellos casos en los que el prestador del servicio sanitario haya sido un proveedor privado.

3.1 La competencia judicial internacional. ¿Qué órganos y de qué Estado miembro serán competentes para conocer del proceso?

La primera cuestión que surge ante una reclamación por daños prestados en una situación claramente internacional como lo es la asistencia sanitaria transfronteriza, es qué órganos judiciales y de qué Estado miembro será el competente para conocer del proceso³⁵. La norma que establece la competencia judicial internacional en el seno de la Unión Europea es el Reglamento (UE) n°1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil³⁶, más conocido como el Reglamento

27 Considerando 23 de la Directiva.

28 Cdo. 24 de la Directiva.

29 “Sin embargo, compete a los Estados miembros determinar la naturaleza o las modalidades de estos mecanismos”, cdo. 24 de la Directiva.

30 Cdo. 24 de la Directiva.

31 Artículo 4, apartado 2, letra c) de la Directiva.

32 GARCÍA AMEZ, J., *Responsabilidad por daños causados a pacientes desplazados en el contexto de la asistencia sanitaria transfronteriza: ¿qué marco normativo resulta de aplicación ante las distintas posibilidades?*, en CANTERO MARTÍNEZ, J. (dir.), *La liberalización de la Asistencia Sanitaria Transfronteriza en Europa. Retos y desafíos para el Sistema Nacional de Salud*, ob. cit., pág. 157.

33 El propio artículo 2 de la Directiva expone que “la presente Directiva se aplicará sin perjuicio de lo establecido en: [...] q) el Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), el Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11

de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) y otras normas de la Unión de Derecho internacional privado, en particular normas relativas a la competencia de los tribunales y al Derecho aplicable”. Estas son, precisamente las normas que se van a estudiar en este artículo, especialmente dirigidas a los aspectos que son relevantes en la asistencia sanitaria transfronteriza.

34 ORTIZ VIDAL, M. D., *Ley aplicable a los contratos internacionales y eficiencia conflictual*, ob. cit., pág. 17.

35 Las normas europeas no establecen qué órganos judiciales internos serán competentes para conocer de un determinado procedimiento, ya que, para esto, deberemos acudir a las normas de competencia internas de cada uno de los Estados miembros, en España, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. El fin del Reglamento es determinar qué Estado será el competente.

36 Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2012.

Bruselas I bis. Sin embargo, cuando la asistencia sanitaria sea prestada en Suiza, Noruega o Islandia, será de aplicación el Convenio de Lugano de 2007, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil³⁷. En tercer lugar, si el demandado tuviere su domicilio en un tercer Estado³⁸, se aplicarán, con algunas excepciones, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial³⁹, para determinar su competencia judicial internacional. Sin embargo, en este trabajo exclusivamente abordaremos el estudio del primer texto legal, ya que las situaciones que se van a analizar estarán comprendidas en él.

El Reglamento Bruselas I bis se aplica en materia civil y mercantil, excluyéndose la materia administrativa y la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad, es decir, los actos *iure imperii*⁴⁰. Es importante exponer

37 Publicada la Decisión del Consejo, de 15 de octubre de 2007, relativa a la firma, en nombre de la Comunidad, del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en el Diario Oficial de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2007. En este artículo nos vamos a centrar exclusivamente en el Reglamento Bruselas I bis por su coincidencia territorial con el ámbito europeo. A mayor abundamiento, las reflexiones que se hagan sobre este texto, excepto escasas excepciones, serán aplicables al Convenio de Lugano de 2007.

38 Por tercer Estado deberá entenderse todos aquellos Estados que no formen parte de la Unión Europea, Suiza, Noruega e Islandia. Además, los órganos judiciales de los Estados miembros de la Unión Europea aplicarán también el Reglamento Bruselas I bis en los casos en los que el contrato existente entre la clínica privada con domicilio fuera de la Unión y el paciente transfronterizo sea un contrato celebrado por un consumidor de los artículos 17 a 19 del Reglamento Bruselas I bis, que se estudiarán más adelante.

39 Publicada en el BOE de 2 de julio de 1985.

40 Artículo 1.1 del Reglamento Bruselas I bis. Si bien es cierto que el legislador europeo ha querido excluir de la aplicación de los Reglamentos los actos *iure imperii*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha restringido de modo muy notable dicha excepción, ampliando el concepto “civil y mercantil” en su Sentencia de 14 de noviembre de 2002, asunto C-271/00, caso Gemeente Steenberghe c. Luc Baten, en el que incluyó la acción de repetición de un organismo público frente a un sujeto privado, reclamándole el reembolso de unas cantidades que previamente había abonado la administración en concepto de asistencia social al hijo y al cónyuge, entendiendo que, estando dicha prestación dentro del concepto de alimentos entre parientes, naturaleza civil, excluyendo su naturaleza de seguridad social. En este sentido, Maite ECHEZARRETA expone que, en su opinión, tras analizar diferentes casos resueltos por el Tribunal de Justicia, “concluimos, por tanto, que lo relevante es el objeto del litigio, la naturaleza de los derechos cuya salvaguardia garantizan los procedimientos o las decisiones judiciales, no la naturaleza de una materia o el procedimiento judicial. Por tanto, la LOPJ (arts. 23 y 24) se aplicará para ventilar cuestiones de estricto Derecho Público en las que el Estado actúe *iure imperii* y, sin embargo, cuando reclame o sea reclamado en virtud de normas de Derecho Privado, esto es, la

que para que puedan operar las normas de determinación de la competencia judicial del Reglamento Bruselas I bis, ambas partes han de estar domiciliadas en un Estado miembro⁴¹, con independencia de su nacionalidad.

Determinado el texto legal aplicable a estos procedimientos jurisdiccionales, deberemos de estudiar, entre los foros de competencia judicial internacional que establece el Reglamento Bruselas I bis, tendremos que distinguir los casos en los que exista entre las partes una relación contractual y no contractual, y entre la primera, si puede ser determinado el paciente

*responsabilidad civil, la CJI y la ejecución de las resoluciones judiciales quedarán incluidos dentro del ámbito de aplicación del [Reglamento] Bruselas I bis”, Justicia civil en las relaciones sanitarias transfronterizas, ob. cit., págs. 374 y 375. En el mismo sentido se pronuncia Javier GARCÍA en Responsabilidad por daños causados a pacientes desplazados en el contexto de la asistencia sanitaria transfronteriza: ¿qué marco normativo resulta de aplicación ante las distintas posibilidades?, ob. cit., pág. 172, al exponer que en el ámbito sanitario, “nos encontramos ante un acto de los denominados iure gestiones, en el cual la Administración se limita a prestar un servicio público, como es el sanitario, y por tanto no estaría sujeto a la exclusión [de los actos iure imperii], toda vez que la Administración se limita a dar cumplimiento al contenido del artículo 43.1 de la Constitución, mediante el establecimiento de un servicio público sanitario, el cual se limita a gestionar. Estos actos se han caracterizado porque se trata de una actuación que no parece revestida de poder público, de “imperio”, y no existe a su vez justificación alguna para exigir que en estos casos los poderes públicos tengan un régimen de trato diferente con respecto a los prestadores de asistencia sanitaria privada, toda vez que la actividad que llevan es la misma y los deberes que se imponen de diligencia también”. Sin embargo, Alfonso Luis CALVO y Javier CARRASCOSA, son partidarios de la consideración de que la responsabilidad sanitaria de las administraciones públicas sea exclusivamente determinada, su norma de competencia judicial internacional, en la Ley Orgánica del Poder Judicial y su norma material de aplicación, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (si bien en el texto hacen referencia a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, esta referencia deberá de hacerse a la Ley 40/2015, ya que la Ley 39/1992 fue derogada con la entrada en vigor de la Ley 40/2015), en CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Comares, Granada, 2017, pág. 1545.*

Si bien para este trabajo no es importante esta cuestión, pues el único fin es el de analizar el régimen de responsabilidad en la asistencia sanitaria transfronteriza cuando el daño haya sido causado por un centro privado, es una cuestión que en nuestra opinión es de gran relevancia.

41 Artículo 4.1 del Reglamento Bruselas I bis. En el caso de que no estén ambas partes domiciliadas en Estados miembros, serán de aplicación las normas internas de competencia judicial internacional del Estado miembro (art. 6.1 del Reglamento), si bien el mismo artículo establece tres excepciones, una de ellas de gran interés para este trabajo. Así, cuando estemos ante contratos celebrados por los consumidores (arts. 17 a 19 del Reglamento Bruselas I bis), podrán ser competentes para conocer del procedimiento los tribunales del domicilio del demandado, entre otros, aunque el prestador del servicio no esté domiciliado en ninguno de los Estados miembros de la Unión Europea.

transfronterizo como consumidor a los efectos de los artículos 17 a 19 del Reglamento.

3.1.1 Relación contractual entre la institución sanitaria y el paciente transfronterizo no consumidor

En primer lugar, se van a estudiar los foros de competencia judicial internacional cuando la relación entre el paciente transfronterizo y la institución sanitaria privada sea contractual⁴². Serán competentes los órganos jurisdiccionales del domicilio del demandado, en virtud del foro general (artículo 4 del Reglamento), siendo alternativos para el demandante, el foro del lugar de prestación del servicio⁴³ y siempre que éstos coincidan con un Estado miembro (art. 7.1 del Reglamento).

Si bien el foro general es claro, surgen problemas de interpretación en cuanto al establecimiento del “lugar de prestación del servicio”⁴⁴ en los casos en los que no quede claro en el contrato⁴⁵, ya que tal

42 El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado en un conjunto de Sentencias que, si bien no existe una clara separación entre las relaciones contractuales y extracontractuales, lo característico de las primeras es que haya existido una clara asunción de responsabilidades entre las partes contraídas de modo voluntario o asumido por una parte frente a la otra, en la que se basa la acción del demandante, no siendo necesario que exista un contrato escrito. Entre otras, las Sentencias de 23 de diciembre de 2015, asunto C-196/15, caso Granarolo SpA c. Ambrosi Emmi France SA, de 18 de julio de 2013, asunto C-147/12, caso ÓFAB, Östergötlands Fastigheter AB c. Frank Koot y Evergreen Investments BV.

43 Las Sentencias del Tribunal de Justicia de 31 de enero de 1984, asuntos acumulados C-286/82 y C-26/83, caso Graziana Luisi y Giuseppe Carbone c. Ministero del Tesoro, apartado 17, y la Sentencia de 4 de octubre de 1991, asunto C-159/90, caso Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd c. Stephen Grogan y otros, apartados 18 y 21, han considerado como prestación de servicios los beneficiarios de cuidados médicos.

44 El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha declarado que “*le cure mediche sono qualificabili come “servizi”, indipendentemente dal fatto che esse siano dispensate in ambito ospedaliero o ambulatoriale, in cliniche pubbliche o private, e indifferentemente dalla modalità di retribuzione delle prestazioni, siano esse pagate direttamente dal paziente, rimborsate o finanziate dal sistema sanitario-assicurativo”, “las curas médicas son consideradas como servicios, independientemente de que hayan sido dispensadas en el ámbito hospitalario o ambulatorio, en clínicas públicas o privada e indiferentemente de la modalidad de pago de la prestación, sean éstos pagados directamente por el paciente, reembolsados o financiados por el sistema sanitario”, BUSATTA, L., “La cittadinanza della salute nell’Unione europea: il fenomeno della mobilità transfrontaliera dei pazienti, dalla libera circolazione alla dimensione relazionale dei diritti”, ob. cit., pág.137. Traducción propia.*

45 El artículo 7.1.b) del Reglamento, establece que, “*salvo pacto en contrario*” el lugar de cumplimiento será, en las prestaciones de servicios, “*el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser prestados los servicios*”.

y como expone Maite ECHEZARRETA, “*se podrá complicar si el servicio se presta en diferentes lugares individuales a través de Internet o [...] a través de cualquier medio audiovisual*”⁴⁶, es decir, la llamada telemedicina o e-Health⁴⁷, asimismo, en los casos en los que se continúe la asistencia a distancia (controles médicos, revisiones, e incluso intervenciones). En estos casos, habrá de evaluarse caso por caso, el tiempo dedicado y las actividades realizadas⁴⁸.

En segundo lugar, las clínicas privadas pueden establecer en los contratos cláusulas de sumisión a unos determinados tribunales, siendo comunes en estos tipos de contratos tipo en los que una de las partes sólo puede aceptar dichas condiciones. Así, en un principio, son legales las cláusulas que consten en el contrato que determinen que serán competentes los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro (artículo 25 del Reglamento), siendo este foro de aplicación preferente al foro general del domicilio del demandado y del foro especial establecido por razón de la materia (art. 7.1 del Reglamento). Sin embargo, para que la cláusula de sumisión expresa sea válida con carácter general, el órgano jurisdiccional que determine ha de ser o los del domicilio del paciente transfronterizo (consumidor)⁴⁹ o los del

46 ECHEZARRETA FERRER, M. *Justicia civil en las relaciones sanitarias transfronterizas*, ob. cit., pág. 379.

47 Vid. LARIOS RISCO, D., *Sanidad electrónica, derechos de los pacientes y atención sanitaria transfronteriza*, en CANTERO MARTINEZ, J. (dir.), *La liberalización de la Asistencia Sanitaria Transfronteriza en Europa. Retos y desafíos para el Sistema Nacional de Salud*, ob. cit., págs. 487 a 508.

48 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de marzo de 2010, asunto C-19-09, caso Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH c. Silvia Trade SA, apartado 40, “*si las cláusulas del contrato no permitieran determinar el lugar de la prestación principal de los servicios, bien porque prevén una pluralidad de lugares de prestación, bien porque no prevén explícitamente ningún lugar específico de prestación, pero el agente ya hubiera prestado tales servicios, procede, con carácter subsidiario, tomar en consideración el lugar en el que haya desarrollado efectivamente, de manera preponderante, sus actividades en cumplimiento del contrato, siempre que la prestación de los servicios en dicho lugar no sea contraria a la voluntad de las partes según resulta de las cláusulas del contrato. A tal efecto, pueden tenerse en cuenta los aspectos fácticos del asunto, en particular el tiempo pasado en dichos lugares y la importancia de la actividad desarrollada en ellos. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional ante el que se ha presentado la demanda determinar su competencia a la luz de los elementos de prueba que se le aporten*”.

49 El artículo 25.1 del Reglamento establece que la cláusula por la que se determine la sumisión expresa a un órgano judicial será válida siempre que “*el acuerdo [no] sea nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material según el Derecho de dicho Estado miembro*”. En España, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en su artículo

lugar de prestación del servicio. La determinación de cualquier otro órgano jurisdiccional por parte del empresario al consumidor sería considerado nulo⁵⁰. En el caso de que fuera demandado fuera de los Estados miembros anteriormente establecidos, el paciente transfronterizo podría interponer una declinatoria internacional, salvo que contestase la demanda, sometiéndose de modo tácito a dicho tribunal, en virtud del artículo 26 del Reglamento.

3.1.2 ¿Contratos de consumo? El paciente como consumidor

Con independencia del apartado anterior, tal y como ya se ha comentado, la modalidad para recibir asistencia sanitaria transfronteriza inaugurada por la Directiva puede suponer una importante opción de negocio para los centros privados. No es ya extraño el que ferias como FITUR Salud, en el año 2018 y por cuarto año consecutivo⁵¹, ofertasen más de un centenar de centros privados y clínicas sanitarias en la que publicitaban una amplia oferta de servicios sanitarios directamente al público⁵², dirigiéndose especialmente a personas domiciliadas en otros Estados miembros, mostrándoles a los ciudadanos, las cualidades de las clínicas privadas españolas y las ventajas de su tratamiento en España.

90, expone que “son, asimismo, abusivas las cláusulas que establezcan: [...] 2. La previsión de patos de sumisión expresa al Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuarios, al lugar del cumplimiento de la obligación [...]”; en este sentido, la Ley de Enjuiciamiento Civil prohíbe la sumisión expresa “contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por unas de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores y usuarios” (art. 54.2 LECiv.), añadiendo el apartado tercero del mismo artículo que “la sumisión de las partes sólo será válida y eficaz cuando se haga a tribunales con competencia objetiva para conocer del asunto que se trate”.

50 Si se declarase nula dicha cláusula, se tendría por nula y por lo tanto, habría que acudir al foro general del domicilio del demandado o alternativamente al foro especial por razón de la materia, es decir, del lugar de cumplimiento del servicio.

51 Página web de Ifema: http://www.ifema.es/fitur_01/FiturSalud/index.htm. Última visita: 6 de mayo de 2018.

52 En el folleto, se expone que “Fitur Salud se ha consolidado en sus tres ediciones como una de las secciones temáticas claves de la feria. En 2017 ha contado con cuatro espacios: el área de exposición con más de 130 centros sanitarios y empresas del sector; una zona dedicada a la negociación (B2B) con compradores internacionales de los principales mercados prioritarios para España; un espacio académico con conferencias de máxima relevancia y, como novedad, un espacio central B2C [Business-to-Consumer, del negocio al consumidor], con gran acogida por parte de los visitantes, donde se han aplicado tratamientos médicos y terapéuticos”, en http://www.ifema.es/PresentacionInet/groups/public/documents/ferias/if_145016.pdf Última visita: 6 de mayo de 2018.

El Reglamento Bruselas I bis establece unos contratos que tienen una especial protección por razón de las partes contratantes. En los artículos 17 a 19 establece los llamados “*contratos celebrados por los consumidores*”. Estos contratos tienen un foro de protección especial, ya que, además del foro del domicilio del demandado, podrán declararse competentes los órganos jurisdiccionales del domicilio del consumidor cuando el demandante sea el consumidor. Es decir, éste podrá elegir entre demandar en los órganos jurisdiccionales de su propio domicilio, los del domicilio del demandado o en los del lugar de prestación del servicio.

A tal efecto y para que sea un contrato celebrado por un consumidor, han de darse dos requisitos acumulativos. El primero es que el contrato haya sido celebrado por un consumidor y un profesional. Ahora bien, ¿quién puede ser declarado como consumidor a los efectos de los artículos 17 a 19 del Reglamento Bruselas I bis? El Reglamento, en su artículo 17.1 únicamente expone que ha de ser una persona física y que vaya a destinar el bien o servicio para otro uso diferente a su actividad profesional. En el ámbito que nos concierne, es claro que el sometimiento de un tratamiento de la salud es con un fin diferente al profesional. El segundo requisito se refiere a que se han de cumplir una serie de características objetivas, siendo el primero que sea un contrato que tenga como objeto bienes o servicios y que el profesional dirija las actividades al Estado miembro del domicilio del consumidor⁵³. Es decir, el centro sanitario privado ha de realizar una publicidad dirigida a captar consumidores-pacientes de otros Estados miembros de la Unión Europea. El fin es el proteger al consumidor-paciente⁵⁴, que se ve “asaltado” en el país de su domicilio por un profesional, la clínica privada, domiciliada en otro Estado diferente.

En el mismo sentido, en este tipo de contratos celebrados entre los consumidores y los empresarios, la autonomía de la voluntad está limitada, ya que el legislador europeo ha querido proteger a estos consumidores⁵⁵, por dicho motivo, no se tendrá por puesta

53 Artículo 17.1.c) del Reglamento Bruselas I bis.

54 La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha denominado a este consumidor como pasivo, ya que es el empresario el que acude dirigiendo las actividades al mercado del domicilio del consumidor, con el fin de captar a este. Por el contrario, serán considerados como consumidores activos aquellos que abordan al empresario en el domicilio de este, sin que pretenda dirigir las actividades a otros Estados.

55 Cdo. 19 del Reglamento Bruselas I bis, “debe respetarse la autonomía de las partes de un contrato, excepto en los contratos de seguro, los contratos celebrados por los

la cláusula de determinación del foro⁵⁶, pudiendo acudir el consumidor tanto a su propio domicilio, como al domicilio del empresario o al lugar de la prestación del servicio.

3.1.3 Relación extracontractual entre la institución sanitaria y el paciente transfronterizo

En segundo lugar, cuando la relación sea extracontractual, deberemos de acudir al foro general del domicilio del demandado (art. 4 del Reglamento) y de modo alternativo, el foro especial establecido en el artículo 7.2 del Reglamento, el cual establece como foro el del lugar donde se haya cometido el daño o se hubiera podido producir. Además, cuando se traten de acciones por daños y perjuicios derivados de un ilícito penal, podrá ser competente el tribunal que conociere del procedimiento penal en la medida en que la Ley interna permita conocer a dicho tribunal de la responsabilidad civil (art. 7.3 del Reglamento Bruselas I bis)⁵⁷.

Se ha de añadir que está excluida la determinación de la competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas I bis aquellos casos en los que el daño haya sido causado por una violación de la intimidad del paciente transfronterizo, ya que el nuevo Reglamento General de Protección de Datos⁵⁸

*consumidores o los de trabajo, en los que solo se concede una autonomía limitada para elegir el órgano jurisdiccional competente, sin perjuicio de los criterios de competencia exclusiva establecidos en el presente Reglamento*⁵⁹.

56 El artículo 19 del Reglamento establece tres excepciones. Se podrá acudir a los foros de sumisión cuando éstos sean concertados con posterioridad al nacimiento del litigio, cuando permitan al consumidor formular la demanda ante órganos jurisdiccionales diferentes a los indicados en la Sección 4ª y en tercer caso, serán válidas aquellas cláusulas que atribuyan la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde estuvieren domiciliados el consumidor y el profesional en el momento de celebración del contrato.

57 En el caso de España, el artículo 109.1 del Código Penal establece que “*la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados*”. En el mismo sentido, el artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal expone que, “*de todo delito o falta [...] puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible*”. La LECrim. establece en su artículo 108 que “*la acción civil ha de entablarse juntamente con la penal*”, aunque se permite que el perjudicado opte por “*exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil*”, según el artículo 109.2 el Código Penal.

58 Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE. Diario Oficial de la Unión Europea de 4 de mayo de 2016.

establece en su artículo 79.2 que “*las acciones contra un responsable o encargado del tratamiento deberán ejercitarse ante los tribunales del Estado miembro en el que el responsable o encargado tenga un establecimiento. Alternativamente, tales acciones podrán ejercitarse ante los tribunales del Estado miembro en que el interesado tenga su residencia habitual, a menos que el responsable o el encargado sea una autoridad pública de un Estado miembro que actúe en ejercicio de sus poderes públicos*”.

Como puede observarse, tanto en la responsabilidad extracontractual como en la contractual, con la salvedad de los contratos celebrados por los consumidores, lo normal es que los órganos jurisdiccionales que puedan conocer del procedimiento sean los del domicilio del demandado y alternativamente, los del lugar donde se ha prestado el servicio o donde se haya causado el daño que, a su vez, coincidirán con los del domicilio del demandado.

3.2 La Ley aplicable a la asistencia sanitaria transfronteriza

Una vez determinada la competencia judicial internacional, es decir, qué tribunales serán los competentes para el conocimiento del procedimiento, hemos de estudiar qué Ley será la aplicable. Se ha de recordar que, en las relaciones jurídicas internacionales, no es extraño que exista una separación entre el foro e *ius*, es decir, entre los tribunales competentes para conocer del asunto y la Ley aplicable, cuestión que está previsto en las normas españolas internas⁵⁹.

3.2.1 Ley aplicable en la responsabilidad contractual

En las relaciones contractuales, la Ley aplicable viene determinada por el Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, más conocido como Reglamento Roma I. El cual establece que será aplicable, en primer lugar, la Ley pactada entre las partes (art. 3 del Reglamento Roma I) y en caso de no elección, la ley aplicable en los contratos de servicios será la del país donde el prestador del servicio tenga su

59 En la legislación española, entre otros, los artículos 12.6 del Código Civil, 281.2 LECiv. y 33 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

residencia habitual⁶⁰, según lo dispuesto en el artículo 4.1.b) del Reglamento. Sin embargo, al igual que en la determinación de la competencia judicial internacional, cuando se trate de consumidores a los efectos del Reglamento Bruselas I bis⁶¹, el Reglamento Roma I establece igualmente que serán de aplicación la norma general (domicilio donde el prestador del servicio tenga su domicilio) ya expuesta en los casos en los que la prestación del servicio sea, “*exclusivamente, en un país distinto de aquel en que el [consumidor] tenga su residencia habitual*”⁶². Ahora bien, del tenor literal del apartado surge una cuestión: ¿y en los casos en los que se preste tanto en el centro privado como los cuidados y controles posteriores que se hagan a distancia, es decir, cuando el servicio no sea prestado *exclusivamente* en un Estado miembro? En dicho caso, sería de aplicación la Ley del domicilio del consumidor pasivo, siempre que el profesional ejerza sus actividades profesionales en el domicilio del consumidor o que “*por cualquier medio dirija estas actividades a ese país*”⁶³.

3.2.2 Ley aplicable en la responsabilidad extracontractual

En último lugar, cuando no exista una relación contractual, y se reclame por el régimen de responsabilidad extracontractual, la determinación de la Ley aplicable vendrá determinada por el Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, en adelante, Reglamento Roma II.

Están excluidos del ámbito de aplicación los actos por responsabilidad del Estado, (*iure imperii*) ni las reclamaciones por daños que tengan por fundamento la vulneración del derecho a la intimidad de los pacientes transfronterizos⁶⁴. A modo de ejemplo,

60 El Reglamento Roma I establece que la residencia habitual de las personas jurídicas serán el lugar donde radique su administración central (art. 19.1), añadiendo en su apartado segundo que “*cuando el contrato se celebre en el curso de las operaciones de una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento, o si según el contrato, la prestación debe ser realizada por tal sucursal, agencia o establecimiento, se considerará residencia habitual el lugar en el que dicha sucursal, agencia u otro establecimiento esté situado*”.

61 Persona física que destine el servicio para un fin ajeno a su actividad profesional y que se vea asaltado en su mercado interno por el empresario. *Vid.* apartado 3.1.2. de este artículo.

62 Artículo 6.4.a) del Reglamento Roma I.

63 Artículo 6.1.b) del Reglamento Roma I.

64 Artículo 1.2.g) del Reglamento Roma II.

podemos pensar en la publicación de fotografías del paciente transfronterizo, de su historia clínica, etc⁶⁵. También está excluida del ámbito de aplicación del Reglamento la responsabilidad por daños derivados de productos defectuosos⁶⁶.

El artículo 14 del Reglamento establece que la norma que se aplique ha de ser la que ambas partes acuerden de modo voluntario, conforme al principio de la autonomía de la voluntad, que operará cuando celebren “*un acuerdo posterior al hecho generador el daño*”⁶⁷. En los casos en los que no exista acuerdo entre las partes, habrá que acudir a la regla general, expuesto en el artículo 4 del Reglamento Roma II, el cual establece que se aplicará la Ley del lugar donde se haya producido el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y de donde se produzcan las consecuencias indirectas del hecho ilícito. Es decir, rige la regla *lex loci damni*, el lugar de la causación del daño.

4. CONCLUSIONES

En este artículo se ha pretendido hacer una primera aproximación al régimen de responsabilidad civil cuando, al haberse prestado una asistencia sanitaria transfronteriza por un centro privado de salud, se hayan causado unos daños al paciente transfronterizo. Tal y como ha podido observarse, son cuestiones complejas debido a que, al estar ante una relación internacional entre el centro privado y el paciente, existen diferentes ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros.

La asistencia sanitaria transfronteriza puede ser prestada por dos vías reguladas por los Reglamentos

65 Se ha de recordar que el nuevo Reglamento n° 2016/679 (UE), de Protección de Datos, *op. cit.*, considera que los datos relativos a la salud son especialmente sensibles, gozando de una mayor protección (art. 9).

66 Si bien es cierto que el artículo 5 del Reglamento Roma II establece las leyes aplicables para establecer la responsabilidad por daños de productos defectuosos, el artículo 28.1 expone que serán de aplicación las normas contenidas en los convenios internacionales cuando éstos hayan sido celebrados y ratificados con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento Roma II (11 de enero de 2009, según su artículo 32). Este es el caso del Convenio sobre la Ley aplicable a la responsabilidad por productos, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973, establece el régimen de Ley aplicable. Este Convenio fue ratificado por España mediante Instrumento de ratificación del Convenio sobre la Ley aplicable a la responsabilidad por productos, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973, publicado en el BOE de 25 de enero de 1989.

67 Artículo 14.1.a) del Reglamento Roma II.

de coordinación de los sistemas de Seguridad Social y la Directiva 2011/24/UE y una tercera no regulada, el llamado turismo sanitario. En las vías reguladas por la Unión Europea, el paciente transfronterizo acude al Estado miembro de tratamiento amparado por la Seguridad Social de su Estado miembro de origen, si bien, la principal diferencia que tienen, y la que es de un interés esencial en este trabajo es que mientras que si el paciente solicita la asistencia sanitaria por la vía de los Reglamentos, el encargado de prestar el tratamiento será el servicio público el Estado miembro de destino, mientras que si acude por la modalidad inaugurada por la Directiva de Asistencia Sanitaria Transfronteriza, podrá elegir entre que el servicio sanitario sea prestado por el servicio público o por un centro privado. Como puede observarse, la entrada en vigor de la Directiva puede suponer una importante posibilidad de negocio para las clínicas privadas. Respecto a la tercera vía, el turismo sanitario, el paciente será tratado por un proveedor privado en otro Estado miembro, aunque no tendrá amparo de su Seguridad Social.

Al ser el objeto de este trabajo la responsabilidad civil cuando haya sido prestado el tratamiento médico por un centro privado sólo será de aplicación lo aquí dispuesto cuando el paciente transfronterizo haya accedido por la vía de la Directiva y elija un proveedor privado o cuando sea sin el amparo de sus Seguridad Social, es decir, sea un *turista sanitario*.

Las dos cuestiones principales que nos hemos planteado en este trabajo han sido: ¿Qué órganos judiciales y de qué Estado miembro serán competentes para conocer del procedimiento judicial? Y, una vez determinado dicho órgano, ¿qué Ley será la aplicable?

En primer lugar, respecto a la competencia judicial internacional, para conocer los órganos judiciales que podrá conocer del procedimiento judicial, habremos de acudir al Reglamento Bruselas I bis. Esta norma establece que en los casos en los que exista una relación contractual, serán competentes los órganos jurisdiccionales que hayan sido pactados entre las partes (foros de sumisión de los arts. 25 y 26 del Reglamento) y en defecto de estas, el foro general del domicilio del demandado (art. 4 del Reglamento) y alternativamente, el lugar de prestación del servicio sanitario (art. 7.1 del Reglamento). En los casos en los que exista una relación extracontractual, los tribunales ante los que podremos acudir serán los del domicilio del demandado (art. 4) y los del lugar donde se haya cometido el daño o se hubiera podido

producir (art. 7.2 del Reglamento). Además, en los casos en los que se pretenda accionar una reclamación por los daños y perjuicios derivados de un delito, podrá ser igualmente competente el tribunal penal cuando la Ley interna del Estado miembro le permita conocer de la responsabilidad civil (art. 7.3 del Reglamento).

Ahora bien, el Reglamento Bruselas I bis, en las relaciones contractuales establece una excepción a los foros ya expuestos, cuando sea un contrato celebrado por los consumidores (arts. 17 a 19 del Reglamento). Así, cuando el paciente transfronterizo pueda ser determinado como consumidor a los efectos del artículo 17, los foros establecidos en el contrato en virtud del principio de autonomía de la voluntad (foros de sumisión expresa y tácita), estarán limitados, abriéndose, a los dos foros generales, un tercer foro que el Reglamento llama *foro de protección*. En virtud de este, el paciente transfronterizo consumidor podrá interponer la demanda, además de en el domicilio del demandado y del lugar de prestación del servicio, ante los tribunales de su propio domicilio.

En segundo lugar y respecto a la Ley aplicable, serán de aplicación el Reglamento Roma I, cuando sea una relación contractual y el Reglamento Roma II cuando lo sea extracontractual. Ambos reglamentos establecen que se aplicará de forma preferente la Ley pactada por las partes y en defecto de esta, la ley del domicilio habitual del prestador del servicio, en el Reglamento Roma I, y la ley aplicable donde se haya producido el daño en el Reglamento Roma II.

Si bien es cierto que en la actualidad la asistencia sanitaria transfronteriza es una modalidad aún desconocida por la ciudadanía europea, consideramos que es de gran importancia que tanto los pacientes transfronterizos como los centros privados sanitarios conozcan tanto los tribunales competentes como la ley aplicable en los casos en los que la intervención sanitaria no salga como se espera ya que, de este modo, se aportará una mayor seguridad jurídica a ambas partes.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M. (coord.), *Sanidad transfronteriza y libertad de circulación. Un desafío para los lugares europeos de retiro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- BUSATTA, L., “La cittadinanza della salute nell’Unione europea: il fenomeno della mobilità transfrontaliera dei pazienti, dalla libera circolazione alla dimensione relazionale dei diritti”, *DPCE online* 2015-3.
- CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCO-SA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Comares, Granada, 2017.
- CANTERO MARTÍNEZ, J. (dir.), *La liberalización de la Asistencia Sanitaria Transfronteriza en Europa. Retos y desafíos para el Sistema Nacional de Salud*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017.
- ECHEZARRETA FERRER, M. T. (coord.), *La residencia de los gerontoinmigrantes: Derechos y obligaciones de los jubilados extranjeros en los lugares europeos de retiro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- ORTIZ VIDAL, M. D., *Ley aplicable a los contratos internacionales y eficiencia conflictual*, Editorial Comares, Granada, 2014.
- PALAO MORENO, G., *La ley aplicable a la responsabilidad civil del médico en el Derecho Internacional Privado*, Anuario de Derecho Civil, núm. 4, 1997, págs. 1793 a 1816.
- VILLALBA PÉREZ, F., “Responsabilidad de los Estados Miembros en la asistencia sanitaria transfronteriza”, *Derecho y Salud*, Vol. 23, núm. 1, enero-junio 2013, págs. 97 a 110.