

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA.

Dra. Dña TEODORA F. TORRES GARCÍA
Catedrático de Derecho Civil.
Universidad de VALLADOLID.

Sumario:

1. INTRODUCCIÓN. 2. SISTEMAS SEGUIDOS EN LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD. 3. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA: Su Calificación. 4. PRESUPUESTOS PARA QUE OPERE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA: a. sujetos. b. existencia de lesión. c. criterios de imputación. d. nexa causal. e. fuerza extraña: su incidencia. f. daño indemnizable. g. plazo de la acción.

1. INTRODUCCIÓN.

Una de las cuestiones que actualmente está latente en la sociedad es la de determinar a quien corresponde indemnizar el daño causado a los particulares en el funcionamiento de la asistencia sanitaria y ello no sólo porque el daño se sufre en un bien tan preciado como es la integridad física e incluso la propia vida sino también porque la causación haya tenido lugar con ocasión del funcionamiento de un servicio público como la sanidad.

Dos son los preceptos constitucionales que fundamentan nuestra propuesta: el art. 43 CE al señalar que:

1º Se reconoce el derecho a la protección de la Salud.

2º Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios.

La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. De este precepto se deriva por una parte la universalidad de la asistencia y por otra la

igualdad de todos los ciudadanos a las prestaciones sanitarias. La primera conduce sin más a una administración de la asistencia sanitaria mientras que es la igualdad en el acceso a las prestaciones la que nos lleva a considerar a la sanidad como Servicio Público.¹

Por el contrario el art. 106.2 CE enuncia que: “Los particulares en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

Dos son las cuestiones a destacar: que entre los bienes y derechos de los particulares, el derecho a la salud y a su protección ocupa un lugar primordial, ya señalado en el art. 43 CE y que esta responsabilidad traspasa los márgenes de la propia Administración para extenderse a la globalidad de los Poderes del Estado: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, respecto del cual el art. 121 CE al referirse expresamente a la responsabilidad de la Administración de Justicia señala junto al error judicial el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia como causa generadora de un derecho a indemnizar a cargo del Estado² habiéndose además ampliado el círculo de posibles administraciones obligadas a indemnizar ya que no será sólo la del Estado, sino la Local, Institucional sin olvidar a la de las Comunidades Autónomas³.

La canalización de la norma constitucional así como el señalamiento del procedimiento a través del cual el particular lesionado, en el funcionamiento del servicio público sanitario puede obtener la indemnización, se contempla en la Ley 30/92, de 26 de noviembre sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, la cual ha pretendido en su Título X -disciplinando el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración -⁴ cerrar el

¹ desde el punto de vista normativo hay que destacar la Ley 14/1986, 25 abril, Ley General de Sanidad que logra la creación de un Sistema Nacional de Salud señalando como titulares del mismo a todos los españoles (AL nº 1316) y el Real Decreto 63/1995 de 20 de enero (AL nº 439) que ha concretado las prestaciones sanitarias del INS excluyéndolas de su calificación como Seguridad Social. VID: CUETO PÉREZ. M.: “Responsabilidad de la Administración en la Asistencia Sanitaria”. Ed. Tirant. Monografías, Valencia 1997.

² VID:STC 31/1997 de 24 de febrero (BOE I abril). El Tribunal Constitucional no acepta la justificación del retraso padecido nada menos que con ocho años desde que se interpuso la demanda.. A causa de la escasa dotación, pérdida de actuaciones, lo que no hace desaparecer la responsabilidad objetiva por las disfunciones del sistema judicial, pag. 110 y ss.

³ VID: MATA SIERRA. Mª T.: “La Responsabilidad patrimonial de la Administración Tributaria”. Ed. Lex Nova. Valladolid 1997 pag 62 y ss.

⁴ El Título X bajo la rúbrica de la Responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus Autoridades y demás personal a su servicio encuadra en el Capítulo I la “Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública arts. 139 a 144 y el Capítulo II a “Responsabilidad de las Autoridades y Personal al servicio de las Administraciones Públicas, arts. 145 y 146”. Este sistema de responsabilidad

ciclo evolutivo en la regulación de la materia. Siendo desarrollado dicho título reglamentariamente por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo⁵.

No hay la menor duda de que fueron muchas las esperanzas despertadas por la publicación de esta Ley 30/1992 en lo referente a la responsabilidad de la Administración sin embargo y a pesar de su titulación sigue pendiente el tema tan aparentemente técnico y de tanta importancia cuál es el determinar la Jurisdicción competente para conocer las cuestiones sobre responsabilidad del Servicio Galego de Saude (SERGAS) por los daños derivados de la asistencia sanitaria en cuanto gestor de la referida asistencia⁶.

¿Unidad de Jurisdicción para hacer efectiva la indemnización de los posibles daños y perjuicios causados en el funcionamiento de la Administración Sanitaria? ¿Qué valor tiene a estos efectos la disposición adicional primera del Real Decreto 429/1993? ¿Qué actos de la Seguridad Social dentro de los que la asistencia Sanitaria es una prestación propia quedan excluidos de la Ley 30/1992 ya que su disposición adicional sexta nº 1 dice que: “Se regirán por lo dispuesto en dicha ley según los términos previstos en el art.2 del RDL 521/1990 de 27 de abril de Procedimiento Laboral? ¿Será suficiente para mantener la unidad de jurisdicción la derogación expresa de los arts. 40 y 41 de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado de 26 de Julio 1957⁸? ¿Debe entenderse con este alcance el art. 142 nº 6 de la Ley 30/1992 al disponer que: “La resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial cualquiera que fuera el tipo de relación pública o privada de que derive pone fin a la vía admi-

con sus características no se produce en nuestro Derecho hasta la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre 1954 siendo su art. 121 LEF el llamado a regularla.

⁵ VID: BOE 4 de mayo de 1993. Se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial. Su artículo único dice que se aprueba en desarrollo de los arts. 140, 142, 143, 144 y 145 de la Ley 30/92. Se han planteado dudas acerca de la legalidad de este Reglamento ya que dispone lo que manifiestamente va más allá de la potestad reglamentaria: VID: ST (Sala 4ª) 10 julio 1995 (JA nº 5488). Ponente Excmo Sr. D. MANUEL. ÁNGEL CAMPOS ALONSO. Competencia de Jurisdicción: Asistencia Sanitaria. Ib/ ST (Sala 4ª) 24 de junio 1996 (JA nº 6100) Ponente: Excmo Sr. D. ARTURO FERNÁNDEZ LÓPEZ, reitera el mismo argumento.

⁶ VID: Disposición Transitoria Primera y Tercera de la Ley 14/1986, 25 de abril, Ley General de Sanidad (AI nº 1316) y Ley 1/1989, 2 de enero, Servicio Galego de Salud (DO GALICIA nº 7 de 11 de enero 1989) art. 3 y Título VI sobre su régimen jurídico. Ib/ Sobre las diversas formas organizativas de la gestión de los centros sanitarios: VID: artículo único de la Ley 15 1997, 25 abril de Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud (AI. Nº 1021).

⁷ VID: GAMERO CASADO. E.: “Responsabilidad Administrativa: Conflictos de Jurisdicción”. Ed. Aranzadi. Pamplona 1997. Pag. 91 y ss.

⁸ VID: Disposición Derogatoria 2. a) de la Ley 30/1992.

nistrativa? Nada añade el Auto de Tribunal Constitucional 1997 (nº 292/1997)⁹ sobre el alcance del mencionado precepto ya que no realiza una atribución jurisdiccional concreta - art.9 nº 4 Ley 5/1985, 1 de Julio - sino que limita a establecer con esa resolución termina la vía gubernativa¹⁰. La situación ante las reclamaciones que los particulares dirigen para resarcirse de los daños causados en el funcionamiento de la asistencia sanitaria, art. 106 nº 2 CE poco ha cambiado: los órdenes jurisdiccionales - distintos del contencioso administrativo ante quienes se presentan las pretensiones siguen sin plantearse cuestión previa¹¹ pero tampoco la doctrina ha coincidido en mantener la atribución unitaria de la competencia posicionándose claramente en pro de una dualidad jurisdiccional. Siguiendo así las pautas establecidas en los ya derogados arts. 40 y 41 LRJAE¹².

2. SISTEMAS SEGUIDOS EN LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD.

Tradicionalmente se suele señalar la existencia de dos sistemas para atribuir la responsabilidad y que por lo tanto cada uno de ellos legitiman a la víctima para el ejercicio de la correspondiente acción de reclamación.

Uno es el llamado de la culpa. En él es preciso señalar quién y porqué se responde y determinar la imputabilidad del sujeto responsable. El otro es el objetivo o por riesgo. Aquí la Ley señala las causas de la responsabilidad y de lo que debe hacerse es determinar quien es el sujeto a quien se imputa el riesgo. Al primero responde el consagrado para la responsabilidad civil extracontractual en el Código Civil cuyo art. 1902 CC es su paradigma. En cambio al segundo se atribuye sin más que es el contemplado en el art. 106.2 CE y desarrollado por los arts.

⁹ VID: GAMERO CASADO. E.: "Constitucionalidad de la unificación jurisdiccional en materia de Responsabilidad Administrativa (Comentario del Auto T. C. De 22 julio 1997). Actualidad Jurídica Aranzadi nº 332 Pub. 7 marzo 1998).

¹⁰ Sobre el alcance de la reclamación previa en la vía gubernativa; VID: ST 27 enero 1997 (J. A. Nº 21) Ponente: Excmo. Sr. D. JOSÉ ALMAGRO NOSETE.

¹¹ VID: SERRANO ALONSO. E. : "La jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad civil por daños personales causados a los beneficiarios de la Seguridad Social". Actualidad y Derecho. Ed. Actualidad Editorial 1992 pag. 8.

¹² En el ámbito del Derecho Administrativo, GARRIDO FALLA. E.: "Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa "Revista Española de Derecho Administrativo nº 94 año 1997. Civitas pag. 185 donde aboga sin mas por la urgente modificación del Título X de la Ley 30/92. A ello responde el Proyecto de Ley 121/000107. Modificación de la Ley 30/1992 de 26 noviembre de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y al Procedimiento Administrativo Común. En el Derecho Civil es de destacar a PANTALEON. F.: "Responsabilidad médica y Responsabilidad de la Administración" Ed. Civitas Madrid 1995 pag. 65 y ss. Ib/ GARCÍA AMIGO. M.: "Derecho Civil. Derecho de Obligaciones". Ed. MC GRAW HILL. Madrid 1995 pag. 11 y ss.

139 y ss de la Ley 30/1992. No hay duda de que el primero se basa en el axioma de que no hay responsabilidad sin culpa, por ello es llamado subjetivo¹³, Por el contrario si es el funcionamiento normal o anormal de un servicio público el causante de las lesiones al particular es suficiente con buscar al sujeto a quien se le imputa ese daño, de ahí la denominación de objetiva a este tipo de responsabilidad.

Ambos sistemas se han seguido para determinar la responsabilidad de la Administración Pública -INSALUD- por los daños causados a los particulares en la asistencia sanitaria. Son datos comunes en su aplicación: la existencia de daño o lesión corporal; que el perjudicado o dañado es siempre un beneficiario de la Seguridad Social; que la asistencia sanitaria ha sido prestada por y en instituciones sanitarias o centros gestores de la misma¹⁴ habiéndose ampliado su legitimación a través del artículo único de la Ley 15/1997, de 25 de abril sobre asistencia Sanitaria de la Seguridad Social; y la reclamación se ha dirigido siempre contra la Administración Pública o además de esta contra el Facultativo o quien se impute la causa directa del daño.

Los fundamentos jurídicos en los que se han fundado son: arts. 1902 y 1903 nº 4 CC conjuntamente; en otros casos los derogados arts. 40 y 41 LRJAE de 26 de julio 1957, arts. 139 y ss de la Ley 30/1992, y el RD 429/1993, 26 de marzo o la Ley 26/1984, de 19 de Julio, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Su aplicación ha sido clara:

Ante la ausencia sin motivo justificativo de un médico y ATS del servicio de urgencias en ambulatorio, impidiendo la adopción de medidas urgentes factibles y en función de los medios disponibles ocasionando un retraso en el traslado del paciente a otro Centro Sanitario donde poder ser adecuadamente intervenido se produce el fallecimiento del paciente. La Sala 3ª del TS en sentencia de 17 de

¹³ Señalo LÓPEZ JACOISTE, J.: “Cien años de horizonte Extracontractual”. Centenario del Código Civil. Ed/. CERA. Madrid 1990. Vol. II pag. 1151. Como la persona humana y sus bienes se encuentra amenazada mas que nunca por innumerables riesgos necesitando mas protección. Por ello nuestro moderno Derecho Civil de Daños emancipa de toda orientación hacia la idea de castigo y se adscribe a la línea de “proporcionar un resarcimiento adecuado a quien sufrió un daño injusto”.

¹⁴ Junto al INSALUD las reclamaciones se dirigen contra aquellos organismos de las Comunidades Autónomas con competencia sobre la materia; así podemos señalar al Servicio Andaluz de la Salud ST. 12 junio 1997 (JA nº 4768) Ponente: Excmo Sr. D. XAVIER OCALLAGHAN o la ST 18 febrero 1997 (Ja nº 1240) Ponente: Excmo. Sr. D. J. ALMAGRO NOSETE que fue el Institut Català de la Salut el demandado. No prosperando la pretendida disociación entre Titularidad y gestión en los Centros Sanitarios ya que no se puede hacer valer frente a los administrados las vicisitudes internas que las transferencias han ocasionado pues desde que se acepta aquella titularidad se asumen los riesgos que comporta su ejercicio. VID: ST. 27 enero 1997 (JA nº 21). Ponente Excmo. Sr. D. JOSÉ ALMAGRO NOSETE.

enero de 1997¹⁵ condena al SAS (Servicio Andaluz de Salud) aplicando el art. 40 LRJAE “ya que la omisión de actuaciones como la indicada constituye un supuesto claro tanto de funcionamiento anormal del servicio Sanitario como la existencia de causalidad entre el actuar de la Administración y el resultado producido¹⁶.”

Se reclama por el actor-recurrente al INSALUD y al médico que intervino, la responsabilidad civil derivada de las negligencias habidas en su tratamiento, la manifestarse una grave infección la cual ha determinado la desfavorable evolución del enfermo y en definitiva la amputación de la pierna. Probado el daño causado y la omisión de las precauciones que hubieran evitado la infección se entiende que debe responder civilmente tanto el cirujano como el centro hospitalario solidariamente por culpa, arts. 1902 y 1903 CC. Ya que la responsabilidad objetiva del Centro hospitalario queda embebida por la responsabilidad culposa¹⁷.

Se produce una concurrencia de responsabilidad que es tenida en cuenta en la ST.1 de Julio 1997¹⁸ en la que atinadamente no se acude a esa no correcta técnica de aplicación conjunta de preceptos de variada naturaleza para condenar a las entidades Sanitarias Públicas sino que es el art. 1902 CC y la ley 26/1984, en sus arts. 1.2 y 28. Posición que posteriormente ha sido reiterada en ST 21 Julio 1997¹⁹ en la que después de considerar al INSALUD como empresario privado, cuya responsabilidad tiene un marcado carácter objetivo fundado en la responsabilidad por riesgo se basa en la culpa in vigilando o in eligendo y a mayor abun-

15 VID (JA nº 137). Ponente: Excmo. Sr. D. JOSÉ MANUEL SIEIRA MIGUEZ. En ella se pone de manifiesto los dos presupuestos esenciales en este sistema de responsabilidad objetiva: Criterio de imputación: Funcionamiento anormal y relación de causalidad entre el hecho y el resultado acaecido.

16 VID: ST. Sala 3ª Sección 4ª de 14 junio 1991 (J. A. Nº 5115). Ponente: Excmo. Sr. D. JOSÉ Mª REYES MONTERREAL, en ella se condena al INSALUD por el funcionamiento normal del servicio público al haberse producido unas lesiones como consecuencia de una intervención quirúrgica en la Seguridad Social a Dña. Mª Teresa F. C... alegar que los facultativos encargados de prestar el servicio público están ausentes de dolo o culpa, impericia o negligencia resulta intrascendente porque en definitiva se está en presencia de un supuesto de responsabilidad de la Administración que tiene carácter objetivo...

17 VID: DÍAZ-REGAÑÓN.C.: “El régimen de la prueba en la Responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho”. Ed/. Aranzadi. Pamplona 1996 pag. 309 y ss.

18) VID: (JA nº 5471) Ponente: Excmo. Sr. D. JOSÉ ALMAGRO NOSETE. Sobre el valor de los preceptos de la Ley 26/1984, sentido contrario mantienen la ST. 22 julio 1994 (JA nº 6581). Ponente Excmo. Sr. D. JOSÉ BARCALA al afirmar que: la Ley 26/1984, es una especie de “Ley marco” que tiene carácter de principio informador...

19 VID: (JA nº 5223) Ponente: Excmo. Sr. D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ. Responsabilidad directa y objetiva del INSALUD por daños al paciente tras intervención quirúrgica. Aplicación de la Ley de Consumidores y Usuarios.

damiento dice son aplicables los arts. 1, 27 y 28 de la Ley 26/1984 en cuanto que la demandante es una consumidora (art. 1) ¿No será más bien una usuaria? Ha utilizado unos servicios art. 26 entre los que se incluyen los sanitarios art. 28.2 y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrolla el capítulo VIII (arts. 25 y ss). Ante esta aplicación de la Ley 26/1984 para obtener la reparación de los daños causados en la asistencia sanitaria dos cuestiones nos sugiere: Una, el carácter de esta Ley General; otra el que se impute al INSALUD.

En relación con lo primero, dejemos que sea la Sentencia del T.S de 22 de julio 1994²⁰ la que nos recuerde que: a/ la ley 26/1984 es una especie de ley “marco” que tiene el carácter de principio general informador del ordenamiento como previene en su art. 1º. 1 de acuerdo con el art.53.3 de la Constitución y en desarrollo del art. 51.1 y 2 CE cuya regulación se extiende primordialmente al comercio interior y régimen de autorización de productos comerciales. b/ Consecuencia de su carácter informador es que su aplicación fuera de los supuestos que contempla explícitamente y que sanciona en vía administrativa tienen que estar en íntima relación con los preceptos que contenidos en los textos legales sustantivos fuesen los llamados a regular el caso sometido a enjuiciamiento de los órganos jurisdiccionales del orden correspondiente; c/ que en el supuesto de daños acaecidos en el campo de la asistencia médico-quirúrgica vendría supeditada a la concurrencia ineludible del factor culposo o negligente previstos en los arts. 1101 y 1902 CC. Y esta misma dirección se mantiene en la ST 11 febrero 1997²¹ al firmar que en materia de culpa médico sanitaria queda descartada toda idea de culpa más o menos objetivada rigiendo en todo su rigor los principios subjetivistas²². Si bien a la vista del actual discurrir de las resoluciones judiciales se va abriendo una vía en la aplicación del art. 28.2 Ley 26/1984, para determinar la responsabilidad por la actuación médico sanitaria, superandose esa primera calificación de ley marco preferentemente administrativa ya que como señala la ST 19 septiembre 1996²³ también contiene normas sustantivas civiles hasta el punto de albergar en su texto los supuestos de culpa contractual y extracontractual si bien regulados con los matices complementarios derivados de la propia Ley.

20 (JA nº 6581) Ponente: Excmo. Sr. D. J. BARCALA Y TRILLO-JIGUEROA. Demanda dirigida contra SAS y Tesorería General de la Seguridad Social. Ib. ST. 29 de julio 1994 (JA nº 6936) y la de 19 septiembre 1996 (JA nº 6719). Ponente: Excmo. Sr. D. J. BARCALA TRILLO-FIGUEROA.

21 VID: (JA nº 940) Ponente: Excmo. Sr. D. JOSÉ ALMAGRO NOSETE.

22 VID: RAGEL SÁNCHEZ.L.F.: “ Sentencia de 11 febrero 1997 “Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil nº 44 Ed. Civitas pag. 663. Se descarta la aplicación de la Ley de Consumidores en cuanto se dice - no se acoge la responsabilidad objetiva que en este precepto se consagra. No aplicación que nunca ha sido compartida por BERCOVITZ.R.: “Comentario a la sentencia de 22 de julio 1994”. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil nº 37 Ed. Civitas pag. 145 en donde una vez más aboga por aplicar el art. 28.2 de la Ley 26/1984 a la responsabilidad en los servicios sanitarios.

23 VID: (JA nº 6719) Ponente: Excmo. Sr. D. J. BARCALA TRILLO-FIGUEROA.

¿Estamos en presencia de un cambio en la Jurisprudencia? La respuesta, desde el punto de vista formal y de las garantías que para estos casos viene exigiendo el TC. en función de que ese cambio no viole el Derecho a la igualdad ante la ley del ciudadano que recibe en una sentencia un trato distinto²⁴, debe ser afirmativa.

Sobre la segunda cuestión, cuando se ha planteado doctrinalmente²⁵ la solución ha quedado circunscrita a la posible imputación a centros privados médicos-hospitalarios en cuanto se encargan de suministrar al paciente el correspondiente servicio médico sanitario conforme a lo dispuesto en el art. 28.2 de la Ley 26/1984. Sin embargo a tenor de lo ya expuesto tal declaración debe ser matizada ya que es el INSALUD a quien se le exige esa responsabilidad y quien resulta condenado a pagar la indemnización y de lo que no hay duda es de su calificación como Administración pública, tema distinto es el que pueda ofrecerse mayor protección a través de la responsabilidad culposa o negligente del art. 1902 CC²⁶.

3. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA: SU CALIFICACIÓN.

El comienzo del Fundamento Primero en la Sentencia del TS de 22 de abril 1997²⁷ es de este tenor: Una vez mas llega a esta Sala (1ª del TS) el tema de la responsabilidad médica que tanta trascendencia tiene en la sociedad, tanta doctrina ha producido y tanta Jurisprudencia ha dado lugar. Dicha responsabilidad no es sino expresión de la mas amplia de la responsabilidad profesional que tiene especiales caracteres, pero no especiales prerrogativas²⁸. Pues bien aquellos vamos a referirnos de manera especial por la adscripción de estos profesionales a la Administración Sanitaria y por las peculiaridades que ofrece el sujeto llamado a responder.

²⁴ VID. ALBALADEJO GARCÍA. M. : "El cambio de Jurisprudencia (En defensa de la independencia del Tribunal Supremo respecto del Tribunal Constitucional para cambiar de Jurisprudencia)" Acto de Investidura como Doctor Honoris Causa. Ed/. Universidad de Oviedo 23 octubre 19 pag. 37 y ss.

²⁵ VID: SEIJAS QUINTANA. J. A.: "Responsabilidad Civil Médico-Sanitario Ejercicio y Condicionamientos" Actualidad Civil nº 16-17 abril 1995, pag. 302. Ib/ CUETO PÉREZ. M.: "Responsabilidad de la Administración en la Asistencia Sanitaria" op. cit. pag. 251 y ss.

²⁶ En igual sentido, VID: DÍAZ-REGAÑÓN. C.: "El Régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica". op. cit. pag. 382 y ss.

²⁷ VID: (JA nº 3249) Ponente: Excmo. Sr. D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ. Médicos y profesionales facultativos: Responsabilidad.

²⁸ VID: ST 1 julio 1997 (JA nº 5471) Ponente: Excmo. Sr. D. JOSÉ ALMAGRO NOSETE. "La responsabilidad médica es un apartado de la responsabilidad sanitaria (responsabilidad del Centro médico por deficiencia de funcionamiento u organización, negligencia del personal... como una subespecie de aquella se sitúa la derivada de conductas que supongan una falta de coordinación entre los especialistas que tratan...

Sin duda estos especiales caracteres se manifiestan tanto desde la consideración de la actividad médico sanitaria como servicio público lo cual no ofrece la menor duda desde que el art. 43 CE consagrarse el Derecho a la Salud como clave del Estado Social para después desarrollarlo a través de la creación de un Sistema Nacional de Salud lo que se origina con la Ley 14/1986, de 25 de abril General de Sanidad, en cuyo artículo tres señala que la asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española como que el Sistema Nacional de Salud integra las funciones y prestaciones sanitarias, arts. 45 y ss.

Si necesariamente hay que tomar como punto de partida para que surja responsabilidad administrativa con ocasión de la asistencia sanitaria es su consideración como servicio público, será con todas sus consecuencias y lo será, si la prestación sanitaria ha sido realizada en un centro de esta naturaleza, por sanitario que este unido al centro asistencial por una relación si no funcional si de carácter especial, art. 84 LGS y que en todo caso le vincula con el centro donde ejerce sus funciones²⁹. Desde el momento en que esto es así -si bien limitado a la acción sanitaria pública- la responsabilidad por las lesiones causadas a los pacientes como consecuencia de una prestación sanitaria de tal naturaleza, ha de tener igual calificación; por ello la responsabilidad del profesional sanitario se desplaza en un primer momento hacia la Administración donde este preste sus servicios siendo esta la encargada de resarcir a los particulares de aquellas lesiones que constituyan daños de los que no tiene el deber jurídico de soportar, art. 139 de la Ley 30/1992. Lo que supone el optar, para la reparación de los daños derivados de la actividad médico sanitaria, por un sistema de responsabilidad objetiva así como al unificar los criterios de imputación en el funcionamiento normal o anormal del servicio público art. 106.2 CE y art. 139 Ley 30/1992 será determinante para señalar que es la Jurisdicción contencioso administrativa la competente para conocer las cuestiones que se planteen para dilucidar la existencia o no de tal responsabilidad³⁰. Cuestión no obstante, que como ya habrán podido constatar no es tan pacífica como parece: procediendo su rechazo no tanto de la consideración de la asistencia sanitaria como servicio público, calificación que avalada por los textos legales: art. 43 CE, 4, 5, 6,9. Título III de la LGS³¹ sino si propiamente con la Ley 30/1992, art. 142 n° 6, se consagra la unificación de la jurisdicción excluyendo la

²⁹ VID: CAMPS RUIZ. L. M.- SALA FRANCO. T: "Los estatutos de personas de instituciones sanitarias de la Seguridad Social y el Principio de Igualdad". Poder Judicial n° 14, año 1989, pag. 211 y ss.

³⁰ VID: GAMERO CASADO. E.: "Responsabilidad Administrativa: Conflictos de jurisdicción" op. cit. pag. 91 y ss.

³¹ VID: CUETO PÉREZ. M.: Responsabilidad de la Administración en la Asistencia Sanitaria" op. cit. pag. 1616 y ss.

competencia en el conocimiento de estas cuestiones a la Civil y a la Social³² (art. 9 de la Ley Orgánica 1/1985, 1 de Julio del Poder Judicial). A ello responde por la especialidad que supone la responsabilidad en materia de asistencia sanitaria la Disposición Adicional Duodécima del Proyecto de Ley 121/000107 de Modificación de la Ley 30/1992, de 26 noviembre de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo común³³.

No hay que olvidar que de la dualidad de regímenes jurídicos que las normas administrativas recogen en tema de responsabilidad, uno aplicable a la contractual, regulada en la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de Administraciones públicas y el otro, a los supuestos de lesiones extracontractuales, causadas como consecuencia del funcionamiento de un Servicio Público art. 106.2 CE, con derecho a indemnizar. Es a este tipo de responsabilidad al que nos referimos y al que se predica de las Administraciones Públicas³⁴ con unas notas propias que sirven para calificarla y que tradicionalmente la acompañan. Estas son:

Patrimonial.- Ya que como en su día puso de relieve el Prof. GARCÍA DE ENTERRIA³⁵ la idea consiste en fundar la responsabilidad directamente sobre la teoría del patrimonio y no sobre la doctrina de la conducta subjetiva. Se parte de un principio objetivo de garantía del patrimonio del cual surgirá el deber de reparar las lesiones causadas en su integridad. Se erige así en garantía de los súbditos frente al Estado.

Objetiva.- Que prescindiendo de toda actuación culposa o negligente del autor, hace que nazca el deber de indemnizar siempre que la lesión que sufran los particulares sea consecuencia del funcionamiento de un servicio público. Siendo la fuente de este tipo de responsabilidad la ley, podría haberla configurado tal y como la consagró en el art. 121. LEF, en cambio su actual regulación al admitir alguna causa de inimputabilidad, “salvo en los casos de fuerza mayor” dice el art.

³² VID: SANZ RUBIALES. I: “La ruptura de la unidad de fuero en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración pública Sanitaria. Información Laboral nº 12, XXIII sirve de comentario la ST (Sala 4ª) de 10 julio 1995 (JA nº 5488) Ponente: Excmo. Sr. D. M. A. Campos Alonso. Art. 9, 4º párrafo, 2º de la Ley Orgánica 6/1998.

³³ VID: Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VI Legislatura nº 109-1 Seric A. VID: Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992 de 26 noviembre (BOE.14-1-).

³⁴ La Disposición Adicional duodécima del Proyecto de Ley 121/000107 psc a lo señalado en el art. 2 de la Ley 30/1992, las enumera: Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social sean nacionales como autonómicas, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los Centros concertados con ella...

³⁵ VID: “Los Principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa” Ed. Civitas reimpresión Madrid 1984, pag. 145 y ss. la peculiaridad mas notables de la nueva Ley de Expropiación forzosa es la extensión del sistema de garantía patrimonial de la Administración fuera de los supuestos de Expropiación Forzosa aplicandolo a cualquier daño patrimonial de la Administración y no solo al despojo expropiatorio.

139. 1º de la Ley 30/92 siguiendo los dictados constitucionales art. 106.2 CE, o excepciones concretas³⁶, la considera de naturaleza cuasi-objetiva ya que en el supuesto concreto de responsabilidad sanitaria pueden existir circunstancias que la eximen de responsabilidad.

Pero además se la suele calificar como responsabilidad directa y estricta. Lo primero porque no es una simple cobertura o garantía de los daños causados por la actividad ilícita de sus funcionarios; lo segundo porque prescinde de toda culpa en la conducta del organismo público, o de sus agentes³⁷.

4. PRESUPUESTOS PARA QUE OPERE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA.

Es el art. 139. 1º de la Ley 30/1992 donde se recogen los presupuestos generales para que opere la responsabilidad. Así dice:

“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”.

Según hemos señalado es cuestión pacífica en la doctrina y en el foro que la responsabilidad patrimonial de la Administración es objetiva y que en consecuencia su fundamento difiere de la responsabilidad extracontractual civil basada en la idea de culpa o negligencia, art. 1902 CC lo cual depararía sin mas que percibida la generación de daño automáticamente su imputación le sería atribuida. Un ejemplo de este tipo de responsabilidad es el que nos ofrece el Real Decreto-Ley 9/1993, de 28 mayo estableciéndose una serie de ayudas a los afectados por el VHL. como consecuencia de actuaciones realizadas en el sistema Sanitario público³⁸. De acuerdo con lo previsto en su art. 3:

“No podrán acceder a estas ayudas quienes hubieren obtenido sentencia condenatoria contra cualquiera de las Administraciones públicas por contagio de VIH”, luego los afectados pueden optar o por reclamar a la Administración

³⁶ VID: art. 141 Indemnización-del Proyecto de Ley 121/000107. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieren podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento de la producción de aquellos... amplía sin duda alguna las causas de posible ruptura del nexo causal.

³⁷ VID: GARCÍA DE ENTERRIA. E. -FERNÁNDEZ, T.R.: “Curso de Derecho Administrativo Vol II. 4ª cd. Madrid 1994 pag. 356 y ss.

³⁸ VID. (LA nº 1695). Síndrome de inmunodeficiencia Adquirida.

mediante una acción de responsabilidad Administrativa o bien al amparo del Real Decreto Ley 9/1993 solicitar las ayudas en él concedidas. El decidirse por la primera técnica nos supone tener que delimitar los supuestos en los que la misma tiene posibilidad de prosperar: así serán los casos de aquellas personas que fueran contaminadas con anterioridad abril de 1985 ya que a partir de este momento se conoce el riesgo y se establece la necesidad de someter a prueba de detección de anticuerpo -todas las unidades de plasma- si bien es en octubre del mismo año para el caso de los hemoderivados y hasta febrero de 1987 para las transfusiones sanguíneas, no se adoptan las medidas preventivas aludidas³⁹.

Sin embargo la responsabilidad patrimonial no depara sin más ese resultado sino que del estudio de la imputación de la relación de causalidad nos lleva a tener que examinar caso por caso y decidir conforme a criterios básicos teniendo en cuenta la actividad administrativa desarrollada así como la variedad de actuaciones que pueden tener cabida en las dos modalidades de imputación. Estando en el nexa causal la clave para determinar la existencia o no de responsabilidad.

Si hemos tomado como punto de partida el art. 139.1 Ley 30/1992 vamos a enumerar cuales son esos presupuestos concurrentes.

a.- Sujetos

A tenor del precepto enunciado estos están identificados como:

- Los Particulares
- Las Administraciones Públicas

En relación con los primeros su legitimación activa esta perfilada por la idea de ser titulares del derecho a ser indemnizados y por la de no tener el deber jurídico de soportar el daño como tales personas físicas o sujetos privados. En cambio alguna cuestión se plantea en relación con las Administraciones Públicas ¿Se ha ampliado el ámbito de aquellas que están legitimadas pasivamente frente al particular? ¿Se deduce ello de su número gramatical: plural? o de la exclusión de su calificativo: tal como se predicaba en la anterior reglamentación: arts. 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado⁴⁰. Sin duda a esta caracterización se contribuye desde un doble aspecto.

³⁹ VID: ST (Sala 3ª) de 6 de febrero 1996. (JA n°989). Ponente Excmo. Sr. D. LUIS TEJADA GONZÁLEZ donde se condenó al SAS al pago de una indemnización de 20 millones de pesetas.

⁴⁰ VID: CE: arts. 106 y 121. Ib: MATA SIERRA, Mª: "La responsabilidad patrimonial de la Administración Tributaria". op. cit. pag. 30 y ss.

La Ley 30/1992 en una aproximación al concepto de Administración pública entiende por tal cualquier forma en que aquella se manifieste a tenor del art. 2 incluyendo su número 2 a las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas.

Pero además y con anterioridad a ella, al ser esta materia competencia estatal plena y exclusiva, art. 148.1 18 CE tanto la legislación local, art. 54 de LBRL de 1985 como la normativa autonómica, remiten en esta materia a la legislación general, identificándose esta con la Ley 30/1992.

¿Deben de ser siempre “particulares” los que tienen derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas o pueden también estas adquirir legitimación activa?

La cuestión se plantea al haber surgido por parte de un sector doctrinal un concepto de particulares no en sentido estricto, es decir vinculado al de ciudadano o sujeto privado sino en sentido amplio incluyendo en el a los sujetos públicos que ostenten una posición jurídica equiparable a la de los particulares⁴¹ lo cual nos llevaría a incluir como perjudicado a otra entidad pública por los daños causados en la actuación sanitaria. Sin embargo no tiene fácil justificación esta ampliación del concepto de particular ni desde el punto legal ni de los daños causados por este servicio sanitario. Lo primero porque literalmente se alude en el art. 139 1 y 3 de la Ley 30/ 1992 a los particulares como titulares de la acción para exigir la responsabilidad de ahí que se diga que la determinación del sujeto lesionado se opera legalmente. Además porque esta posibilidad interpretativa se quiso evitar y para ello durante la tramitación parlamentaria de esta Ley 30/1992 la enmienda nº 398 del Grupo Socialista eliminó a las Administraciones públicas como posibles sujetos dañados por la responsabilidad administrativa. Que esta exclusión se produce también aunque para la gestión del servicio público en nuestro caso sanitario se acuda a una de las figuras que conceptualmente se han formado y desarrollado en el campo del Derecho Civil como puede ser las Fundaciones constituidas por entidades públicas⁴². Baste con recordar la Exposición de Motivos y el artículo único de la Ley 15/1997 de 25 de abril y lo previsto en la Ley Gallega 10/1996, de 5 de noviembre, sobre actuación de entes y empresas con participación mayoritaria de la XUNTA⁴³. Dicha ley debería aplicarse a todo el ámbito de actuación de las

41 VID: DAGNINO GUERRA. A.: “Sobre la aplicación extensiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración a los Daños causados por las entidades públicas” REDA nº 92 1996. Ed/Civitas pag. 691 y ss.

42 VID: PIÑAR MAÑAS. J.L.: “Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones”. REDA nº 97 año 1998, Ed. Civitas pag. 43 y ss. sobre la crítica de esta forma de gestión.

43 VID: DO GALICIA 20 Noviembre 1996 nº 227 (ALG nº 356) Entes Públicos y Empresas. Actuación en materia de personal y contratación en las que tiene la XUNTA participación mayoritaria.

Administraciones Públicas, y aludiendo en su art. 1º b) a las fundaciones constituidas mayoritariamente o en su totalidad por aportaciones de la Administración de la C. A. de GALICIA... Pues a pesar de su calificación y un ejemplo está en “Fundación Hospital Verin” financiada en un 99% por el SERGAS las especialidades de su régimen le hacen formar parte de lo llamado bloque de público”⁴⁴. Pero a igual solución se llega en atención a la especial naturaleza de los daños objeto de indemnización, lo que creemos impide el que puedan aparecer como sujetos lesionados por la asistencia Sanitaria una persona jurídica; será suficiente con acudir sin más al art. 43 CE para que la duda se despeje: “Se reconoce el derecho a la protección de la Salud.

b.- Existencia de lesión

En el art. 139 Ley 30/1992 se identifica con la lesión o daño el quebranto que la actuación de la Administración puede ocasionar a los particulares si bien aunque ambas expresiones no son idénticas el legislador acude a ellas para sin duda alguna diferenciarlas de otras afines: como perjuicio.

No hay duda que la lesión sirve de fundamento a la responsabilidad administrativa de igual modo que la culpa o negligencia a la responsabilidad civil, art. 1902 CC. Por ello en todos los textos legales en los que se ha venido regulando este tipo de responsabilidad se refieren al concepto de lesión dentro del tipo de responsabilidad art. 121 LEP y al de daños cuando determinan su evaluación, art. 122 LEP y 139 nº 2 Ley 30/1992. Sin embargo tanto antes como ahora no se ofrece un concepto de ella, por lo que la doctrina ha intentado delimitarla conceptualmente. El prof. GARCÍA DE ENTERRIA⁴⁵ la define como “el perjuicio antijurídico” que el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportarla, aunque el agente que lo ocasione obre con toda licitud”. La propia Ley 30/1992 en su art. 141, 1º lo precisa así son indemnizables... “provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”.

Trasladado este concepto al actuar de la Administración sanitaria alcanza mayor relieve ya que las lesiones derivadas del funcionamiento del Servicio Público sanitario inciden siempre sobre derechos de las personas que gozan de una especial protección: Como son el derecho a la vida, a la salud, a la integridad física, a la libertad. Ello hace que tengamos que preguntarnos cuando estamos en presencia de daños que el paciente-usuario no tiene el deber jurídico de soportar, puesto que difícilmente en esta materia se pueden establecer causas de justifica-

⁴⁴ VID: CUETO PEREZ. M. : “Responsabilidad de la Administración en la Asistencia Sanitaria” op. cit. pag. 205 y 212.

⁴⁵ VID: “Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa” op. cit. pag. 127.

ción que sirvan de título legitimador del daño producido. Cuestión íntimamente unido a la de concretar si el consentimiento prestado por el paciente a una determinada asistencia sanitaria puede ser causa de justificación suficiente para que los daños derivados de la misma sean en todo caso de obligado padecimiento para él.

Esta parece que ha sido la idea que preside esta práctica y a él se refiere el art. 10 nº 6 LGS exigiendo “el consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención”. En cumplimiento de tal obligación se somete al paciente a tener que consentir cualquier intervención o práctica médica, expresamente. Consentimiento que debe ser prestado personalmente por el paciente a no ser que por razones urgentes y que no admitan demora este o bien es omitido o no es prestado por el propio interesado⁴⁶. Sin embargo como pone de relieve RUIZ VADILLO⁴⁷ este consentimiento del paciente por sí solo no es determinante de exención” ni siquiera en el ámbito de la correspondiente responsabilidad civil” lo que nos induce a determinar cual es el alcance del mismo en relación con la responsabilidad médico sanitaria. Como saben hay dos formas fundamentales de entender el consentimiento desde el punto de vista jurídico:

- una como derecho del paciente a proteger su autonomía personal, en cuyo caso la ausencia de consentimiento implicaría un actuar antijurídico del que el médico se haría responsable.
- o bien, como un deber mas del médico con el paciente incluido en su actividad curativa, en cuyo caso el consentimiento no es ya un principio fundamental de la autonomía personal.

La diferencia entre ambas concepciones tiene gran importancia desde el punto de vista jurídico.

En el primer caso, la responsabilidad seria independiente de la materialización de un daño corporal sobre el enfermo; en cambio en el segundo se requiere la existencia del daño.

Ahora bien antes de optar por una y otra posición no cualquier consentimiento es suficiente sino que este como, señala el art. 10.5 LGS, ha de ser informado. Información que alcanza el diagnostico de la enfermedad o lesión que padece, el pronóstico que del tratamiento puede esperarse así como los riesgos del

⁴⁶ VID: ST. 24 mayo 1995 (JA nº 4262). Ponente: Excmo Sr. D. A. BARCALA TRILLO-FIGUEROA..” aquél consistió en la omisión del consentimiento o autorización del paciente. Ib/ST 11 febrero 1997 (JA nº 940) Ponente: Excmo Sr. D. JOSÉ ALMAGRO NOSETE... de ahí que esta obligación que es todavía de medios se intensifica, haciendo recaer sobre el facultativo... así como las obligaciones de informar ya referidas sino con mayor fuerza aún las de informar al cliente, que no paciente...

⁴⁷ VID: “Prólogo” a “El Consentimiento informado del usuario de los Servicios Sanitarios” de GALÁN CORTES, J. C. Ed. Colex. Madrid 1997 pag. 9 y ss.

mismo⁴⁸ es el llamado “privilegio terapéutico” ya que queda a la discrecionalidad del médico el determinar el grado de información que el paciente puede recibir⁴⁹.

¿Que sistema es el acepta nuestro ordenamiento?. Partiendo de la necesidad de este consentimiento informado del paciente, la responsabilidad surge en los casos en los que se ha materializado un riesgo del que no se había informado al paciente pero no se pone en juego la autonomía de la persona y con ella su libertad. La jurisprudencia del TS en los supuestos en que se ha planteado basa la responsabilidad en el incumplimiento de ese deber de información ST 2 de octubre 1997⁵⁰ o que el luctuoso final se produjo no por infracción de la *lex artis* sino por el funcionamiento anormal del servicio siendo responsabilidad del hospital por no tomar medidas informativas.⁵¹

La exigencia de este consentimiento informado art. 10 LGS hace que la responsabilidad va aparecer sólo si se materializa el daño (ligaduras de trompas, vasectomía, falta de información al paciente de inoculación de anticuerpos VIH con trasfusión de sangre en intervención quirúrgicas o bien que el consentimiento se otorgo para una presunta malignidad)⁵² por ello creemos que es el factor daño el determinante de esta responsabilidad por ausencia de consentimiento o habiéndose prestado, fue inexacto debido a la falta de veraz información⁵³.

c. Criterios de imputación

Los tipos de imputación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas están determinados legalmente en el art. 139.1 de la Ley 30/1992 tal y como venía siendo habitual desde que la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 en su art. 121.1º así lo tipificara enunciándose bajo la expresión de “funcionamiento” normal o anormal de los servicios públicos”.

48 VID: PELAYO GONZÁLEZ-TORRE “La intervención jurídica de la actividad médica. El consentimiento informado” Ed/ Dykinson, 1997, pag 106 y ss. Considera al consentimiento como un factor distribuidor de riesgo: ofensivo para el paciente ya que este le utiliza como mecanismo defensivo del médico.

49 VID: GALÁN CORTES, J. C.: “El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios”. Ed. Colex Madrid 1997 pag, 49 y ss.

50 VID: (JA nº 7405) Ponente: Excmo Sr. D. IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA.

51 VID: (JA nº 5208) Ponente: Excmo Sr. D. J. MARINA MARTÍNEZ-PARDO. En el presente caso se habla no de imprudencia del médico sino de responsabilidad del hospital.

52 VID: ST 31 diciembre 1997 (JA nº 9493) Ponente: Excmo Sr. D. E. FERNÁNDEZ-CID DE TERMES. VID: ALONSO PEREZ, M^{ta}. “Responsabilidad derivada de una actuación médica arbitraria en el seno de una relación Trilateral” ADC Tomo L. fasc.II, 1997, pág. 919 y H.

53 VID: DIEZ-PICAZO, L-GULLÓN BALLESTEROS, A.: “Sistema de Derecho Civil. Vol.II. 6ª ed. Madrid 1989 pag. 612 dicen claramente que si bien en la doctrina se admite dentro de ciertos límites como causa de exoneración de responsabilidad el consentimiento del perjudicado, no opera este cuando lo lesionado es la vida, integridad física o cualquier derecho de personalidad del que no se puede disponer.

Ahora bien, si ambos tipos de imputación son los criterios base para atribuir la responsabilidad a las Administraciones Públicas cuando esta alcanza a los servicios médicos sanitarios es aun mayor. Pero ¿qué debemos entender por uno y otro? ¿Cómo podemos hablar de responsabilidad por el funcionamiento normal del servicio en el ámbito sanitario? ¿No es así como deben de funcionar los servicios de esta especialidad? ¿Con arreglo a que criterios se va a responder por funcionamiento normal? Si esto es así, podemos señalar como el funcionamiento anormal del servicio público se consagra como fuente de imputación por excelencia en la responsabilidad patrimonial sanitaria en detrimento del funcionamiento normal que aparece como tipo residual de imputación.

Podemos tomar como punto de partida a la Sentencia Sala 3ª del TS de 5 de junio 1989⁵⁴ para así determinar no sólo el concepto de servicio público sino también el de funcionamiento en el sentido más amplio que su abstracta acepción merece lo que supone identificar el servicio público con “toda gestión, actuación o actividad propias de la función administrativa ejercida incluso con la omisión o pasividad cuando la Administración tiene el concreto deber de obrar o comportarse de un modo determinado”. Dentro del ámbito del actuar anormal tienen encaje supuestos diversos como son:

Funcionamiento defectuoso, y

Cuando el servicio no ha funcionado o cuando lo ha hecho pero tardíamente.

Sin embargo y aunque toda esta actividad englobe el funcionamiento anormal del servicio público qué criterios van a ser los determinantes para precisar cuando la actuación médico-sanitaria se embebe en cada uno de ellos. Este, se identifica con los estándares de rendimiento medio de los servicios de que se trate, lo que impone la necesidad de valorar una serie de factores variables según la época y el contexto en el que se desarrollan.⁵⁵

¿Cuándo nos encontramos ante los supuestos que encajan en el funcionamiento anormal?

En primer lugar está el funcionamiento defectuoso que se origina por esa falta de deber de diligencia funcional, art. 103.1 CE y tendrá esta naturaleza cuando el funcionamiento de los servicios e instalaciones supongan un peligro para el

⁵⁴ VID (JA nº 4338) Ponente: Excmo Sr. D. JOSÉ Mª REYES MONTERREAL. Interpretación amplia de servicio público.

⁵⁵ VID: CUETO PÉREZ. M.: “Responsabilidad de la Administración en la Asistencia Sanitaria” op.cit.pag. 346 y ss señala una variedad de criterios: grado de eficacia que se puede exigir a la salud pública contexto social y económico; medios materiales y humanos que se dispone en un momento; recursos asistenciales del INSALUD; naturaleza de la obligación de actuar...

usuario o para terceros. Así la Administración responde de las lesiones producidas “por el conjunto de posibles deficiencias asistenciales”. Tal como señaló la ST 4 noviembre 1992⁵⁶ en la que se consolida como señala DE ÁNGEL⁵⁷ una línea jurisprudencial de responsabilidad objetiva de los centros asistenciales en los que la Institución demandada -INSALUD- es condenada a indemnizar “por virtud del resultado acaecido” lo que exime al paciente de probar en que momento de la actuación médica se produce el daño y de la identidad del facultativo que hubiera podido incurrir en ella.

Ambos extremos aparecen confirmados con las expresiones de: “existencia de unas negligencias no médicas ni instrumentalmente particularizables sino generalizables” o bien en relación con determinados servicios, la Administración está obligada a velar para que su funcionamiento sea adecuado o para que las personas a su servicio desempeñen su cometido con la diligencia debida⁵⁸.

En el segundo grupo incluimos los casos en los que la responsabilidad de la Administración opera ante una omisión en el deber de actuar que le corresponde. Así en materia sanitaria se produce por la falta de prestación o de la información completa ya que es deber exigible el advertir claramente a sus pacientes⁵⁹ determinadas pruebas que terminan en la muerte del paciente⁶⁰ admitiendo negligencia omisiva en la aplicación de los medios a su alcance o bien por privarle al paciente de unos cuidados muy concretos que sólo puede prestar un personal muy especializado⁶¹.

⁵⁶ VID: (JA nº 9199) Ponente: Excmo Sr. D. MARTÍN GRANIZO. En el se plasma la línea seguida por las ST 12 julio 1988 (JA nº 5991) y ST 21 septiembre 1988 (JA nº 6814). Una crítica sobre el pronunciamiento en ella contenidos. VID: DÍAZ-REGAÑÓN. C. “El régimen de la prueba en la Responsabilidad civil médica” op.cit.pag. 294

⁵⁷ VID: “Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad Civil”, Ed. Civitas. Madrid 1993 pag 43 y ss.

⁵⁸ VID: ST. Sala 3ª 17 enero 1997 (JA nº 137) Ponente : Excmo. Sr. D. JOSÉ MANUEL SIEIRA. Ausencia sin motivo justificado de Médico y ATS lo que impidió el traslado a otro centro con muerte del enfermo.

⁵⁹ VID: ST. Sala 3ª 21 noviembre de 1991 (JA nº 8844) Ponente Excmo. Sr. D. M. BAENA Del ALCÁZAR. “Debe deducirse de estos supuestos de hecho que los servicios sanitarios en su conjunto funcionaran de modo tal que es imputable a la Administración el perjuicio sufrido por el hijo del recurrente cuando a consecuencia de la reacción -vacuna- le produce una lesión”. Ib/ ST 18 febrero 1997 (JA nº 1240) Ponente: Excmo. Sr. D. JOSÉ ALMAGRO NOSETE.

⁶⁰ VID: ST 11 marzo 1996 (JA nº 2415). Ponente: Excmo. Sr. D. A. VILLAGOMEZ RODIL, la no realización de un ecocardiograma no permitió que se realizase un diagnóstico pronto y adecuado a la enfermedad que afectaba a la menor.

⁶¹ VID: ST. 3 septiembre 1996 (JA nº 6501) Ponente: Excmo. Sr. D. IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA la reducción del servicio de neurología en época no conveniente fue suficiente para causar un daño...

En tercer lugar está ubicado el llamado funcionamiento tardío cuyo máximo exponente desde el punto de vista de la asistencia sanitaria está identificado por las denominadas listas de espera de la Sanidad Pública. Pues bien, la Administración puede ser responsable si los daños a los particulares son consecuencia directa de ese retraso, en la realización de unas pruebas o bien en una intervención quirúrgica. Tal es así que si el resultado favorable se reduce por el retraso injustificado en más de un año en la realización de la intervención quirúrgica⁶² así como que la dilación en el acto médico ocasiona un daño que de haberse producido a tiempo el acto médico habría evitado o disminuído el daño sufrido⁶³ son considerados como conducta que dan lugar a ese funcionamiento anormal del Servicio Público Sanitario. Pero también a la Administración se le puede imputar unos daños como consecuencia del funcionamiento normal del servicio sanitario. Lo cual tendrá lugar en base a los riesgos creados en interés de la propia Administración si bien no es éste el único criterio sí el que ha sido aplicado por el TS en la ST Sala 3ª de 14 de julio 1991⁶⁴ en ella se dilucida como el funcionamiento normal del servicio ha producido unas lesiones al particular que este no tiene el deber jurídico de soportar.

¿Los daños fortuitos quedan a cargo de la Administración Sanitaria? La contestación debe ser afirmativa ya que tanto el art. 139.1º de la Ley 30/1992 como el art. 106.2 CE excluyen solamente como causa exonerante a la fuerza mayor.

d.- Nexo causal

La existencia de una relación de causa a efecto, entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido es lógicamente una condición indispensable para que pueda atribuirse aquella el daño resarcible.

De ahí la importancia que este tiene, cuando el ordenamiento administrativo acoge el sistema de responsabilidad objetiva ya que frente a la imputación del daño, la Administración no puede defenderse alegando la no culpa sino únicamente negando la realidad del daño o demostrando ser ajena a la causación del mismo.

⁶² VID: ST Sala 3ª 6 febrero 1996 (JA nº 989). Ponente: Excmo. Sr. D. LUIS TEJADA GONZÁLEZ. Ib/ ST 15 octubre 1996 (JA nº 7110) Ponente Excmo. Sr. D. A. BARCALA TRILLO-FIGUEROA. Se causa un daño por el retraso en disponer la intervención quirúrgica del paciente.

⁶³ VID: ST 7 abril 1997 (JA nº 2741). Ponente: Excmo. Sr. D. A. VILLAGOMEZ RODIL. “La demora en mas de un año, tras la práctica electromiografía, esta ausente de justificación racional”.

⁶⁴ VID: (JA nº 5115) Ponente: Excmo. Sr. D. J. M. REYES MONTERREAL. Ib/ PANTALEON PRIETO. F. “ Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración” op. cit. pag. 67 y ss donde critica que a efectos de la responsabilidad médica el funcionamiento normal como criterio de imputación.

¿Pero con arreglo a que criterios en base a los cuales puede afirmarse que una determinada actividad es la causa de la lesión patrimonial? Problema que todavía puede resultar agravado a nada que se observe que no es una causa sino varias las que han podido contribuir al hecho lesivo, lo que plantea el tener que deslindar el poder causal de cada hecho y asignar a cada causa una parte del daño.

La doctrina partiendo de una consideración abstracta del problema, ha intentado buscar una solución a pesar de la complejidad del tema. Y así desde la teoría de la equivalencia de las condiciones según la cual es suficiente con que una persona haya intervenido en alguno de los acontecimientos que haya llevado al resultado final para que se le impute el daño a la de la causalidad adecuada según la cual cuando concurren diversos acontecimientos, todos ellos susceptibles de haber producido el resultado dañoso, la relevancia se atribuye aquel que sería la causa que normalmente debe haber producido el daño. Es decir, que su acontecimiento por sí sea idóneo para producir el daño: ha sido causa generadora del mismo. Sin embargo y aunque estas formulaciones están en las antípodas, tampoco fundamentan la relación de causalidad ni la denominada imputación objetiva⁶⁵ del resultado ni la *condictio sine qua non*⁶⁶ según la cual una conducta es responsable del daño causado, cuando suprimida esta mentalmente, el daño no se hubiere producido.

Sin embargo si debiéramos el calificar de alguna manera el enjuiciamiento que la determinación del nexo causal se ha hecho por nuestro T. S. sin duda ha sido realista, y lo ha sido por que lejos de dogmatizar ha valorado las circunstancias de cada caso concreto utilizando expresiones de valor no muy preciso pero con la flexibilidad suficiente para adaptarse al supuesto planteado a costa sin duda de tolerar un alto grado de casuismo teniendo en cuenta que el servicio en cuestión es el médico-sanitario⁶⁷.

Ahora bien en ella se aprecia uniformidad en cuanto a que se califica a esta responsabilidad como objetiva y se imputa a las Administraciones Públicas el deber de indemnizar. Concepto que entendemos con MARTÍN REBOLLO⁶⁸ que la cobertura de la Administración se extiende no solo a los funcionarios en senti-

⁶⁵ VID: PANTALEON PRIETO.F.: "Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación". Centenario del Código Civil Vol. II. Ed. Asociación de Profesores de Derecho Civil año 1990 pag. 1561 donde recoge diversos criterios de imputación.

⁶⁶ VID: LACRUZ BERDEJO. J. L. y otros: "Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones Vol. 2 3ª ed. Barcelona 1995, pag. 486 sobre las teorías en orden a la justificación de la causalidad.

⁶⁷ VID: GAMERO CASADO, E: "Responsabilidad Administrativa: Conflictos de jurisdicción" op.cit.pag.65.

⁶⁸ VID: "IMPUTACIÓN" en Enciclopedia Jurídica Básica. Vol.II. Ed. Civitas. Madrid 1995 pag. 3460.

do estricto sino a todo aquél que ejercite funciones públicas en la organización de la Administración, entendiéndola como acción o tráfico ordinario. “Así se pronunció la ya citada ST Sala 3ª 21 noviembre 1991⁶⁹ “es evidente que la causa necesaria aunque quizá no directa de que la lesión se produjera consistió en la omisión del deber de advertencia por parte de los servicios sanitarios...”

La exigencia de esa relación directa de causa a efecto sin intervención extraña que pudiera influir en el nexo causal es tenido a su vez, para declarar la inexistencia de responsabilidad en la Administración⁷⁰ o que la exigencia de exclusividad sin interferencias extrañas procedentes de terceros o del propio lesionado configura ese nexo causal, ya que para que esta responsabilidad sea efectiva se requiere la existencia de conexión entre la actuación sanitaria y el daño real⁷¹.

Pero siguiendo la fórmula legal de los arts. 40 LRJAE y 106 2º CE el Segundo Fundamento de Derecho de la ST Sala 3ª 31 de enero 1996⁷² enumera los requisitos necesarios para el reconocimiento de la responsabilidad a la Administración haciendo hincapié en que la lesión sufrida como consecuencia del funcionamiento normal o anormal sea de causa a efecto”. También por conductas omisivas puede imputarse la responsabilidad a la administración: existe nexo causal entre el actuar de la administración-ausencia de médico y ATS del ambulatorio- y el resultado, fallecimiento del enfermo⁷³ ya que la ausencia del personal sanitario impidió que se adoptase soluciones en función de los medios disponibles...

e.- Fuerza extraña: su incidencia

A pesar de que sistemáticamente se viene calificando al sistema seguido en la atribución de responsabilidad a la Administración como objetivo sin embargo tal calificación tiene que ser matizada ya que entre la propia delimitación de los presupuestos de la responsabilidad el art. 139. 1 Ley 30/1992, exceptúa a la fuerza mayor, inspirándose en la propia CE, art. 106. 2. Sin embargo se añade por parte de la doctrina que si además de la fuerza mayor el nexo de causalidad queda roto

⁶⁹ VID: (JA nº 8844) Ponente: Excmo. Sr. D. M. BAENA DEL ALCÁZAR... Médicos; Responsabilidad, culpa in omitiendo.

⁷⁰ VID: ST. Sala 3ª 31 de octubre 1995 (JA nº 7155) Ponente: Excmo. Sr. D. MANUEL GODED MIRANDA, “no se dio nexo entre causa y el efecto”. Ib/ ST. Sala 3ª 10 de febrero 1998 (Actualidad Aranzadi nº 339) Ponente: Excmo. Sr. D. JJ GONZÁLEZ RIVAS, la ceguera total del prematuro tras su permanencia en la incubadora con oxigenación, no es imputable al INSALUD.

⁷¹ VID: S.T. Sala 3ª 6 de febrero 1996 (JA nº 989). Ponente: Excmo. Sr. D. LUIS TEJADA GONZÁLEZ.

⁷² VID: (JA nº 474) Ponente: Excmo. Sr. D. PEDRO A. MATEOS GARCÍA.

⁷³ VID: S.T. Sala 3ª 31 de enero 1997 (JA nº 137) Ponente: Excmo. Sr. D. JOSÉ Mª SIEIRA MIGUEZ.

por la propia conducta de la víctima y por el hecho de un tercero. Si interpretamos literalmente el precepto solo aquél hecho externo a la esfera de actuación del perjudicado en el que concurren los caracteres de irresistible y de inevitable origina la ruptura del nexo causal y en consecuencia exime de responsabilidad⁷⁴. En el ámbito de la asistencia Sanitaria algún sector doctrinal ha intentado considerar como un supuesto de fuerza mayor la transmisión del Sida o de la hepatitis C con anterioridad al conocimiento de los medios adecuados para su detección y que podemos centrarlos en octubre de 1985 y abril 1987 según sean hemoderivados o transfusiones: las personas afectadas lo han sido como consecuencia del estado de la ciencia en un momento determinado que no ha permitido evitar la contaminación. De seguir esta calificación la Administración quedaría exonerada de responsabilidad. Así el TS Sala 3ª Sentencia 6 Febrero 1996⁷⁵ la Administración -Andaluzá alegó que el producto que produjo el contagio del Sida estaba inscrito en el Registro de Especialidades farmacéuticas del Ministerio de Sanidad y Consumo por lo que se encontraba en el mercado avalado por autoridad competente lo que permitía confiar a todo usuario de su contenido⁷⁶. Pero además mantiene la necesidad de la existencia de un nexo causal directo e inmediato entre el acto imputable a la Administración y la lesión causal exigiéndose además la prueba concreta de que se causó el daño, correspondiendo esta al propio perjudicado.

¿Supone una excepción el que otras concausas intervengan en la ruptura del nexo causal? Admitirles supondrá sin más pasar de una causalidad exclusiva-relación directa y exclusiva sin interferencias de terceros ni de la víctima en la causación del daño - al concurso causal en la producción del mismo. Concretamente junto al hecho dañoso procedente de la Administración actúan como concausas,, la culpa de la propia víctima o el hecho del tercero. Supuestos problemáticos y que sin duda dependerá de que su concurrencia excluye la responsabilidad de la Administración haciéndoles sinónimos de fuerza mayor⁷⁷ pues se rompe totalmente el nexo causal o bien se declara sin dificultad la responsabilidad administrativa atribuyendo la totalidad del resarcimiento a esta.

Especial mención debe hacerse del propósito del legislador de aumentar expresamente los casos de exoneración de responsabilidad en aquellos supuestos en que los daños “se deriven de hechos o circunstancias que según el estado de conocimiento de la ciencia o de la técnica en el momento de su producción” no hubieran podido preverse o evitarse. ¿Son los denominados riesgos del desarrollo?.

⁷⁴ VID: BLASCO. A.: “La relación de causalidad en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración en la Jurisprudencia reciente”. REDA nº 53 año 1987, Ed. Civitas pag.102 y ss. VID: ST. 22 diciembre 1997. (JA nº 737) Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús González.

⁷⁵ VID: (JA nº 989) Ponente: Excmo. Sr. D. LUIS TEJADA GONZÁLEZ.

⁷⁷ VID: ST. Sala 3ª 15 de julio 1991 (JA nº 6167). Ponente: Excmo. Sr. D. J. Mª REYES MONTERREAL.

No hay duda de que teniendo en cuenta la naturaleza de la responsabilidad -objetiva- la ruptura del nexo causal por la fuerza mayor, hay que apreciar en materia de responsabilidad por asistencia sanitaria como la indemnización por los daños causados puede verse modificada en atención a esa concurrencia de concausas.

f.- Daño indemnizable

No cualquiera lesión causada a los particulares por el funcionamiento de un servicio público se va a indemnizar sino sólo las que reuniendo determinados requisitos art. 139.2 Ley 30/1992, el particular no tiene el deber jurídico de soportar, art. 141.1, de ello deriva su carácter de antijuricidad.

Las razones de estas exigencias se reflejan tanto en el carácter directo que tiene la responsabilidad de la Administración⁷⁸ lo cual se manifiesta en que ella suplantaría como legitimado pasivamente al funcionario en la reclamación de los daños como que será responsable la Administración a la que el autor material del mismo pertenece, art. 145.1 Ley 30/1992 ya que la finalidad última del sistema de responsabilidad patrimonial es la garantía del ciudadano.

Pero si bien cualquier tipo de bien o Derecho es susceptible de ser objeto de daño y en consecuencia indemnizable (Art. 121 LEF se refería sólo a los reconocidos en esta Ley) dicha limitación ha sido superada tanto en el art.106.2 CE como el art. 139 de la Ley 30/1992.

Sin embargo en el ámbito de la asistencia sanitaria las lesiones derivadas del funcionamiento del servicio público inciden sobre derechos de la persona que se encuentra incluso protegidos constitucionalmente lo que hace que ante los fines que persigue tal actividad alejen el contenido de la lesión del campo de lo patrimonial y se refieran a Derechos inherentes a la propia persona; sin olvidar que será el particular el que señale esa línea entre el deber jurídico de soportar y cuando no.

Pero no cualquier daño será indemnizable sino que para que lo sea ha de reunir los siguientes requisitos:

- a/ efectivo, real no potencial
- b/ evaluable
- c/ individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

A todos ellos se refiere la ST Sala 3ª de 22 de noviembre 1991⁷⁹ Lesión resarcible que comprende no sólo los perjuicios económicos sino también todo otro daño concreto e individualizado.

⁷⁸ VID: ST. 27 noviembre 1997 (JA n° 8479) Ponente: Excmo. Sr. D. A. VILLAGOMEZ RODIL..” responsabilidad directa...

⁷⁹ VID: JA n° 8844) Ponente: Excmo. Sr. D. BAENA DEL ALCÁZAR.

Pero estos daños que se producen en el ámbito médico sanitario no quedan reducidos a ser sólo de carácter personal y corporal, salud, integridad física sino también comprenden los morales, lo que hace que por la naturaleza de aquellos se produzcan daños de esta naturaleza uniendo a los también corporales. La ley admite su indemnización cuando en el art. 142.5 alude a los daños de carácter físico o psíquico.

Desde la perspectiva de la asistencia sanitaria los supuestos de daños que pueden producirse son de la más variada naturaleza:

- a/ Imputables a la enfermedad
- b/ Derivados del tratamiento médico
- c/ Atribuibles al personal que presta sus servicios en Centros Sanitarios los cuales pueden ser originados: Por mala práctica profesional, porque falta la información precisa al paciente con las contraindicaciones o porque sin consentimiento del paciente se lleva a cabo un acto médico.

En cuanto a los daños producidos por el propio funcionamiento del sistema y organización hospitalaria hay que citar:

- Falta de asistencia.
- Asistencia sanitaria defectuosa.
- Conjuntos de posibles deficiencias asistenciales.
- Muertes en Centros Hospitalarios por falta de vigilancia etc...

g.- Plazo de la acción

El plazo para ejercitar la acción y dirigir a la Administración la reclamación correspondiente es de 1 año igual que en el número 2 del art. 1962 CC. Correlativamente a lo dispuesto en dicho precepto el art. 122 LEF calificó a este plazo como de prescripción con las importantes consecuencias previstas en el art. 1973 CC de la interrupción.

No obstante la anterior naturaleza del plazo anual se modificó en el art. 40.3 LRJAE señalando que el plazo a reclamar será de caducidad.

El actual art. 142.5 Ley 30/1992 ha vuelto a la fórmula inicial pero con algunas puntualidades: Días a quo del cómputo del plazo de prescripción.

- Fecha en que se produce “el hecho o acto que motive la indemnización.
- Daños de carácter físico o psíquico, el plazo comenzará a computarse desde la curación o determinación del alcance de la secuela⁸⁰
- Tal plazo y cómputo se sigue para la responsabilidad de la Administración de Justicia art.139 nº 4.

⁸⁰ VID: ST. 18 febrero (Actualidad Aranzadi nº 339 Ponente Excmo. Sr. D. EDUARDO FERNÁNDEZ-CID DE TERMES. VID: GARCÍA-TREVIJANO, E. “Plazo para exigir la Responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas” id/. Civitas,. Madrid 1998 págs. 133 y H.

ANEXO.

Con posterioridad al desarrollo del Curso de Derecho Sanitario han entrado en vigor las siguientes disposiciones que tienen gran incidencia en esta lección:

Ley Orgánica 6/1998, 13 de Julio que modifica la Ley Orgánica 6/1985 de 1 Julio del Poder Judicial: Art. 9 nº 4.

Ley 29/1998, 13 de Julio reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa: Art. 2 (e y f).

Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992 de 26 Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: Art. 141 y Disposición Adicional duodécima.