

## EL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS CAUSADOS CON OCASIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA: DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN.

ANA DÍAZ MARTÍNEZ

*Profesora Titular de Derecho Civil*

*Universidade de Santiago de Compostela*

**Planteamiento.-** Si bien cierto que la totalidad del denominado Derecho de daños, con sus esenciales funciones resarcitoria y, en menor medida, disuasoria o preventiva<sup>1</sup>, ha experimentado en los últimos años una notable expansión, multiplicándose los textos legales que establecen nuevos supuestos de responsabilidad, generalmente con tendencia hacia la objetivación de la misma, no puede negarse que uno de los campos en que la proliferación de conflictos jurídicos es más notoria es el de las reclamaciones judiciales que tienen su base en daños sufridos con ocasión de la prestación de un servicio médico o, en sentido más amplio, sanitario.

En efecto, como pone de manifiesto MUÑOZ MACHADO<sup>2</sup>, se trata de un fenómeno universal en los países con servicios sanitarios desarrollados, que llevan consigo no sólo la constante realización de actos médicos sino también la utilización de medios de diagnóstico y tratamiento cada vez más sofisticados y generadores, por tanto de mayores riesgos, a lo que ha de unirse una mayor preocupación, tanto legislativa como social por la protección

---

<sup>1</sup> *Vid.* al respecto, defendiendo la función básicamente reintegradora o resarcitoria del sistema de responsabilidad extracontractual, que ha de pretender, ante todo, evitar que la víctima sufra las consecuencias del daño, y atribuyendo al ámbito penal el cumplimiento de la función sancionadora, ROCA I TRIAS: *Derecho de daños. Textos y materiales*. 2ª ed. Valencia, Tirant lo blanch, 1998. Pág. 25.

<sup>2</sup> “Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración Sanitaria (Con algunas reflexiones sobre las funciones actuales de la responsabilidad civil)”. *Documentación Administrativa* nº 237- 238, enero- junio 1994. Pág. 256.

de los derechos e intereses de los usuarios de tales servicios médicos, que se traduce en una mayor información de éstos y, en definitiva, en el aumento de las reclamaciones en vía judicial, cada vez, además, con más eco y trascendencia en los medios de comunicación. Sin embargo, esta actualidad general del tema de la responsabilidad derivada de la asistencia sanitaria presenta en nuestro país peculiares e interesantes perfiles en los últimos años debido a ciertos cambios legislativos cuya relevancia acaso no haya sido subrayada suficientemente por cuanto lejos de implicar tan sólo precisiones sobre la jurisdicción competente cuando se demanda a una Administración con competencias en la prestación de asistencia sanitaria, liberando así a la víctima de las profundas dudas que le podían conducir a lo que se ha calificado en innumerables ocasiones de “lamentable peregrinaje de jurisdicciones”<sup>3</sup>, van a suponer, a mi juicio, un notorio cambio en el régimen jurídico de la responsabilidad derivada de daños sufridos a raíz de la asistencia sanitaria cuando se demande a una Administración Pública, lo que, por otra parte, viene siendo lo más común desde hace algún tiempo.

En efecto, la expansión de la medicina pública propia del Estado social de Derecho que la Constitución proclama y las particulares garantías de solvencia que proporcionan a los perjudicados, frente a los concretos profesionales sanitarios a quienes puede imputarse la acción u omisión, ha determinado que sean mucho más numerosos los supuestos en que aparece una Administración como demandada, sea con carácter exclusivo, sea a través de lo que han venido denominándose “reclamaciones mixtas”, en las que se dirige la demanda contra el sanitario y la entidad pública en la que presta sus servicios. Ello no implica en modo alguno la desaparición de acciones judiciales derivadas de la prestación de asistencia en el ámbito sanitario privado, pero ha de reconocerse que cuantitativamente, al menos en el campo de la llamada Medicina curativa y prescindiendo de otras funciones como la de mejora estética o control de la procreación, tienen más relevancia las que pretenden la responsabilidad de una Administración sanitaria.

No obstante, pese a que esta tendencia viene observándose desde hace años, tradicionalmente las reclamaciones venían canalizándose de manera mayoritaria por la vía civil, lo que determinaba la necesidad de probar la culpa o negligencia del profesional sanitario, determinándose a continuación la responsabilidad de la Administración, fuese el INSA-LUD, fuese un Servicio de Salud de una Comunidad Autónoma con competencias en la materia a través del art. 1903 Cc., es decir, por culpa *in vigilando* o *in eligendo*<sup>4</sup>, siendo

---

<sup>3</sup> *Ad exemplum*, STS de 27 de febrero de 1995 (R.J.A. 4077).

<sup>4</sup> Véase en este sentido STS de 22 de junio de 1988 (R.J.A. 5124), que, sobre la base de la culpa de la ATS que administra una inyección y causa una lesión en el nervio ciático, declara la culpa *in vigilando* o *in eligendo* del INSA-LUD. Asimismo, SSTS de 21 de septiembre de 1988 (R.J.A. 6847) y de 6 de octubre de 1994 (R.J.A. 7465), esta última fundada en la actuación de los facultativos que no prestaron un servicio de vigilancia postoperatoria correcto.

muy escasas las resoluciones judiciales que establecían la responsabilidad objetiva de la Administración. En todo caso, siendo sólo ésta última la demandada o no pudiendo probarse la negligencia del profesional sanitario que actuó<sup>5</sup>, era habitual fundamentar su responsabilidad en el art. 1902 Cc., que asimismo exigía una omisión o conducta negligente (la llamada culpa *in operando*), que se ha considerado existente en supuestos como dejar sin cubrir una plaza del encargado de realizar electroencefalogramas, lo que impidió detectar el verdadero mal que aquejaba a un enfermo posteriormente fallecido<sup>6</sup>, en no prestar la asistencia debida en tiempo oportuno de acuerdo con los datos y síntomas que constaban al personal médico<sup>7</sup> o en no haber desarrollado la actividad necesaria para proveerse de los medios que le hubieran permitido detectar la presencia en la sangre transfundida de anticuerpos de la hepatitis C<sup>8</sup> o en el hecho de haber reducido un servicio hospitalario en vacaciones de verano, lo que obliga a ingresar a un enfermo en un servicio distinto del que le correspondía por su dolencia (otorrinolaringología en vez de neurocirugía)<sup>9</sup>.

Ciertamente aun funcionando con parámetros estrictamente civiles existía desde 1984 un marco legal para declarar la responsabilidad objetiva, fuese de una institución hospitalaria privada, fuese de la Administración sanitaria, con fundamento en el art. 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, pero ha de reconocerse que han sido escasas las decisiones judiciales que han declarado tal responsabilidad con abstracción absoluta de la culpa o negligencia, si bien puede observarse una nada despreciable tendencia a la minoración del culpabilismo. De todos modos, en los últimos años es preciso reseñar que tanto el Tribunal Supremo como los órganos judiciales inferiores han empezado a dar virtualidad a aquel precepto durante mucho tiempo ignorado en cuanto a los servicios sanitarios se refiere, cuando no era expresamente rechazada su

---

<sup>5</sup> Así ocurrió en el caso resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 20 de octubre de 1993 (*Ar. Civil* nº 2114), que declara la responsabilidad del Servicio Valenciano de Salud, demandado junto con la ATS encargada de la aplicación de un tratamiento de quimioterapia, por entender que, aunque no había quedado demostrado que la actuación de ésta se desarrollara con desconocimiento de la *lex artis* exigible en el caso concreto, sí podía establecerse la responsabilidad culposa por omisión de aquél, por no disponer el servicio de Oncología de un facultativo que pudiera atender a la paciente tras sufrir el daño, lo que determinó una falta de asistencia a aquélla.

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 6 de marzo de 1995 (*R.J.A.* 1782), que afirma que “la ausencia del personal sustituto del titular para tal caso de emergencia ha de serle imputable a la institución recurrente y por ello con todas las características y factores exigidos por el artículo 1902 del Código Civil”.

<sup>7</sup> SAP de Cantabria de 25 de noviembre de 1993 (*Ar. Civil* nº 2310), que insiste en la existencia de culpa en el INSALUD derivada de la negación de asistencia médica y la falta de realización o, en su caso, pérdida de un historial clínico.

<sup>8</sup> Puede verse en estos términos la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 12 de julio de 1994 (*Ar. Civil* nº 1188).

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de septiembre de 1996 (*R.J.A.* 6501).

aplicación, en la que se fundamentaba la pretensión del demandante, afirmando, a mi manera de ver desacertadamente<sup>10</sup>, que en modo alguno podía servir de fundamento este precepto para una posible exacción de responsabilidad médica, que exige en todo caso una clara negligencia de quien presta los servicios<sup>11</sup>. Dada esa obstinación en negar la aplicación del precepto citado, merecen una especial atención las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 1 y 21 de julio de 1997 y de 11 de febrero y 18 de junio de 1998<sup>12</sup> que resuelven el conflicto, bien es cierto que en supuestos de hecho de perfiles muy delimitados, con base en el mentado art. 28 L.C.U<sup>13</sup>.

En efecto, tratándose en tres de los casos de infecciones hospitalarias y en el restante de una transfusión sanguínea que contagia el virus del SIDA, establece la Sala de lo Civil del Alto Tribunal que ha de declararse una responsabilidad objetiva, “que nada tiene que ver con la conducta prudente o imprudente de la parte a quien se imputa la responsabilidad”<sup>14</sup>. Particularmente interesantes son, en este sentido, las afirmaciones de la sentencia citada en último lugar, según la cual “son aplicables a este supuesto los artículos 1, 26 y 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, en cuanto el paciente era consumidor (art. 1), utilizó unos servicios (art. 26), entre los que se incluyen los sanitarios (art. 28.2º) y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrolla el Capítulo VIII (arts. 25 y ss); en defecto de los niveles de pureza presumidos por la ley, de eficacia o seguridad, que suponen, además, posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden o deben impedir, de suyo y por regla general, infecciones subsiguientes a una intervención en el medio hospitalario o su reactivación en el referido medio, y cuando estos controles fallan de manera no precisada, o bien dejan de funcionar por razones atípicas en

---

<sup>10</sup> En el mismo sentido, PANIZA FULLANA, quien se muestra incluso partidaria (“La responsabilidad civil médico-sanitaria y la LGDCU (Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1997 y 21 de julio de 1997)”. *Ar. Civil* 1998-I. Pág. 83) de que el término “servicios sanitarios”, que emplea el citado art. 28 y es presupuesto de la responsabilidad objetiva que en él se consagra, se amplíe dando cabida no sólo a las prestaciones hospitalarias sino también a los actos de los médicos.

<sup>11</sup> Con esta doctrina pueden analizarse las sentencias del Tribunal Supremo de 22 y 29 de julio de 1994 (*R.J.A.* 6581 y 6937, respectivamente), así como las de las Audiencias Provinciales de Asturias y Palencia de 18 de enero y 13 de junio de 1995 (*Ar. Civil* nº 136 y 1225, respectivamente).

<sup>12</sup> *R.J.A.* 5471, 5523, 707 y 5290, respectivamente.

<sup>13</sup> También pueden verse, en la misma línea, las sentencias de las Audiencias Provinciales de Toledo de 13 de mayo de 1994 y de Palencia de 22 de diciembre de 1995 (*Ar. Civil* nº 892 y 2292, respectivamente).

<sup>14</sup> La cita literal es de la sentencia de 11 de febrero de 1998, que, sin embargo, presenta rasgos diferenciales respecto de las otras, puesto que tras afirmar que la responsabilidad que declara es de naturaleza objetiva acaba concluyendo que a la entidad recurrente, el INSALUD, hay que imputarle la responsabilidad porque su culpa deriva del incumplimiento de una norma de protección por la que se regulaba la hemodonación y bancos de sangre (RD 1945/1985, de 9 de octubre).

relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva”<sup>15</sup>.

En todo caso, como hemos puesto de manifiesto, dejando a un lado los escasos supuestos en que se está abriendo camino la responsabilidad objetiva –siempre hospitalaria o institucional– con base en la legislación tuitiva de los consumidores, en el ámbito civil se funciona predominantemente para declarar la responsabilidad no sólo de los profesionales sanitarios sino también de la Administración en la que prestan sus servicios sobre la base del culpabilismo, sea individualizado sea general o de imposible concreción, en definitiva sobre lo que se califica, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, como después analizaremos, de “anormal funcionamiento de los servicios médicos”<sup>16</sup>. La incertidumbre sobre el futuro funcionamiento de la materia va ligada, sin embargo, a las recientes reformas legales que parecen pretender no sólo unificar la jurisdicción competente para conocer demandas de responsabilidad derivada de la asistencia sanitaria cuando se pretenda imputar la misma a una Administración sino también sustituir los criterios civiles con los que hasta ahora se ha venido en gran medida funcionando por

---

<sup>15</sup> Sin apelar al art. 28 L.C.U. ni al carácter objetivo de la responsabilidad en otros supuestos de daños causados por infecciones hospitalarias la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha declarado la responsabilidad del INSALUD sobre la base de un “conjunto de posibles deficiencias asistenciales”, es decir, con apoyo en una negligencia no susceptible de individualización, sino generalizada, en sentencias como las de 24 de febrero y 4 de noviembre de 1992 (*R.J.A.* 1427 y 9199, respectivamente).

<sup>16</sup> No obstante, pese a que no han desaparecido las constantes afirmaciones jurisprudenciales según las cuales la responsabilidad derivada de la asistencia sanitaria exige la prueba de la negligencia por parte del perjudicado, por tratarse de una obligación de medios y no de resultado, pueden apreciarse algunas muestras de flexibilidad en el anterior rigor en materia probatoria, aceptando excepcionalmente la inversión de la carga de la prueba (SSTS de 17 de junio de 1989 y 15 de febrero de 1993 –*R.J.A.* 4696 y 771, respectivamente) o admitiendo el valor de las presunciones (STS de 12 de febrero de 1990 –*R.J.A.* 677-).

Desde otra perspectiva, destaquemos que la consideración de que el incumplimiento del deber de informar al paciente (que comprende, según STS de 25 de abril de 1994 –*R.J.A.* 3073-, indicaciones sobre el diagnóstico de su dolencia, el pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, los riesgos que su aplicación entraña y, en su caso, la insuficiencia de medios del centro sanitario) ha de tomarse como conducta u omisión negligente ha abierto el camino para apreciar en mayor número de supuestos la responsabilidad tanto del concreto profesional sanitario como de la Administración de la que depende, sin adicionales exigencias sobre la existencia de culpa en la realización del acto médico origen del resultado dañoso. En este sentido puede verse, recientemente, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1997 (*R.J.A.* 1240), que hace derivar la responsabilidad del Institut Català de la Salut de la culpa profesional de sus facultativos al realizar una intervención médica de alto riesgo, sin que ello fuera necesario e ineludible y sin advertir al paciente de la existencia del mismo, de los que se presentarían en caso de no realizarla y de las posibles alternativas terapéuticas, “con lo que asumieron los riesgos por sí, en el lugar del enfermo llamado a prestar su consentimiento tras una información objetiva, veraz, completa y asequible”.

los que definen la llamada responsabilidad patrimonial de la Administración, lo que introduce en el tema matices de gran interés no exentos, por otra parte, de polémica.

Sírvannos unas muy recientes afirmaciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo para plantear nuestras inquietudes sobre las diferencias en el futuro tratamiento del tema de la responsabilidad de las Administraciones Públicas derivada de la asistencia sanitaria a raíz de las nuevas disposiciones legales aplicables al tema. En efecto, con ocasión de unas lesiones causadas por la rotura de una jeringa con defecto de fabricación, que se entendió no era detectable antes de su uso, considera el Alto Tribunal, en sentencia de 17 de abril de 1998<sup>17</sup>, que no es correcta la imputación del evento dañoso al Servicio Vasco de Salud porque no le es exigible que realice un control de calidad de los productos que le suministran los fabricantes ni tiene lógica que sea la responsable en caso de que aquéllos incumplan sus propias obligaciones al respecto, concluyendo que “en la vía civil elegida por la actora de esta litis no corresponde la declaración de responsabilidad, si la hubiera, por los daños causados en la prestación de un servicio público”<sup>18</sup>. Tales apreciaciones del Tribunal Supremo, que no hacen sino poner de manifiesto la conexión entre el cauce jurisdiccional y el régimen jurídico aplicable en la materia, inmediatamente obligan a preguntarse si la solución al caso concreto habría sido idéntica de haber sido la jurisdicción contencioso-administrativa la que hubiese conocido del mismo, resolviendo el conflicto con base a los criterios y presupuestos que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración que, como es sabido, prescinde de la noción de culpa y funciona sobre parámetros de objetividad.

En lo sucesivo, pues, subrayada tal relación entre la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las demandas planteadas por los particulares contra una Administración sanitaria con una pretensión de resarcimiento de los daños sufridos con ocasión de un acto médico, a mi juicio hoy indiscutible, y la aplicación de la normativa referente a la responsabilidad patrimonial de toda Administración Pública, centraremos el resto de la exposición a destacar los cambios en el régimen jurídico de esta materia que habrán de experimentarse como consecuencia del abandono de los preceptos y parámetros civiles que hasta el momento venían, en buena medida, presidiendo el tratamiento de la misma.

---

<sup>17</sup> *R.J.A.* 2055.

<sup>18</sup> Al margen del tema de fondo que nos interesa suscitar aquí, sobre los distintos criterios para la imputación de responsabilidad a una Administración sanitaria con que se funciona en el ámbito civil y en el administrativo, el caso concreto del defecto de fabricación que aquí traemos a colación no puede menos que servir de fundamento para apuntar que en ciertas ocasiones los daños sufridos con ocasión de la prestación de un servicio sanitario (la aplicación de puntos de sutura con hilo defectuoso, la utilización de derivados sanguíneos que no reúnen buenas condiciones) podrían también fundamentar una acción contra el fabricante basada en la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos.

En efecto, la polémica sobre la jurisdicción competente, hasta hace poco tiempo de gran interés jurídico<sup>19</sup>, parece definitivamente resuelta en el sentido apuntado tanto en la Ley

---

<sup>19</sup> Es sabido que la competencia para conocer de las demandas contra una Administración Pública a la que se imputaba una responsabilidad por los daños sufridos por un particular con ocasión de la prestación de servicios sanitarios ha sido reclamada, con base en distintos argumentos, por los órdenes jurisdiccionales civil, contencioso-administrativo y social, sin que tales atribuciones competenciales hayan cesado tras la entrada en vigor de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El presupuesto que fundamentaba de manera esencial el conocimiento de las reclamaciones subsiguientes por parte de la jurisdicción civil era el art. 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, al entenderse que en la prestación de asistencia sanitaria la Administración actuaba desprovista de soberanía, como si de un empresario privado se tratase (entre otras muchas, SSTs de 21 de septiembre de 1988, 7 de abril de 1989, 30 de enero de 1990, 30 de julio de 1991 y 27 de febrero de 1995 –*R.J.A.* 4016, 2997, 74, 5435 y 4077, respectivamente). Un argumento adicional para sustentar el conocimiento por la jurisdicción ordinaria de tales demandas ha sido, por otra parte, la *vis atractiva* de la misma, en los términos que se deducen del art. 9.2º L.O.P.J. (STS de 22 de junio de 1988 –*R.J.A.* 5124-) y la necesidad de evitar la continencia de la causa cuando de reclamaciones mixtas se tratase, es decir, de supuestos en que se traía al proceso conjuntamente al profesional sanitario sujeto de la conducta u omisión causante de los daños y a la Administración en la que prestaba sus servicios.

Aunque el art. 144 de la Ley 30/1992 (que establece que cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de derecho privado responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo como actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentren) suprimió, a mi modo de ver, la competencia del orden civil, quedaron sin solucionarse, sin embargo, definitivamente, con este texto legal los conflictos entre los órdenes social y contencioso-administrativo.

En efecto, por un lado la Disposición Adicional Sexta de esta misma Ley deja a salvo “la impugnación de los actos de la Seguridad Social” (en la actualidad el art. 2 aptdo. b) del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral señala que los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan en materia de Seguridad Social, lo que puede entenderse mantiene el confusionismo en que hasta el momento se ha movido el tema, dado que la prestación de asistencia sanitaria por parte de las Administraciones Públicas se efectúa básicamente a través de tal sistema) y por otro se ha acusado al Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se regulan los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de manifiesta extralimitación e ilegalidad por vulnerar el principio de jerarquía normativa, al disponer su Disposición Adicional Primera que deberán seguir la tramitación administrativa y, en su caso, contencioso-administrativa, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Servicio Nacional de Salud, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria.

Cierto es que diversos pronunciamientos de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo vienen en los últimos años atribuyendo el conocimiento de las demandas de reclamación de daños y perjuicios entabladas contra una Administración sanitaria al orden contencioso-administrativo, afirmando, entre otras cosas, que el RD 429/1993 no hace atribución alguna que no estuviera implícitamente en la Ley 30/1992, (véanse en este sentido los Autos de 7 de julio y 27 de octubre de

29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, como en la nueva redacción que se ha dado, en virtud de la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, de reforma de la del Poder Judicial, al art. 9.4º de este mencionado texto legal, del mismo modo que en la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Así, la propia Exposición de Motivos de la mencionada Ley 29/1998, cuya entrada en vigor tuvo lugar a mediados de diciembre de 1998<sup>20</sup> indica que los principios del peculiar régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, que tiene cobertura constitucional, son de naturaleza pública y que ya que la Ley impone que dicha responsabilidad se exija a través de un mismo tipo de procedimiento administrativo, “parece muy conveniente unificar la competencia para conocer de este tipo de asuntos en la jurisdicción contencioso-administrativa, evitando la dispersión de acciones que actualmente existe y garantizando la uniformidad jurisprudencial”<sup>21</sup> salvo, como es lógico, por lo que se refiere a ilícitos penales. En este sentido, el art. 2 aptdo. e) consagra la competencia de tal

---

1994 -R.J.A. 7998 y 10587-, con votos particulares en contra expresados en ambas decisiones adoptadas mayoritariamente, así como dos de 11 de diciembre de 1995 -R.J.A. 9782 y 9783, respectivamente- y los de 25 de octubre de 1996, también con un voto particular que defiende la competencia del orden social -R.J.A. 9128- y 10 de diciembre de 1996 -R.J.A. 9130-, dirección en la que también se pronuncia el Auto del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 22 de diciembre de 1995 -R.J.A. 9776-), pero también lo es que la Sala de lo Social del Alto Tribunal sigue resistiéndose a aceptar tal criterio y continúa atribuyéndose la competencia. Para ello alega que la prestación de tratamiento médico en cuyo desenvolvimiento acaecen los daños a resarcir se produce en función de la relación jurídica de aseguramiento protector que vincula a la Seguridad Social con sus titulares y beneficiarios, por lo que se está, en definitiva, reclamando a raíz de una prestación asistencial deficiente, sin que sea propiamente una acción contra la Administración por los daños derivados del funcionamiento de un servicio público. En este sentido pueden verse las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 14 y 16 de octubre de 1995, 9 de febrero, 18 de mayo, 10 y 24 de junio, 20 de septiembre y 19 de diciembre de 1996, así como de 18 de septiembre de 1997 (R.J.A. 7754, 7759, 1008, 4477, 5007, 6100, 6579, 9807 y 9471, respectivamente), insistiendo en que de ninguno de los preceptos de la Ley 30/1992 resulta que la misma haya restablecido la unidad jurisdiccional en el sentido de que el orden contencioso-administrativo haya asumido competencias en materia de prestaciones que viene atribuidas al orden social y sustentando la idea, ya expuesta, de la inoperancia en la materia del RD 429/1993 por haberse excedido de su condición de Reglamento y vulnerar el principio de legalidad consagrado en el art. 9.3º de la Constitución. Defendiendo la competencia del orden social puede analizarse también la interesante sentencia del Tribunal Supremo (Sala General) de 10 de julio de 1995 (R.J.A. 5488).

<sup>20</sup> La Disposición Final Tercera la ordenaba para cinco meses después de la publicación de su texto en el Boletín Oficial del Estado, que tuvo lugar el 14 de julio de 1998.

<sup>21</sup> De nuevo estas consideraciones resultan equívocas, pues parece admitirse que todavía no se había operado legislativamente la unificación jurisdiccional en la materia, sino que es la propia Ley 29/1998 la que la verifica, cuando en realidad, según lo que hemos comentado anteriormente, dicha



orden jurisdiccional para conocer de “la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social”, precepto que a mi juicio incluye referencias expresas tanto para negar que el hecho de que se reclamen daños y perjuicios sufridos con ocasión de la prestación de asistencia sanitaria dentro del sistema de la Seguridad Social sea argumento para negar tal conocimiento de la causa al orden contencioso-administrativo como para asimismo rechazar que pueda acudir el perjudicado a la vía civil por el hecho de que pretenda demandar junto con la Administración al concreto profesional sanitario interviniente en la causación de los daños. En la misma línea, aunque acaso con mayor claridad para poner fin a discutidas cuestiones, se expresa el nuevo art. 9.4º L.O.P.J<sup>22</sup>.

Por lo demás, si podía tener alguna validez el argumento antes utilizado de que la única declaración expresa sobre la competencia del orden contencioso-administrativo para conocer de la responsabilidad de la Administración en materia sanitaria era la contenida en una norma de naturaleza reglamentaria, el mismo se verá anulado con la entrada en vigor de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la de 26 de noviembre de 1992<sup>23</sup>, puesto que la Disposición Adicional Duodécima recoge, aumentando su rango, lo dispuesto en la Adicional Primera del Real Decreto 429/1993, con la única novedad de la asimilación de los centros sanitarios concertados a los que allí ya se mencionaban<sup>24</sup>.

---

voluntad fue expresada ya en la Ley 30/1992, aunque sin demasiado éxito, ciertamente, por persistir las divergencias, incluso dentro del propio Tribunal Supremo.

<sup>22</sup> Según el tenor literal de tal precepto “conocerán, asimismo, (se refiere a los tribunales del orden contencioso-administrativo) de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional”.

<sup>23</sup> Dicha entrada en vigor está prevista en la Ley 4/1999 (Disposición Final Unica, aptdo. 2º) transcurridos tres meses de la publicación de su texto en el Boletín Oficial del Estado (que tuvo lugar el 14 de enero de 1999).

<sup>24</sup> La Exposición de Motivos de esta nueva Ley 4/1999 destaca en sus apartados VI y VII que la nueva redacción del art. 144 y la Disposición Adicional Duodécima que ahora se añade a la Ley 30/1992 suponen, respectivamente, la unificación del régimen jurídico sustantivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sin discriminar su actuación en régimen de derecho público o privado y el fin del problema de la disparidad de criterios jurisprudenciales sobre el orden competente para conocer de los procesos cuando el daño se produce en relación con la asistencia sanitaria pública, atribuyéndolos al contencioso-administrativo.

**Otros aspectos procesales: la legitimación pasiva.-** Un primer problema, conectado aún con el de la jurisdicción competente, plantea, desde la perspectiva de quienes hayan de ser o puedan ser demandados, el nuevo sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria que arranca de la Ley 30/1992, pues, en efecto, siendo evidente que el perjudicado puede en todo caso dirigir su acción contra la Administración en la que prestara sus servicios el causante de los daños (incluso en los casos en que éstos sean individualizables en su imputación), la cual responderá de manera objetiva, es decir, sin necesidad de probar la existencia de negligencia alguna, pues ha de recordarse que lo hace también en los términos del art. 139 L.R.J.A.P., cuando la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal del servicio público, puede plantearse si el personal sanitario al servicio de la Administración puede seguir siendo demandado por el perjudicado. En definitiva lo que planteamos es si a raíz de la entrada en vigor de la Ley 30/1992 la responsabilidad civil del personal al servicio de una Administración sanitaria ha desaparecido, siendo sustituida y de algún modo absorbida por la responsabilidad objetiva de aquélla o si, por el contrario, sigue siendo posible demandar al profesional sanitario en los casos en que su conducta u omisión haya sido negligente para que se declare judicialmente tal extremo.

En este sentido, autores como VILLAR ROJAS<sup>25</sup> han entendido que el particular está facultado para accionar bien contra la Administración bien contra el que con su acción u omisión le ha causado una lesión en sus bienes o derechos *ex art. 1902 Cc.*, conservando la facultad de elección tras la Ley 30/1992, pero, sin perjuicio de que compartiéramos tal opinión a la luz de aquel texto legal, lo cierto es que los más recientes que incidiendo sobre tal extremo se han elaborado parecen desvirtuar la idea apuntada.

En efecto, si bien la tesis de que la responsabilidad civil del personal al servicio de la Administración ha sido sustituida por la de ésta, opinión que suscribe, entre otros, PANTALEON PRIETO<sup>26</sup>, parecía apoyarse antes tan sólo en el art. 145.1º L.R.J.A.P.<sup>27</sup>, en contradicción, por otra parte, con el art. 146.1º del mismo texto legal, según el cual “la *responsabilidad civil y penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente*”, lo que parecía abonar la opinión contraria, justo es reconocer que la Ley 4/1999, de modificación de la 30/1992, de 26 de noviembre ofrece adicionales argumentos en pro de la desaparición de

---

<sup>25</sup> *La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: Fundamento y límites*. Barcelona, Praxis, 1996. Págs. 119 y 120.

<sup>26</sup> *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración. (Hacia una revisión del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas)*. Madrid, Civitas, 1995. Pág. 60.

<sup>27</sup> Tal precepto establece que “para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este Título, los particulares exigirán *directamente* a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio”.

la responsabilidad civil del personal al servicio de la Administración<sup>28</sup>. Nuevos elementos de confusión introduce, por otra parte, el nuevo art. 9.4 L.O.P.J. al reconocer la competencia del orden contencioso-administrativo para conocer de las pretensiones relativas a la “responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio”, lo que acaso pueda interpretarse como la no absorción de esta última responsabilidad, aunque haya quedado definitivamente al margen la jurisdicción civil en su determinación, debiendo ser demandado, en caso de que existiera falta de diligencia individualizable determinante del anormal funcionamiento del servicio público, el profesional sanitario de que se trate ante los tribunales de lo contencioso-administrativo.

Desde luego, lo que en todo caso resulta claro es que si la conducta u omisión médica resultara constitutiva de un delito de imprudencia profesional siempre queda expedita la vía penal para la exacción de responsabilidades, lo que es compatible con la prosecución del procedimiento de determinación de responsabilidad patrimonial en la vía administrativa, si ya se hubiese planteado, salvo que la determinación de los hechos en el orden penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial<sup>29</sup>. Ello se deduce también del art. 122 del vigente Código Penal, según el cual el perjudicado puede exigir la responsabilidad en vía penal, incluyendo la civil derivada del delito, en cuyo caso la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra el profesional y la Administración o ente público que se pretenda responsable civil subsidiario, sin que ello obste a la responsabilidad patrimonial de la Administración derivada del funcionamiento normal o anormal del servicio, con tal de que en ningún caso se dé una duplicidad indemnizatoria.

Desde otra perspectiva, dada la distribución de competencias en materia de prestación de asistencia sanitaria entre el Estado y las Comunidades Autónomas y con independencia de la forma jurídica en que se hayan constituido los diferentes servicios de salud, sobre la base de la libertad de organización<sup>30</sup>, ha de tenerse en cuenta que legitimada pasivamente será la Administración Pública en cada caso competente, con el matiz de que lo está una Comunidad Autónoma que ha asumido tales competencias en materia de sanidad y seguridad social aunque el evento dañoso hubiese tenido lugar antes del traspaso de las mismas,

---

<sup>28</sup> En el art. 146 se suprime toda referencia a ella, con menciones exclusivas a la penal, y en el 145 se dispone que la Administración correspondiente, cuando hubiese indemnizado a los lesionados, *exigirá de oficio* (la ley 30/1992 en su redacción originaria decía *podrá exigir*) de sus autoridades y demás personal a su servicio, la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.

<sup>29</sup> Art. 146.2º L.R.J.A.P.

<sup>30</sup> Veáanse las tres fórmulas diferentes que distingue VILLAR ROJAS (*op. cit.* Págs. 85 y 86), quien destaca que la mayoría se han organizado como organismos autónomos de carácter administrativo, sujetos en su actuación a normas de Derecho público.

siempre que la demanda de responsabilidad patrimonial se presente una vez efectuado aquél<sup>31</sup>. Así se establece en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1996 (Sala de lo Social)<sup>32</sup> en un caso relativo a reintegro de gastos médicos, que el Alto Tribunal expresamente asimila al de reclamación de daños y perjuicios causados a raíz de la asistencia sanitaria, sobre la base de que el Anexo del Real Decreto 1679/1990, de 18 de diciembre, de traspaso a la Comunidad Autónoma de Galicia de las funciones y servicios del INSALUD establece, en términos de gran generalidad, que quedan comprendidos los bienes, derechos y obligaciones del Instituto Nacional de la Salud, que corresponden a los servicios traspasados, lo que equivale, según el Supremo, a una subrogación legal.

**Legitimación activa.-** Dados los principios que presiden el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en la Ley 30/1992 y en el RD 429/1993, fundamentado en el derecho de los particulares a ser resarcidos de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos a causa del funcionamiento normal o anormal de un servicio público y atendiendo asimismo tanto al concepto de “interesado” en el procedimiento administrativo que se contempla en el art. 31 L.R.J.A.P. como a las personas legitimadas que el art. 19 L.J.C.A. menciona en su aptdo. a), creemos puede afirmarse, como principio general, que la reclamación puede instarla, sin que se le pueda oponer la falta de legitimación *ad causam*, todo aquel que pueda acreditar los daños sufridos con ocasión de la prestación de la asistencia sanitaria, pues, como dice el Tribunal Supremo<sup>33</sup>, “la legitimación para ser indemnizado se justifica mediante la prueba de los daños, suficientemente cumplida, a lo que está ajena cualquier persona que, de una forma más o menos lejana, pueda ser afectada por lo hechos dañosos producidos”.

En primer término, pues, como supuesto más sencillo, tiene derecho subjetivo a obtener un resarcimiento de la Administración sanitaria la propia persona que sometiéndose a un acto médico haya sufrido lesiones causalmente vinculadas al mismo, a la que, por supuesto, habrán de indemnizarse tanto los daños materiales (gastos efectuados, días de trabajo perdidos, pérdida de capacidad funcional para el futuro) como el denominado *pretium*

---

<sup>31</sup> Aunque ello es susceptible de plantear otro tipo de debate procesal, incluso parece comúnmente admitirse que deba hacerse cargo de la indemnización el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma competente en el momento de ejecutarse la sentencia, habiendo sido demandado y condenado el INSALUD, que lo era al tiempo de plantearse la demanda.

<sup>32</sup> R.J.A. 9251.

<sup>33</sup> Sentencia de 30 de julio de 1991 (R.J.A. 5435, Sala Primera).

*doloris*<sup>34</sup>, que incluye los perjuicios estéticos que se hubieran podido ocasionar. Evidentemente, si el resultado dañoso ha sido el fallecimiento la legitimación para reclamar corresponde a los herederos así como a otras personas cercanas a la víctima que puedan demostrar los daños efectivamente sufridos (no sólo las que dependieran económicamente de aquélla sino también quienes sienten el padecimiento de la pérdida de un ser querido)<sup>35</sup>.

No obstante, ha de tenerse en cuenta que incluso en los casos en que quien haya sido personalmente sujeto de la acción u omisión sanitaria generadora de los daños no haya fallecido pero sí haya quedado con sus facultades físicas o psíquicas mermadas puede solicitar la indemnización, en nombre propio, no sólo ella misma sino también quien pueda acreditar que los ha sufrido –materiales o morales– por la particular relación (frecuentemente de parentesco) que le une a la víctima<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Téngase en cuenta las particulares dificultades que presenta fijar el alcance de la indemnización en supuestos como la transmisión a una persona de anticuerpos del SIDA en una transfusión sanguínea cuando es portadora asintomática, es decir, todavía no ha desarrollado la enfermedad, aunque sin duda son indemnizables tanto el sufrimiento derivado del temor a contraer la enfermedad degenerativa y de efectos letales, como la incidencia que la nueva situación tiene en las relaciones familiares y sociales del perjudicado y en particular si se trata de una mujer en edad de ser madre, cuyas expectativas en este sentido se verán considerablemente afectadas (véase en este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 22 de diciembre de 1993 –Ar. Civil nº 2406–).

<sup>35</sup> Obsérvese, en sentencias del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1991 (R.J.A. 6167, Sala 3ª) y 20 de abril de 1992 (R.J.A. 2662, Sala de lo Social) cómo se admite la legitimación del viudo y el padre, respectivamente, en la reclamación de los daños morales sufridos por el fallecimiento, ocurrido con ocasión de la prestación de una asistencia sanitaria, de un ser querido. Al respecto indica la primera de las mencionadas que perjudicado en estos supuestos “se identifica con el cónyuge y los dos hijos de la difunta, dado que el simple hecho de la muerte de una persona –como este Tribunal reiteradamente tiene declarado– produce en los familiares de aquélla un daño o perjuicio en una y otra modalidad, sobre todo cuando en el acontecimiento concurren circunstancias no naturales”.

Cuestión diferente es la dificultad de cuantificación de esos sufrimientos de orden moral, respecto a lo cual dispone la última de las sentencias citadas que la discrecionalidad que corresponde al juzgador de instancia no debe ser susceptible de impugnación sino cuando se ponga de manifiesto la existencia de una manifiesta desproporción entre el daño realmente inferido y la cantidad fijada como resarcimiento.

<sup>36</sup> Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1982 (Sala 4ª) entendió que carecía de legitimación procesal el padre de un niño que sufrió una encefalitis a consecuencia de su vacunación porque el mismo había alcanzado ya la mayoría de edad al tiempo de ejercitarse la acción, por lo que debía de ser él (o, en caso de ser incapacitado, su representante legal judicialmente determinado, añadimos nosotros) quien reclamara los daños. Evidentemente esta decisión es correcta en cuanto el padre reclamara el resarcimiento de los daños causados a su hijo y en nombre de éste, pero si la indemnización la pidiera en nombre propio por los que a él personalmente le hubiese causado la enfermedad de su descendiente entendemos que sí estaría legitimado para actuar en juicio.

Es decir, con independencia de que para reclamar en nombre del perjudicado que carece de capacidad de obrar se tenga que hacer uso de los mecanismos de representación legal que nuestro Derecho articula (patria potestad, tutela o curatela), debiendo ser previamente incapacitada judicialmente la víctima si se quiere reclamar en su nombre y se trataba de una persona mayor de edad que, a raíz del acto médico, pasa a reunir los requisitos que el art. 200 Cc. prevé<sup>37</sup>, ello no es óbice para que el familiar reclame en su propio nombre por los daños efectivamente sufridos, que doctrinalmente suelen conocerse como “daños reflejos” o “por rebote”, tal como se ha reconocido en la jurisdicción civil en sentencias del Tribunal Supremo como las de 30 de julio de 1991 y 23 de abril de 1992<sup>38</sup>. En efecto, en tales resoluciones se ha reconocido la legitimación del esposo de quien sufría daños cerebrales irreversibles a consecuencia de una intervención quirúrgica para reclamar en nombre propio, sin perjuicio de que también lo hiciera, en su caso, en nombre de su mujer si tuviese su representación legal<sup>39</sup>, así como la de madre de una niña para reclamar en nombre de ésta como titular de la patria potestad y en su propio nombre por los padecimientos que para ella resultaron de la situación en que quedó su hija<sup>40</sup>.

Por otra parte, aludamos al funcionamiento ordinario de la sucesión procesal cuando el que sufriera los daños y hubiera entablado ya la acción judicial falleciera a lo largo del proceso<sup>41</sup>, sea precisamente a consecuencia de aquéllos, sea por causas independientes de aquella prestación de asistencia sanitaria defectuosa, sin perjuicio de que sus herederos

---

<sup>37</sup> Se trata del padecimiento de una enfermedad física o psíquica de carácter permanente que le impida su autogobierno.

<sup>38</sup> R.J.A. 5435 y 3323, respectivamente.

<sup>39</sup> En este caso (aunque se reclamaba con base en el art. 1902 Cc. creemos que la afirmación es extrapolable a los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración) afirmó el Tribunal Supremo que el recurrido “es evidente perjudicado (...) ya que sufrió daños en su esfera personal y patrimonial por la intervención quirúrgica que sufrió su esposa y las consecuencias nocivas de la misma”.

<sup>40</sup> Puede verse en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1995, Sala 3ª (R.J.A. 1489) cómo se reconoce la condición de perjudicados a los hermanos del fallecido que interponen la reclamación fundada en el daño moral sufrido con dicha muerte (no se trataba de un caso de asistencia sanitaria defectuosa sino de un deficiente mental que se fuga del Centro donde estaba internado y resulta atropellado por un automóvil). La indemnización es este supuesto únicamente la correspondiente al *pretium doloris*, puesto que los hermanos no dependían económicamente del fallecido, valorando en concreto el Tribunal para fijar el *quantum* que el vínculo familiar no es tan cercano como el que existe entre padres e hijos, así como la inexistencia de convivencia entre ellos.

<sup>41</sup> En este sentido el derecho a la indemnización no es personalísimo sino transmisible, lo que encaja perfectamente en lo dispuesto en el art. 22 L.J.C.A.

puedan también reclamar en nombre propio, es decir, como perjudicados, en los términos antes expuestos<sup>42</sup>.

**Cómputo del plazo de prescripción.**- Al igual que para las acciones civiles de responsabilidad extracontractual (art. 1968.2º Cc.), el plazo previsto en las reclamaciones dirigidas contra la Administración por los daños y perjuicios sufridos con ocasión de una prestación sanitaria es de un año<sup>43</sup>, siendo *dies a quo*, por expresa previsión legal (arts. 142.5º L.R.J.A.P. y 4.2º aptdo. 2º del Real Decreto 429/1993), el de la curación o la determinación del alcance de las secuelas. Ello indudablemente permite alargar el tiempo de que dispone el perjudicado para iniciar el procedimiento administrativo de declaración de la responsabilidad patrimonial, particularmente si se toma como válido el criterio jurisprudencialmente establecido en el ámbito civil<sup>44</sup> de que no ha de atenderse a la fecha del alta médica cuando pueda acreditarse que en tal momento las secuelas no quedaron definitivamente establecidas, si bien ha de reconocerse que la aceptación rígida de tal apreciación podría originar que quedara abierto de manera indefinida, en no pocas ocasiones, el plazo de prescripción.

Desde otra perspectiva, particular tratamiento merecen los trastornos psíquicos que pueden acompañar a una enfermedad contraída o agravada o a las lesiones sufridas a raíz de

---

<sup>42</sup> En la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 25 de marzo de 1994 (*Ar. Civil* nº 495) se pone de relieve, muy acertadamente, la diferencia entre los supuestos de sucesión procesal en que los herederos sustituyen al causante en la misma acción que él en su día ejerció y la legitimación de aquéllos para reclamar en virtud del dolor personalmente sufrido por los daños ocasionados al causante, una vez fallecido éste.

<sup>43</sup> Es sobradamente conocido que el plazo de prescripción es una de las principales diferencias existentes en las reclamaciones de daños nacidos de responsabilidad contractual (quince años, según el art. 1964 Cc.) y extracontractual, lo que en el ámbito civil no ha dejado de originar conflictos en la determinación de la naturaleza de la acción ejercitada. Tales problemas han sido comúnmente resueltos sobre la base de la consideración de que la responsabilidad contractual sólo excluirá a la aquiliana, aun existiendo efectivamente vínculo contractual entre las partes, cuando el daño haya acontecido dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo normal del contenido negocial, dando el Tribunal Supremo al actor la posibilidad de optar por uno u otro tipo de acción, según las ventajas que en cada caso le aporten, o permitiéndole ejercitarlas de modo alternativo o subsidiario, o incluso admitiendo que el demandante proporcione sólo los hechos y el juzgador aplique las normas que más se acomoden al caso (sobre el particular, con más detalle, DIAZ MARTINEZ: "Últimos criterios jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil derivada de la asistencia médico-sanitaria". *Ar. Civil* 1996-III. Págs. 172 y 173).

<sup>44</sup> Pueden verse al respecto las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1987, 30 de julio de 1991 y 26 de septiembre de 1994 (*R.J.A.* 9511, 5435 y 7303, respectivamente), según las cuales la fecha del informe de alta no ha de considerarse como la inicial para el cómputo de un año de prescripción, si en él no se hacía constar el carácter definitivo de las secuelas.

una prestación sanitaria, como secuela de las mismas, ya que resultará ciertamente más difícil que en el caso de los padecimientos puramente físicos fijar un momento temporal en que aquéllos puedan finalmente determinarse. Igualmente problemático es, como ponen de relieve BAÑEGIL ESPINOSA y SALVADOR CRESPO<sup>45</sup>, el tema de los daños futuros y el de los intermitentes, que pueden reaparecer después de fijada la cuantía indemnizatoria en la vía judicial, tema no resuelto definitivamente en España y que se viene enfocando desde la perspectiva de revisar aquellas indemnizaciones si los síntomas vuelven a aparecer o surgen otro tipo de secuelas, como pueden ser las depresiones.

Por otra parte, adviértase que antes la gran diferencia en materia de prescripción entre la acción de reclamación de responsabilidad en vía civil y el procedimiento de responsabilidad patrimonial en la vía administrativa era que la apertura de diligencias penales funcionaba como causa de interrupción en el primer ámbito y no en el segundo (art. 146.2º Ley 30/1992, en su redacción anterior a su modificación). Sin embargo, la nueva dicción del precepto citado tras la Ley 4/1999, en el que se ha suprimido toda referencia a la prescripción, determina en la actualidad, a mi juicio, que la exigencia de tal responsabilidad penal del profesional sanitario, aunque no suspende los procedimientos de exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración que estuvieran pendientes, salvo que la determinación de los hechos en el orden penal sea necesaria para la fijación de ésta, sí que interrumpe, igual que en el ámbito civil, el plazo de prescripción para iniciar aquellos procedimientos en vía administrativa<sup>46</sup>.

**La relación de causalidad y la imputabilidad de los daños a una Administración.-** Aunque civilmente todo deber de indemnizar los daños causados –sea en el ámbito contractual sea en el de la responsabilidad aquiliana derivada de los arts. 1902 y ss. Cc.- descansa en la necesaria prueba de la existencia de un nexo causal entre la acción u omisión

---

<sup>45</sup> “Los daños morales y su valoración en la responsabilidad médica”. A.C. 1997-1. Pág. 152.

<sup>46</sup> El régimen jurídico anterior a la entrada en vigor de la Ley 30/1992 era también idéntico al civil, puesto que, como dice el Tribunal Supremo (Sala 4ª) en sentencia de 29 de julio de 1986 (*R.J.A.* 6908), que cita otras muchas anteriores, el plazo que establecía el art. 40 L.R.J.A.E., así como el del art. 122 L.E.F. se interrumpían por las diligencias y actuaciones de orden penal que se instrúan con motivo del mismo hecho que fundamentaba la reclamación administrativa, aunque se reconoce expresamente en la sentencia aquí citada que la responsabilidad patrimonial de la Administración es ajena a la criminal. A este viejo sistema parece pretender regresar, en materia de prescripción de la acción, la Ley 4/1999, de 13 de enero, que modifica la Ley 30/1992, solución que se ha adoptado en el Senado, pues el Proyecto de Ley, tal como llegó a esta Cámara, procedente del Congreso de los Diputados (B.O.C.G. de 19 de octubre de 1998) no alteraba lo dispuesto al respecto por aquel texto legal, disponiéndose que la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas no interrumpiría el plazo de prescripción para iniciar los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial.



del sujeto a quien se va a imputar la lesión y ésta, y la rigurosa exigencia de este requisito se ha puesto de manifiesto reiteradamente en la abundante jurisprudencia en materia de responsabilidad derivada de las actuaciones médico-sanitarias<sup>47</sup>, el particular régimen jurídico de responsabilidad patrimonial de la Administración que dibujan los arts. 139 y ss

---

<sup>47</sup> Aunque es cierto que la jurisprudencia civil pone el acento en la prueba por parte del actor de la culpa del profesional sanitario, de modo que, como subraya GONZALEZ MORAN (*La responsabilidad civil del médico*. Barcelona, Bosch, 1990. Pág. 138), una vez establecida la culpa y el daño, la relación de causalidad se admite muy fácilmente, también lo es que en no pocas ocasiones la defensa centra sus alegaciones en la inexistencia de nexo causal, particularmente cuando el daño no tiene su origen en una acción sino en una omisión o en un retraso en la práctica de una operación quirúrgica o la administración de un cierto tratamiento. Así, en sentencia de 15 de octubre de 1996 (*R.J.A.* 7110), el Tribunal Supremo (Sala 1ª) afirma que “es evidente que humana y médicamente no cabría concretar los efectos específicos que el retraso en la intervención produjo en el resultado final, pero no cabe negar, como se dijo en el precedente fundamento de derecho quinto, que de haberse realizado a raíz de la perforación, tal vez se hubieran evitado las últimas consecuencias o disminuido las mismas, pero semejante indeterminación, consustancial, por otro lado, con el ejercicio de la ciencia médica, no puede afectar en sentido negativo, a la concurrencia de la relación causal, bastando para su estimación con la evidencia de que este cúmulo de circunstancias repercutió en el daño sufrido por la menor, según se decía por el Tribunal *a quo*.”

De este modo, aplicando la teoría de la causalidad adecuada, que el Tribunal Supremo ha propugnado en algunas ocasiones (véase, en materia de responsabilidad derivada de un accidente de circulación, STS de 13 de febrero de 1993 –*R.J.A.* 768–), la Audiencia Provincial de Granada (sentencia de 26 de septiembre de 1995 –*Ar. Civil* nº 1742–) estima existente el nexo causal entre un implante de material inadecuado en una operación quirúrgica y las secuelas sufridas por la demandante. Un criterio más práctico adopta la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 30 de septiembre de 1993 (*Ar. Civil* nº 1741), que considera, apelando al buen sentido que no es necesario que el acto haya generado directa y exclusivamente el daño, sino que bastaría que, aun concurriendo diversos factores etimológicos –más próximos o más remotos– desde un punto de vista social hay un acto esencialmente decisivo en la producción del daño, por lo que entiende existente el nexo causal en el caso que enjuiciaba entre los daños sufridos y el hecho de que no se detectara la enfermedad padecida por una joven en el tiempo en que estuvo internada en el hospital, lo que finalmente deviene en una peritonitis aguda.

Por otra parte, el carácter subjetivo de la responsabilidad de los profesionales sanitarios y, consecuentemente, de la Administración de que dependen, que deriva del art. 1902 Cc., determina que en no pocas ocasiones resulte finalmente irrelevante la existencia de nexo causal entre la actuación de aquél y el daño sufrido por el actor, si no se prueba la negligencia. El tema se plantea en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1997 (*R.J.A.* 8734), pues en el recurso de casación se pretendía se calificase de caso fortuito, exonerando de responsabilidad al cirujano y al INSALUD, la rotura del uréter de la paciente en una histerectomía, por considerarse uno de los accidentes más frecuentes en materia ginecológica, pese a que estaba probada la existencia de relación de causalidad entre la acción del cirujano y la pérdida final del riñón sufrida; ello no obstante, el Supremo, por motivos procesales de falta de cita de norma idónea, desestima el motivo y confirma la sentencia condenatoria de instancia. Ambos requisitos, relación de causalidad y culpabilidad del sujeto productor del daño los funde el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en sentencia de 6 de marzo de 1996 (*R.J.A.*

L.R.J.A.P. realza la importancia de la relación causal ya que al prescindir del requisito que en el ámbito civil ocasiona las principales controversias, la culpabilidad del profesional sanitario, traslada a la constatación del nexo causal, a veces un tanto inconscientemente, los grandes problemas de imputación a la Administración del resultado dañoso<sup>48</sup>.

En efecto, los requisitos que de los mencionados preceptos se deducen para concluir la responsabilidad de una Administración Pública en el ámbito sanitario son la efectiva producción de un daño, patrimonial o moral, a un particular, que no tenía el deber jurídico de soportarlo, la imputación del mismo a aquélla, al ser consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público, y, en plena conexión con el anterior, como intencionadamente hemos puesto de manifiesto con la propia redacción utilizada, la relación causal entre el daño y tal normal o anormal desenvolvimiento del servicio sanitario<sup>49</sup>, siendo, como es obvio, la primera de tales posibilidades la que origina la mayor parte de los conflictos, pues en la segunda continúa estando presente la idea de culpa, sea personal e individualizada, sea genérica, anónima o del servicio sanitario en su conjunto, que presenta “deficiencias”. Ello no obstante, como muy acertadamente señala VILLAR ROJAS<sup>50</sup>, si bien es en principio cierto que el criterio del funcionamiento normal de la asistencia sanitaria permite imputar a la Administración todos los daños, tanto los causalmente vinculados con el acto

---

1941), al afirmar que ya que a la relación causal, material o física, ha de sumarse el reproche culpabilístico, “no hay responsabilidad sanitaria cuando no es posible establecer la relación de causalidad culposa por no depender la misma del resultado dañoso”. En el mismo sentido afirma en otro lugar que falta la precisa relación de causa a efecto cuando, en supuestos de intervenciones quirúrgicas, tienen participación en el evento las reacciones o anomalías de origen humano en el paciente, no previsibles, que muchas veces dan lugar a sucesos o resultados fortuitos, de fuerza mayor o ajenos al buen actuar profesional del médico actuante.

<sup>48</sup> En tal sentido se pronuncia, entre otros, MARTIN REBOLLO (“La responsabilidad de las Administraciones Públicas en España: nota introductoria”. *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1996. Pág. 14), para quien el ser éste un régimen de carácter objetivo, el problema de la causalidad adquiere la máxima relevancia.

<sup>49</sup> Es un tema extraordinariamente controvertido concluir si el *quantum* indemnizatorio ha de verse afectado, como sugiere GIL IBÁÑEZ en términos muy generales (“Evaluación del daño y criterios de reparación”. *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1996. Pág. 62), por el hecho de que la responsabilidad declarada de la Administración derive de un supuesto de funcionamiento normal o, por el contrario, de una anomalía en la prestación del servicio público de que se trate, tema que a mi juicio no presenta en materia de asistencia sanitaria la misma virtualidad que en otros ámbitos si se opera una cierta reducción, que la propia naturaleza del tema impone, de los supuestos en que el funcionamiento normal del servicio sanitario genera responsabilidad de la Administración en los términos que aquí se exponen, debiendo admitirse en tales casos, a mi modo de ver, la identidad de la cuantía de las indemnizaciones respecto a los de funcionamiento anormal.

<sup>50</sup> *Op. cit.* Pág. 135.

médico como los que sean imputables a la organización, consecuencia de la realización del riesgo creado por la existencia del servicio público, este criterio debe ser bien delimitado, porque en la asistencia sanitaria los daños por funcionamiento normal no son excepcionales sino ordinarios.

En este sentido, parece a mi juicio establecer una distinción, cuyo reflejo es posible ver en la jurisprudencia, entre los supuestos en que puede presumirse, aunque no sea posible acreditarlo con absoluta certeza, casi siempre por dificultades de individualización, una cierta negligencia, sea personal sea del conjunto del sistema (retraso en la prestación de asistencia médica, a causa de defectos organizativos, suicidio de enfermos psíquicos que ha de entenderse no habría sido posible si la vigilancia hubiese sido la debida, contagio de infecciones hospitalarias, sin necesidad de probar exactamente donde radicó el fallo de asepsia o limpieza, daños asociados a la falta de atención debida a un enfermo que acude a un centro hospitalario dependiente de una Administración, contagio de hepatitis o del virus del SIDA en transfusiones sanguíneas...)<sup>51</sup> de aquellos otros en que el daño efectivamente sufrido es consecuencia del riesgo inherente a toda actuación médica encaminada a la sanación de una persona, evidentemente no siempre posible, habiendo sido aquélla debidamente advertida del mismo y prestadora del consiguiente consentimiento.

En efecto, se sanciona preferentemente la responsabilidad objetiva de la Administración en supuestos de la primera clase aludida, tal como puede comprobarse en sentencias como

---

<sup>51</sup> Véase el análisis del nexo causal entre la falta de atención sanitaria a un enfermo y su posterior fallecimiento que se hace en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de julio de 1986 (Sala Cuarta, *R.J.A.* 6908), en la que se pone de relieve que “el conjunto de la objetiva y minuciosa práctica de aquéllas (se refiere a las actuaciones penales que precedieron) pone de manifiesto unas efectivas y auténticas deficiencias en el funcionamiento de los servicios del Hospital en que los hechos acaecieron, de por sí aptas para la producción del resultado lesivo cuya reparación se pretende, ya que, por más que no pueda decirse que fueran la causa única del resultado –pues, incluso, pudieron ser irrelevantes, dada la extrema gravedad del esposo de la actora al ser hospitalizado–, sí que ciertamente bastaba la simple imprevisión del riesgo de que la muerte se produjera si no se prestaba debida y rápidamente la asistencia requerida, y la omisión de la actividad exigible para intentar evitarla con una eficiente e inmediata prestación del servicio, precisamente cuando la mayor eficacia y oportuna coordinación de todos los componentes del mismo es necesaria ante la también siempre previsible –y aquí no prevista– gravedad con que cualquier enfermo puede ser ingresado (...), pero es que, aunque en el día de autos todas estas previsiones se hubieran observado difícilmente podrían haber alcanzado su fin en circunstancias como las que da por acreditadas el informe del instructor de las diligencias penales”, pues, en efecto, cuando llegó el enfermo no estaban atendidos ni el servicio de vigilancia de puertas ni el de camilleros, no se localizó al médico de guardia hasta transcurrida media hora desde el ingreso y además el cirujano se limitó a dar instrucciones por teléfono sin personarse en el Centro.

las de 5 de julio de 1991<sup>52</sup>, 24 de octubre de 1995<sup>53</sup>, 6 de febrero de 1996<sup>54</sup>, 17 de enero de 1997<sup>55</sup> o 29 de julio de 1986<sup>56</sup>, antes citada, que insiste sobre la improcedencia de hacer juicios relativos a la negligencia en el cumplimiento de obligaciones por parte del personal sanitario, si bien ha de hacerse notar que se trata de un caso de lo que también en la jurisdicción civil ha sido calificado como conjunto de deficiencias asistenciales del sistema, que impide la atención debida a quien acude a un centro hospitalario aquejado de una dolencia, supuesto que no ha dejado de generar responsabilidad del INSALUD o Servicio autonómico correspondiente, aun aplicando el Código Civil y aunque no lograra individualizarse la culpa<sup>57</sup>.

---

<sup>52</sup> Sala 3ª, *R.J.A.* 6167. Se trataba de una enferma hospitalizada en un centro dependiente del INSALUD para que se le tratara determinada lesión de carácter físico, advirtiéndole su esposo al personal sanitario que se encontraba recibiendo tratamiento psiquiátrico, paciente que finalmente acaba arrojándose por la ventana de la habitación individual en que se le había alojado, a causa de sus reacciones anormales, causándose la muerte. El Tribunal Supremo entiende que se trata de una responsabilidad tan objetiva que a declararla hay lugar aun cuando el funcionamiento de la Administración fuera normal, sin que sea admisible invocar para exonerarla la adecuada actuación profesional o el simple comportamiento humano del personal sanitario.

<sup>53</sup> *R.J.A.* 7155, Sala 3ª. Se trata de un supuesto similar al anterior, en que un enfermo psíquico sufre lesiones en un incendio provocado por sí mismo, aunque el dato diferencial es que ya estaba ingresado en el Departamento de Psiquiatría del Hospital, con un cuadro patológico de paranoia y sujeto mecánicamente a su cama, por lo que el Tribunal entiende que la responsabilidad del Servicio Andaluz de Salud puede hacerse derivar tanto de una descuidada vigilancia como de la carencia de un servicio adecuado de extintores.

<sup>54</sup> *R.J.A.* 989, Sala 3ª. En esta ocasión se trata de la transmisión del virus de la inmunodeficiencia humana tras la práctica de una intervención quirúrgica de menisco y el ingreso en la UCI, en la que se verificó al enfermo una transfusión de hemofactor, y el Alto Tribunal se centra en la sentencia en el análisis de la concurrencia de nexo causal, que no se rompe por el hecho de que la Administración sanitaria no hubiese fabricado el medicamento en el que se contenía el VIH, ni lo hubiese autorizado ni registrado, por lo que entiende procedente decretar su responsabilidad.

<sup>55</sup> Obsérvese, sin embargo, que en este caso el Alto Tribunal (*Sala 3ª, R.J.A.* 137) no deja de hacer juicios sobre la falta de diligencia apreciable, al afirmar que “la total ausencia de personal sanitario en el ambulatorio de Ecija y la omisión de actuaciones como las indicadas, constituye un supuesto claro tanto del funcionamiento anormal del servicio sanitario como de la existencia de relación de causalidad entre el actuar de la Administración (...) y el resultado producido, ya que si bien no es exigible a la Administración sanitaria alcanzar siempre un resultado positivo con su actuación, sí lo es que la atención sanitaria sea prestada con el máximo celo y diligencia, lo que en el supuesto de autos no aconteció”.

<sup>56</sup> Sala Cuarta, *R.J.A.* 6908.

<sup>57</sup> En este sentido, el Supremo en la sentencia citada considera que, a diferencia de la responsabilidad civil o penal, “lo único que constituye objeto específico de este proceso es que se decida, si en relación con expresados hechos, la Administración debe responder objetivamente como prestadora de un servicio público, para lo que basta con que se acredite que de la prestación se ha seguido una lesión patrimonialmente reparable a la que fuera ajena todo evento de fuerza mayor, siendo exigible,

Sin embargo, aunque la idea antes insinuada de dejar en un segundo plano la responsabilidad derivada del funcionamiento normal de la Administración o al menos entender tal título de imputación de otro modo, está presente en la doctrina<sup>58</sup> y no en pocas sentencias del Tribunal Supremo, justo es reconocer que el carácter totalmente objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración que se deduce de los textos legales y que a mi modo de ver no encaja en absoluto con las peculiaridades de la asistencia sanitaria, se ha puesto de manifiesto en determinados casos pertenecientes al segundo grupo de los que antes señalábamos, como el ya famoso “de los aneurismas gigantes” en que nuestro Alto Tribunal hace derivar la responsabilidad de la consideración como concausa de las consecuencias lesivas de una operación de la decisión del cirujano de atender prioritariamente a la resolución del aneurisma del lado derecho, que se demostró por los dictámenes periciales legítima según las reglas de la *lex artis*, pero que resultó, según se constató *a posteriori* desacertada<sup>59</sup>. Acaso sea este el techo de la responsabilidad objetiva de la Administración en materia sanitaria y la aplicación más rígida del principio de que han de indemnizarse todos los daños causalmente ligados al acto médico, con total irrelevancia del hecho de que el médico o profesional sanitario actuase con toda la diligencia exigible al caso. Ello puede expresarse, como pone de manifiesto el Supremo en esta citada sentencia, aludiendo a otras anteriores, como una desconsideración total, a la hora de apreciar la responsabilidad de la Administración, de las circunstancias y conductas de quienes crean, organizan, controlan o vigilan el servicio público de que se trate, así como del personal que lo realiza.

---

por supuesto y en todo caso, la prueba de un nexo causal entre el funcionamiento de dichos servicios y el perjuicio resultante, siempre aquella a cargo de quien lo alega, por más que en ocasiones como la presente no pueda ser exigida con plenitud de incontestable convicción, por las características especiales de la causa determinante invocada y las naturales limitaciones de las posibilidades humanas cuando se trata esencialmente de hechos negativos o de conductas pasivas que se entiende no debieron observarse, ante lo que es obligado estar a simples presunciones racionalmente deducibles de otros hechos positivos que se hallen debidamente acreditados”.

<sup>58</sup> En este sentido, PANTALEON PRIETO (*op. cit.* Págs. 82 y 83) considera que deben excluirse del ámbito de la responsabilidad de la Administración por funcionamiento normal de los servicios públicos, básicamente por razones de estricta justicia, aunque también de índole económica, los que podríamos llamar daños producto de accidentes en cuya etiología aparezca implicada la actividad típica de una Administración Pública, pero que no sean consecuencia de una medida finalmente dirigida a causar, ni connatural, intrínseca o inmediatamente generadora de los daños infligidos. De modo similar, MARTIN REBOLLO (*loc. cit.* Pág. 19) considera, todavía en términos más amplios por no circunscribir sus opiniones a la Administración sanitaria, que la responsabilidad por funcionamiento normal de los servicios públicos parece más vinculada con la asistencia social que con el tema de la responsabilidad, en el que se encuentra, a su juicio, ubicada, “por un ambiguo y quizá no suficientemente debatido convencionalismo”.

<sup>59</sup> Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 14 de junio de 1991 (*R.J.A.* 5115).

Sin embargo, tales apreciaciones rigurosas sobre la naturaleza completamente objetiva de la responsabilidad que analizamos, que no dejan de repetirse en otras ocasiones, aunque en relación con supuestos de muy distinta índole, como antes hemos puesto de relieve, no son unánimes ni siquiera en las sentencias de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, como después pondremos de manifiesto, pues estrechamente vinculado al problema de la causalidad se encuentra la diversa índole de los daños o lesiones que se pueden producir por el tratamiento médico de una enfermedad, la propia enfermedad, la asistencia sanitaria, la constitución propia del enfermo y un conjunto variable de circunstancias concurrentes que en cada caso habrán de ser valorados. Por ello, nos parecen mucho más certeras las consideraciones vertidas por el Tribunal Supremo en la sentencia de 5 de junio de 1991<sup>60</sup>, al circunscribir los supuestos en que la Administración ha de responder a los daños producidos por la enfermedad, pero que son evitables con un tratamiento médico prestado a tiempo y adecuado, siendo su producción debida a la falta de asistencia sanitaria o a que la desarrollada no fue la adecuada, así como de aquellos asociados a un tratamiento médico que no era procedente o adecuado o en cuya realización se introducen circunstancias que lo desnaturalizan y que son ajenas a la constitución individual del enfermo (evidentemente, con mayor motivo, también generan la obligación de indemnizar los supuestos en que el sujeto no padecía la enfermedad y la misma viene ligada a un acto médico como una transfusión sanguínea o una intervención quirúrgica en el transcurso de la cual se contrae una infección hospitalaria)<sup>61</sup>.

En este sentido, aunque a mi juicio con un razonamiento jurídico más incorrecto, matizando los supuestos que ocasionan la responsabilidad de la Administración sanitaria y limitando de modo considerable el carácter objetivo de aquélla (confróntense con la sentencia de 14 de junio de 1991, antes citada, en que la enferma ingresó en estado extremadamente grave, se le advirtió a su esposo de los riesgos de la operación que se le practica, consta que el cirujano actuó con absoluta falta de culpabilidad y sin embargo se hace a la Administración responsable de los daños cerebrales derivados de aquel acto quirúrgico), algunas sentencias ligan la concurrencia del nexo causal con la existencia de algún género de negligencia en el personal sanitario. De este modo, sin perjuicio de que la decisión concreta acaso no fuera la acertada, se afirma en un caso de muerte derivada de un posible retraso en la práctica de una operación en la sentencia de 9 de octubre de 1995<sup>62</sup>, con el

---

<sup>60</sup> *R.J.A.* 5131 (Sala de lo Social).

<sup>61</sup> No generarían, por el contrario, deber de indemnizar ni los daños que la enfermedad produce necesariamente, a pesar de todos los tratamientos médicos, por adecuados y eficaces que sean, ni aquellos en los que el tratamiento médico es el factor determinante pero que son intrínsecos a éste en cuanto tal, que se producen de modo necesario y justificado por su finalidad terapéutica.

En el concreto caso enjuiciado, un contagio de hepatitis C con ocasión de una transfusión sanguínea, se considera que ello es un supuesto de caso fortuito, que no excluye la responsabilidad objetiva de la Administración, porque no se trata de daños intrínsecos al tratamiento mismo.

<sup>62</sup> Sala 3ª, *R.J.A.* 7047.

apoyo de la prueba pericial, que el fallecimiento del enfermo no puede atribuirse en una relación de causa a efecto al funcionamiento de los servicios del hospital pues el equipo médico no actuó con negligencia, ni siquiera entendida ésta como falta de atención o descuido, ya que se tomaron las medidas correctas y se realizaron los estudios cruentos previos a la intervención quirúrgica y es aceptado el enfermo con tal fin por el equipo de cirujanos.

A mi modo de ver la sentencia citada une indebidamente el tema de la relación de causalidad entre la actuación u omisión médica y los daños y el de la falta de negligencia en el equipo médico, concluyendo que al excluirse la segunda ha de hacerse lo mismo, inexorablemente, con la primera, pues, ciertamente, sería mucho más correcto enfocar el tema desde la óptica de la imputabilidad o no a la Administración de unos daños cuyo enlace causal con el acto médico puede estar perfectamente probado, en definitiva la discusión ha de reconducirse al debatido tema de qué haya de entenderse como funcionamiento normal del servicio público sanitario. Sin embargo, sirva esta resolución para resaltar que no siempre se admite en el ámbito jurisdiccional el carácter totalmente objetivo de la responsabilidad de la Administración en materia sanitaria que de forma habitual se predica por los administrativistas, lo que no es sino consecuencia de las peculiaridades que presenta este tipo de servicio público, en que los daños a menudo van ligados al propio desarrollo de la enfermedad, son inherentes al tratamiento aplicado o se producen debido al riesgo que una actuación médica concreta conlleva.

En este mismo sentido, pero en un caso donde todavía era más sencillo resolver sobre la base de la responsabilidad objetiva de la Administración, como es el ya aludido de suicidio de un enfermo psíquico, vuelve a poner el Tribunal Supremo el énfasis en la inexistencia de negligencia en el personal que debía vigilar al mismo así como en la falta de defectos de organización en el servicio, como podían ser las hipotéticas defectuosas condiciones de la celda en que estaba confinado el paciente, en sentencia de 5 de mayo de 1998<sup>63</sup>. Efectivamente y de modo especialmente llamativo, por cuanto es claro que el art. 139.1º L.R.J.A.P. comprende también los supuestos de funcionamiento normal, destaca esta sentencia que no se ha demostrado en grado suficiente la concurrencia de un elemento de anormalidad en el servicio público prestado, lo que excluye la responsabilidad patrimonial de la Administración, subrayando que la persona se encontraba gravemente afectada y con una tendencia al suicidio muy acusada, por lo que “en definitiva fue ella la que se causó la muerte por su propia voluntad”<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> Sala 3ª, R.J.A. 4625.

<sup>64</sup> Mas correcta nos parece la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 8 de mayo de 1995 (*Actualidad Administrativa- Tribunales Superiores de Justicia* nº 7, julio 1995. Págs. 422-425) en un caso similar de suicidio de un enfermo psíquico, aunque con algunas notas agravatorias derivadas del hecho de que aquél aún no se encontraba internado ni recluso en una habitación. En tal resolución, el Tribunal, recordando el tratamiento que la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene otorgando al tema de la

Con independencia de que tal forma de resolver el conflicto jurídico sea, a mi modo de ver, muy criticable, pues este es uno de los casos en que más claro resulta concluir que debieron existir deficiencias asistenciales genéricas, cualquiera que fuese la índole de éstas, y aunque no pudieran ser individualizadas ni probadas cumplidamente, que hicieron posible la producción del resultado dañoso, atiéndose, por otra parte, al hecho de que de algún modo se está haciendo referencia, con la expresión entrecomillada, a la existencia de culpa exclusiva de la víctima como causa de exoneración de responsabilidad de la Administración, lo que en mi opinión en ningún caso es aplicable a un enfermo cuyas facultades mentales se encuentran trastornadas, lo que aumenta el juicio negativo que merece esta sentencia.

Ello no obstante, lo que sí compartimos, aunque con ciertos matices, son las afirmaciones de la misma sobre el tipo de conexión que debe apreciarse entre la actuación u omisión del personal dependiente de la Administración a la que pretende imputarse el daño y éste, pues considera que tal relación de causalidad puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes, aunque se admita que ello puede llevar consigo una moderación de la responsabilidad al fijarse la cuantía de la indemnización, en el caso de que intervengan otras causas. Tal posibilidad de que la actuación en el ámbito sanitario sea una causa más, no la única, del resultado lesivo parece, sin embargo, debe reservarse para los casos en que la responsabilidad se haga derivar de un funcionamiento anormal del servicio público, exigiéndose, por el contrario, cuando los daños deriven del funcionamiento normal, que se trate de la causa exclusiva de tal resultado, puesto que de concurrir otro hecho causal lo razonable y justo es imputar a éste la producción del daño y no a la Administración cuyos servicios funcionaron correctamente<sup>65</sup>.

Por lo demás, es sabido que el imprescindible nexo causal que ha de probarse existente para declarar la responsabilidad objetiva de la Administración<sup>66</sup> y que, como hemos

---

responsabilidad de la Administración sanitaria por conductas omisivas de vigilancia determinantes de daños corporales o muertes acaecidas a pacientes aquejados de enfermedades mentales y citando la conocida sentencia de 12 de marzo de 1975 (“caso de los novios de Granada”, en que los daños los sufrieron terceros y no el propio enfermo psíquico o sus familiares, a causa del fallecimiento de éste) considera que es posible calificar la actitud omisiva de la organización hospitalaria, actuante por medio de los profesionales que se hicieron cargo del paciente, como un funcionamiento anormal de la Administración sanitaria, cuyos empleados debieron adecuar la vigilancia y control de aquél a las especiales características concurrentes, en particular sus conocidas ideas de suicidio, lo que exigía mayor cuidado y esmero en su observación y vigilancia, incompatibles con la posibilidad de permitirle el espontáneo abandono, sin oposición alguna, del lugar donde estaba siendo examinado.

<sup>65</sup> Vid. en esta línea VILLAR ROJAS: *op. cit.* Pág. 154.

<sup>66</sup> Precisamente la falta de prueba del nexo causal entre el funcionamiento del servicio de radiología de un centro sanitario y el carcinoma sufrido por un dermatólogo que pasaba consulta en distinta planta del mismo, llevó al Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de julio de 1995 (Sala 3ª, R.J.A. 6014), a eximir de responsabilidad, en contra del criterio del Tribunal *a quo*, al Servicio Andaluz de



puesto de manifiesto en varios casos, puede establecerse con una conducta meramente pasiva u omisiva<sup>67</sup>, se entiende roto por la posible imputación de los daños a la conducta exclusiva del propio perjudicado, debiendo tenerse en cuenta, además, que la existencia de fuerza mayor, como se deduce del art. 139.1º L.R.J.A.P., es, en principio, al tratarse de un sistema objetivo de responsabilidad, la única causa exoneradora de la Administración, sin que se reconozca al caso fortuito, con plena eficacia a tales efectos en el campo de la responsabilidad civil<sup>68</sup>, ninguna relevancia en este ámbito<sup>69</sup>, ya que, como pone de manifiesto la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1998, “el mero caso fortuito, derivado de la pura ausencia del factor de previsión, (...) queda suficientemente cobijado, además, en la posibilidad de que la responsabilidad patrimonial sea exigible sobre la base también del funcionamiento normal de los servicios públicos”<sup>70</sup>.

---

Salud. A tal conclusión se llega tras la apreciación crítica de la prueba pericial practicada que desechara, a juicio del Tribunal gratuitamente, las otras posibles causas desencadenantes de la enfermedad, aceptando sin más argumentación que el carcinoma debió de tener como origen una radiación ionizante, la cual estaba descartada según las revisiones practicadas, en las consultas de la planta inferior, donde estaba la del actor.

<sup>67</sup> Además de los supuestos ya mencionados, puede verse, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1990 (Sala de lo Social, *R.J.A.* 3486), que expresamente declara existente el nexo causal entre los padecimientos sufridos por la actora, que sufría un avanzado carcinoma de mama, y la pasividad en la práctica de las pruebas pertinentes según los síntomas que la misma ponía de manifiesto, lo que se califica como mal funcionamiento del servicio. Asimismo, en esta ocasión procedente de la Sala 3º, atiéndase a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1991 (*R.J.A.* 8844), que hace derivar la responsabilidad de la Administración de la omisión a ella imputable consistente en no advertir de las contraindicaciones de una vacuna administrada, indicando 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 de que la vacuna contra la rabia tenía unas contraindicaciones determinadas”.

<sup>68</sup> La definición de caso fortuito que ha de manejarse aquí es, a mi juicio, la que deriva del art. 1105 Cc., es decir, un hecho en principio imprevisible, pero que si se hubiera podido prever sería evitable.

<sup>69</sup> Quizá sea más oportuno, en correcta técnica jurídica, desvincular los problemas de causalidad de los de imputación de responsabilidad a una Administración, descartando que sea posible la misma cuando el daño se debiera a un acontecimiento imprevisible o inevitable, a un hecho ajeno a las partes como ocurre en los supuestos de fuerza mayor. Sin embargo, en cierto modo puede entenderse que tal hecho rompe el nexo causal entre la actuación médico-sanitaria y el resultado lesivo, se interfiere en la relación causa- efecto, por lo que, sobre todo por razones de claridad del sistema, evitando compartimentos estancos, creemos oportuno tratarlo aquí, junto con la conducta del perjudicado.

<sup>70</sup> Sala 3ª. *Actualidad Administrativa*, nº 33, 14- 20 septiembre 1998. Págs. 2486 y 2487. No se trata de un supuesto de responsabilidad de la Administración derivada de la asistencia médica, sino de lesiones sufridas por un alumno de un Colegio dependiente de la Generalitat de Cataluña, cuando participaba en actividades extraescolares, pero la doctrina sobre el caso fortuito y la fuerza mayor que aquí se contiene la entendemos aplicable al caso que analizamos. En el mismo sentido puede verse la sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de septiembre de 1997 (*Actualidad Administrativa*, nº5, 2-8 febrero 1998. Págs. 410- 414).

Al respecto téngase en consideración no sólo que si la Administración alega la concurrencia de fuerza mayor habrá de probarlo, al tratarse de un hecho exonerador o extintivo de responsabilidad, sino que los frecuentes problemas prácticos que la alegación de tal circunstancia ha venido ocasionando en los últimos años a causa de las dificultades de distinción con el caso fortuito en supuestos específicos (básicamente los contagios de enfermedades como la hepatitis y el SIDA a través de transfusiones practicadas cuando todavía no se conocían las vías de transmisión ni las medidas a adoptar para detectar la presencia de los virus en los hemoderivados) ha provocado que el legislador se haya decantado por incluir una definición de lo que habrá que tomar en adelante como fuerza mayor, exoneradora de responsabilidad de la Administración. Así, en el art. 141 L.R.J.A.P., si llega a aprobarse en sus términos actuales el Proyecto de Ley de modificación de la misma, se indicará que “no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”<sup>71</sup>.

Desde el punto de vista de la posible ruptura del nexo causal dos cuestiones específicas es interesante plantear, por un lado si ha de producir tal efecto el abandono por parte del paciente de la medicina pública en favor de la privada y por otro qué consecuencia ha de atribuirse a la interferencia de un tercero en el proceso causal, pues afirmaciones contenidas en diferentes sentencias del Supremo basculan en torno a la idea de que el nexo de causalidad ha de ser exclusivo, sin interferencias extrañas procedentes de terceros o del propio lesionado<sup>72</sup>.

Respecto al primero de los problemas planteados, aunque la Audiencia Provincial de Toledo, en sentencia de 27 de diciembre de 1993<sup>73</sup> estimase que efectivamente debería entenderse roto el nexo causal que hubiese podido existir, de ser el diagnóstico y el tratamiento equivocados, desde el momento en que la enferma deja la medicina pública y se

---

<sup>71</sup> Según recoge MEDEL BASCONES (“Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en la modificación de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”. *LA LEY* 25 de septiembre de 1998. Pág. 2), esta precisión ha sido muy bien acogida por el Consejo de Estado. Téngase en cuenta, además, que ya existe en nuestro ordenamiento jurídico una norma con tal orientación de protección social, llevando el tema fuera de la órbita de la responsabilidad patrimonial de la Administración, como es el Real Decreto-Ley de 28 de mayo de 1993, por el que se conceden ayudas a los afectados por el virus de inmunodeficiencia humana como consecuencia de ciertas actuaciones realizadas en el sistema sanitario público antes de que el virus fuera detectado y conocidas sus vías de contagio, sin perjuicio de que, hasta el momento, algunas pretensiones indemnizatorias se hayan llevado igualmente por la vía jurisdiccional, demandando a la Administración sanitaria como responsable.

<sup>72</sup> Puede verse, *ad exemplum*, la sentencia de 6 de febrero de 1996, antes citada.

<sup>73</sup> *Ar. Civil* nº 2408.

acoge a la privada, a mi juicio no es exigible al enfermo que observa que sus males no encuentran remedio en aquél ámbito, sobre todo si entiende existente pasividad, falta de la debida atención o incorrección en el tratamiento prescrito, continuar indefinidamente recibiendo la asistencia en aquel ámbito, pudiendo apreciarse *a posteriori* si es posible imputar los daños a la Administración sanitaria por haber tenido su origen en el tiempo en que se permaneció sujeto a las prescripciones de su personal. Cuestión diferente es que al fijar el *quantum* indemnizatorio se atienda a tal circunstancia de abandono de la medicina pública configurándolo, en todo caso, como un concurso de causas que disminuya aquél o se matice que determinados daños no se corresponden causalmente con la actuación del personal al servicio de la Administración sanitaria. Semejantes conclusiones habría a mi juicio que hacer extensivas en relación con la negativa del paciente a seguir el tratamiento prescrito, aun sin buscar la asistencia en la medicina privada, pues la eficacia jurídica de tal conducta debe determinarse en el momento de la reconstrucción del nexo causal y puede significar, dependiendo de los casos, ruptura del mismo o simple atenuación de la responsabilidad de la Administración<sup>74</sup>.

Respecto a la interferencia en la relación causa a efecto que debe existir entre la actuación sanitaria imputable a la Administración y el resultado dañoso de hechos de un tercero, parece que tal concurrencia de causas no ha de ser motivo para exonerar de responsabilidad a la Administración, al menos en los supuestos de funcionamiento anormal del servicio público sanitario, aunque probablemente sí para reducir el alcance indemnizatorio de aquélla. En este sentido, parece trasvasable a este ámbito la doctrina de la sentencia de la Audiencia Provincial de Vitoria de 4 de febrero de 1992<sup>75</sup>, en relación con un supuesto en que se considera muy probable que los daños sufridos fueran ocasionados por las curas indebidamente realizadas por la esposa del paciente, a quien el personal sanitario encomendó tal función tras finalizar su ingreso hospitalario, lo que no es óbice para declarar la responsabilidad del Servicio Vasco de Salud que precipitó el alta del enfermo a causa de la insuficiencia de camas y de personal sanitario, lo que en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración podría ser calificado como funcionamiento anormal del servicio.

Analizados sucintamente los presupuestos para la imputación de responsabilidad a una Administración sanitaria por los daños sufridos por un usuario del servicio público y aun

---

<sup>74</sup> VILLAR ROJAS (*op. cit.* Pág. 158) advierte del peligro de que la consideración de la actitud del enfermo como causa de ruptura de la relación de causalidad abra la puerta hacia la exoneración del deber de reparar daños causados por otros hechos, como el incumplimiento de la obligación de atención continuada al paciente, pero en mi opinión tal riesgo es inexistente si se valoran con prudencia las circunstancias del caso y se atiende al verdadero alcance de su conducta. Negar radicalmente que la voluntad unilateral del paciente de no observar las prescripciones del médico pueda trasladar sobre él los riesgos de un eventual resultado dañoso sí parece, contrariamente, mucho más grave y desde luego notoriamente injusto.

<sup>75</sup> Ar. Civil nº 253.

admitiendo que los textos legales toman como presupuesto de la misma tanto el funcionamiento anormal como el normal de dicho servicio, preciso es, a mi juicio, poner de relieve que de ordinario (dejemos a salvo el caso de los aneurismas gigantes y pocos más) la jurisprudencia toma como fundamento de la responsabilidad de la Administración la anomalía, de cualquier índole, en la prestación del servicio. Lo que a mi modo de ver no tiene cabida en ella, por más que sean habituales las afirmaciones sobre el carácter totalmente objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, es la generalización de una imputación a aquélla de los resultados dañosos cuando se trate de un error de diagnóstico no debido a la falta de práctica correcta de las pruebas que estuviesen indicadas según los síntomas del enfermo ni a la más prudente valoración de los resultados obtenidos de ellas, sino al carácter de ciencia no exacta propio de la Medicina y tantas veces predicado por el Tribunal Supremo, pues está comprobado que dolencias muy diferentes presentan con frecuencia una sintomatología parecida que puede inducir a equivocación<sup>76</sup>. En definitiva, a mi juicio habrá de valorarse para imputar responsabilidad a la Administración en tales casos –y de hecho así parece que se viene haciendo en la práctica, con independencia de declaraciones grandilocuentes– si el error de diagnóstico en que se incurrió era o no vencible, lo cual puede entenderse en el caso de que se detecte *a posteriori* por medios científicos no extraordinarios, sino basados en la misma cultura médica que pudo perfectamente aplicarse *ab initio*<sup>77</sup>.

Lo mismo puede decirse de las secuelas de algunas operaciones quirúrgicas de alto riesgo o de cualquier otro acto médico que igualmente lo entrañe, habiendo sido debidamente informado el paciente de su alcance, por más que entre los administrativistas se haya negado la eficacia del consentimiento informado del paciente<sup>78</sup> como causa de exoneración de

---

<sup>76</sup> Se trataría, por tanto, de un supuesto de responsabilidad derivada de funcionamiento normal o correcto del servicio público sanitario.

<sup>77</sup> Esta es la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1996 (Sala 3ª, R.J.A. 1199), por más que insista en que en la responsabilidad objetiva de la Administración no sólo están incluidos los daños ilegítimos que sean consecuencia de una actividad culpable de la propia Administración o sus agentes (supuesto comprendido en la expresión “funcionamiento anormal de los servicios públicos”) sino también los producidos por una actividad perfectamente lícita (los casos de funcionamiento normal), “lo que supone la inclusión, dentro del ámbito de la cobertura patrimonial, de los causados involuntariamente o al menos con una voluntad meramente incidental no directamente dirigida a producirlos y en definitiva los resultantes del riesgo creado por la existencia misma de ciertos servicios”.

<sup>78</sup> Sobre los extremos a que debe referirse la información suministrada por el personal sanitario y, por tanto, el consentimiento del paciente, pueden verse algunas sentencias dictadas por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo particularmente brillantes en la disección de tal deber, contenido en el art. 10.5º de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, como las de 25 de abril de 1994 (R.J.A. 3073) y 16 de diciembre de 1997 (R.J.A. 8690). Sobre otros particulares aspectos del tema del consentimiento informado véanse también las sentencias del Alto Tribunal de 23 de abril de 1992 y 24 de mayo de 1995 (R.J.A. 3323 y 4262, respectivamente).

responsabilidad de la Administración cuando se trate de los denominados riesgos extraordinarios<sup>79</sup>, es decir, anormales en un acto médico, pero conocidos por los profesionales que lo realizan, excepcionalmente graves y especiales en cuanto reducidos a un número limitado de víctimas. A mi parecer, con independencia de que el particular pueda en todo caso exigir la reparación del daño cuando prestó su consentimiento informado al acto médico y se advierta negligencia en su realización, si la actuación del personal sanitario ha sido plenamente correcta tanto desde la perspectiva de la adecuación a la *lex artis ad hoc* como teniendo en cuenta los aspectos organizativos del servicio, no es en modo alguno justo que se haga responder a la Administración de los daños que sean consecuencia de la asistencia sanitaria.

---

<sup>79</sup> Cuestión diferente es que la falta de consentimiento informado del paciente sea considerada como un supuesto de anormalidad en el funcionamiento del servicio público, que generará responsabilidad de la Administración si se logra probar el nexo causal entre tal omisión y los daños sufridos.