

Omisión y responsabilidad civil

por

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

Abogada. Doctora en Derecho

Especializada en Responsabilidad Civil

SUMARIO

INTRODUCCIÓN AL TEMA.

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SANITARIA: REQUISITOS, PROBLEMÁTICA JURÍDICA Y ANÁLISIS DE UN HECHO REAL.

INTRODUCCIÓN AL TEMA

Hoy en día, uno de los temas, sin duda más polémicos desde el punto de vista jurídico y referido a la Administración Pública Sanitaria, viene constituido por el marco de la responsabilidad de ésta, derivada del funcionamiento de los servicios públicos.

Efectivamente, el carácter marcadamente objetivo que se asigna a este tipo de responsabilidad puede parecer duro en muchos sentidos, pero, al fin y al cabo, no hay que olvidar que la Ciencia de la Medicina, como otras Ciencias, no es exacta, su ejercicio conlleva y presupone una serie de riesgos importantes y, en función de ello, los profesionales de esta Ciencia vienen compelidos a actuar siguiendo las líneas y directrices que marca la denominada *Lex artis* y, ya para cada caso concreto, la *Lex artis ad hoc*.

El artículo 106.2 de nuestra Constitución, así como el artículo 139.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC, en adelante) no limitan el derecho de indemnización a aquellos supuestos de daños causados por el funcionamiento anormal de los servicios públicos, sino que lo extienden, asimismo, a los ocasionados por su funcionamiento normal, por lo que, ciertamente, no parece que quepa duda que, en nuestro país, hoy

por hoy, impera el régimen de responsabilidad extracontractual de tipo objetivo, que, en realidad, no hace más que dar continuidad a una línea única en Europa, iniciada en el año 1954 cuando se aprobó la Ley de Expropiación Forzosa, y continuada en el año 1957 con la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE, en adelante).

La Administración Pública Sanitaria, en efecto, ha de responder de aquellos daños que, en su funcionamiento, cause a terceros, sea por acción u omisión. Sin embargo, aún se debate en la doctrina el título de imputación y la causalidad, dos factores que se configuran como primordiales a la hora de valorar el sistema de responsabilidad de los servicios públicos sanitarios.

Por su parte, el artículo 1.902 del Código Civil proclamó el principio general de que «toda persona responde de los daños que por acción u omisión cause a otra, interviniendo culpa o negligencia», y el artículo 1.903 del citado corpus legal estableció que la responsabilidad es exigible no sólo por actos y omisiones propias, sino también de los de aquellas personas de quienes se debe responder.

Con anterioridad a la promulgación de nuestra Constitución, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado había establecido, con mayor precisión técnica, aunque circunscrita a la Administración del Estado, dicha cláusula de responsabilidad. Según el artículo 140 de la misma, «los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa».

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SANITARIA: REQUISITOS, PROBLEMÁTICA JURÍDICA Y ANÁLISIS DE UN HECHO REAL

Ante todo, hay que resaltar que la lesión de los derechos e intereses jurídicamente protegidos de los ciudadanos puede, efectivamente, derivar de cualquier tipo de actividad o actuación administrativa —reglamentos, actividades administrativas, actos materiales—. Pero también, lógicamente, de la inactividad jurídica o material que se nos va a presentar como una modalidad más de las diversas formas que el comportamiento de la Administración puede causar, originando una lesión del derecho de un particular y, siendo, en consecuencia, fuente de responsabilidad.

El daño, perjuicio o lesión han de ser efectivos. Esto quiere decir que hay que excluir los daños eventuales o simplemente posibles, pero no actuales, según dictamen del Consejo de Estado, de 26 de junio de 1969. Es interesan-

te, a este respecto, destacar que el Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de diciembre de 1982, ha admitido la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, a pesar de que tales daños habían sido ya reparados por un seguro privado, y en sentencia de 11 de febrero de 1985. Pero en estos supuestos, en realidad, lo que se planteó fue la imputación o responsabilidad por el daño y no la efectividad del mismo.

El daño, según la Ley 30/1992, ya citada anteriormente, ha de ser evaluable económicamente, si bien una Jurisprudencia, ya antigua, señaló que había que rechazar la posibilidad de que fueran indemnizados los daños morales. En la actualidad, de acuerdo con principios de justicia social y de ética, se ha sentado ya firmemente el criterio de la indemnizabilidad de tales daños.

Así, la sentencia de 12 de marzo de 1975 declaró indemnizable la muerte de un hijo, por estimar que debía computarse como lesión indemnizable, en cuanto su presencia, junto con el aspecto puramente afectivo, otro, que, al producirse su privación, se revela como un daño a derecho; esta misma sentencia consideró indemnizable la muerte del novio, en cuanto que a la prometida le bastaría la invocación del artículo 44.2 del Código Civil para poner de relieve la existencia de lesión patrimonial de un derecho causada por la muerte de una persona con la que iba a contraer matrimonio pocos días después.

El daño ha de ser individualizado: esta exigencia de la individualización del daño quiere decir que ha de tratarse de un daño concreto residenciable directamente en el patrimonio del reclamante y que, además, exceda de lo que pueden considerarse cargas comunes de la vida social. Por el contrario, cuando el daño afecte a extensos sectores de individuos y su reparación rebasa las posibilidades de las finanzas públicas, resulta obligado entender, tal como hace GARCÍA DE ENTERRÍA (1), que estamos ante cargas colectivas que no darán lugar a indemnización por parte de la Administración Pública.

El concepto de lesión es un tema esencial y que hay que tratar de forma ineludible. Por lesión —perjuicio o daño— hay que entender un daño antijurídico, que reúna los caracteres de efectividad, posibilidad de evaluación económica e individualización con relación a una persona o grupo de personas.

La lesión ha de ser imputable a la Administración y ser consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos y no tratarse de un caso de fuerza mayor. Esto quiere decir que quedan fuera las lesiones que sea imputables a otros órganos del Estado, como el poder legislativo o el judicial, porque ya nuestra Constitución, en su artículo 121, proclama que «los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley».

(1) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 10.^a ed., Madrid, 2000.

Por último, ha de existir una relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y la lesión sufrida por el particular.

Una vez examinados los requisitos para que pueda entenderse que ha existido responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria, hay que tratar la problemática que plantea el tema de la imputación.

La imputación es, según un sector doctrinal español (2), «un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar el daño, en base a la relación existente entre aquél y éste».

En definitiva, de lo que se trata, al abordar el estudio de la imputación es de examinar qué tipo de relación debe haber entre el daño y el sujeto —la Administración Pública— para que nazca la responsabilidad extracontractual. Es ésta una consistente en analizar los concretos títulos de imputación que permiten atribuir la responsabilidad a la Administración, teniendo en cuenta que ésta es una persona jurídica y que, por tanto, no basta con que exista una relación de causalidad entre la actividad y el perjuicio producido.

Hay que definir los títulos de imputación, según GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ (3), como aquellas circunstancias en virtud de las cuales es posible establecer una relación entre el daño y el sujeto imputado que justifica atribuir a éste el deber de reparación que la antijuridicidad del daño impone.

En la práctica, se trata de averiguar cuándo existirá «funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos», dicción ésta contenida, como ya hemos visto antes, en la LRJPAC, en desarrollo del artículo 106.2 de la Constitución. Dada la amplitud de esta fórmula normativa, hay que entender que la responsabilidad de la Administración Pública Sanitaria se fundamenta en un sistema de responsabilidad objetiva, ya que se extiende al funcionamiento normal de los servicios públicos y no sólo a aquellos supuestos de funcionamiento anormal —culposo—.

A la Administración no le van a ser imputables los daños ocasionados por la actuación privada de las personas físicas que actúan a su servicio, porque dichos daños no son expresión del funcionamiento de los servicios públicos. Por el contrario, siempre que el daño se presente externamente como expresión del funcionamiento del servicio, cabrá la imputación a la Administración.

Por relación de causalidad, presupuesto que debe servir para limitar los excesos que el sistema español de responsabilidad patrimonial pueda ocasionar, se entiende la «existencia de una relación de causa a efecto entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido».

(2) *Idem*, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Editorial Civitas, Madrid, 1984.

(3) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, cit.

Este requisito plantea, sin duda, algunas dificultades, porque, por lo general, cualquier acaecimiento lesivo se presenta no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado de un complejo de hechos y condiciones, dotados de un cierto poder causal.

La relación de causalidad es, ciertamente, uno de los puntos críticos en sede de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria. En muchas ocasiones, el nexo causal se configura como difícil de demostrar. No cabe duda que la relación de causalidad puede romperse en determinados supuestos, bien por una concurrencia de culpas o por la intervención de un tercero que rompe el nexo causal, e incluso por hechos que, generalmente, logran destruir la relación entre la actuación o conducta del agente y el resultado finalmente producido.

FERNÁNDEZ HIERRO afirmaba que el nexo de causalidad se rompe, por lo general, cuando, en el transcurso de los hechos interviene la propia culpa del perjudicado —el paciente, para el tema que me ocupa—. En este supuesto, tal como aseguraba este autor (4), es obvio que la responsabilidad va a cesar, porque el nexo causal ha quedado roto.

Asimismo, es usual que se presente la hipótesis de que haya dos factores causales: de un lado, la acción u omisión del Centro Sanitario, y, del otro, la acción u omisión del paciente. En este supuesto, hay que proceder a una compensación de culpas, desapareciendo el deber de indemnización. Sin embargo, siempre hay que ponderar las circunstancias y tomar en consideración la culpa del paciente como factor moderador de la obligación de indemnizar, no suprimiendo, a pesar de ello, la del Centro Sanitario en su actividad o en su omisión, a través de un reparto equitativo de daños.

Centrándonos ya en el tema de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria por omisión, que es el que voy a tratar aquí, hay que resaltar, en primer lugar, que, para que se produzca la lesión del derecho de un particular como consecuencia de la inactividad administrativa, se requiere en todo caso, la existencia para la Administración de un previo deber jurídico de actuar y que tal deber no sea cumplido por la Administración, sin mediar causa de fuerza mayor. DE LA CRUZ FERRER expresaba que el deber de actuar conecta con el carácter irrenunciable de las competencias administrativas, que implica la obligación jurídica de ejercitarlas cuando se presenta el supuesto de hecho contemplado por las normas que las regulan. Si se produce la omisión de ese deber, y de tal omisión resulta la lesión de un derecho o de un bien jurídico protegido de un ciudadano concreto, o de un grupo de ellos, la Administración está obligada a reparar el daño causado (5).

(4) FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., *Responsabilidad civil médico-sanitaria*, Pamplona, 1983.

(5) DE LA CRUZ FERRER, «Las formas de la actividad administrativa», en *Derecho Administrativo*, Tomo II, Madrid, 1998.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de marzo de 1998 declaró, a este respecto, que el funcionamiento anormal de los servicios públicos puede partir, no solamente de actos positivos que en su ejecución generan la existencia de un daño a terceros, sino también y a la inversa, por el incumplimiento de una obligación de hacer o la omisión de un deber de vigilancia, por mucho que los mismos no sean dolosos y siempre que pueda decirse que la Administración tenía el concreto deber de obrar o comportarse de un modo determinado.

GOLDEMBERG afirmaba que, desde el punto de vista jurídico, «omitir» no significa un mero no hacer nada, sino un no hacer la acción decretada (6). Y, en la doctrina española, NÚÑEZ coincidía con esta tesis, expresando que la omisión no se identifica con la inactividad; cuando el individuo no hace nada, está inactivo, pero se puede estar inactivo sin incurrir en omisión. El de inactividad es un concepto natural, que mira al no hacer, en sí mismo, como ausencia de movimiento corporal. El de omisión es un concepto normativo, porque sólo tiene sentido cuando la inactividad del individuo se mira con referencia a una norma que demanda una actividad (7).

A mi juicio, «omitir» supone o implica un no hacer la acción debida o jurídicamente debida. Estimo que en este matiz se encuentra el fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria.

Naturalmente, llegados a este punto, hay que plantearse qué virtualidad causal tiene la omisión. ¿Cómo puede un no hacer, una omisión, generar un resultado positivo?

A este respecto, hay que entender que la omisión no puede ser nunca causa, al menos en el sentido naturalístico, de un resultado. Para MIR PUIG (8), «resulta imposible sostener que un resultado positivo pueda haber sido causado, en el sentido de las ciencias de la naturaleza, por un puro no hacer.

Ello no significa que una omisión —omisión administrativa— no pueda generar responsabilidad extracontractual del omitente. Pero ello será, en todo caso, una cuestión de imputación, y no de causalidad. Y existirá imputación del resultado cuando el omitente tenía el deber jurídico de evitar el resultado lesivo, poseyendo la acción —debida, pero omitida— capacidad para evitarlo. En el momento de comprobar esta última cuestión, es decir, la capacidad evitadora de la acción omitida, se examina si existe relación de causalidad entre la acción omitida y el resultado producido. En otras palabras, se entraría a considerar si, en el caso de desplegarse la acción, no se llegaría a producir el resultado lesivo. Por tanto, no estamos —es ésta una cuestión que hay que

(6) GOLDENBERG, I., *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1984.

(7) NÚÑEZ, citado por GOLDEMBER en *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*.

(8) MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1998.

matizar cuidadosamente— ante una relación de causalidad entre la omisión y el resultado, sino entre la acción —que sí tiene eficacia causal— no realizada y el resultado. Además, se trata de una causalidad meramente hipotética, entre una acción imaginada, que no ha llegado a producirse, y un resultado efectivamente acontecido.

Hay un problema importante en este tema y que consiste en determinar cuándo existe el deber jurídico de evitar el resultado o, en otras palabras, cuándo se encuentra la Administración en posición de garante de la víctima, así como la concreción del grado de capacidad evitadora del resultado que exigimos a la acción omitida, partiendo de valoraciones normativas para imputar el resultado a la omisión.

Efectivamente, los elementos que caracterizan la omisión administrativa generadora de la responsabilidad patrimonial son: la existencia de un deber de actuar, la omisión por parte de la Administración de ese deber y, finalmente, que la actividad debida sea materialmente posible. Examinemos estos requisitos:

a) La existencia de un deber de actuar: es un presupuesto necesario de la responsabilidad patrimonial administrativa. Según AHUMADA RAMOS (8), la garantía de los derechos de los ciudadanos debe quedar circunscrita a sus justos límites, sin que aquéllos puedan pretender de la Administración más de lo que cabe inferir de las disposiciones normativas conformes con la Constitución; el papel definidor de los concretos deberes y cometidos de la Administración corresponde, primordialmente, a las Asambleas Legislativas estatal y autonómica, que son las que deben asumir este cometido como una de sus más altas responsabilidades políticas. GARCÍA DE ENTERRÍA señalaba que este hecho debe siempre tenerse en cuenta a la hora de establecer qué conducta es la exigible a la Administración, porque no pocas veces lo que la Ley espera de la Administración es, precisamente, que no actúe, que permanezca pasiva, respetando el libre desenvolvimiento de los derechos de los ciudadanos y de los agentes sociales (9).

Las Leyes no siempre van a configurar la actividad administrativa como un deber jurídico. La sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de marzo de 1993, declaró que «en los casos de meras inactividades de la Administración acaso sólo permita concluir que ni el puro deber abstracto de cumplir ciertos fines es suficiente para generar su responsabilidad cuando el proceso causal de los daños haya sido generado por un tercero, ni siempre la concurrencia de la actuación exime de responsabilidad a la Administración cuando el deber abstracto de actuación se ha concretado e individualizado en un caso determinado».

(9) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, enero-marzo, 1996.

Por su parte, la sentencia, también del Supremo, de 7 de octubre de 1997, añadió que «la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas exige que el daño producido sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y debe existir un nexo de causalidad entre uno y otro. Cuando el daño se imputa a una omisión pura de la Administración —no relacionado con la creación de una situación de riesgo— es menester para integrar este elemento causal determinar si, dentro de las pautas de funcionamiento de la actividad de servicio público a su cargo, se incluye la actuación necesaria para evitar su menoscabo. Para sentar una conclusión en cada caso hay que atender no sólo al contenido de las obligaciones explícita o implícitamente impuestas a la Administración competente por las normas reguladoras del servicio, sino también a una valoración del rendimiento objetivamente exigible en función del principio de eficacia que impone la Constitución a la actuación administrativa».

b) La omisión de la actividad administrativa debida: se trata de la falta de cumplimiento de un deber legalmente previsto de obrar, ya consista dicho incumplimiento en no dictar un acto jurídico, ya se traduzca en no desarrollar una determinada actividad de medios o de resultado. Aquí hay que incluir, asimismo, aquellos supuestos en que, poniéndose los medios previstos normativamente para el desarrollo de una determinada actuación jurídica o material, no se alcanzan, a pesar de ello, los resultados queridos por el Ordenamiento Jurídico.

El incumplimiento puede deberse tanto a la radical pasividad de la Administración —omisión absoluta—, como al carácter deficiente o insuficiente del obrar administrativo —omisión relativa—.

Sin embargo, cabe plantearse una cuestión importante: ¿cuándo surge, en realidad, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria? La respuesta es que dicha responsabilidad surgirá cuando el incumplimiento impida satisfacer en su integridad cuantitativa o cualitativa los derechos de los particulares. Éste será, por tanto, el parámetro al que hay que acudir en la práctica.

Y, por último, voy a detenerme en el tercer requisito:

c) La actividad debida debe ser materialmente posible: la omisión exige que la actividad sea materialmente posible o, en otros términos, que no estemos ante un deber de hacer jurídicamente imposible, como afirma GÓMEZ PUENTE (10), afirmando que esa imposibilidad debe entenderse referida a la imposibilidad material que resulta de la incardinación en la realidad de los deberes puestos a cargo de la Administración, por lo que su determinación exige una confrontación de la norma con la realidad fáctica del momento en que se apli-

(10) GÓMEZ PUENTE, M., «Responsabilidad por inactividad de la Administración», en *DA*, núm. 237-238, enero-junio, 1994.

ca, sin que pueda atribuirse dicho carácter a los deberes que devienen imposibles, precisamente a causa de la inactividad de la Administración.

No es más que admitir la influencia que, desde luego, tienen los hechos, lo fáctico, sobre lo normativo.

Algún sector doctrinal ha querido poner de relieve que existe la posibilidad de fijar un nexo causal entre la omisión y el daño producido. En este sentido, GOLDENBERG afirmaba que las dificultades que se han pretendido levantar a la responsabilidad extracontractual por omisión, basadas en la imposibilidad de adscribir efectos causales a los actos omisivos, desconocen que el Derecho puede asignar normativamente consecuencias a una abstención, a pesar de que, desde el plano naturalista, ese no hacer carezca de virtualidad (11).

FERRET Y JACAS resaltaba que la indemnización se había de otorgar siempre que hubiera una relación de causalidad y ésta pudiera darse también en los supuestos de omisión, porque el carácter objetivo con la que está configurada la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas hace que no haya ningún problema para apreciarla cuando haya causalidad adecuada. En los supuestos de omisión, sólo puede apreciarse esta causalidad cuando existe el deber de actuar. Si confluyen deber de actuar y relación causal de daño con omisión, se produce la responsabilidad de la Administración (12).

Parece oportuno, a la vista de la polémica planteada, entrar a analizar algunas sentencias dictadas en nuestro país a propósito de este tema y que han conseguido situar, en sus justos términos, el panorama que vengo comentando.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de julio de 1986, excluyó la existencia de fuerza mayor —sobre este concepto he de referirme en breve— en relación con el fallecimiento de una persona hospitalizada, y declaró, efectivamente, la responsabilidad de la Administración Sanitaria, tomando como fundamento que del conjunto de la prueba resultaba manifiesta. La sentencia puntualizó afirmando que «...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 fueron la causa única del resultado —pues, incluso, pudieron ser irrelevantes, dada la extrema gravedad del enfermo al ser hospitalizado—, sí que simplemente 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

(11) GOLDENBERG, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, cit.

(12) FERRET Y JACAS, J., «Control jurisdiccional de la inactividad administrativa», en *DA*, núm. 208, abril-diciembre, 1986.

mismo es necesaria ante la también siempre previsible —y aquí no prevista— gravedad con que cualquier enfermo puede ser ingresado...».

En esta sentencia, tal como he podido analizar al estudiarla detenidamente, se observa que, por el personal dependiente de la Administración, no se puso ningún medio para evitar el proceso químico-orgánico y, en definitiva, la descomposición orgánica que devino, por lo que fue la omisión de un deber de poner una acción determinada, frente al derecho de los ciudadanos a que se ponga, lo que permitió establecer una relación de causalidad jurídica entre la lesión del derecho y la omisión de aquel deber.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de febrero de 1995, dictada en un supuesto que se recondujo a la fuga de una persona internada en un Centro de Deficientes Mentales, estimó, igualmente, existente una relación de causa a efecto entre la falta de una necesaria e imprescindible vigilancia por parte del personal de dicho Centro y la fuga de uno de los internados, que resultó muerto al ser atropellado por un coche.

A la vista de estas sentencias y de algunas más que he podido consultar, parece evidente que hay que entender, en los supuestos de omisión, que la relación de causalidad, propia del instituto resarcitorio, es un elemento esencialmente jurídico, y que la lesión generadora de responsabilidad patrimonial de la Administración ha de ser siempre la lesión de un derecho o interés jurídicamente protegido por el Ordenamiento Jurídico. Para que la omisión lesione un derecho y pueda articularse la correspondiente reparación —indemnización del daño sufrido—, es preciso que exista un deber de actuación por parte de la Administración.

Ya en los años cincuenta, GARCÍA DE ENTERRÍA, que estudió con profundidad estos temas (13), incluyó expresamente los casos de omisión en los supuestos de funcionamiento anormal de los servicios públicos, distinguiendo tres supuestos que tomó de la doctrina y jurisprudencia francesas: que el servicio haya funcionado mal (culpa «*in committendo*» o por acción positiva), que no haya funcionado (culpa *in ommittendo*, abstenciones cuando existe un deber funcional de actuar) o que lo haya hecho defectuosamente (falta el deber de diligencia funcional)

Otro sector doctrinal, no obstante, se inclinó por entender que, al ser la responsabilidad objetiva, sólo habría que probar que el acto era ilegal. Así lo entendió ROYO VILLANOVA (14), concluyendo en el fundamento objetivo de toda la responsabilidad administrativa. Por fin, más tarde, por los años ochenta, el propio GARCÍA DE ENTERRÍA se hizo eco del criterio de la falta objetiva —propio de la doctrina francesa— y afirmó que en todos los casos de fun-

(13) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956.

(14) ROLLO VILLANOVA, S., «La responsabilidad de la Administración Pública», en *RAP*, enero-abril, 1956.

cionamiento anormal —incluyendo los supuestos de responsabilidad por omisión— «la titularidad de la organización o servicio justifica por sí sola la imputación de los daños a la Administración» (15).

Por tanto, a la vista del análisis de la doctrina española en torno a esta problemática, parece evidente concluir que la responsabilidad por omisión es una modalidad más de la responsabilidad objetiva, comprendiendo tanto los supuestos en que haya habido culpa subjetiva del funcionario o agente encargado del servicio, como también aquellos otros en que estemos en presencia de una falta objetiva, una falta del servicio —en la terminología de la doctrina francesa—, por lo que en ningún caso va a ser preciso probar la culpa del funcionario, sino que basta con probar el incumplimiento de la normativa del servicio (16).

Pero hay que resaltar que no toda la doctrina en nuestro país está de acuerdo con estas tesis. Efectivamente, basta detenerse un poco en algunos autores para comprender que no es pacífica la cuestión planteada. Así, GÓMEZ PUENTE, por ejemplo (17), al preguntarse si debe la Administración reparar los perjuicios asociados a su pasividad, aun cuando no exista un deber de obrar o, en otras palabras, si cabe una responsabilidad por omisión ante un funcionamiento normal, contesta negativamente tomando como referencia que, si el daño tiene su origen en una omisión administrativa, la responsabilidad por omisión será siempre una responsabilidad subjetiva, por lo que, en materia de perjuicios causados por omisión administrativa, la antijuridicidad del daño no es distinguible o separable de la idea de culpa, y ello a pesar de que, con carácter general, el sistema español de responsabilidad es de carácter objetivo.

Este autor admite que, sólo en hipótesis, cabe plantear una responsabilidad objetiva, por omisiones administrativas lícitas, inherentes al funcionamiento normal, sin infracción del deber de diligencia funcional. Y ello se debe a que la causa del daño, una omisión, sólo puede concretarse previa contemplación de un deber de actuar ante una situación dada que permite aislar y diferenciar, como hecho omisivo dañoso, la pasividad de la Administración en un momento dado. Ello quiere decir, siempre a juicio de este autor, que, a diferencia de la acción que constituye un hecho positivo y por sí sola revela su existencia, sea o no lícita, la omisión sólo puede concretarse por relación a una situación dada y un obrar necesario asociado a ésta. La mera

(15) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, 1984.

(16) AHUMADA RAMOS, Francisco Javier, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos estructurales: Lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2000.

(17) GÓMEZ PUENTE, M., «Responsabilidad por inactividad de la Administración», en *DA*, enero-junio, 1994.

actitud pasiva de un sujeto sólo constituye un hecho omisivo cuando puede ser identificada con la ausencia de una actuación concreta que resulta debida con referencia a una determinada situación objetiva o subjetiva. Por eso, la responsabilidad por omisión es siempre una responsabilidad por infracción de un deber legal establecido en interés ajeno. Esta vinculación legal, concluye este autor, es la que permite distinguir la omisión dañosa de cualquier no hacer administrativo al que quisiera imputarse un resultado perjudicial. Y esta vinculación presume la idea de culpabilidad en la omisión para que surja la responsabilidad. En consecuencia, no es posible admitir la responsabilidad administrativa por omisiones que no sean ilegales o constitutivas de un funcionamiento anormal.

La tesis mantenida por GÓMEZ PUENTE no es compartida por una gran mayoría de la doctrina española. Así, AHUMADA RAMOS puso de manifiesto que había que saber distinguir entre culpa objetiva y culpa subjetiva, y que el carácter objetivo de la responsabilidad no quita para que pueda haber, ciertamente, casos en que el establecimiento del nexo causal —jurídico— entre la inactividad administrativa generadora de responsabilidad y la lesión del derecho del particular afectado exigirá necesariamente la demostración de una conducta culpable o negligente en los agentes o funcionarios administrativos. Pero esto no es una peculiaridad de los supuestos de responsabilidad por omisión, ya que también puede darse en aquellos supuestos en que se da una actuación administrativa positiva, ni la constatación de las peculiaridades que puede revestir el modo causal lesivo en esos casos incide de ninguna manera en lo que es el fundamento del instituto resarcitorio; fundamento que es de carácter exclusivamente objetivo. Por lo tanto, cabe afirmar, como conclusión, que no existe oposición entre omisión y responsabilidad objetiva (18).

GÓMEZ PUENTE, a este respecto, estimaba que era necesario excluir la nota de la objetividad, que informa el instituto resarcitorio de la Administración, en los supuestos de responsabilidad por funcionamiento anormal, ya que, partiendo razonablemente de un concepto de culpa que incluye tanto el aspecto subjetivo como el objetivo, afirma lo siguiente: «Entre las hipótesis de funcionamiento anormal, como conducta ilícita, se halla incluida, lógicamente, la inactividad administrativa. Su antijuridicidad se comunica a las situaciones o efectos que suscita y, en tanto que perjudiciales, permite considerarlos como daños a efectos indemnizatorios. Que la inactividad constituye una fuente de responsabilidad por funcionamiento anormal de los servicios públicos y que en la determinación de ésta no es posible prescindir de la idea de culpa o ilicitud de la Administración, parece fuera de duda. Y es que, en realidad, cuando se trata de pasividad, omisiones o inactividad, no es admisible

(18) AHUMADA RAMOS, Francisco Javier, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas...*, cit. en nota 16.

la nota de objetividad que, con carácter general, se predica de la responsabilidad administrativa. Ante la pasividad o inercia de la Administración, la responsabilidad no puede ser objetiva, al menos si la objetividad supone admitirla al margen de toda ilicitud o culpabilidad administrativa, incluso sin mediar falta alguna en el servicio. Si el carácter objetivo supone que puede haber responsabilidad aun por funcionamiento normal, debe negarse dicho carácter a la responsabilidad cuando el perjuicio dimana de la pasividad de la Administración. La objetivación de la responsabilidad no es más que una ampliación de ésta a los perjuicios ocasionados por actos legales o funcionamiento normal superando los límites tradicionales de responsabilidad subjetiva o por culpa. Por tanto, reconocer dicho carácter objetivo no impide admitir que determinadas hipótesis de responsabilidad por daños tengan un fundamento exclusivamente subjetivo. Éste, al menos, es el caso de los daños por omisión debido a la imposibilidad ontológica de incluir en el funcionamiento normal la omisión o la inactividad» (19).

El problema debatido, a mi juicio, habría que centrarlo en la cuestión del funcionamiento «normal» o «anormal» de los servicios públicos. ¿Puede afirmarse que una omisión, una inactividad administrativa implica o supone un funcionamiento «anormal» del servicio público? Aquí, desde mi punto de vista, es donde hay que incidir. Desde luego, cualquier irregularidad de la actuación administrativa no constituye, sin más, funcionamiento «anormal». Hay que remitir a los estándares jurídicos de actuación y rendimiento que son, por lo general, exigibles a los servicios públicos. Desde luego, pueden existir determinadas «ilegalidades» que sean susceptibles de ser consideradas como la expresión de un funcionamiento «normal». Tengamos en cuenta, a este respecto, que la Administración Pública y, en concreto, la Sanitaria, despliega una actividad que podríamos calificar, sin exagerar, de inmensa y en la que serán frecuentes ciertos «errores» o deficiencias. Hay que recordar que el incumplimiento por parte de la Administración de un deber de actuación —siempre y cuando esta actuación sea posible y lícita— puede venir dado por su radical pasividad, que constituye omisión absoluta, o por el carácter deficiente o insuficiente del obrar administrativo, constituyendo este último supuesto omisión relativa.

Si la Administración, con esa inactividad o pasividad, crea un riesgo, entendido este riesgo en su sentido más amplio, como posibilidad de producción de un resultado lesivo, ello deberá ser tenido en cuenta a efectos de responsabilidad. Pero, para que la Administración deba responder, es preciso que cree un riesgo relevante a efectos de responsabilidad, y lo creará cuando el funcionamiento del servicio público merezca una valoración negativa desde la perspectiva de la responsabilidad. Esto no va a ocurrir sólo cuando el

(19) GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, Pamplona, 1997.

servicio público haya funcionado anormalmente y con vulneración de las normas que lo disciplinan, como ya se ha indicado en páginas atrás, sino también cuando el servicio haya funcionado de forma normal, aunque no siempre. El riesgo creado debe tener una entidad cuantitativa y no insignificante, y ello será así siempre que parezca *ex ante* adecuado para producir un resultado lesivo, porque entonces estaremos ante una conducta peligrosa o, por lo que respecta al tema que estoy tratando, ante una inactividad o pasividad administrativa peligrosa. Igualmente, ha de ser una omisión cualitativamente relevante.

Vemos cómo, a la vista de lo expuesto últimamente, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria tiene un carácter objetivo, y la clave radica en la corrección o incorrección de la actuación administrativa o, en otro caso, de la pasividad, omisión o inactividad administrativas.

Pero, para que nazca la responsabilidad de la Administración, hay que avanzar un poco más. No basta con el resultado dañoso, con la lesión o perjuicio sufrido por el particular, por el ciudadano, en definitiva. Ese resultado dañoso ha de ser consecuencia de una infracción de la denominada *Lex artis*, o sea, de una mala práctica médica. Cuando se infringe la pauta de comportamiento profesional exigida —la *Lex artis*— y ello implica el menoscabo o incluso la pérdida de un derecho, como lo es el derecho a la salud, el más importante, a mi juicio, del que gozamos los seres humanos, entonces se puede afirmar que se produce la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria infractora.

Llegados a este punto, hay que plantear qué es la *Lex artis* y qué implica su funcionamiento.

En un sentido estrictamente literal, *Lex artis* significa Ley del arte. Pero, tomado en un sentido más amplio, significa aquel conjunto de reglas y preceptos útiles para hacer bien una cosa o para practicar una ciencia. En el tema que estoy tratando, la Ciencia de la Medicina o Ciencia Médica, que sabemos que no es exacta, sino que está sometida a probabilidades, riesgos e incertidumbres. Voy a detenerme en el concepto de riesgo y en su problemática.

Riesgo, en su sentido más amplio, es la posibilidad de producción de un resultado lesivo. La Administración Pública Sanitaria, de manera constante, crea riesgos de diversa intensidad y que, con bastante frecuencia, se convierten en resultados lesivos. Obviamente, el perjudicado es el paciente. Para que la Administración deba responder, es necesario que cree un riesgo jurídicamente relevante a efectos de responsabilidad. Si estuviéramos ante un sistema de responsabilidad subjetiva, basada en la idea de la culpa, sería preciso que la conducta administrativa rebasara el nivel de diligencia exigido y pudiera ser calificada de imprudente. Sería, en definitiva, la infracción de la norma de cuidado el elemento esencial. Pero, al encontrarnos con un sistema de responsabilidad objetiva, la situación varía por completo, radicando la clave en

la corrección o incorrección de la actuación administrativa. De ahí que no sólo las conductas imprudentes sean incorrectas, sino que también pueden serlo las que respeten el nivel de diligencia.

No obstante, no va a ser suficiente con que se haya producido un funcionamiento fallido del servicio público, sino que es preciso, asimismo, que la víctima no haya consentido la posible existencia del funcionamiento fallido y el resultado lesivo que de él pudiera derivarse. Es requisito, ineludible, que no nos encontremos ante un riesgo consentido.

Cuando estas notas concurren, el riesgo creado por la Administración Pública Sanitaria podrá ser considerado relevante a efectos de responsabilidad. Pero aún falta otro requisito adicional: que sea precisamente este riesgo relevante, a efectos de responsabilidad, y no otro, el que se realice en el resultado lesivo.

Hay que resaltar que la Administración Pública Sanitaria tiene por objeto, precisamente, combatir los riesgos propios de la imperfecta condición humana, por lo que, como ha afirmado Oriol MIR PUIGPELAT (20), se trata de un tipo de actividad esencialmente ligada a riesgos y daños.

Efectivamente, MIR PUIGPELAT puso de relieve que los riesgos que se manifiestan durante el funcionamiento del servicio público de asistencia sanitaria son de dos grandes tipos: riesgos inherentes al propio estado de salud de los pacientes, y riesgos creados por el propio servicio al intentar impedir que aquéllos acaben convirtiéndose en resultados lesivos. Los riesgos generados por el servicio para combatir el delicado estado de salud de los pacientes son necesariamente muy elevados y, por todo ello, se trata de un sector de la actividad administrativa especialmente peligroso.

En conclusión, por lo que respecta al tema del riesgo, puede afirmarse que el funcionamiento normal de la sanidad pública —y también de la privada— se encuentra inescindiblemente unida a riesgos y daños. La lucha contra estos riesgos y daños se encuentra condicionada, al menos, por tres limitaciones evidentes: la presupuestaria, la humana y la científico-técnica.

Para que la Administración, con su actuación, cree un riesgo relevante a efectos de responsabilidad, debe tener una cierta entidad cuantitativa. Cuando el funcionamiento administrativo logra disminuir el riesgo, en el sentido de que la Administración modifica un curso causal de tal manera que aminora o disminuye el peligro ya existente para la víctima y, por tanto, mejora la situación del objeto de la acción, entonces, como ha afirmado ROXIN (21), no se producirá responsabilidad.

(20) MIR PUIGPELAT, Oriol, «La reforma del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la LRJPAC», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 1999.

(21) ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1997.

Es la aceptación del criterio de la disminución del riesgo como elemento excluyente de la imputación objetiva y que se encuentra bastante difundida entre los penalistas.

Voy a entrar seguidamente en el análisis de un interesante hecho real al que, con motivo del ejercicio de mi profesión, he tenido que enfrentarme. El supuesto se incardina, naturalmente, en el ámbito de la omisión que he venido analizando hasta ahora.

Analicemos el supuesto: un hombre de mediana edad ingresó en el Servicio de Urgencias de un hospital andaluz con motivo de una lesión en su pierna izquierda, que fue diagnosticada como fractura de 1/3 proximal de peroné. El tratamiento médico recomendado fue el de inmovilización del miembro afecto, con férula posterior, analgésicos y revisión en consulta de Traumatología en plazo de diez días. Al paciente no se le administró Heparina, ni tampoco se le prescribió para que se la inyectara en su domicilio.

De conformidad con lo acordado por el Servicio de Urgencias, el paciente acudió, de nuevo, al servicio de consultas externas de la especialidad de Traumatología, siendo reconocido por el médico traumatólogo, el cual le retiró la férula que le habían colocado en el Servicio de Urgencias en días atrás, y le trató ortopédicamente con yeso inguinopédico, le colocó la órtesis hasta la cadera y le aconsejó un estricto reposo. El especialista en Traumatología tampoco aplicó Heparina, ni la recetó al paciente.

Posteriormente, dos semanas más tarde en concreto, el paciente fue revisado de nuevo y, tras los controles radiográficos realizados, se le permitió andar con la ayuda de bastones. No se le hizo ningún tipo de tratamiento médico, salvo prescribirle analgésicos.

Once días más tarde, el paciente fue atendido, nuevamente, en el Servicio de Urgencias, presentando un cuadro clínico de disnea intensa, malestar general y vómitos, ingresando posteriormente en la Unidad de Cuidados Intensivos (UCI), con el siguiente diagnóstico: Tromboembolismo Pulmonar y Trombosis Femoropoplítea. Y todo ello con motivo o a consecuencia de la no aplicación —ni prescripción— de Heparina, medicamento anticoagulante que, forzosamente, hay que recetar en caso de inmovilización o reposo absoluto, para evitar las posibles trombosis y embolias.

En los Servicios de la UCI permaneció ingresado el paciente durante quince días, siendo remitido, una vez transcurrido este plazo, al Servicio de Medicina Interna de un hospital andaluz, para que siguiera un tratamiento en el Servicio de Cirugía Vascular.

Como consecuencia de todo lo relatado anteriormente, el paciente sufrió unas lesiones que tardaron en curar 481 días, de los cuales estuvo once días hospitalizado y cuatrocientos setenta días impedido para realizar sus tareas y ocupaciones habituales.

Al paciente le han quedado las siguientes secuelas:

1. Algodistrofia.
2. Insuficiencia venosa - edema sin varices.

El Servicio de Cirugía Cardiovascular del Hospital Universitario «Reina Sofía», de Córdoba, emitió informe médico a este respecto.

Como Letrada interviniente en defensa de este paciente, estimé que se había producido la existencia de una Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública Sanitaria, por cuanto en el Servicio de Urgencias, así como en el Servicio de Traumatología del Hospital donde fue atendido y revisado, con motivo de su fractura de peroné, se le prescribió, por orden facultativa, reposo e inmovilización absoluta, sin la protección adecuada y oportuna, al no aplicar Heparina, exponiendo al paciente a un riesgo vital, como es la Trombosis Pulmonar que sufrió, así como las secuelas que padece en la actualidad y el tratamiento médico al que, de por vida, tiene que estar sometido.

El paciente ejerció reclamación ante la Consejería de Salud, Servicio Andaluz de Salud, al haber sido perjudicado por la omisión de los Servicios Sanitarios de la Seguridad Social, fundamentando su reclamación en el artículo 11 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo de 1993.

Los aspectos propiamente sustantivos de esta reclamación giraron en torno, en primer lugar, a la exposición de los datos meramente históricos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública derivada del funcionamiento de los servicios, y que apareció configurada, efectivamente, por primera vez, en el seno del artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa; más tarde, en los artículos 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 1957, adquiriendo relevancia constitucional en los artículos 9 y 106.2 de la Carta Magna, como garantía fundamental de la seguridad jurídica, con entronque en el valor justicia, pilar del Estado social y democrático de Derecho, proclamado en el artículo 1 de nuestra Constitución, y desarrollado, en la actualidad, en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

El texto de la citada reclamación se orienta siguiendo la constante doctrina jurisprudencial que caracteriza los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria, del siguiente modo: *a)* el primero de los elementos es la lesión patrimonial, el perjuicio, el daño, en la doble modalidad de daño emergente o lucro cesante, lesión que ha de ser real, concreta y susceptible de evaluación económica; *b)* la lesión ha de ser ilegítima o antijurídica, es decir, que el particular no esté obligado a soportarla; *c)* debe existir un nexo causal adecuado e inmediato, exclusivo y directo, entre la acción u omisión administrativa y el resultado lesivo; y *d)* ausencia de fuerza mayor, tal como previeron las sentencias del Tribunal Supremo de la Sala 3.^a de 29 de enero, 10 de febrero y 9 de marzo de 1998.

Me interesa ahora hacer un breve análisis de estos dos últimos requisitos citados: de un lado, la existencia del nexo causal adecuado, es decir, la adecuación de la causa, y, en segundo lugar, la ausencia de fuerza mayor.

Efectivamente, la Administración está constantemente creando riesgos y, desde luego, sería absurdo pensar que le pueden ser imputados todos los daños que, de alguna forma, estén relacionados con dichos riesgos. De este modo, los riesgos insignificantes que pueda crear no van a poder ser calificados de relevantes, a efectos de responsabilidad, sino que, sólo cuando el riesgo creado posea cierta entidad cuantitativa, podrá decirse, con propiedad, que ha existido un riesgo, que el funcionamiento del servicio público ha sido peligroso.

MARTÍNEZ ESCAMILLA ponía de relieve que el riesgo definidor del grado de riesgo necesario para que exista un riesgo no insignificante —un riesgo cuantitativamente relevante— lo suministra la teoría de la adecuación (22). La teoría de la adecuación, paradójicamente, fue fundada por un médico, VON KRIES, a finales del siglo XIX, y nació como una teoría de la causalidad, con la finalidad de limitar los efectos indeseados de la teoría de la equivalencia de las condiciones. El pensamiento de la adecuación, que se ha impuesto, en realidad, como una teoría de la imputación, y no ya de la causalidad, cuenta, en la actualidad, con muchos adeptos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia contemporáneas. La doctrina española maneja esta teoría de forma mayoritaria.

Esta teoría centra sus esfuerzos en determinar cuándo una determinada conducta es adecuada para producir un determinado resultado, y de ahí recibe su denominación. Se trata de una tesis que pretende resolver, por sí sola, el problema de la imputación: la creación de un riesgo y su realización en el resultado.

Esta teoría toma, como punto de referencia, el resultado concretamente producido, el curso causal efectivamente acaecido. De este modo, se entra a juzgar la adecuación de la conducta examinada para producir un resultado como el constatado y, con ello, implícitamente, si el riesgo creado se ha realizado en el resultado lesivo.

Son, en definitiva, tres las grandes cuestiones debatidas en torno a la teoría de la adecuación:

1. La formación de las bases del juicio de adecuación: este problema hace referencia a qué condiciones del resultado deben ser tenidas en cuenta a la hora de juzgar la adecuación de una conducta.
2. El grado de tendencia: se trata de delimitar en qué medida tiene que incrementar la conducta las posibilidades de producción del resultado para ser considerada adecuada. Aquí, hay tres posturas que, básicamente, pueden ser descritas así:

(22) MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992.

- a) es suficiente con la simple posibilidad de producción del resultado para que la conducta sea la adecuada;
 - b) es necesario que exista la probabilidad de producción del resultado, entendiéndose que la producción de un evento es probable cuando es más factible que ocurra a que no ocurra o, en otras palabras, cuando haya más de un 50 por 100 de posibilidades de que acontezca;
 - c) la solución intermedia, acudiendo al concepto de posibilidad o de probabilidad, pero matizándolo. De este modo, se exige una posibilidad próxima, notable, seria, relevante o un grado no demasiado alto de probabilidad.
3. La determinación del resultado: cuando se examina si la conducta enjuiciada ha generado un riesgo no insignificante, si se trata de una conducta peligrosa, no debe tenerse en cuenta el resultado concretamente acaecido, ni el concreto curso causal que ha llevado a él, sino el resultado típico, o sea, la existencia de una lesión indemnizable.

Por lo que respecta a la ausencia de fuerza mayor, es interesante destacar que, tanto el artículo 106.2 de nuestra Constitución, como el artículo 139.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establecen que no existirá responsabilidad de la Administración cuando el daño sea fruto de fuerza mayor. La fuerza mayor se caracteriza, tal como sostiene la doctrina administrativista española (23), por su inevitabilidad y su exterioridad al servicio administrativo. La fuerza mayor engloba supuestos extraordinarios, acontecimientos insólitos. De ahí que sólo en muy pocas ocasiones servirá para excluir la responsabilidad administrativa.

El texto de la reclamación que estoy analizando resaltaba, asimismo, que la lesión de derechos e intereses jurídicamente protegidos de los ciudadanos puede derivar de cualquier tipo de actividad o actuación administrativa, pero, lógicamente, también de la inactividad, jurídica o material, que se presenta, por tanto, como una modalidad más de las diversas formas que el comportamiento de la Administración puede causar, originando una lesión del derecho de un particular y siendo, en consecuencia, fuente de responsabilidad.

Para que se produzca la lesión del derecho de un particular como consecuencia de la inactividad administrativa, se requiere, en todo caso, la existencia para la Administración de un previo deber de actuar y que tal deber no sea cumplido, sin mediar causa de fuerza mayor. El deber de actuar conecta

(23) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1997.

con el carácter de irrenunciable de las competencias administrativas, que implica la obligación jurídica de ejercitarlas cuando se presenta el supuesto de hecho contemplado por las normas que las regulan. Si se produce la omisión de ese deber, y de tal omisión resulta la lesión de un derecho o de un bien jurídico protegido de un ciudadano concreto, o de un grupo de ellos, la Administración deberá reparar la lesión ocasionada, según ha puesto de manifiesto DE LA CRUZ FERRER (24).

A este respecto, hay que mencionar la interesante sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de 27 de marzo de 1998, que puso de relieve que «la jurisprudencia de este Tribunal Supremo ha declarado que el funcionamiento de los servicios públicos puede partir, no solamente de actos positivos que en su ejecución generan la existencia de un daño a terceros, sino también y a la inversa, por el incumplimiento de una obligación de hacer o la omisión de un deber de vigilancia, por mucho que los mismos no sean dolosos y siempre que pueda decirse que la Administración tenía el concreto deber de obrar o comportarse de un modo determinado».

Como ya ha quedado reseñado anteriormente, los elementos que caracterizan la omisión administrativa generadora de la responsabilidad patrimonial son: la existencia de un deber de actuar —el deber de actuar, en el presente supuesto, consistiría en administrar al paciente Heparina, anticoagulante que hubiera evitado la trombosis y/o embolia—; la omisión por parte de la Administración de aquel deber y, finalmente, que la actividad debida sea materialmente posible.

Es evidente que la no administración de Heparina fue trascendental en orden a las lesiones y secuelas que el paciente sufrió y que permanecerán de por vida. En este sentido, hay que poner de manifiesto que la responsabilidad surgida por la omisión de la Administración Sanitaria de una obligación determinada —un *facere*, un hacer—, no se llevó a efecto en su momento oportuno, que no fue otro que cuando el paciente fue atendido en el Servicio de Urgencias del hospital andaluz, tras la fractura del peroné, toda vez que el tratamiento médico recomendado es el de inmovilización absoluta del miembro afectado con férula posterior. Y, de igual manera, cuando fue revisado en la Consulta de Traumatología del Hospital, se le retiró la férula del Servicio de Urgencias, se le trató ortopédicamente con yeso inguinopédico, se le colocó la órtesis hasta la cadera y se aconsejó un estricto reposo, pero el especialista tampoco aplicó la Heparina —nueva omisión—. Este incumplimiento, según AHUMADA RAMOS ha hecho destacar en la doctrina española (25), puede deberse tanto a la radical pasividad de la Administración, que consti-

(24) DE LA CRUZ FERRER, J., «Las formas de la actividad administrativa», en *Derecho Administrativo*, Tomo II, Madrid, 1998.

(25) AHUMADA RAMOS, Francisco Javier, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, cit. en notas 16 y 18.

tuye omisión absoluta, como al carácter deficiente o insuficiente del obrar administrativo, que constituye omisión relativa. Efectivamente, tal como ha expresado Oriol MIR PUIGPELAT (26), sólo aquellas conductas que constituyan un riesgo, que sean susceptibles de producir un resultado lesivo, deberán ser tenidas en cuenta a efectos de responsabilidad.

Cabe preguntarse hasta qué punto la omisión administrativa sanitaria fue importante o trascendente. La respuesta es clara: la inactividad del hospital, al no aplicar Heparina, fue determinante de las lesiones y secuelas que el paciente sufrió con posterioridad, al ser éstas consecuencia de la inmovilización y el reposo absoluto sin la debida prescripción médica del anticoagulante, lo cual, a todas luces, podía haber sido evitado, es decir, era materialmente posible su evitación con la mera prescripción del medicamento citado. Consecuencia de todo ello fue el Tromboembolismo Pulmonar y Trombosis Femoropoplítea que el paciente sufrió.

Puede suscitarse un problema en el sentido de que, en los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando se trata de omisión administrativa, no cabe exigir ningún nexo de causalidad material entre el funcionamiento del servicio público y el daño material sufrido por quien reclama. En este caso, la responsabilidad ha de venir determinada por la reunión de unas circunstancias concretas: existencia por la Administración de un deber de comportamiento impuesto por el Ordenamiento Jurídico, omisión por parte de la Administración de dicho deber cuando éste podía haberse cumplido y, finalmente, que, como consecuencia de dicho incumplimiento, el particular que reclama haya visto lesionados sus derechos, intereses o bienes jurídicamente protegidos —en el supuesto que me ocupa, se vio gravemente lesionado el fundamental derecho a la salud de una persona—.

La reclamación presentada ante la Consejería de Salud y el Servicio Andaluz de Salud, en los términos expuestos, solicitando la correspondiente indemnización por las secuelas sufridas, fue desestimada. Lógicamente, se dedujo el correspondiente recurso contencioso-administrativo, basando la demanda en el artículo 106.2 de la Constitución Española, que establece, expresamente, que los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

A la vista de los hechos relatados, es evidente que el hospital incurrió en una omisión —la no aplicación del anticoagulante al paciente—, que produjo consecuencias negativas para su salud, de tal modo que ha de estar sometido a tratamiento de por vida. A este respecto, no cabe olvidar que el derecho a la

(26) MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria: Organización, imputación, causalidad*, Civitas, Madrid, 2000.

salud está expresamente citado en el artículo 43 de nuestra Constitución y que, en la actualidad, este derecho es responsabilidad última del Estado, que lo reconoce y protege, imponiendo al poder público el deber de fomento de la educación sanitaria, así como la expresa indicación de las medidas preventivas y de las prestaciones y los servicios necesarios como medios de organización y de la tutela pública de la salud. Nadie pone en duda, hoy en día, que la salud es condición y presupuesto de la dignidad y de la calidad de vida, tanto de la vida personal, en su doble dimensión física y psíquica, como social. Hay que entroncar el derecho a la salud con el libre desarrollo de la personalidad, ya que, sin salud, mal podrá hablarse de ese desarrollo. El derecho a la salud es, en consecuencia, una de las condiciones y presupuestos, no el menor entre ellos, de la posición fundamental del ciudadano que se expresa en el elenco de derechos fundamentales inherentes a la persona, teniendo el Estado el deber de promover las condiciones individuales y grupales, efectivas y reales, al objeto de que el derecho a la salud y la acción sanitaria se cumplan, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

Naturalmente, tal como se planteó en nuestra demanda, el primer elemento constitutivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria es la lesión, equivalente a daño o perjuicio, en su doble modalidad de daño emergente y lucro cesante, lesión que ha de ser real, concreta, susceptible de evaluación económica, y ha de ser ilegítima o antijurídica, es decir, que el particular no esté obligado a soportarla. Pero, en el supuesto objeto de análisis, interesa destacar los elementos de la omisión administrativa, a efectos de que nazca o se produzca la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria, que son los siguientes: la existencia de un deber de actuar —en el supuesto analizado, la existencia del deber de administrar y prescribir un anticoagulante—; la omisión, por parte de la Administración, de ese deber y, finalmente, que la actividad debida sea materialmente posible —entendiendo, aquí, que, en todo hospital, es materialmente posible la existencia de productos anticoagulantes, tan necesario su empleo con las finalidades ya descritas anteriormente—.

La presencia, evidente, de estos requisitos se cumple por lo que respecta a la inactividad del Hospital de la Seguridad Social en el que el paciente fue atendido, porque existió un previo deber de actuar, ante la situación que presentaba el paciente, al prescribirse reposo absoluto e inmovilización del miembro afectado, situación ésta que podía derivar —y era probable que derivara—, si no se instauraba el oportuno tratamiento con Heparina, en el resultado que, finalmente, desembocó, es decir, en un Tromboembolismo Pulmonar y Trombosis Femoropoplítea, como en efecto sucedió, siendo evidente, en consecuencia, que la no aplicación del anticoagulante fue trascendental y determinante en orden a las lesiones y secuelas que, en la actualidad, el paciente sufre.

El hospital en el que el paciente fue atendido asumió, como no podía ser menos, no sólo un deber jurídico de actuar, sino también un deber jurídico de evitar el resultado, perjudicial y lesivo, que se produjo en el fundamental derecho a la salud de aquél. Hay que entender, efectivamente, que la acción debida, y omitida, consistente en la aplicación de un tratamiento a base de Heparina, hubiera evitado el resultado lesivo que se produjo. Cuando se comprueba la capacidad evitadora de la acción omitida, se examina, a un tiempo, si existe relación de causalidad entre la acción, que, a diferencia de la omisión, sí tiene eficacia causal, no realizada, y el resultado, siendo ésta una causalidad meramente hipotética entre una acción imaginada, que no ha llegado a producirse, y un resultado efectivamente acontecido. El problema fundamental que se plantea, en sede de omisión, que es un problema de imputación, es, precisamente, la determinación de cuándo existe el deber jurídico de evitar el resultado, en definitiva, la determinación de cuándo se encuentra la Administración en posición de garante del perjudicado, así como la concreción del grado de capacidad evitadora del resultado que exigimos a la acción omitida, partiendo de valoraciones normativas, para imputar el resultado a la omisión.

Como la acción debida —administrar Heparina— fue omitida, no puede saberse, con total certeza, qué hubiera ocurrido de haberse llegado a realizar, es decir, si se hubiera evitado, o no, el resultado lesivo. Se plantea así la cuestión de qué grado de capacidad evitadora del resultado debe exigirse a la acción omitida. En este sentido, hay que exigir, con arreglo a la doctrina dominante, que la realización de la acción debida hubiera aumentado con seguridad las posibilidades de evitación del resultado, no exigiéndose una probabilidad rayana en la seguridad.

Con respecto al paciente, es evidente que la aplicación del anticoagulante habría aumentado con seguridad las posibilidades de evitación del resultado lesivo que se produjo en su fundamental derecho a la salud e incluso cabe afirmar que dicha acción, debida y omitida, hubiera evitado el resultado lesivo con una probabilidad rayana en la seguridad.

Partiendo de la idea del riesgo, es evidente que, con su inactividad —la no aplicación del anticoagulante al paciente—, la Administración Pública Sanitaria creó un riesgo jurídicamente relevante y que se tradujo, finalmente, en un importante perjuicio para éste, por lo que hay que deducir, necesariamente, que el riesgo no fue precisamente insignificante.

Asimismo, hay que resaltar que el riesgo, relevante a efectos de responsabilidad de la Administración Pública Sanitaria, llegó a materializarse en un daño real y evaluable, por lo que puede decirse que existió, por lo que respecta a este paciente y a la situación en la que ha quedado de por vida, una relación de riesgo, y esa situación de riesgo creada por la Administración ha conducido al resultado lesivo expuesto, siendo dicho concreto resultado lesi-

vo aquél que precisamente se ha tenido en cuenta para llegar a la conclusión de que el funcionamiento del servicio público merece ser valorado negativamente y ser considerado relevante a efectos de responsabilidad.

Hay que tener en cuenta, en el mismo sentido, la reforma operada en la LRJPAC por la Ley 41/1999, al añadir al artículo 141 de la misma el siguiente párrafo: «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».

Este precepto impedirá que pueda surgir responsabilidad administrativa cuando el servicio público haya funcionado de forma inmejorable.

Por lo que respecta al supuesto que estoy analizando, es obvio que el servicio sanitario que le atendió y efectuó una valoración médica de su estado y proceso, no funcionó de forma inmejorable. Asimismo, hay que constatar que el daño o perjuicio que efectivamente se produjo en su fundamental derecho a la salud pudo haber sido evitado y, desde luego, previsto, porque las situaciones de reposo e inmovilización de un miembro inferior del cuerpo, si no se instaura el oportuno tratamiento con anticoagulante, conllevan el riesgo, jurídicamente relevante, de Trombosis y Tromboembolias.

Que este riesgo era evitable con la mera administración y prescripción de la medicación oportuna —Heparina— es, a todas luces, constatable.

Hay una evidente correspondencia entre el desvalor del funcionamiento del servicio público y el concreto resultado finalmente producido. El riesgo realizado en el concreto resultado lesivo debe ser —lo es, en este caso— el que ha sido valorado negativamente a efectos de responsabilidad.

Interesante sería, a mi juicio, tratar el tema, complejo y delicado, de los daños morales que se le han irrogado al paciente. Efectivamente, por oposición al daño patrimonial o, quizá, más acertadamente, como complemento de éste, se define el daño moral como aquel perjuicio —lesión— que no implica una pérdida de ganancia, que no entraña para el perjudicado una consecuencia pecuniaria directa ni una disminución de su patrimonio. Son, como se ve, definiciones negativas. Ya CHIRONI, hace muchos años (27), lo definió como «la lesión a cualquier derecho que pertenezca al estado jurídico de la personalidad», y DE RUGGIERO, años más tarde (28), afirmaba que era «la perturbación injusta en el estado de ánimo de una persona».

Atendiendo a su duración, los daños morales se dividen en transitorios y permanentes, según que, aunque subsistan por un espacio de tiempo más o menos largo, terminen desapareciendo, o bien se mantengan constantemente.

(27) CHIRONI, *Colpa extracontractuale*, 1906.

(28) DE RUGGIERO, *Instituciones*, Madrid, 1931.

En el supuesto que he analizado, no cabe duda que al paciente se le irrogaron daños morales considerables y que, con toda probabilidad, permanecerán con él hasta el final de su vida. ¿Cómo cabría indemnizar estos daños morales? O, avanzando un paso más, ¿son acaso indemnizables los daños morales o es imposible su reparación?

Sabemos que la doctrina se ha preguntado si el resarcimiento del daño moral puede ser incluido dentro de la figura de la indemnización de daños y perjuicios o, si, por el contrario, constituye una institución cuya esencia y características son plenamente distintas a la indemnización de daños y perjuicios.

Son muchos los autores que mantienen que la reparación del daño moral no puede incluirse en el concepto técnico de indemnización, en que en ésta se entrega al damnificado una suma de dinero como un equivalente que sustituye la pérdida o menoscabo del bien lesionado. Pero, para que el dinero indemnice por equivalencia, hace falta que se trate de valores homogéneos, entre los cuales sea posible una valoración comparativa. En el caso del bien salud o derecho a la salud, es evidente que esta homogeneidad queda rota y no es posible expresarla desde el punto de vista económico. La salud no es resarcible en dinero, no se puede cuantificar económicamente.

Sin embargo, sí cabe la idea de que la reparación del daño moral desempeña la función de dar una satisfacción o compensación al perjudicado, tesis ésta que ha sido mantenida por gran número de autores y que comparto.

En el supuesto que ha sido objeto de consideración y estudio, es obvio que al paciente se le produjeron unos daños morales importantes, por las secuelas padecidas y al verse obligado a mantener un tratamiento médico de por vida, con los consiguientes riesgos. Por todo ello, hay que abogar por la indemnización de esos daños morales que se le han infligido.

El recurso contencioso-administrativo al que se hace referencia en este artículo doctrinal fue desestimado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla.

RESUMEN

RESPONSABILIDAD CIVIL

El artículo 139.2 de la LRJPAC estableció los requisitos que han de concurrir para que el daño alegado sea indemnizable: «En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas».

ABSTRACT

CIVIL LIABILITY

Article 139.2 of the Act on the Legal Framework for Public Administrations and the Common Administrative Procedure established the requirements that must be met in order for alleged damage to be indemnifiable: «At all events the alleged damage shall have to be actual, economically evaluable and individuali-

En este artículo me refiero a estos requisitos del daño y entro en el análisis de un supuesto práctico muy interesante, que tuve ocasión de estudiar con motivo de mi trayectoria profesional y especialización en este ámbito.

sed in connection with a person or group of persons».

This article refers to the said requirements for damage and enters into an analysis of a very interesting practical case that the author had the occasion to study during her professional career and specialisation in this field.

(Trabajo recibido el 28-06-2006 y aceptado para su publicación el 20-06-2007)