

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA

Verónica Alarcón Sevilla

Estudiante de Derecho

Universidad de Murcia

RESUMEN: El presente trabajo acomete el estudio de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por daños ocasionados a las personas derivados del funcionamiento de los servicios públicos sanitarios, atendiendo tanto a su evolución normativa como desarrollo jurisprudencial, y poniendo de manifiesto la modulación que los tribunales en algunas ocasiones han hecho de esta responsabilidad configurada por mandato legal como directa y objetiva.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad, Administraciones Públicas, servicios públicos sanitarios, ley, jurisprudencia.

ABSTRACT: *This paper addresses the study of the liability of the Public Administrations for damages to persons derived from the public health services, serving both its regulatory evolution as jurisprudential development and demonstrating the modulation that courts sometimes have made this set legally mandated responsibility as direct and objective.*

KEYWORDS: *responsibility, Public Administrations, public health services, law, jurisprudence.*

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN. II. MARCO LEGAL Y PRECEDENTES. III. MARCO COMPETENCIAL EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SANITARIOS. IV. ENTES RESPONSABLES. V. RESPONSABILIDAD CONCURRENTE DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA. VI. JURISDICCIÓN COMPETENTE. EL PERENIGRAJE JURISDICCIONAL. VII. EL RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DIRECTA Y OBJETIVA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. REQUISITOS DE EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD. VIII. NACIMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL. IX. EL FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS SANITARIOS. IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD A LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA. - 1. Funcionamiento anormal. 1.1. Funcionamiento defectuoso. 1.2. Falta de funcionamiento del servicio. 1.3. Funcionamiento tardío. 2. Funcionamiento normal. X. RESPONSABILIDAD DE LAS AUTORIDADES Y PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. XI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas más debatidos en los últimos años es la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, que aunque recogida legalmente desde antaño en la normativa española goza de efectivo reconocimiento desde fechas relativamente recientes y ello gracias a la jurisprudencia.

El instituto de la responsabilidad patrimonial consagrado constitucionalmente en el artículo 106.2 de nuestra Carta Magna nació para reparar aquellos daños y perjuicios causados a los ciudadanos por la Administración como consecuencia de su actividad o pasividad al intentar defender los intereses generales de éstos en cumplimiento del mandato del artículo 103.1 de la Constitución, y en la actualidad está considerado junto con el principio de legalidad un pilar básico del derecho administrativo.

Dada la proliferación de sentencias sobre reclamaciones por responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas por daños ocasionados a los ciudadanos derivados del funcionamiento de los servicios públicos, abundantes sobre todo en el ámbito sanitario, se ha visto la necesidad de trazar en este trabajo la responsabilidad patrimonial en la Sanidad examinando tanto su evolución normativa como su desarrollo jurisprudencial poniendo de manifiesto como los tribunales han venido en algunas ocasiones a modular esta responsabilidad configurada por imperativo legal como directa y objetiva, no sin obviar las necesarias referencias a la doctrina que con su aportaciones han intentado corregir los excesos de un generoso sistema de responsabilidad patrimonial y a la que con estas líneas aprovecho para felicitar.

Igualmente se abordará, aunque no en último lugar, lo que se viene denominando como “peregrinaje jurisdiccional” que ha dado pie a la controversia originada sobre cuál es la jurisdicción competente para conocer de aquellas reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración, cuestión que aunque pareció quedar resuelta definitivamente tras la reforma de de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, operada por Ley 4/1999 se debe poner en entredicho que haya llegado a su fin.

II. MARCO LEGAL Y PRECEDENTES

Aunque actualmente el instituto de la responsabilidad patrimonial aparece consagrado en el artículo 106 de la Constitución Española al disponer en su párrafo 2º 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*”, los antecedentes de este sistema de responsabilidad se encuentran en los preceptos del Código Civil que regulan la responsabilidad extracontractual y que no son otros que los artículos 1.902 y 1.903, y, en lo que respecta a los funcionarios, en la Ley de 5 de abril de 1904, ley que regula su responsabilidad y que no fue derogada de forma expresa hasta 1999, fecha en la que tuvo lugar la reforma operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero de modificación de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en adelante LRJAP.

En efecto, el Código Civil reconoce en su artículo 1.902 la responsabilidad de quien por acción u omisión cause daño a otro interviniendo culpa o negligencia, añadiendo en el artículo siguiente que se exigirá igualmente por los actos u omisiones de aquellas personas de quien se debe responder, si bien hay que apuntar que al extrapolarse esta responsabilidad al ámbito de la Administración Pública ya no se exige como veremos más adelante una actuación culposa o negligente de la misma, sino que la responsabilidad pasa a configurarse con carácter objetivo y directo.

La Constitución de 1931 también recogió posteriormente este instituto, al establecer en su artículo 43.1 que el Estado será responsable subsidiario de los daños y perjuicios si un funcionario público en el ejercicio de su cargo “*infringe sus deberes con perjuicio de tercero*”. A pesar de los esfuerzos del legislador el mencionado precepto no llegó a tener aplicación en la práctica al carecer de ley de desarrollo que, por la breve duración de la II Constitución republicana a causa de las circunstancias históricas sobradamente conocidas del momento nunca se llegó a dictar.

Sin embargo desde el punto de vista histórico, como señala RODRÍGUEZ LÓPEZ⁶⁶⁹, la actual teoría de la responsabilidad patrimonial de la Administración tiene su origen en el reconocimiento y posterior expansión de la teoría de la indemnización expropiatoria.

Fue la Ley de Expropiación forzosa de 1954 la que vino a regular la responsabilidad de

⁶⁶⁹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. Responsabilidad Patrimonial de la Administración en materia sanitaria, Barcelona, 2007, pág. 25.

la Administración Pública de modo similar a como la concebimos actualmente, al establecer en sus artículos 121 y siguientes su responsabilidad directa "en cualquier caso", aunque reservándole la acción de regreso contra el funcionario si el daño se hubiese producido como consecuencia de la actuación de éste.

Este sistema de responsabilidad en lo que respecta al Estado cambió tres años más tarde con la promulgación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, que distingue a diferencia de lo que posteriormente hace el impreciso artículo 106.2 de nuestro texto constitucional entre las lesiones que son consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y aquellas derivadas de las relaciones de derecho privado en las que el Estado sea parte, en cuyo caso habrá que acudir a los Tribunales ordinarios. Tal imprecisión del precepto constitucional tiene su razón de ser, y es que como acertadamente ha expuesto RODRÍGUEZ – ARANA MUÑOZ⁶⁷⁰, en un Estado social y democrático de derecho se podrían originar problemas de interpretación si se incluyese en esa responsabilidad de la Administración Pública los supuestos de funcionamiento normal de un servicio público.

El sistema contemplado en la susodicha Ley, es el que se recoge actualmente sin casi modificaciones en la LRJAP que conforme a lo establecido en el artículo 149.1.18 reguló en su Título X la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública teniendo en cuenta las aportaciones de la doctrina y jurisprudencia.

III. MARCO COMPETENCIAL EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SANITARIOS

Para la mejor comprensión de algunas cuestiones que se tratarán más adelante es necesario reseñar que en desarrollo del artículo 43 de nuestra Carta Constitucional, se dictó en sustitución de la obsoleta Ley General de Sanidad de 1944 la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, norma de la que debemos partir a la hora de delimitar las competencias en esta materia.

En efecto, tal y como señala su artículo 1, la Ley tiene por objeto la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución, disponiendo en

⁶⁷⁰ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. << Nuevas orientaciones doctrinales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública >>, en Cuadernos de Derecho Judicial, 2, 2002, págs. 9 - 28.

este sentido el susodicho artículo 43 que se reconoce el derecho a la protección de la salud y que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, añadiendo que serán esos poderes públicos quien fomenten la educación sanitaria.

Así la Ley General de Sanidad en su Título II bajo la rúbrica “*De las competencias de las Administraciones Públicas*” determina las competencias que corresponden a las distintas Administraciones Públicas, reservando al Estado la competencia exclusiva en sanidad y en las relaciones y acuerdos sanitarios internacionales, reconociéndole de igual modo competencias en relación con las actuaciones a las que se refiere el artículo 40, sin que tal reconocimiento implique que esas competencias se ejercitarán menoscabando aquellas que hayan asumido las Comunidades Autónomas en esas materias. Esas competencias de las Comunidades Autónomas no serán otras que las asumidas en sus Estatutos y las que el Estado les transfiera o, en su caso, les delegue y aquellas decisiones y actuaciones públicas previstas en la Ley General de Sanidad que no se hayan reservado expresamente al Estado y que se entienden atribuidas a las Comunidades Autónomas como estipula su artículo 41.

Por su parte el artículo 42 hace referencia a las competencias de las Corporaciones Locales y su párrafo 1 establece que serán las normas de las Comunidades Autónomas las que al disponer sobre la organización de sus respectivos servicios de salud, deberán tener en cuenta las responsabilidades y competencias de las provincias, municipios y demás Administraciones territoriales intracomunitarias, de acuerdo con lo establecido en los Estatutos de Autonomía, la Ley de Régimen Local y la Ley General de Sanidad.

Finalmente y para terminar esta sucinta referencia al marco competencial señalar que el Título III de la Ley, bajo la etiqueta “*De la estructura del sistema sanitario Público*” incluye en el artículo 44, dentro del Sistema Nacional de Salud, “*al conjunto de los servicios de salud de la Administración del Estado y de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas en los términos establecidos en la presente Ley*”, obligando más adelante, en el artículo 49 a las Comunidades Autónomas “*a organizar sus servicios de salud de acuerdo con los principios básicos de la presente Ley*” en los términos recogidos en el artículo siguiente.

IV. ENTES RESPONSABLES

Ya hemos visto como desde la Ley General de Sanidad la realización de los servicios del Sistema Nacional de Salud pueden llevarse a cabo tanto por el Estado como por las Comunidades Autónomas, si bien cabe decir que no todas las Comunidades Autónomas habían asumido tales competencias hasta el 27 de diciembre de 2001 que mediante varias reales decretos se traspasan a aquellas Comunidades que restaban, las funciones y servicios del Instituto Nacional de Salud. Es a partir de esa asunción cuando las Administraciones de las Comunidades Autónomas serán responsables de los daños causados por sus órganos en la prestación de los servicios sanitarios a los ciudadanos.

En cuanto a las formas de prestación de estos servicios pueden ser diversas, de modo que la Administración puede asumir de forma directa esa competencia sin necesidad de un ente con personalidad jurídica en cuyo caso sería directamente responsable la Administración, o por el contrario puede crear entes dotados de personalidad jurídica, las denominadas “Entidades Gestoras de la Seguridad Social” a las que por mandato de su Disposición Adicional Sexta les serán de aplicación los preceptos de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en adelante LOFAGE. En relación con este último supuesto, es decir, cuando quienes prestan el servicio son entes con personalidad jurídica y aunque algún autor como MERINO MOLINS⁶⁷¹ dude que en el ejercicio de esas competencias se lleven a cabo verdaderas potestades administrativas, tanto el citado autor como gran parte de la doctrina, MIR PUIGPELAT⁶⁷² entre otros, consideran que la responsabilidad se someterá al derecho administrativo, tanto si los daños han sido ocasionados por organismos públicos como por entidades públicas sujetas a derecho privado en base a los artículos 45.1 y 53 respectivamente de la LOFAGE, sujetándose únicamente al derecho privado cuando sea estrictamente necesario para conseguir una mayor eficiencia en la prestación de sus servicios.

En efecto, como acertadamente consideran tales autores, si los organismos autónomos y las entidades públicas tienen la consideración de Administración institucional, en la medida que ésta se integra en la Administración Pública, les debe ser

⁶⁷¹ MERINO MOLINS, V. <<La responsabilidad Patrimonial de la Administración en el ámbito de la sanidad>> en Actualidad Administrativa, 6, Febrero, 2003, pág. 142.

⁶⁷² MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria*, Prólogo de Tomás FONT I LLOVET, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

de aplicación el régimen de responsabilidad recogida en la LRJAP tanto cuando intervengan en relaciones de derecho público como de derecho privado al extender el artículo 106.2 de la Constitución el régimen de responsabilidad a todas las Administraciones Públicas sin exclusión.

Finalmente, es de obligada mención la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud que amparándose en el Real Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Insalud al que vino a sustituir contempla en su Exposición de Motivos que *“esta ley establece que la gestión de los centros y servicios sanitarios y socio-sanitarios puede llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho; entre otras formas jurídicas, la presente disposición ampara la gestión a través de entes interpuestos dotados de personalidad jurídica, tales como empresas públicas, consorcios o fundaciones -en los mismos términos a las ya creadas- u otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en nuestro ordenamiento jurídico.”*

En aplicación de la citada autorización y de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre de Fundaciones se ha procedido a crear fundaciones de Derecho privado de iniciativa pública, que proliferan en la actualidad. Ejemplos de tales fundaciones son la Fundación Hospital de Alcorcón en Madrid, o la Fundación Hospital de Cieza, en Murcia.

Igualmente en base a la Ley 15/1997 autorizante se han creado sociedades mercantiles que son entidades jurídicas privadas y cuyo régimen jurídico de responsabilidad tiene carácter privado por aplicación de las normas de responsabilidad extracontractual ya vistas del Código Civil a pesar de encontrarse detrás una Administración Pública, pues al tener tales sociedades personalidad jurídica de derecho privado (disposición adicional 12ª de la LOFAGE y 6ª del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) quedan fuera del ámbito de aplicación de la LRJAP al no poder ser consideradas por el artículo 2.2 Administración Pública.

Tanto unas como otras, fundaciones y sociedades mercantiles, no son consideradas casi unánimemente por la doctrina, entre otros MERINO MOLINS⁶⁷³ Y

⁶⁷³ MERINO MOLINS, V. <<La responsabilidad Patrimonial de la Administración en el ámbito de la sanidad>> en Actualidad Administrativa, 6, Febrero, 2003, cit. pág. 144.

MIR PUIGPELAT⁶⁷⁴, como Administración Pública al tener carácter privado y no ser organismos públicos en términos de la LOFAGE.

Para concluir, la configuración de este sistema creado con la promulgación de la Ley 15/1997 se está viendo modificado aunque paulatinamente con la entrada en vigor el 1 de enero de 1999 de la Ley 30/1998, de 30 de diciembre que en su artículo 111 permite la creación de fundaciones públicas sanitarias. Se trata de organismos públicos, adscritos al Instituto Nacional de la Salud, y que se rigen por las disposiciones contenidas en ese artículo y por la normativa específica de cada Comunidad Autónoma, en lo referente a las fundaciones públicas sanitarias que se puedan crear en sus respectivos ámbitos territoriales. Además las fundaciones públicas sanitarias se registrarán en lo no previsto en el artículo 111 por lo dispuesto en la LOFAGE para las entidades públicas empresariales, de lo que se entiende y así lo ha afirmado MERINO MOLINS⁶⁷⁵ que su naturaleza jurídica tiene carácter público siendo por tanto, ahora así, verdaderas Administraciones Públicas en base al artículo 2.2 de la LRJAP y en consecuencia le será aplicable la citada norma, suponiendo así en palabras del autor “ *un freno a la huida del derecho administrativo que suponía la anterior normativa*”. Un ejemplo de este tipo de fundaciones es la Fundación Pública Sanitaria Hospital Comarcal de Inca (Baleares).

V. RESPONSABILIDAD CONCURRENTE DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA

Es el actual artículo 140 de la LRAJAP el que contempla la responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas al establecer que” *Cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente Ley, las Administraciones intervinientes responderán de forma solidaria. El instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta podrá determinar la distribución de la responsabilidad entre las diferentes Administraciones públicas. En otros supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, la responsabilidad*

⁶⁷⁴ MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria*, Prólogo de Tomás FONT I LLOVET, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

⁶⁷⁵ MERINO MOLINS, V. <<La responsabilidad Patrimonial de la Administración en el ámbito de la sanidad>> en *Actualidad Administrativa*, 6, Febrero, 2003, cit. pág. 145.

se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación.”

Antes de la modificación del precepto operada por la Ley 4/1999 su redacción sólo recogía la responsabilidad solidaria cuando la gestión dimanaba de fórmulas colegiadas de actuación, por lo que con la nueva redacción se ha querido hilar más fino, consiguiéndose con éxito.

Con referencia a lo mencionado, no es de extrañar que sean elevados los supuestos en los que cabe responsabilidad concurrente de las Administraciones, pues como quedó expuesto la delimitación de competencias que hace la Ley General de Sanidad implica la existencia de casos en los que intervengan tanto la Administración del Estado como la autonómica o local, que exista responsabilidad de dos organismos de una misma Administración o que la competencia la ostente una Administración y el titular del servicio sea otro.

En relación con este último supuesto es obligatorio hacer referencia a la competencia que actualmente poseen las Comunidades Autónomas sobre los servicios prestados por las Diputaciones Provinciales respecto de los antiguos hospitales provinciales y psiquiátricos al serle transferida esa competencia tras la Ley General de Sanidad.

Normalmente aunque las Administraciones Provinciales han cedido esa competencia a la Administración autonómica, aún existen casos en los que éstas siguen teniendo esa titularidad y en consecuencia existen dos Administraciones envueltas, la detentora de la competencia, que recae en la Autonómica y la que tiene la titularidad del servicio. Aunque - y así ocurre cuando los daños son ocasionados en los centros psiquiátricos, abundantes por el estado de salud mental de las personas en ellos ingresados -lo normal es que la reclamación se dirija contra quien ostenta la titularidad del servicio, cabe responsabilidad concurrente conforme al artículo 140.

Suele suceder cuando no ha habido transferencia del servicio a la Administración competente que se lleven a cabo convenios de colaboración para la prestación de servicios bien mediante concierto o a través de la figura de encomienda de gestión prevista en el artículo 16 de la LRJAP, en cuyo caso la responsabilidad tendrá carácter solidario según lo acordado. En defecto de convenio la responsabilidad se imputará a cada Administración en base al artículo 140.2 y será solidaria cuando no sea posible determinar la Administración responsable.

VI. JURISDICCIÓN COMPETENTE. EL PEREGRINAJE JURISDICCIONAL

Antes de la LRJAP de las reclamaciones por responsabilidad sanitaria podían conocer tres jurisdicciones distintas: la Civil, la Social y la Contencioso-Administrativa, sin perjuicio de la Penal que sigue siendo preferente cuando el daño deriva de la comisión de un delito o falta.

A pesar de ser la Civil la jurisdicción más atractiva, principalmente como expone RODRÍGUEZ LÓPEZ ⁶⁷⁶, cuando se demanda a la Administración y a una persona física o jurídica privada pues al ser las responsabilidades solidarias de separarse la continencia de la causa correría el riesgo de fallos contradictorios, lo que constituiría un absurdo lógico y jurídico; hoy en día podríamos atrevernos a afirmar, no sin reservas, que con la reforma de la LRJAP ha quedado consolidado el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo como el competente para determinar la responsabilidad de la Administración Pública.

Aunque han sido numerosas las argumentaciones dadas por los distintos órdenes jurisdiccionales para sostener su competencia, no vamos a entrar a abordarlas lo que excedería de nuestro objeto de estudio, centrándonos exclusivamente en la jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En un primer momento Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado atribuía la competencia a distintas jurisdicciones basándose en si el daño se había producido como consecuencia del funcionamiento de un servicio público o derivaba de una relación de derecho privado. El problema era delimitar que se entendía por funcionamiento de servicio público para distinguirlo así de la relación de derecho privado. Como era de esperar, entiende IRURZUN MONTORO ⁶⁷⁷, no fue fácil la delimitación, ni satisfactorios los resultados.

Posteriormente con la entrada en vigor de la LRJAP se implanta aunque dudosamente como explicaremos, la unidad jurisdiccional a raíz de lo que dispone su artículo 144 y la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, de desarrollo de la ley, por el que se aprueba el Reglamento de procedimientos

⁶⁷⁶ RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. Responsabilidad Patrimonial de la Administración en materia sanitaria, Barcelona, 2007, cit., pág. 70.

⁶⁷⁷ IRURZUN MONTORO. La jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad patrimonial de la Administración. En especial, el caso de los servicios públicos sanitarios, cit., pág. 413 y siguientes.

de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial. En efecto el propio Reglamento en su Preámbulo afirma que *“la vía jurisdiccional contenciosa-administrativa..., pasa a ser en el sistema de la nueva ley, la única procedente en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, tanto en relaciones de Derecho Público como privado”*.

La implantación es dudosa como decíamos porque a pesar de que para la generalidad de la doctrina quedaba reflejada claramente esa unidad en la legislación, como GARCÍA DE ENTERRÍA⁶⁷⁸ o ENTRENA CUESTA⁶⁷⁹, unidad que fue corroborada por un dictamen emitido por el Consejo General del Poder Judicial sobre la Disposición Adicional primera, el conflicto competencial se lo debemos a nuestro alto Tribunal Supremo. Sirva de ejemplo el Auto de 7 de julio de 1994 de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo y la sentencia de la Sala Cuarta del mismo Tribunal de 10 de julio del siguiente año. Así, mientras que en el Auto referido al pronunciarse sobre un conflicto de competencias entre el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y un Juzgado de lo social de Barcelona señalaba que tras la LRJAP quedaba implantada la unidad jurisdiccional unificándose tanto régimen aplicable como procedimiento de reclamación y jurisdicción, la sentencia de 1995 declara competente a la jurisdicción social en idéntica materia.

Tuvo que ser la reforma operada por Ley 4/1999 la que zanjó el conflicto al reconocer al orden contencioso administrativo en su Disposición Adicional Duodécima la competencia en relación con la responsabilidad en materia de asistencia sanitaria; si bien previamente, tanto la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en su artículo 2 e), como la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 llevada a cabo por LO 6/1998, de 13 de julio en su artículo 9.4 ya habían ayudado a clarificar el asunto; la primera al establecer que conocerá el 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 la 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*

⁶⁷⁸GARCÍA DE ENTERRÍA, E y T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, cit., pág. 427.

⁶⁷⁹ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. 1/1. Madrid, 1995, pág. 329.

jurisdiccional”; la segunda, como expone GARBERÍ LLOBREGAT⁶⁸⁰, al disponer que los juzgados del orden contencioso administrativo conocerán 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; además si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional.

A pesar del mandato legal, el mismo no ha podido impedir que sea la jurisdicción civil la que haya conocido sobre idéntica materia en más de una ocasión. Como ejemplo tenemos el Auto número 33/2001 de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de diciembre que declaró a ese orden jurisdiccional competente al plantearle el Juzgado Central número 4 de lo Contencioso-Administrativo y el Juzgado de Primera Instancia número 20 de Barcelona un conflicto negativo de competencia respecto de reclamación de daños y perjuicios formulado contra RENFE y una entidad aseguradora. Igualmente y a pesar de esta atribución de competencia, en 2005 también conoció la jurisdicción civil (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, número 482/2005 de 23 junio) sobre una reclamación de daños por asistencia sanitaria defectuosa.

VII. EL RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DIRECTA Y OBJETIVA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. REQUISITOS DE EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD

Como ha quedado apuntado, la LRJAP, dedica su Título X a regular la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, pero ¿de dónde se deduce que la responsabilidad de la Administración Pública es una responsabilidad directa y objetiva?

La respuesta la encontramos en el artículo 139, párrafo 1º de la mencionada Ley al recoger el siguiente principio general “*Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que*

⁶⁸⁰ GARBERÍ LLOBREGAT, J. <<Acciones de responsabilidad patrimonial contra la Administración y contra sujetos privados que hubieran concurrido a la producción del daño (problemática del artículo 9.4 párrafo segundo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial)>> en Revista Derecho y Salud, Vol. 8, núm.2, Julio-Diciembre 2000.

sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos". De este artículo se desprende que la responsabilidad de la Administración Pública es directa pues la misma no responde subsidiariamente y objetiva ya que basta con que el daño se produzca como consecuencia del funcionamiento del servicio público, con independencia de que la actuación de la Administración sea normal o anormal.

Es necesario señalar, como afirma TORRENT i REBERT⁶⁸¹ que ha sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo la que ha venido estableciendo de manera constante las condiciones para que sea exigible la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública:

- a. Exigencia de un daño individualizado evaluable económicamente.
- b. Ausencia de fuerza mayor.
- c. Existencia de nexo causal entre el daño producido y la actividad de la Administración.

Añadiendo, que la falta de estos tres elementos será motivo suficiente para desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial.

En la misma línea y viniendo ya a la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria RANGEL ARIAS⁶⁸² señala la necesidad de concurrencia de cuatro requisitos que son los siguientes:

1. El hecho sea imputable a la Administración.
2. La lesión o perjuicio antijurídico, efectivo, económicamente evaluable e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
3. Relación de causalidad entre el hecho y la lesión.
4. Que no concurra fuerza mayor.

Por último, en concordancia con lo expuesto hasta ahora y como prueba de ello, podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1995 que dice que *"la responsabilidad patrimonial de la Administración concretada en los arts. 106.2 CE, 40 LRJAE, y 121 y 122 LEF y, respecto de los entes locales, por el art. 54 de la Ley de Bases de Régimen Local, se considera como una responsabilidad objetiva por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o*

⁶⁸¹ TORRENT i REBERT, P. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, Fundación Mapfre Estudios.

⁶⁸² RANGEL ARIAS, P. <<La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria>> en Noticias Jurídicas, Diciembre, 2005.

anormal, bastando para declararla que, como consecuencia directa de aquélla, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado”.

VIII. NACIMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Aunque el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública ha sido recogido desde antaño por la normativa, es la jurisprudencia la causante de su eficaz reconocimiento como bien señala MERINO MOLINS⁶⁸³ mediante dos sentencias que se pueden calificar de trascendentales y que marcaron el camino para que la Jurisprudencia haya ido reconociendo cada vez de una forma más amplia, la existencia de responsabilidad patrimonial en el marco de la Administración Pública.

Curiosamente las sentencias a las que nos vamos a referir a continuación, ambas de la década de los setenta y dictadas por el Tribunal Supremo, se enmarcan en el ámbito sanitario; estas sentencias son las de fecha 7 de febrero de 1972 y de 12 de marzo de 1975 de la Sala de lo Civil y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo respectivamente.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1972 el supuesto de hecho es el siguiente: un paciente es operado en el Hospital General de Asturias por un facultativo que ejerce sus funciones en el servicio de cardiología pero elegido por ese paciente. Como consecuencia de los daños que se le causan, formula reclamación a la Diputación Provincial de Oviedo, de la que era dependiente el hospital. El Tribunal consideró que la jurisdicción competente para conocer la reclamación era la civil, al tratarse de una relación privada entre las partes pues el médico era de la elección del paciente; por otra parte y en lo referente a la imputación de responsabilidad a la Diputación se aplicó el ya derogado artículo 1903.5 del Código Civil considerando que la Administración actuó mediante agente causal, y reconociéndose al profesional médico una actuación culposa o negligente.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1975 la Sala de lo Contencioso-Administrativo se pronuncia sobre el conocido caso de los “novios de Granada”. Esta pareja paseaba desafortunadamente por los alrededores del Hospital San

⁶⁸³MERINO MOLINS, V. <<La responsabilidad Patrimonial de la Administración en el ámbito de la sanidad>> en Actualidad Administrativa, 6, Febrero, 2003, cit. págs. 138 y 139.

Juan de Dios, que dependía de la Diputación Provincial de Granada cuando un enfermo mental ingresado en ese hospital cae encima de ellos al arrojarlo por una ventana del centro causando la muerte del novio y heridas a la novia. La Diputación no estimó las reclamaciones que presentaron tanto la lesionada como los padres del chico fallecido pero el Tribunal Supremo en esta paradigmática sentencia reconoció la responsabilidad de la Diputación al ser titular del servicio en el que se había producido un funcionamiento anormal y del que derivó un resultado lesivo, dejando así sin efectos las argumentaciones mantenidas por la demandada de que había sido un tercero, un agente extraño, el que con su acción había provocado el daño. La Sala partió para llegar a tal conclusión, teniendo obviamente en cuenta la dolencia mental del enfermo, de que no se trataba de un agente extraño al integrarse el paciente con su internamiento en la organización del hospital. Esta misma argumentación ha sido acogida recientemente en un dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha con expresa cita a la Sentencia que tratamos. Así el dictamen número 52/2002, de 9 de abril sobre un expediente relativo a una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública incoado a instancia de una auxiliar de enfermería por los daños sufridos en el vehículo de su propiedad como consecuencia de la actuación violenta de un interno ingresado en la Unidad Residencial y Rehabilitadora para Enfermos Psíquicos de Alcohete (Guadalajara) en la que aquella prestaba servicios se pronuncia en los siguientes términos *“el supuesto contemplado presenta la particularidad de que el tercero implicado en la causación de los daños, el autor material de los mismos, se encuentra bajo la custodia o dentro de la organización, institución o servicio público de la Administración, , circunstancia determinante para la imputación de los daños a la entidad titular del mismo, quien en las condiciones de internamiento características de tal clase de centros aparece como responsable de los perjuicios que pueden causar los que están sometidos a su disciplina y tutela, cuando, como en el presente caso, las medidas de vigilancia que pudieran existir han resultado inapropiadas o insuficientes para la evitación de los hechos lesivos”*.

Finalmente, destacar que esta última sentencia resulta igualmente llamativa al considerar de forma novedosa como daño moral el sufrido por la novia y los padres del fallecido, y en CONSECUENCIA INDEMNIZABLE.

IX. EL FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS SANITARIOS. IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD A LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA

Siguiendo a GARCIA DE ENTERRÍA⁶⁸⁴ por títulos de imputación se entienden “*aquellas circunstancias en virtud de las cuales es posible establecer una relación entre el daño y el sujeto imputado que justifique atribuir a éste el deber de reparación que la antijuricidad del daño impone*”.

Una vez definidos estos títulos que según MIR PUIGPELAT⁶⁸⁵ permiten atribuir la responsabilidad a la Administración teniendo en cuenta que esta es una persona jurídica y que no basta la existencia de una relación de causalidad entre la actividad y perjuicio, vamos a proceder a analizar los supuestos básicos de imputación contemplados en el artículo 139 de la LRJAP que como quedó expuesto al principio son el funcionamiento normal y el funcionamiento anormal de los servicios públicos, no sin antes resaltar que como señaló el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), en sentencia de 22 noviembre 1991 “*debe atribuirse a los conceptos de servicio público y de su funcionamiento el sentido más amplio*” e incluye la omisión o pasividad.

1. Funcionamiento anormal

Dentro del funcionamiento anormal de los servicios sanitarios y según RANGEL ARIAS⁶⁸⁶ se incluyen aquellos casos en los que los daños causados, bien sea por culpa (incluyéndose el dolo) o ilegalidad, son imputables a un agente concreto e identificado o lo son a la Administración considerada genéricamente.

Ahora bien, siguiendo a la doctrina francesa el funcionamiento anormal comprendería la falta de servicio (*faute de service*), que englobaría tanto aquellos supuestos de defectuoso funcionamiento del mismo como aquellos en los que no

⁶⁸⁴ GARCÍA DE ENTERRIA, E. Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa, págs. 203-204.

⁶⁸⁵ MIR PUIGPELAT, O. La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria, cit., pág. 52.

⁶⁸⁶ RANGEL ARIAS, P. <<La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria>> en Noticias Jurídicas, Diciembre, 2005.

habido funcionamiento o cuando el funcionamiento ha sido tardío. En todo caso, debemos de tomar como referencia los estándares de rendimiento medio a la hora de valorar la anormalidad en la prestación del servicio.

Vamos a examinar cada uno de estos supuestos:

1.1 Funcionamiento defectuoso

Englobaría aquellos casos en los que la Administración debe responder por no contar los centros sanitarios con instalaciones y servicios adecuados y correctamente funcionando cuando causan daño a los pacientes y usuarios de los servicios sanitarios. Cabe citar las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1985 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, por lesiones procedentes de la caída de un ascensor en un Hospital del Estado o la sentencia de 5 mayo de 1988, de la Sala de lo Civil donde se declara la responsabilidad del Insalud por utilización de aparatos sanitarios deteriorados.

No obstante, numerosas han sido las sentencias en la que el Tribunal Supremo se ha pronunciado acerca de la responsabilidad de la Administración por un funcionamiento defectuoso especialmente cuando los daños se han producido por *culpa in vigilando* en centros psiquiátricos o unidades de psiquiatría. A título de ejemplo podríamos citar las siguientes sentencias del Tribunal Supremo:

- Sentencia de 3 de enero de 1990 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, sobre muerte de un internado en un centro de subnormales profundos a consecuencia de la ingestión de un producto tóxico.

- Sentencia de 4 octubre de 1999 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, sobre suicidio en un centro hospitalario de un paciente con problemas psiquiátricos con parte médico previo de consulta y hospitalización que desapareció de una dependencia del hospital y apareció a las cinco horas ya cadáver por suicidio.

- Sentencia de 27 enero 2001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, sobre fallecimiento de un paciente en una unidad de psiquiatría por ahogamiento en el aseo. Padecía psicosis delirante y estaba en tratamiento farmacológico. Se consideró previsible la creación de riesgos y procedente la indemnización por incumplimiento del deber de vigilancia cuidadosa.

- Sentencia de 21 de marzo de 2007 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, sobre intento de suicidio realizado por un paciente

ingresado en un centro hospitalario que padecía problemas psiquiátricos. Se estimó la previsibilidad de la creación de riesgos, incumpléndose el deber de vigilancia cuidadosa.

- Sentencia de 5 febrero de 2007 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, sobre intento de suicidio que causó graves lesiones a la afectada no quedando enervada a juicio del Tribunal la responsabilidad por haberse precipitado desde la ventana de la habitación en que se hallaba ingresada. Se consideró un hecho previsible al haber sido ingresada en el hospital como consecuencia de autolisis por ingestión de medicamentos y también la existencia del deber de impedirlo que no se hizo debidamente pues estaba ingresada la paciente en una zona distinta a la unidad de psiquiatría. Se declaró existente la responsabilidad patrimonial.

Igualmente podríamos incluir aquí la responsabilidad por falta de asistencia en el postoperatorio y entre las últimas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo se encuentran:

- Sentencia número 217/2004 de 27 marzo de la Sala de lo Civil, Sección 1ª, sobre fallecimiento de un paciente por falta de riego cerebral debido a la desatención durante el postoperatorio al dejarlo sólo en la habitación en compañía exclusivamente de su hija y tomándosele únicamente la tensión.

- Sentencia de 20 septiembre 2005 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, sobre defectos de asistencia en el postoperatorio considerándose una ausencia de supuesto de deber de soportar el daño con la consiguiente existencia responsabilidad patrimonial.

1.2. Falta de funcionamiento del servicio.

Nos estamos refiriendo a la denomina *culpa in ommitiendo* de la Administración, cuando ésta omite su deber de actuar.

En este supuesto, la responsabilidad tendrá lugar por una omisión o pasividad de la Administración ante la prestación de la asistencia sanitaria.

Pueden citarse las siguientes sentencias:

- Sentencia número 89/1995 de 16 febrero de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, sobre una doctora que no se cercioró debidamente del grupo sanguíneo correspondiente a su paciente, a quien correspondía el grupo B positivo y no el AB que se le atribuyó en los análisis precipitadamente realizados a su instancia y con

los que operó, obrando en su poder informes acreditativos de politransfusiones correctas anteriores.

- Sentencia número 565/1997 de 24 de junio de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, sobre muerte por síndrome de inmunodeficiencia adquirida, debido a la inoculación de anticuerpos V.H.I. al paciente al transfundirle sangre en una intervención quirúrgica en un Hospital dependiente de la Generalidad. Se estima que se omitieron las medidas adecuadas para evitar el contagio.

- Sentencia de 7 junio 2001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, sobre fallecimiento de una paciente sometida a intervención quirúrgica derivada del fármaco anestésico suministrado al no apreciarse los efectos de los antecedentes de drogadicción de la interesada que en caso contrario podría haberse efectuado sin riesgo inminente. Concretamente dice la sentencia *“las graves secuelas por las que reclama, se produjeron como consecuencia de lo que estima un evidente error médico: un error de diagnóstico que se hubiera podido evitar con la realización de un simple TAC, que hubiera permitido diagnosticar su padecimiento evitando la infección progresiva del by pass y la rotura final del mismo”*.

Dentro de la falta de funcionamiento del servicio, proliferan, sobre todo tras la entrada en vigor de la Ley 41/2002 de autonomía del paciente las sentencias por omisión de información al paciente, una de las más recientes y destacables es:

- La sentencia de 30 de junio de 2006 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª del Tribunal Supremo, sobre ausencia de información a la madre embarazada de la existencia de malformaciones en el feto lo que le impidió poder optar a la realización de un aborto dentro del plazo que la norma faculta al efecto.

1.3. Funcionamiento tardío.

Existirá responsabilidad de la Administración como consecuencia de los daños o lesiones producidas susceptibles de ser indemnizados por un retraso injustificado en la prestación de asistencia; para determinar tal responsabilidad debemos de atender a los estándares de rendimiento medio para comprobar que realmente nos encontramos ante un supuesto de funcionamiento tardío. Podemos citar en relación con este supuesto las siguientes sentencias del Tribunal Supremo:

- Sentencia de 26 mayo de 2008 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, , sobre daños por un tardío diagnóstico en la dolencia pero no de las secuelas derivadas de la intervención quirúrgica.

- Sentencia de 7 julio de 2008 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, sobre lesiones en un buceador sufridas por retraso producido al tener un accidente de descompresión. Es obligado detenernos en ella, haciendo un extracto de su contenido al ser enormemente ilustrativa y estar muy bien fundada.

El supuesto de hecho es el de un señor que sobre las 13,00 horas del 28 de agosto de en 1993 sufre un accidente de descompresión mientras practicaba buceo con escafandra, en Cullera (Valencia). Entre las 13'45 y 14 horas fue trasladado al Centro de Salud Público de esa localidad que sin practicar exploración y a la vista de la situación lo remite al Servicio de Urgencias del Hospital Público la "FE" de Valencia llegando una hora después. Al no existir en aquellos momentos cámara hiperbárica en Valencia en la que se debía introducir al afectado ya que como señala la Sala de Instancia *“a mayor demora, más riesgo de que el tratamiento resulte ineficaz, o, dicho de otra forma, ofrece mejores resultados cuanto antes se aplique”*, lo derivaron en ambulancia al hospital de la Cruz Roja de Barcelona saliendo a las 18,30 y llegando a las 23,30. Tras varios días de internamiento el paciente fue dado de alta con una *«paraplejia - síndrome medular transverso incompleto por debajo de D-12»* quedando postrado en una silla de ruedas.

Una vez detallados los hechos, cabe decir que dos fueron según la Sala de Instancia *“las piezas clave a la hora de determinar la posible responsabilidad de los servicios Sanitarios de la Generalidad Valenciana:*

1.- *El hecho de no haberle trasladado desde la Fe en Helicóptero a Barcelona.*

2.- *EI hecho de haber llegado al Hospital la Fe de Valencia sobres las 14'45 y no sale la ambulancia de la Fe de Valencia hasta las 18'30 horas llegando a Barcelona a las 23'30 horas, siendo esta demora la causa de las lesiones.”*

Según la sentencia de instancia, - fundamento séptimo, punto segundo - la decisión de optar por el transporte terrestre y no el aéreo se debió a la comunicación errónea al piloto de los datos de altura (200 metros) y no los correctos (entre 200 y 400) a pesar de que el afectado había solicitado expresamente el medio aéreo, y niega la responsabilidad de los servicios sanitarios de la Comunidad Valenciana al entender que no se había demostrado relación de causalidad entre lesiones y retraso. Ahora bien a

juicio de la Sala del Tribunal Supremo *“la de instancia se equivoca al negar la responsabilidad”* y las argumentaciones dadas *“no justifica aquella decisión, que desconoce las particularidades propias de la responsabilidad patrimonial de las administraciones sanitarias, impuestas por las peculiaridades de las ciencias de la salud”*.

Además la Sala en su fundamento cuarto añade a modo de reprimenda que *“una zona de España, esencialmente marítima, en la que la práctica autorizada de los deportes subacuáticos se encuentra muy extendida, carecía a la sazón de cámara hiperbárica, siendo aconsejable, ante accidentes de descompresión, el traslado urgente de los afectados a centros que dispusieran de ese contenedor a presión, en el caso al situado en Barcelona”*

Concluyendo, la Sala considero que hubo un retraso y como consecuencia del mismo se le causó un daño antijurídico que de haber actuado diligentemente los servicios remitiendo al herido inmediatamente en helicóptero y no por carretera *“habría disfrutado de la probabilidad de obtener un resultado distinto y más favorable para su salud.”*

Como vemos la Sala no pudo afirmar que el resultado hubiese sido distinto pero entiende que no se le puede exigir al perjudicado la prueba de un hecho imposible de demostrar *“prueba diabólica”* pues como los técnicos que intervinieron admiten, la introducción en una cámara hiperbárica no asegura su total recuperación. En definitiva la Sala entiende que una vez probada la regularidad, prueba ya si posible, *“corresponde a la Administración justificar que, en realidad, actuó como le era exigible”* pues *“Así lo demanda el principio de la «facilidad de la prueba», aplicado por esta Sala en el ámbito de la responsabilidad de los servicios sanitarios de las administraciones públicas”*.

2. Funcionamiento normal

La exigencia de responsabilidad a la Administración por funcionamiento normal no es pacífica a pesar de que el principio contenido en el artículo 139.1 LRAJAP deja bien claro que los títulos de imputación son tanto el funcionamiento anormal como el normal de los servicios públicos y el artículo 106.2 se refiere genéricamente al funcionamiento de los servicios públicos. Así los porcentajes en los que la

Administración responde son mayores en los supuestos de funcionamiento anormal que en los de funcionamiento normal.

En este sentido son escasas las sentencias en la que se le ha atribuido responsabilidad a la Administración por un funcionamiento normal de los servicios públicos, y en esos mínimos supuestos, la doctrina ha puesto en jaque a los tribunales mostrándole los inconvenientes de su postura.

Sobradamente conocida es al respecto la Sentencia de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 14 de junio de 1991 en la que tras presentar la demandante mediante la práctica de una arteriografía de carótidas "*Aneurismas gigantes de ambas carótidas supraclinoideos, en espejo. El derecho con diametro mayor de 3,5 cm. El izquierdo con diametro mayor de 2,8 cm.*", se decidió inmediatamente intervenir quirúrgicamente, pero ya en el curso de la operación se optó por reducir primero el aneurisma de la carótida derecha lo que llevó a una hemiparasia braquiofacial que originó las lesiones.

El Tribunal Supremo declaró responsable a la administración a pesar de reconocerse que el médico actuó conforme a la *lex artis* pues era más grave el aneurismo izquierdo que causó las lesiones, algo que no se podía prever.

En esta emblemática sentencia el Tribunal decidió ante un funcionamiento normal del servicio conforme al criterio de responsabilidad objetiva del artículo 139 de la LRJAP, algo a lo que por otra parte no viene muy acostumbrado. Así en opinión de CUETO PÉREZ⁶⁸⁷ el funcionamiento del servicio originó unas lesiones que en tanto en cuanto el particular no tiene la obligación de soportar han de ser indemnizadas.

También, dentro del funcionamiento normal, debemos señalar los supuestos de caso fortuito y de fuerza mayor.

En cuanto a la fuerza mayor, supuesto de excepción al que alude el artículo 139 de la LRJAP, nos referimos a "*aquellos hechos que aún siendo previsibles, sean sin embargo inevitables*" (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1997). Respecto al caso fortuito se trata de "*un evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida*", es decir, en palabras de la doctrina francesa: falta de servicio que se ignora.

⁶⁸⁷CUETO PÉREZ, M. Responsabilidad de la Administración Sanitaria, págs. 358-359.

Ha sido el artículo 141.1 de la LRJAP *“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”* el que ha servido de apoyo para considerar la existencia de fuerza mayor en supuestos de transmisión de SIDA y Hepatitis C por transfusiones en centros hospitalarios antes de que fuese posible su detección. Sirva de ejemplo la sentencia de 3 de diciembre de 1999 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en la que se exonera a la Administración del contagio de Hepatitis C en un paciente como consecuencia de una transfusión practicada en el año 1984, por no conocerse aún los medios técnicos para detectar la existencia del virus.

En otros supuestos el Tribunal se ha apoyado en la existencia de caso fortuito para declarar la responsabilidad de la Administración aunque no exista conducta antijurídica y precisamente en postura contraria a la mantenida en la sentencia referida anteriormente en sentencias igualmente sobre contagio de Hepatitis por transfusión de sangre. Entre ellas tenemos la sentencia de la Sala cuarta de 5 de junio de 1991 en la que se afirma la existencia de caso fortuito el cual *“excluye la culpa pero no la responsabilidad objetiva”*.

X. RESPONSABILIDAD DE LAS AUTORIDADES Y PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de la Administración Pública se encuentra regulada en los artículos 145 y 146 de la LRJAP.

El procedimiento de exigencia de responsabilidad se contempla en el propio artículo 145 que en su apartado 1º indica que los particulares deberán directamente exigir a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.

Mayor atención presta el apartado 2º de este artículo tras su modificación por ley 4/1999 pasando de ser facultativa a obligatoria la acción de regreso contemplada en el mismo por parte de la Administración contra su funcionario. Ahora bien, aunque buena ha sido la intención del legislador, inútil sigue siendo el mandato legal tras la reforma pues para que se le pueda imputar una responsabilidad al funcionario además de que

medie culpa o negligencia, en términos igualmente del artículo 1902 del Código Civil, se añade la necesidad de que sea grave, lo que agrava su prueba. Además se requiere como requisito previo al ejercicio de la acción de regreso que la Administración hubiese satisfecho al interesado la totalidad de la indemnización.

Además el precepto añade que para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.

Asimismo, continúa el apartado 3º, la Administración instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves. Según MERINO MOLINS⁶⁸⁸ esta previsión puede ser aplicada para aquellos casos en que una actuación negligente del personal facultativo pudiera causar daños en elementos materiales del servicio común y añade que en tales circunstancias la Administración deberá aplicar los criterios de ponderación examinados antes. Se está refiriendo a aquellos aparatos de elevado coste que puedan ser dañados como consecuencia de su mala utilización por el personal.

Por último el artículo 146 contempla la responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas estableciendo que tanto la responsabilidad penal como la civil que derive de un delito será exigible de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente y que la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial.

El orden jurisdiccional penal será el competente para conocer los delitos y faltas atribuibles a estos sujetos así como la responsabilidad civil en la que pudieran incurrir. También entiende de la responsabilidad de la Administración con carácter subsidiario.

XI. CONCLUSIONES

⁶⁸⁸MERINO MOLINS, V. <<La responsabilidad Patrimonial de la Administración en el ámbito de la sanidad>> en Actualidad Administrativa, 6, Febrero, 2003, cit. Pág. 153.

Como resumen a lo ya expuesto la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en la actuación sanitaria a tenor del artículo 139 de la LRJAP se configura como una responsabilidad objetiva y directa, sistema excesivamente peligroso pues como con buen criterio señala RODRÍGUEZ LÓPEZ⁶⁸⁹ pretender que cualquier daño producido durante el servicio sea indemnizable no es lógico, y se confundiría la responsabilidad patrimonial con el propio Sistema Nacional de Seguridad Social, en cuanto garante de prestaciones en estado de necesidad o como señala MARTÍN REBOLLO⁶⁹⁰, se configura a la Administración Pública como entidad prestadora de indemnizaciones de asistencia social.

En efecto, este reconocimiento legal hace que los poderes públicos deban responder si existe daño tanto si en la actuación ha mediado culpa o negligencia como si se ha actuado correctamente, exceptuando claro está, los supuestos de fuerza mayor.

Por otra parte, a pesar de la responsabilidad objetiva, parece que los Tribunales son más reticentes al admitir la responsabilidad de la Administración Pública en supuestos de funcionamiento normal de los servicios sanitarios, que cuando los daños deriven de un funcionamiento anormal (sea defectuoso, tardío, o no exista tal funcionamiento). También parece, a tenor de lo dispuesto en el artículo 145 de la LRJAP, que es menos costoso la imputación de responsabilidad a la Administración que al personal a su servicio al disponer para que la Administración pueda ejercer la acción de regreso la existencia de culpa o negligencia del funcionario, poniendo aún más traba al establecer que deberá ser grave.

En cualquier caso, los Tribunales a pesar del carácter objetivo de la responsabilidad extracontractual con el que se configura la Administración, haciendo un exhaustivo análisis de la jurisprudencia, vemos como no se han abandonado aún los elementos de culpabilidad e ilicitud que han caracterizado la responsabilidad extracontractual y a pesar de quedarle clara principalmente al alto Tribunal, el Supremo, la objetividad en la responsabilidad de la Administración, repara en algunos casos al admitir la responsabilidad cuando se ha producido un funcionamiento normal del servicio distinguiendo generalmente en sus sentencias entre normalidad y anormalidad del funcionamiento como mecanismo de refuerzo de la imputación.

⁶⁸⁹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. Responsabilidad Patrimonial de la Administración en materia sanitaria, Barcelona, 2007, cit., pág. 163

⁶⁹⁰ MARTÍN REBOLLO, L. <<La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de cuestión, balance general y reflexión crítica>> en Revista Documentación Administrativa, Madrid, número 237-238, 1994.

Para concluir en este sentido y a modo de reflexión, en palabras de RÓDRIGUEZ LÓPEZ⁶⁹¹ *“Resulta un tanto contradictorio con la legalidad vigente que el Tribunal Supremo argumente constantemente sobre el buen o mal funcionamiento de los servicios, aceptando las pretensiones indemnizatorias de los particulares cuando el funcionamiento ha sido anormal y defectuoso y denegándolas cuando al final de sus razonamientos llega a la conclusión de que el servicio ha cumplido con el rendimiento exigido”*.

En definitiva, que no se esté conforme con lo que dispuso el legislador no habilita a los tribunales a modular esa responsabilidad que por otra parte con su buena intención dejan patente la necesidad de que se acometa una reforma.

⁶⁹¹RÓDRIGUEZ LÓPEZ, P. Responsabilidad Patrimonial de la Administración en materia sanitaria, cit., pág. 164.