

Santiago Muñoz Machado

Catedrático de Derecho  
Administrativo de la Universidad Complutense

# Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración Sanitaria

(Con algunas reflexiones sobre las funciones actuales  
de la responsabilidad civil)

*SUMARIO:* I. EL INCREMENTO DE LAS RECLAMACIONES DE INDEMNIZACION Y LA MEDICINA DEFENSIVA. II. LOS DIFERENTES FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA: ¿ES POSIBLE ESCOGER ENTRE DOS MODELOS DIFERENTES? III. LAS FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION: CONFIGURACION ORIGINAL Y TRANSFORMACIONES ULTERIORES. LAS FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA. IV. LA OPCION FAVORABLE A LA RESPONSABILIDAD-SEGURO EN EL CASO DE LOS SERVICIOS SANITARIOS Y SUS FUNDAMENTOS EN ESPAÑA.

## I. EL INCREMENTO DE LAS RECLAMACIONES DE INDEMNIZACION Y LA MEDICINA DEFENSIVA

Este Seminario sobre la responsabilidad del personal sanitario, organizado conjuntamente por el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Sanidad y Consumo, recoge, sin duda, los ecos de la preocupación del personal sanitario por el incremento de las reclamaciones de indemnización que se dirigen contra ellos por los pacientes y usuarios de los servicios sanitarios <sup>1</sup>.

No conozco ninguna estadística que mida la cantidad y la frecuencia de las acciones y las condenas por responsabilidad de los médicos. Pero, desde luego, su multiplicación la percibimos los juristas con sólo

---

<sup>1</sup> Se recoge ahora, en efecto, la ponencia que presenté a este Seminario, celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre de 1994.

atenernos a la humilde práctica de repasar los repertorios de jurisprudencia de los últimos años. El número de sentencias producidas en todos los órdenes jurisdiccionales que enjuician problemas de mala práctica sanitaria se ha multiplicado en efecto <sup>2</sup>.

Dicha progresión no es manifiesta sólo en España. Es un fenómeno universal en los países con servicios sanitarios desarrollados. Probablemente, la multiplicación de actos médicos en los sistemas avanzados, el incremento de la complejidad de los medios de diagnóstico y tratamiento y la mejor definición y consolidación de los derechos de los pacientes son algunas de las razones que están en la base del incremento de las acciones de indemnización.

Normalmente los juristas apreciamos estos aumentos de acciones como señales de progreso. Significan que las garantías de los ciudadanos que usan servicios de relevancia pública, dependan o no de alguna Administración pública, son mayores: es cada vez más factible obtener una reparación económica por los daños que los actos médicos pueden producir. Cuando la lesión se ha debido a la conducta culposa del médico, la responsabilidad civil cumple la función reparadora que está entre sus objetivos más clásicos. Cuando se produce una condena, aun sin considerar la conducta del agente, se está dando cabida, en este dominio de los servicios sanitarios, a fórmulas de responsabilidad por riesgo o de responsabilidad objetiva. También en este supuesto el incremento de garantías del paciente suele valorarse positivamente, aunque

<sup>2</sup> También se nota este incremento en el aumento de estudios y trabajos que se preocupan de la responsabilidad de los sanitarios. Por ejemplo, recientemente, R. de ANGEL YAGÜEZ, «La responsabilidad civil de los profesionales y de las administraciones sanitarias», en el libro que, con ese mismo título, recoge las Actas del II Congreso *Derecho y salud*, organizado por la Asociación de Juristas de la Salud, Granada, noviembre 1993 (editado por la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, 1994). Del mismo autor, «Médicos ante los tribunales», *Rev. Universidad de Deusto*, núms. 92-93; S. DÍAZ ALABART, «Responsabilidad médica del INSALUD. Reclamación previa en vía administrativa. Responsabilidad contractual. Obligación de medios», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 30, septiembre-diciembre 1992; J. C. GALÁN CORTÉS, «La responsabilidad civil médica como obligación solidaria y directa», en *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, marzo 1993; E. LLAMAS POMBO, «Responsabilidad civil médica. Responsabilidad del INSALUD por un "conjunto de posibles deficiencias asistenciales". Causalidad, costes causados por la parte no agraviada o interesada en el recurso de casación», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 30, septiembre-diciembre 1992; J. M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, «La imprudencia punible del anestesista según la doctrina del Tribunal Supremo», *Actualidad Penal*, núm. 15, 11-17 abril 1994; J. L. RIVERO YSERN, «La responsabilidad de la Administración pública en materia sanitaria», y C. M. ROMEO CASABONA, «Las actuaciones de los profesionales sanitarios y sus repercusiones en la esfera de lo penal», en *La responsabilidad civil de los profesionales y de las administraciones sanitarias*, cit.; E. RUIZ VADILLO, «La responsabilidad de la Administración y de los profesionales sanitarios» (I Congreso *Derecho y Salud*, Barcelona, 25, 26 y 27 de noviembre de 1992, Publicaciones de la Comunidad de Madrid, 1992); F. SOTO NIETO, «La responsabilidad civil del médico en la esfera penal», *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, diciembre 1993. Para un análisis de los antecedentes doctrinales y jurisprudenciales, son importantes las informaciones sobre la responsabilidad médica que, desde diferentes perspectivas, hace L. MARTÍNEZ CALCERRADA, *Derecho médico*, Tecnos, Madrid, 1986.

sea en perjuicio de la seguridad patrimonial de los equipos sanitarios que intervienen en su atención o del coste que, sin duda, conlleva la multiplicación de las condenas a indemnizar.

Por parte de los médicos, estos «progresos» suelen recibirse con críticas. Y, además, lo que es peor, alimentan conductas que pueden perjudicar la buena práctica médica y el correcto desarrollo de los servicios sanitarios. Ante el incremento de acciones judiciales que exigen responsabilidad a los médicos, éstos pueden refugiarse en un modo de practicar la medicina conservador y limitado. Excluyen decisiones que impliquen riesgos y, además, tratan de avalar su opinión reclamando informes, solicitando análisis y contrastes que les ofrezcan la máxima seguridad de diagnóstico, aun en los casos en que puede prescindirse, sin perjudicar el acierto del acto médico, de procesos de diagnóstico o terapéuticos tan detallados. A este modelo de medicina, condicionado por el miedo a las acciones de responsabilidad, se le denomina *medicina defensiva*. Y protege el patrimonio y el crédito público del médico, aun en perjuicio de la salud del paciente, al que a veces no se aplican remedios que puedan producir cualesquiera consecuencias indeseables. Y en perjuicio también del progreso de los servicios sanitarios y de su coste. No se desarrollan con el rigor debido y, además, tantas precauciones reclaman gastos que serían evitables.

La situación resultante de estas tensiones es un divorcio bastante difícil de asumir en términos de buena lógica: el progreso de los derechos de los pacientes estaría reñido con el avance de las prácticas médicas de diagnóstico y tratamiento. Se retraen éstas por el miedo a un sistema de responsabilidad de los médicos que es más amplio y represivo de lo que están dispuestos a aceptar los sanitarios.

No es infrecuente que cuando se producen choques institucionales de esta importancia, los sujetos pacientes del desequilibrio, los médicos que padecen los excesos de un sistema de responsabilidad mal calibrado, apelen inmediatamente a la necesidad de contar, ellos a su vez, con mecanismos de protección y garantía para poder ejercer la medicina sin temor, ateniéndose sin remilgos a las determinaciones de la *lex artis*.

A veces, establecer algunas peculiaridades en los principios generales del régimen de responsabilidad civil no es impertinente, cuando realmente la reiteración en masa de actos o conductas parcialmente diferentes justifican matizar los principios comunes. De hecho, como veremos más adelante, la jurisprudencia civil ha establecido en el caso de la responsabilidad de los profesionales de la medicina una doctrina más matizada que la que aplica ordinariamente en otros supuestos de responsabilidad civil.

Pero, quizás, lo que está en el fondo de la reclamación de medidas especiales sea la sustitución del sistema de reparación de daños a tra-

vés de la responsabilidad civil, por fórmulas de aseguramiento que permitan que las instituciones titulares de los hospitales y centros en los que se practica la medicina corran con todos los riesgos y paguen por los errores, graves o leves, y por las lesiones que las actuaciones sanitarias de cualquier tipo produzcan en los pacientes.

Queda ahora establecido, con carácter general, que, con unas u otras especialidades, lo que sí se ha producido es una notoria flexibilización en la práctica de la vieja exigencia de «culpa o negligencia grave», que es la condición, que aún luce en el artículo 1.902 del Código Civil, para que sean estimables las acciones de indemnización. Este requerimiento está sustituido ahora por la simple exigencia de culpa leve o negligencia levísima<sup>3</sup>. Sólo hacen falta, realmente, *poussières de fautes*, como ha dicho P. JOURDAIN<sup>4</sup>, para provocar una condena. Cuando se da la circunstancia de que la práctica médica se desarrolla en un establecimiento dependiente de una institución pública, las facilidades se multiplican. La responsabilidad en tal caso está configurada como objetiva desde la Ley de Expropiación Forzosa de 1954. Basta constatar la existencia de una lesión individualizada que traiga causa del acto médico para que, en tales casos, proceda la indemnización. Así se interpreta el régimen de la responsabilidad administrativa por una doctrina y jurisprudencia españolas que son prácticamente unánimes<sup>5</sup>.

La tensión entre el incremento de declaraciones de responsabilidad y algunas de sus condenables secuelas en la práctica sanitaria es un buen argumento de reflexión. Sobre todo para decidir si deben plantearse recortes en la ampliación de la responsabilidad. Conviene exa-

<sup>3</sup> Vid. con carácter general sobre este problema los trabajos de A. TUNC, P. WIDMER y otros en *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Zurich, 1991.

<sup>4</sup> P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, París, 1952, p. 16.

<sup>5</sup> Las explicaciones generales sobre los principios de nuestro sistema de responsabilidad civil extracontractual de las Administraciones públicas son, en la doctrina actual, tributarias en su mayoría del análisis hecho por E. GARCÍA DE ENTERRÍA sobre las aportaciones de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 al régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Están inicialmente en su libro *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, IEP, Madrid, 1956, y reimpresión en Civitas en 1984, con un nuevo Prólogo del autor, pp. 145 y ss. Ideas que, en otros trabajos, están recogidas y ampliadas en el *Curso de Derecho Administrativo*, II (4.ª ed., Madrid, 1993, pp. 321 y ss.), del indicado autor y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. Una posición matizadamente diferente desde los mismos orígenes de la renovación del régimen de la responsabilidad patrimonial ha sido la de F. GARRIDO FALLA, expresada reiteradamente en diversos estudios. Por ejemplo, en las sucesivas ediciones de su *Tratado de Derecho Administrativo* (II, 7.ª ed., CEC, Madrid, 1985, pp. 245 y ss.), y más reciente y específicamente en su estudio «Constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado», en *Estudios sobre la Constitución española (Homenaje a E. García de Enterría)*, III, pp. 2825 y ss. Las monografías más relevantes se alinean en la posición del primero: J. LEGUINA, *La responsabilidad civil de la Administración pública*, 2.ª ed., Tecnos, 1982; L. MARTÍN REBOLLO, *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 1977; A. BLASCO ESTEVE, *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1985; S. MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1992, y la bibliografía en él citada.

minar si la situación a que se ha llegado tiene apoyo suficiente en el ordenamiento jurídico vigente. Supuesto que así sea, si existen realmente excesos y pueden corregirse. Y, en todo caso, en fin, si no se está exigiendo de la responsabilidad el cumplimiento de funciones reparadoras que deben encomendarse a otras instituciones o técnicas jurídicas.

## II. LOS DIFERENTES FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA: ¿ES POSIBLE ESCOGER ENTRE DOS MODELOS DIFERENTES?

Es una gran cuestión en cualquier debate sobre responsabilidad la identificación de los fundamentos del deber de reparación y su alcance.

La ampliación progresiva de los supuestos de responsabilidad médica en España puede creerse que es, en muy gran medida, imputable a que se están aplicando los principios que rigen entre nosotros la responsabilidad de la Administración. Como una gran parte de la medicina y los servicios sanitarios se desarrollan en el seno de instituciones públicas, se aplica a los daños ocasionados por esta actividad el régimen propio de la responsabilidad de las Administraciones públicas que, como es sabido, desde la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 es de naturaleza objetiva. En la regulación de la Ley de 1954 basta con que la lesión, como es bien conocido, sea consecuencia del «funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos». Estos principios se recogieron luego en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 (art. 40) y de ahí pasaron al artículo 106.2 de la propia Constitución y, más recientemente, a los artículos 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992.

Los médicos y demás sanitarios, personal de servicios sanitarios públicos, especialmente del INSALUD, se ven arrastrados en sus errores o incluso en aquellas prácticas médicas que aunque correctas producen resultados dañosos, por la dinámica de la responsabilidad objetiva. Al menos en cuanto que la condena a la Administración titular de los servicios se produce con el máximo automatismo, aun en ausencia de culpa leve por parte de los agentes sanitarios <sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> «La responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños que puedan derivarse del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos tiene carácter objetivo y depende, exclusivamente, con abstracción de todo juicio de intencionalidad, de que se demuestre la efectividad de los daños y el adecuado nexo de causalidad» (STS, Sala 3.ª, de 24 de mayo de

La crítica general a este sistema es la que considera un exceso, difícil de organizar sensatamente, una regulación como la existente que impone a la Administración el deber de reparar por cualquier lesión que produzca el «funcionamiento normal» de los servicios públicos<sup>7</sup>. La fuerza expansiva de este concepto es adivinable. Cualquier ciudadano que entra en relación con la Administración, con los servicios de ella dependientes, con los bienes de su propiedad, con los lugares y dependencias cuya tutela y conservación le corresponda, etc., y sufre cualquier lesión, tiene el derecho a que le sea reparada con una indemnización equivalente a la cuantía del daño. Basta con que se den estas circunstancias y no exista un deber jurídico de soportar la lesión.

Los supuestos imaginables son infinitos ciertamente. Tantos que, en su expresión máxima, no moderada ni matizada por la jurisprudencia, la responsabilidad parece perder sus características institucionales y se convierte en una garantía más parecida a la que ofrecen los seguros sociales<sup>8</sup>.

Para corregir estos excesos, las fórmulas hasta ahora ideadas por la doctrina consisten realmente en proponer una subversión del concepto «funcionamiento normal», para distinguir, dentro de él, diversas

---

1994). Y es que, según explica el TS en otro lugar, estamos ante «un sistema de responsabilidad objetiva, independiente de la culpa o dolo de las autoridades, funcionarios y agentes del ejecutivo, basado en la idea de que la colectividad, representada por las distintas Administraciones, debe resarcir los daños individuales que los ciudadanos sufran en su persona o en su patrimonio, como consecuencia de la actividad pública, que crea una multiplicidad de riesgos en el funcionamiento y desarrollo de una sociedad tecnológicamente avanzada» (*STS de 22 de abril de 1994*).

<sup>7</sup> Vid. la crítica de esta doctrina en R. PARADA, *Derecho Administrativo*, I, 6.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 639. Sobre los problemas y las líneas de evolución de la responsabilidad administrativa, son también importantes las reflexiones de L. MARTÍN REBOLLO en su estudio «Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas», en los *Estudios en homenaje a E. García de Enterría*, vol. III, Madrid, 1991, especialmente pp. 2799 y ss.

<sup>8</sup> La jurisprudencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo está llena de ejemplos en este sentido: la *STS de 5 de febrero de 1993* considera responsable a la Administración por los daños sufridos en un accidente que se produce «porque un conductor se encuentra la carretera cortada por tierras y piedras desprendidas»; este hecho es tan inusual y tan repentino, dice el Tribunal Supremo, que «hay una inversión de la carga de la prueba y debe ser quien la alegue quien pruebe la culpa» (en este caso la Administración había alegado culpa del conductor). La responsabilidad deriva, sencillamente, de ser la Administración demandada la titular del dominio público y, por tanto, también, de la obligación de señalización y conservación de la carretera. La *STS de 4 de junio de 1994* también considera indemnizables los daños sufridos en un accidente de circulación ocurrido como consecuencia de la existencia de un gran charco en la carretera. En otras ocasiones se condena a la Administración a indemnizar por revocar una licencia por la aplicación de nuevos criterios (*STS de 18 de marzo de 1993*), o por denegar a un trabajador de casinos su documento profesional de juego, denegación que le valió la pérdida de su puesto de trabajo: aquella denegación, que luego resultó anulada, «ha generado, en una relación directa de causa a efecto, un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado (la rescisión del contrato de trabajo)» (*STS de 18 de octubre de 1993*). También se han considerado indemnizables las lesiones sufridas por una persona que, al huir de una reacción contundente de la policía en una concentración, saltó un muro que tenía poca altura de frente y cinco metros por el otro lado (*STS de 17 de mayo de 1994*). En este último caso el TS fue contundente al negar que el lesionado se hubiera colocado «en una situación de riesgo asumido que conllevaba el deber jurídico de soportar las consecuencias inherentes a la actuación de las fuerzas de seguridad del Estado».

categorías, unas indemnizables y otras no. Lo excluido sería siempre, como es natural, las lesiones que causan los servicios públicos cuando son accidentales. Estas sólo serán indemnizables cuando fueran causadas por un «funcionamiento anormal» de los servicios, lo que implica la concurrencia de alguna forma de culpa o negligencia<sup>9</sup>.

Dejo para más adelante la exposición de una opinión más circunstanciada sobre la pertinencia o no de reducir el concepto de «funcionamiento normal», especialmente en relación con la responsabilidad de los servicios sanitarios. Pero adelanto mi posición contraria. Anticiparé también mi convicción de que, en verdad, buena parte de los ensayos de concreción del concepto «funcionamiento normal» han sido establecidos manejando técnicas de delimitación de la responsabilidad, como son la generalidad del daño, el carácter indirecto de la lesión, la concurrencia de culpa de la víctima, etc. Con estos conceptos se puede llegar a resultados bastante satisfactorios correctores de la aplicación injustificada de la regla general y capaces de crear un sistema de responsabilidad administrativa lógico. Especialmente en el ámbito de la responsabilidad sanitaria que ahora nos ocupa. Se verán, de modo más claro, las razones de esta afirmación más adelante.

Por otra parte, me parece también que algunos excesos significativos en la práctica de la responsabilidad administrativa por «funcionamiento normal» de los servicios proviene de la imputación a la Administración de daños producidos por terceros que no son, realmente, funcionarios o agentes de la Administración, ni actúan siempre a sus órdenes.

He criticado en otro lugar<sup>10</sup> los excesos a que conduce la imputación a la Administración, de una manera normal y ordinaria, de los daños causados por contratistas y concesionarios. La buena regla está,

---

<sup>9</sup> La STS (Sala 3.ª) de 7 de julio de 1994 refleja una aplicación impecable del principio de la responsabilidad objetiva derivada del daño producido por el funcionamiento normal de la Administración, pese a que la Sentencia de instancia había admitido la responsabilidad fundándola en el funcionamiento anormal del Ayuntamiento demandado. El perjuicio se debió al cierre cautelar de un establecimiento, decretado por la Administración competente en correcta aplicación del ordenamiento jurídico: el establecimiento en cuestión era una carnicería, y el Jefe de Salud Local había emitido un informe donde presumía una tuberculosis pulmonar de la mujer del carnicero, de manera que, haciendo uso de la facultad que le confiere el artículo 25.2 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local, el Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz decretó el cierre cautelar. El Tribunal Supremo, pese a aceptar en general los fundamentos jurídicos de la sentencia del TSJ, no alude a funcionamiento anormal, sino normal de la Administración como causante del perjuicio indemnizable: «los daños y perjuicios producidos a D. Pedro L. fueron consecuencia de una medida cautelar, adoptada por el Ayuntamiento de Torrejón en cumplimiento de las obligaciones que en defensa de la salud pública son encomendadas por el ordenamiento a los municipios (...), lo que no es obstáculo a que este funcionamiento normal del Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz, al producir una lesión económicamente evaluable e individualizada en el patrimonio del señor P. L., deba ser indemnizada al no ser atribuible a fuerza mayor».

<sup>10</sup> Cfr. mi estudio *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones públicas*, cit., pp. 119 y ss.

además, establecida en este caso en la Ley. El artículo 121.1 LEF distingue los casos en que es el concesionario el que debe indemnizar (en concreto: siempre, salvo cuando «el daño traiga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste») <sup>11</sup>.

También se trata, por tanto, de una doctrina infundada que puede corregirse sin necesidad de retocar la noción de «funcionamiento normal». Y hay que notar, además, que tan elemental depuración produce una reducción de muchas expansiones sin fundamento de la responsabilidad administrativa.

En todo caso, aun depurando de los excesos a que conduce una aplicación apresurada y no técnica de la noción «funcionamiento normal de los servicios públicos», no es discutible que, por muchas podas que quieran hacerse, la responsabilidad administrativa está configurada en nuestro ordenamiento como objetiva. A ello se atiene la jurisprudencia.

Lo que puede argumentarse, a partir de la anterior conclusión, es si un sistema de responsabilidad objetiva de tanta amplitud es o no idóneo para ser aplicado a los servicios sanitarios. Porque conlleva la consecuencia de que cualquier daño producido en el marco de la atención a un paciente, bien sea imputable al establecimiento hospitalario (insuficiente higiene, contaminación de alguna enfermedad, mala organización de una lista de espera que repercute en la salud o en la vida de quien es mal atendido, insuficiente dotación de los equipos) <sup>12</sup> o a cual-

<sup>11</sup> Cfr. mi libro *La responsabilidad...*, cit., en especial pp. 129 y ss.

<sup>12</sup> Por ejemplo, *Sentencia de 15 de febrero de 1993*, dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo, que aprecia responsabilidad de la clínica en la que una paciente, tras ser operada de un tobillo, sufrió un proceso de gangrena gaseosa que determinó la pérdida de su pierna derecha. El Tribunal afirma que «la causa determinante de la gangrena que afectó a la enferma había que atribuirla a la clínica, ya que la infección bacteriana ocurrió estando hospitalizada en la misma y bajo la atención y cuidado de su personal».

En el mismo sentido, la *STS de 24 de febrero de 1992* (Sala 1.ª) que declara la responsabilidad directa del INSALUD por un «defectuoso funcionamiento de sus servicios, sin precisar el elemento personal causante directo» del perjuicio, en un caso de fallecimiento de un paciente bronquítico crónico que, ingresado por agravamiento de esa enfermedad, sufre un proceso grave de neumonía. El INSALUD había alegado que el enfermo murió como consecuencia de su bronquitis crónica, en concurrencia con la nueva enfermedad que, en sí misma, no suponía especial gravedad. Tanto la Sala de instancia como el Tribunal Supremo apreciaron, en cambio, una clara relación de causalidad entre la existencia de un virus intrahospitalario y el daño producido.

Esta misma doctrina se ha aplicado también a un caso en que una paciente, que sufría una depresión profunda con tendencias suicidas, perfectamente diagnosticada, logra burlar la vigilancia de un hospital general (no específico para pacientes con problemas psíquicos) y se lanza al vacío desde un edificio cercano. Si bien el Juzgado que primero conoció del caso desestimó la demanda de reclamación presentada por los familiares de la fallecida, entendiendo que el daño se debió a la imaginación, no previsible, y a la libre voluntad de la interfecta, tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Superior de Justicia de Navarra (*Sentencia de 17 de mayo de 1993*) aprecian la existencia de responsabilidad de la clínica debido al fallo en los medios de vigilancia que debían haberse extremado en el caso de la paciente en cuestión. No se transgrede, dice la Sentencia, la *lex artis* aplicable a las plantas psiquiátricas asistenciales porque, si bien la del hospital donde acontecieron los hechos disponía de las medidas de prevención exigibles dentro del sistema de libertad de movimientos controlada del paciente, tales medidas «debieron actuar al



quier miembro del equipo sanitario (médico que ataca de un modo cuestionable una urgencia quirúrgica, anestesista que no acierta con la aplicación de la que el enfermo necesita, analista que no proporciona resultados exactos que repercuten en el acierto del diagnóstico, asistente sanitario que no colabora con la prontitud necesaria, etc.)<sup>13</sup> acarrea inmediatamente la obligación de reparar.

Aun en los supuestos de responsabilidad administrativa que acaban de referirse, la de los médicos que intervienen en su producción sólo es exigible si media culpa o negligencia propia. En esto el régimen de los médicos que prestan servicios en establecimientos públicos no es distinto de los que ejercen la medicina en clínicas o centros privados. Siempre es necesaria la culpa o negligencia.

Sin embargo, en este como en otros campos del Derecho de daños, la jurisprudencia ha dado un vuelco muy importante a los principios básicos del Código Civil, interpretándolos de una manera muy favorable a la expansión de la responsabilidad. Ha facilitado, en definitiva, la jurisprudencia civil, y éste es el resumen de su empeño, el resarcimiento de las lesiones que se causan a cualquier individuo en una vida social y de trabajo cada vez más complicada.

Una línea de evolución muy significativa de esta jurisprudencia es la nueva interpretación del artículo 1.137 del Código Civil que contiene una presunción contraria a la solidaridad en las obligaciones. Esta

---

máximo rigor ante un caso de peligro evidente y anunciado, o proceder al traslado del enfermo, si se estimaba que su riesgo no podía ser controlado con esas medidas, a otro centro psiquiátrico general, o propiamente custodial (...). La relación de causalidad entre esa falta de vigilancia, que propició la fuga, y la consumación del suicidio se da en el presente caso, dada la claridad de los síntomas advertidos».

<sup>13</sup> *SSTS (Sala 1.ª) de 16 de diciembre de 1987, 22 de junio, 12 de julio y 21 de septiembre de 1988, 27 de enero y 7 de abril de 1989.* La de 27 de enero de 1989 declara la responsabilidad del INSALUD por las lesiones sufridas por un accidentado a quien había sido prescrito un reposo absoluto, pese a lo cual, empleados del hospital donde fue ingresado le incorporaron para hacerle una exploración radiológica. Esa maniobra se hizo con tan mala fortuna que «se le impactó al enfermo dentro del canal raquídeo un fragmento de cuerpo vertebral, produciéndole así la parálisis de ambas piernas».

Igualmente se imputan al INSALUD lo que se ha considerado como omisiones culposas de su personal por no prevenir un daño que podía haberse evitado mediante una limpieza absoluta de la herida, o por medio de la práctica de análisis clínicos en el momento oportuno (*STS de 21 de septiembre de 1988*).

Y ello aun cuando el autor material del acto sea desconocido, como en el caso enjuiciado por la *STS de 22 de junio de 1988*, que condena al INSALUD a indemnizar a la víctima de unas lesiones permanentes derivadas de una inyección mal puesta que le afectó al nervio ciático: «no existe ninguna incompatibilidad entre la inexistencia de la identificación personal del autor del hecho y la imputación de responsabilidad al INSALUD».

Más claramente aún, la *STS de 12 de julio de 1988* afirma que el tratamiento del enfermo fue inequívocamente desafortunado, ya que, iniciado a partir de una apendicitis, concluyó con el saldo final de gravísimas lesiones; no es, sin embargo, prudente establecer la relación entre la actuación personal de alguno de los médicos y el clamoroso resultado que, en sí mismo, constituye la prueba de la culpa o negligencia de que depende; ha sido «el conjunto de posibles deficiencias asistenciales» el originador del daño, todo lo cual implica que la responsabilidad ha de reconducirse al INSALUD.

regla, aplicada también a la responsabilidad por daños, limitaba las posibilidades de condena al causante real y directo de la lesión, pero no a otros coparticipantes. La jurisprudencia civil, con apoyo también en otros preceptos del Código (arts. 1.103, 1.140, 1.903; aplicación del régimen de las obligaciones solidarias: 1.145, 1.146, 1.147 y 1.148, etc.), ha establecido ahora el principio general de la responsabilidad solidaria<sup>14</sup>.

Aplicando estos criterios de interpretación, la jurisprudencia ha concluido sencillamente que cuando la circunstancia generadora del daño es imputable a más de un sujeto «sin que existan elementos conducentes a diferenciar la responsabilidad de cada uno, el vínculo de solidaridad es el procedente por ser el más adecuado, con relación al perjudicado, para la efectividad de la indemnización correspondiente (STS de 1 de diciembre de 1987; y, en general, todas las que proclaman la responsabilidad solidaria del INSALUD por daños producidos

<sup>14</sup> Este principio general de solidaridad puede verse, por ejemplo, en las *SSTS de 7 de junio de 1988, 7 de abril de 1989, 23 de noviembre de 1990 ó 30 de enero de 1990*. La de 30 de enero de 1990 resuelve un asunto iniciado por una reclamación al INSALUD por parte de los padres de un enfermo que, estando en la unidad de cuidados intensivos, tras una intervención quirúrgica, se extubó durante el tiempo suficiente para producirle una parada cardiorrespiratoria con síndrome de descerebración que supuso la situación de coma profundo irreversible. El Tribunal Supremo considera que el daño se produjo como consecuencia de la conducta negligente del personal sanitario afecto a la unidad de cuidados intensivos; y, dado que dicho personal prestaba sus servicios laborales por cuenta y bajo responsabilidad del INSALUD, éste deviene responsable directo y solidario en la indemnización de los perjuicios causados. Poco importa la falta de identificación de las personas directamente responsables por su intervención directa en el evento, ya que «está dentro de la esfera de competencia de este último organismo (INSALUD) su determinación, a efectos de lo dispuesto en el artículo 1.904» del Código Civil. Es preciso tener en cuenta, además, que «la responsabilidad derivada del artículo 1.903 es directa, en cuanto puede ser exigida contra el empresario o principal con base en la culpa *in eligendo* o *in vigilando*», y que «las responsabilidades del profesional negligente y de la Seguridad Social de quien depende y por cuenta de quien actúa es también solidaria, existiendo la posibilidad de ejercitar la acción directa contra cualquiera de los implicados o contra todos».

Existen, también, casos aislados de sentencias que se esfuerzan en identificar al culpable, exonerando de responsabilidad a los demás implicados. Ejemplo de ello lo tenemos en la *STS de 23 de marzo de 1993* que resuelve una reclamación por las gravísimas lesiones ocasionadas por un paro cardíaco sufrido durante una operación sin importancia aparente (quiste sacro-coxígeo): estando el paciente de espaldas y sin monitorización, ni el cirujano ni la anestesista se dieron cuenta de la crisis cardíaca hasta que, finalizada la intervención, le dieron la vuelta, no pudiendo entonces reaccionar con la suficiente prontitud para evitar las lesiones irreversibles que ahora sufre el operado. El Tribunal Supremo centra la culpa en la anestesista, absolviendo tanto al cirujano como a la clínica en la que se produjo el hecho lesivo: a) La exculpación del cirujano se basa en lo siguiente: «no puede imputarse a un médico especialista el evento dañoso sufrido por un paciente que tenga su origen en el cumplimiento de las reglas técnicas propias de otra especialidad, como es, en el presente caso, la de Anestesiología y Reanimación». b) En cuanto a la anestesista, no le cabe duda al TS de su culpabilidad: «ya que entre sus deberes profesionales se incluye la de mantener las condiciones vitales del paciente en condiciones óptimas antes, durante y después de la intervención, así como la de su reanimación cuando se haya producido una situación crítica». c) Por lo que se refiere, en fin, a la clínica con la que el cirujano había concertado directamente la utilización de sus instalaciones para la realización de la intervención, queda exonerada de toda responsabilidad porque su obligación se limitaba a suministrar los medios técnicos necesarios, cosa que hizo.

por los médicos y personal sanitario se apoyan en la misma doctrina: por ejemplo, SSTS de 7 de junio de 1989, 17 y 26 de junio de 1990, 5 de mayo, 22 de junio y 12 de julio de 1988, 30 de enero y 23 de noviembre de 1990, etc.).

Sin salirse tampoco de la noción de culpa, la jurisprudencia civil ha llegado a los mismos resultados que la jurisprudencia administrativa que aplica los principios de la responsabilidad objetiva, empleando, por ejemplo, la noción de *culpa in vigilando*, que arrastra hacia los establecimientos titulares de un servicio la responsabilidad por su funcionamiento y gestión, aunque no hayan intervenido o lo hayan hecho de un modo muy indirecto (con carácter general, las importantes SSTS de 19 de diciembre de 1987, 10 de abril de 1988, 22 de octubre de 1989 y 20 de marzo de 1990. Esta doctrina se aplica, naturalmente, para determinar la responsabilidad del INSALUD por funcionamiento irregular de los servicios sanitarios: Sentencias de 5 de mayo, 22 de junio y 12 de julio de 1988, 27 de enero, 7 de abril y 17 de junio de 1989, 30 de enero, 26 de junio y 23 de noviembre de 1990, etc.)<sup>15</sup>.

En las nuevas interpretaciones establecidas por la jurisprudencia civil, también la culpa ha perdido su significación original, su papel se ha hecho más confuso. Siempre en el sentido de permitir una ampliación de las garantías de indemnización de los perjudicados. Se ha ensanchado la noción de culpa para incluir errores levisimos, incluso de carácter moral. Bastan los «polvos de culpa» para que la responsabilidad se declare. Tal debilidad concluye, por tanto, en aproximar los resultados del juicio de responsabilidad por culpa y las conclusiones básicas de la técnica de la responsabilidad objetiva<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> La STS de 21 de septiembre de 1993 (Sala 1.ª), en un supuesto de diagnóstico incorrecto, o de demora en un correcto diagnóstico, lo que propició una consolidación ósea irregular de la que se derivaron importantes secuelas, apreció que la causa determinante del resultado dañoso fue la conducta imprudente de los médicos; ahora bien, «la evidente e indudable culpa profesional de los dos facultativos codemandados» se considera como una «culpa *in operando* suficiente para imponer, al amparo del artículo 1.903, párrafo 4, del CC y constante jurisprudencia, la condigna responsabilidad por culpa *in vigilando* o *in eligendo*; responsabilidad que para la entidad recurrente (INSALUD) no es subsidiaria, sino directa». En el mismo sentido, SSTS de 21 de septiembre de 1988, 30 de enero de 1990, 23 de noviembre de 1990, entre otras muchas. La STS de 22 de febrero de 1991 lo explica de la manera siguiente: «la responsabilidad derivada del artículo 1.903 del CC es una responsabilidad directa no subsidiaria, que puede ser directamente exigida al empresario por su propia culpa *in vigilando* o *in eligendo* y con independencia de la clase de responsabilidad en que haya incurrido el autor material del hecho»; a continuación añade que la paciente no había recabado los servicios de un médico concreto y determinado, sino que acudió a la clínica, que fue la que, después de señalarle día y hora para la consulta, designó al médico que debía atenderla, de entre los que en la misma prestan sus servicios, por lo que la «propietaria de la meritada clínica, también participa de la responsabilidad declarada respecto del médico a su servicio».

<sup>16</sup> Un ejemplo de objetivación puede verse en la STS de 29 de junio de 1990 que viene a utilizar, pese a sus manifestaciones acerca del principio de responsabilidad por culpa, la teoría del riesgo, pues considera culpable e imputable al médico cirujano una lesión producida como consecuencia de un incendio originado, en el curso de una intervención quirúrgica con tecnología láser, en una linterna que protegía el sistema de anestesia: el Tribunal Supremo acoge el cri-

Todas estas transformaciones, y otras varias líneas evolutivas de la responsabilidad civil en las que no podemos detenernos ahora, se observan con carácter general en todos los ámbitos de las relaciones entre sujetos.

Sin embargo, es de notar que en el caso de la responsabilidad del personal sanitario, la jurisprudencia ha establecido algunas reglas especiales. Conducen éstas a una aplicación más estricta de la noción «culpa o negligencia grave», con menos variaciones en la interpretación original de estos preceptos.

Ejemplos contrarios existen, desde luego, en la jurisprudencia, pero la doctrina más general se mueve entre las pautas indicadas.

Algunas muestras del estado de la cuestión en la jurisprudencia pueden ser las siguientes:

— La obligación de los profesionales sanitarios, de los médicos en particular, con sus pacientes, no es de resultado<sup>17</sup>. Lo que están vin-

---

terio de la Sala de instancia, según el cual «la causa desencadenante de todo el proceso apunta a un actuar no plenamente diligente en el autor de la intervención, no habiéndose acreditado, y esto es lo importante, lo contrario...», es decir, no sólo las atenciones y cuidados reglamentarios *lex artis*, sino un agotamiento del esmero a aplicar por aquél en el uso de un medio de tan considerable peligro como el empleado»; es más, declara que no se infringe el artículo 1.105 del CC «al no ser posible estimar producidas las lesiones por un suceso imprevisible o inevitable». No sólo eso, sino que el Tribunal Supremo considera que no puede apreciarse la ruptura del nexo causal, «a pesar de las posteriores operaciones realizadas y aun cuando se admitiera, incluso, que esas operaciones produjeron un aumento de tales lesiones, [que] arrancaron de la intervención inicialmente practicada por el recurrente».

En el mismo sentido cabe citar a la *STS de 17 de junio de 1989*, recaída en un supuesto de lesiones graves ocurridas como consecuencia de la administración, en el curso de una intervención quirúrgica y a efectos de anestesia, de fármacos a los que el paciente resultó ser alérgico. El Tribunal Supremo decidió condenar al médico anestesista y al centro sanitario en el que se produjo el daño, a indemnizar al perjudicado, entre otras, por las siguientes razones: «La doctrina sobre la inversión de la carga de la prueba en supuestos de culpa extracontractual (...) no se basa en una presunción de culpabilidad, sino en el supuesto de que una persona maneja dispositivos (en el caso que nos ocupa, fármacos) objetivamente peligrosos para los demás, produciendo un resultado dañoso en los perceptores, es a quienes los manejan a los que corresponde probar la diligencia en su uso, pues no resultaría lógico exigir a los perjudicados que acreditasen, salvo la realidad del daño, circunstancias que les son ajenas, al alcance, en cambio, del médico anestesista.»

En otros casos, la objetivación de la responsabilidad se produce como consecuencia de una flexibilización extrema del concepto de culpa. Así ocurre, por ejemplo, en la *STS de 12 de febrero de 1990*, que, no obstante afirmar que la responsabilidad médica ha de basarse en una «culpa incontestable, es decir, patente», atribuye tal carácter a la conducta quirúrgica del médico que, «al practicar una intervención en la que no tenía por qué resultar afectado el nervio facial, actuó de tal modo que el mismo quedó afectado». Se está, obviamente, aplicando el principio de responsabilidad objetiva desde el momento en que la lesión misma se considera suficiente para imputar al médico una actitud culposa en el curso de la operación, y para exigirle la responsabilidad correspondiente.

Lo mismo ocurre en la *Sentencia de 12 de junio de 1988*, donde se afirma que «el clamoroso resultado (...), en sí mismo, constituye la prueba de la culpa o negligencia de que depende».

<sup>17</sup> «La obligación contractual o extracontractual del médico y, en general, del profesional sanitario no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo o, lo que es igual, no es la suya una obligación de resultados, sino una obligación de medios, es decir, está obligado no a curar al enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la

culados es a la práctica correcta usando los procedimientos idóneos. La obligación es, por tanto, de medios. Con la excepción, quizás única, de las intervenciones de cirugía estética y otras formas de cirugía e intervenciones médicas de carácter voluntario. En estos casos, la razón única o básica de la intervención es la convicción de que se obtendrá un resultado más o menos determinado<sup>18</sup>.

— No se aplica la presunción de culpa. El paciente debe demostrar que el médico tuvo una actuación lesiva y profesionalmente inaceptable por separarse de los principios de la *lex artis*. Esta última es la regla con la cual debe medirse la negligencia cuando se aplican malos procedimientos o prácticas sustancialmente inidóneas<sup>19</sup>. En

---

ciencia» (STS de 15 de noviembre de 1993). Es ésta una reiteradísima afirmación en la jurisprudencia recaída en materia de responsabilidad civil de sanitarios. Pueden verse, entre otras muchas, las SSTs de 26 de mayo de 1986, 12 de julio de 1988, 7 y 12 de febrero y 6 de noviembre de 1990, 8 de mayo de 1991, 20 de febrero y 13 de octubre de 1992, 2 de febrero, 7 de julio y 15 de noviembre de 1993, 23 de febrero y 25 de abril de 1994. Esta última contiene una explicación especialmente extensa en su fundamento jurídico tercero, en el que, entre otras cosas, afirma que el contrato que une al paciente con el médico se considera como de arrendamiento de servicios y no de obra, pues en este último caso se estaría exigiendo la consecución de resultado, concretamente, la curación del paciente; y este resultado es imposible de exigir debido tanto a la naturaleza mortal del hombre como al nivel de desarrollo de la ciencia médica, muchas veces insuficiente. A lo único que se obliga el facultativo, dice el Tribunal Supremo, es a «poner los medios para la deseable curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una llamada obligación de medios».

Ante una obligación de medios, lo que, en todo caso, es determinante de responsabilidad es la inaplicación de medios, esto es, la denegación de atención médica, pues equivale a denegar el derecho a la protección de la salud garantizado constitucionalmente, por lo que esa denegación es, en sí misma, determinante de responsabilidad. Esta idea puede verse en la STS de 6 de julio de 1990.

<sup>18</sup> Como dice la STS de 25 de abril de 1991, que cito en la nota anterior, si puede predicarse una serie de obligaciones respecto del médico en las relaciones en que el paciente acude para la curación de una enfermedad, en aquellos otros casos en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en los que el interesado acude al médico no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético o para la transformación de una actividad biológica (en aquel caso se trataba concretamente de una operación de vasectomía), «el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada». El mismo criterio se aplica a los casos en que se trata de fabricar o implantar una prótesis dentaria o de cualquier tipo (STS de 7 de febrero de 1990).

<sup>19</sup> «Y es reiterada jurisprudencia de esta Sala según la cual el artículo 1.253 faculta o autoriza, mas no obliga, a utilizar la prueba de presunciones» (STS de 27 de diciembre de 1993, citando SSTs de 3 de diciembre de 1988, 3 de junio y 7 de julio de 1989, 21 de diciembre de 1990, 11 de noviembre de 1991 y 9 de febrero de 1993). Descarta, por ejemplo, la prueba de presunciones la Sentencia de 7 de febrero de 1990, que analiza una reclamación por lesiones sufridas, precisamente después de una intervención quirúrgica, en ciertos músculos oculares de la paciente. El Tribunal considera que no se probó que el médico no hubiera guardado acodo a la técnica operatoria adecuada a la intervención quirúrgica de que se trataba, sin que pueda precisarse si el resultado dañoso se debió a una incorrecta aplicación del instrumento que manejaba el especialista —tesis de la paciente— o por complicaciones ajenas al mismo, que es lo que alegó este último. No acoge, el Tribunal Supremo, la presunción de responsabilidad, por un lado, por aplicación del principio de presunción de inocencia del artículo 24 CE, pero además porque «la tesis del riesgo no es aplicable al ser inherente a las intervenciones quirúrgicas, y además es acep-

cuanto al método, se acepta también la libertad del médico para seguir cualquiera de las opciones disponibles, siempre que sean científicamente defendibles<sup>20</sup>.

— Aunque no caben las presunciones sí puede aceptarse la culpa virtual, que se aplica para apreciar el error consistente, por ejemplo, en la aplicación de un tratamiento incompatible con la terapia normal que está siguiendo el enfermo. La culpa virtual interviene así para determinar la existencia de responsabilidad cuando se producen accidentes de salud que no pueden ocurrir en una aplicación lógica de los conocimientos médicos.

— En materia de responsabilidad, en todo caso, la jurisprudencia civil mantiene la exigencia de que su prueba alcance también a la relación de causalidad entre el acto médico y la lesión<sup>21</sup>.

tada como consustancial a ella en tanto no se acredite comportamiento doloso, culposo o negligente del médico interviniente y, por tanto, compartida y aceptada tanto por el médico como por el paciente que decide y accede someterse a ella». Explica que la prueba de presunciones sólo sirve cuando el efecto dañoso no puede atribuirse a otras circunstancias que a la culpa misma del personal sanitario, «ya que precisamente en materia de intervenciones médicas, y concretamente quirúrgicas, las consecuencias que de ésta resulten pueden ser atribuibles a complicaciones imprevisibles y siempre posibles con mayor o menor riesgo, según la clase de intervención».

Existen, no obstante, importantes excepciones a la doctrina que acaba de exponerse, como lo muestra la Sentencia dictada tan sólo cinco días más tarde, con ocasión de otro supuesto de hecho muy parecido: la *STS de 12 de febrero de 1990* llega, en efecto, a unas conclusiones muy diferentes. Aquí también se produjo un daño inmediatamente después de una intervención quirúrgica, y, a diferencia de lo que ocurre en el caso anterior, se admite la prueba de presunciones a efectos de determinar la responsabilidad médica. El Tribunal acepta, de acuerdo con la Sala de instancia, que, «por la proximidad temporal entre el acto operatorio y el defecto subsiguiente [... y dado], que la intervención aunque se desarrollaba en las proximidades del nervio facial no incía ni tenía por qué incidir sobre él directamente, parece indudable que sobre tales bases puede sentarse la presunción de que hubo en el acto operatorio algún descuido, por leve que pudiera haber sido, originador del edema que dañó el nervio, dado que no se ha acreditado en absoluto el concurso de alguna otra causa, externa, o una anomalía e imprevisible reacción orgánica de la paciente, susceptibles de producir tal efecto».

<sup>20</sup> Lo que no se acepta, en cambio, es que el médico no ponga su arte a disposición del enfermo, de tal manera que se considera responsable la conducta del médico que da por buena una información que le facilita un facultativo de inferior categoría sin proceder él mismo a verificar la radiografía de una paciente (que falleció pese al tratamiento). La responsabilidad médica se funda, en este caso, según la *Sentencia de 25 de noviembre de 1993*, «no en la equivocación del diagnóstico, sino en la falta de diligencia profesional de no agotar los medios clínicos a su alcance para establecer con ellos un diagnóstico». Se estimó, también, la responsabilidad solidaria del otro facultativo, así como del Servicio Andaluz de Salud.

<sup>21</sup> SSTs, entre otras, de 6 de noviembre de 1990, 11 de marzo y 8 de mayo de 1991, 20 de febrero, 8 y 13 de octubre de 1992, 15 de marzo de 1993, 29 de marzo de 1994. Aquí también es manifiesta la evolución de la jurisprudencia civil: la *STS de 26 de mayo de 1986*, resolviendo un caso de reclamación por muerte de un paciente tras ser sometido a una operación de úlcera duodenal, enfermedad que padecía desde hacía unos diez años, estimó que no había resultado probada ni la culpa del cirujano ni el nexo causal entre la intervención quirúrgica y el fallecimiento, ya que éste podía deberse a las complicaciones de la propia enfermedad.

La de 6 de julio de 1990, en cambio, admite la existencia de nexo causal en un supuesto de muerte que no se sabe si se pudo haber evitado, porque centra la relación causal no entre las obligaciones sanitarias y la muerte, sino entre dichas obligaciones y la lesión consistente en la vulneración del derecho a la salud. La verdad es que el asunto no pudo ser más desafortunado: D. Enrique M. V. había sido asistido en su domicilio por un médico del servicio de urgencias

— En fin, un motivo generador de responsabilidad, de importancia creciente, es la información defectuosa. No exige la jurisprudencia que sea exhaustiva, pero sí que sea legal. Algunas normas han concretado ya los contenidos de la obligación de informar. La jurisprudencia la ha extendido a precisar la existencia de tratamientos alternativos y sus posibilidades, sin cuya información se puede incurrir en responsabilidad <sup>22</sup>.

La conclusión que puede establecerse después de hacer una aproximación al espíritu actual de la jurisprudencia civil es que se está produciendo una inequívoca flexibilización de algunos de sus postulados tradicionales para hacer mayores las garantías y más factible la reparación de las víctimas. También de los actos médicos.

Pero como todavía queda alguna distancia que sigue separando a la jurisprudencia civil de los principios de la responsabilidad administrativa, es legítimo plantearse si no será más conveniente parar ahora la evolución, para evitar el temor médico y la medicina defensiva, e im-

---

de la Seguridad Social, quien extendió un volante dirigido al Hospital Civil de Basurto para el ingreso del paciente, donde se hacía constar lo siguiente: «paciente con bronquitis aguda, que desde hace dos horas presenta dolor precordial con radiación a cuello y brazo». El enfermo fue trasladado efectivamente a dicho hospital, pero no le dejaron siquiera bajar de la ambulancia, pues la ATS que prestaba servicios de urgencias, «tras conversar con el paciente y leer el volante, que no entendió o descifró en la totalidad», decidió y ordenó, sin avisar a ninguno de los médicos que se encontraban de guardia y ante la orden recibida de que no admitiera ningún ingreso de enfermos por falta de camas libres, su conducción a la Residencia de la Seguridad Social. En el trayecto entre ambos centros hospitalarios el enfermo dejó de hablar y respirar, sin que el servicio de urgencias de la Residencia de la Seguridad Social lograra su reanimación. El Tribunal Supremo, en contra del criterio de la Audiencia que no encontró el nexo causal entre la falta de asistencia y la muerte, afirma que el daño que produjo la negligencia de la ATS no fue la muerte, «sino la privación del derecho a la asistencia médica que, en definitiva, no es otra cosa que la negación del derecho a tener unas posibilidades, aunque sean remotas o indeterminadas, de supervivencia ante una patología concreta». Esa negación de asistencia médica supone privar de un derecho constitucional, lo que en sí mismo es indemnizable. Admite enteramente las palabras de los recurrentes en el sentido de que «la relación de causa a efecto viene determinada por yuxtaposición, pues el mismo evento que constituye la negligencia constituye el daño». Manifiesta, en este sentido, que «la duda, la eterna duda, de si el esposo y padre subsistiría de haberse cumplido y no vulnerado el derecho constitucionalmente reconocido, todo lo cual conlleva sufrimiento, daño moral y enlace directo con la omisión ilícita, como su causa directa, inmediata, adecuada y eficiente».

<sup>22</sup> Resulta, a este respecto, muy ilustrativa la *STS de 25 de abril de 1994*, recaída en un supuesto de responsabilidad del médico que practica una operación de vasectomía y no informa suficientemente al «cliente, que no paciente», de la posibilidad de que se produzca determinada complicación, que sólo ocurre en un máximo del 1 por 100 de los casos. El operado resulta estar en ese 1 por 100, como consecuencia de lo cual, poco después de la operación, su esposa sufre un embarazo gemelar. El paciente reclama una indemnización, que le es concedida debido a que se aprecia incumplimiento, por parte del médico, de su deber de información. Deber que se intensifica en los supuestos de medicina voluntaria, en los que el facultativo se obliga no ya sólo a poner los medios de su especialidad al servicio del paciente, «sino también, y con mayor fuerza aún, las de informar al cliente —que no paciente—, tanto del posible riesgo que la intervención, especialmente si ésta es quirúrgica, acarrea, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca».

pedir que también la jurisprudencia civil termine aplicando las reglas más flexibles y favorables a la exigencia de responsabilidad.

¿Cómo organizar el sistema de responsabilidad de los servicios sanitarios? ¿De acuerdo con los principios de la responsabilidad administrativa o de la responsabilidad civil de los médicos?

Lo que late en el fondo de una cuestión tan importante es una reflexión sobre las funciones de la responsabilidad.

### III. LAS FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION: CONFIGURACION ORIGINAL Y TRANSFORMACIONES ULTERIORES. LAS FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA

Está cada día más presente en la bibliografía especializada el argumento de la «crisis de la responsabilidad civil»<sup>23</sup>. Las nuevas circunstancias de la vida social, bien diferentes de las propias del tiempo en que los postulados básicos de esta institución jurídica quedaron diseñados, han provocado la necesidad de su adaptación. Pero quedan muchas incertidumbres pendientes sobre el lugar que debe asignárseles definitivamente.

En sus orígenes y primeros desarrollos, la responsabilidad civil era la fórmula básica y prácticamente única ideada para indemnizar los daños. Esa función capital ha entrado, sin embargo, en decadencia en las sociedades avanzadas. Estas son capaces de ofrecer un sistema de seguros sociales en los que los ciudadanos pueden encontrar una inmediata protección.

La adaptación de los primeros clásicos de la responsabilidad civil se mueve, por tanto, en la duda, que ha destacado G. VINEY<sup>24</sup>, entre ampliar el ámbito de la seguridad social, asegurando directamente los daños de los ciudadanos (esta solución reduce inmediatamente la importancia de la responsabilidad civil), o, por el contrario, reformar los postulados clásicos de la responsabilidad civil, fomentando incluso su desarrollo y su práctica mediante seguros de responsabilidad específicos. Esta alternativa evita una socialización directa de los daños, pero plantea retos muy graves de adaptación a la responsabilidad civil, con riesgo de desfigurarla definitivamente<sup>25</sup>.

Realmente, aunque estas opciones se manifiesten actualmente con especial fuerza, el dilema básico sobre la función de la responsabilidad

<sup>23</sup> G. VINEY, «La responsabilité conditions», en el *Traité de Droit Civil*, dirigido por GHESLIN, tomo IV, París, 1982.

<sup>24</sup> *Op. cit.* en la nota anterior.

<sup>25</sup> *Vid.* los trabajos de A. TUNC y WIDMER incluidos en *Développements récents...*, cit.



civil está ya planteado en los estudios clásicos. Las propuestas originales de sustituir la culpa del agente por la culpa objetiva o por la idea de riesgo se fundan en el principio, tantas veces repetido, de que quien se aprovecha de una actividad debe soportar como contrapartida la carga de los daños que se deriven de ella. La teoría de la garantía, en la obra fundamental de B. STARCK<sup>26</sup>, toma como criterio el derecho de la víctima a la seguridad; quien atenta contra ese derecho tiene que aceptar la sanción de indemnizar, sin necesidad de preguntarse por el grado de culpa o de negligencia en que se ha incurrido al producir el daño.

Es cierto que las legislaciones no han sabido secundar, al menos para generalizarlas, las propuestas socializadoras de riesgos, a través de la responsabilidad, de estas doctrinas más avanzadas. En todo caso, la evolución del derecho de la responsabilidad ha situado en el centro de sus preocupaciones la reparación del daño, marginando cada vez más la trascendencia de la conducta del agente.

La evolución de la responsabilidad de la Administración, ampliando progresivamente sus fundamentos y extendiendo su cobertura para asumir una función más general de reparación de daños es muy expresiva de las ideas anteriores.

En España, desde luego, la utilización de la fórmula de la responsabilidad objetiva de la Administración, implantada de forma tan súbita como temprana, en comparación con la situación legislativa en el resto del continente europeo, en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, trasladó inmediatamente la base del discurso sobre los fundamentos de la responsabilidad a la idea de lesión. Dada una lesión que el ciudadano no tiene el deber jurídico de soportar surge inmediatamente la responsabilidad administrativa.

Pero esta apertura de las bases de la responsabilidad ha sido más lenta y debatida en Francia, que es donde se forma la doctrina que justifica una especialización de los fundamentos y las funciones de la responsabilidad administrativa en relación con la responsabilidad civil. Este ensayo de especialización de los fundamentos de la responsabilidad de la Administración aparece en la doctrina francesa clásica. M. HAURIOU utilizó como criterio el principio de igualdad ante las cargas públicas. Tomando como punto de partida los principios aplicables al riesgo profesional, establecidos en el *arrêt Cames*, afirmó lo siguiente: «Cuando esa gran máquina que se llama el Estado, cien veces más fuerte y cien veces más peligrosa también que las máquinas de la

---

<sup>26</sup> El libro de B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Obligations*, t. I, *Responsabilité délictuelle*, 4.ª ed., 1991, pp. 18 y ss. La exposición inicial de la tesis de B. STARCK, como es conocido, está en su notable *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, París, 1947; antecedentes de ideas próximas en la obra de G. VENEZIAN, «Danno e risarcimento fuori dei contratti», en *Opere Giuridiche, I studi sulle obbligazioni*, Roma, 1919.

industria, ha lesionado a alguien, es necesario que todos aquellos en cuyo interés aquélla funciona causando el perjuicio vengan a repararlo»<sup>27</sup>.

La propuesta más socializadora de organización del sistema de responsabilidad administrativa es, desde luego, la de L. DUGUIT. Su opinión es contraria a fundamentar la responsabilidad de la Administración en la culpa del sujeto productor del daño: «No se puede edificar la responsabilidad del Estado sino sobre la idea de un aseguramiento social, soportado por la caja colectiva, en beneficio de aquellos que sufren un perjuicio proveniente del funcionamiento de los servicios públicos, que tiene lugar en favor de todos. Esta concepción se refiere a una idea que ha penetrado profundamente en la conciencia jurídica de los pueblos modernos, el de igualdad de todos ante las cargas públicas. La actividad del Estado se ejerce en interés de la colectividad entera; las cargas que entraña no deben pesar más sobre los unos que sobre los otros. Por consiguiente, si resulta de la intervención estatal un perjuicio especial para algunos, la colectividad debe reparar, sea por razón de una falta de los agentes, o no exista ésta en absoluto. El Estado es en alguna medida asegurador de lo que se llama a menudo el riesgo social, es decir, el riesgo proveniente de la actividad social, que se deduce en la intervención del Estado... si el Estado es responsable, no es porque haya cometido él mismo una falta por conducto de sus agentes; es únicamente porque asegura a los administrados contra todo riesgo social»<sup>28</sup>.

Los problemas de la aplicación práctica de esta doctrina son los derivados de las previsiones, que se han hecho siempre, pero que habitualmente no se han documentado rigurosamente, sobre la excesiva onerosidad de un régimen de responsabilidad de este género.

Por esta razón, tampoco en Francia se ha abandonado de golpe el régimen de la culpa, ni en el caso de la responsabilidad civil ni en el de la responsabilidad administrativa.

Lo que es notorio, sin embargo, es que en ambos casos la jurisprudencia y el legislador han tenido que ir buscando poco a poco soluciones que den respuesta al crecimiento incesante de casos de responsabilidad en los que no puede tomarse en consideración la noción de falta, en los que es imprescindible la reparación de la lesión con cargo a los recursos de la colectividad.

De esta situación de insatisfactoria ambigüedad del sistema de responsabilidad trata ahora de salir la doctrina indagando más en las funciones de la responsabilidad que en sus fundamentos.

<sup>27</sup> M. HAURIU, «Les actions en indemnité contre l'Etat pour préjudices causés dans l'Administration Publique», *RDP*, 1896, pp. 51 y ss.

<sup>28</sup> L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, tomo III, 3.ª ed., 1990, p. 469.

Los avances de la metodología de análisis de las funciones, que ha desarrollado recientemente D. LOCHAK<sup>29</sup>, arranca de una distinción que, para el caso de la responsabilidad administrativa, estableció Ch. EISENMANN: «el fundamento de la responsabilidad es la razón que la justifica y que no puede ser sino un principio, una máxima, una norma metajurídica; por ejemplo, el principio según el cual las lesiones deben ser reparadas. La función de la responsabilidad remite, sin embargo, a la cuestión de los fines perseguidos por el legislador cuando impone una obligación de reparar. En este sentido la responsabilidad es un medio al servicio de una política jurídica o legislativa»<sup>30</sup>.

En Derecho privado, según EISENMANN, la responsabilidad debe tener dos fundamentos, la falta o el riesgo. En Derecho público, EISENMANN desvinculó la idea tradicional de culpa y de riesgo. Hay en esta postura un apoyo evidente en nociones desarrolladas por M. WALINE. Este autor defendió la tesis de que la responsabilidad de las colectividades públicas como la de las personas morales, en general, no es nunca una responsabilidad por culpa. Responden solamente de las faltas cometidas por sus agentes y la responsabilidad por hecho de otro no puede ser nunca una responsabilidad por culpa. La responsabilidad de las colectividades públicas reposaría de hecho sobre una obligación de garantía: ellas garantizan a los ciudadanos contra los daños imputables a la actividad de sus agentes.

Si se excluye la culpa como fundamento de la responsabilidad administrativa quedan, según EISENMANN, dos fundamentos posibles: uno, el principio de correlación entre ventajas y cargas; los agentes actúan en interés de las colectividades y éstas deben reparar los daños que ellos producen. Segundo, el principio de igualdad ante las cargas públicas.

Aun cuando la doctrina haya superado con facilidad la idea de que no hay culpa posible imputable directamente a las personas jurídicas, de lo que hay reflejo en la legislación sancionadora y penal moderna, importa establecer que la reflexión de la doctrina francesa clásica a donde conduce, al analizar los fundamentos de la responsabilidad, es a las conclusiones dichas.

La cuestión de las funciones es distinta. D. LOCHAK ha sistematizado tres tipos de funciones básicas de la responsabilidad. Puede cumplir una función de sanción (un modo de evitar infracciones o de conseguir el cumplimiento de obligaciones). En otros casos la responsabi-

---

<sup>29</sup> D. LOCHAK, «Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative (à la lumière des récents développements de la jurisprudence et de la législation)», en el libro *Le droit administratif en mutation*, PUF, París, 1993, pp. 278 y ss.

<sup>30</sup> EISENMANN, *Le degré d'originalité du régime de la responsabilité extracontractuelle des personnes morales de droit public*, I, JCP, 1949, pp. 742 y ss.

lidad cumple una función de seguro. En otros, en fin, es un precio a pagar por aquel que desarrolla una actividad lícita <sup>31</sup>.

Nos interesa entre estas funciones especialmente, para los objetivos propios de este estudio, la consideración de algunos casos que la autora clasifica de responsabilidad-sanción y de responsabilidad-aseguramiento.

La responsabilidad-sanción no ha requerido necesariamente en Francia el abandono de la idea de falta. Por el contrario, la ha reactivado en algunos supuestos.

Por ejemplo, en el caso de la contaminación de los hemofílicos, el Tribunal Administrativo de París declaró, en diversas Sentencias de 20 de diciembre de 1991, la responsabilidad del Estado y la indemnización de los hemofílicos contaminados entre el 12 de marzo de 1985 (fecha en la que la autoridad ministerial estaba informada de manera cierta de la gran posibilidad de que en la región de París todos los productos sanguíneos estaban contaminados) y el 1 de octubre de 1985, en la que se adoptó la decisión de suprimir los productos sanguíneos no saneados. El Tribunal de apelación de París estimó que se había producido una falta grave de la Administración al no prohibir a tiempo la difusión de los productos sanguíneos susceptibles de haber sido contaminados.

Y el Consejo de Estado en un *arrêt* de 9 de abril de 1993 confirmó la responsabilidad del Estado con fundamento en la falta. El Consejo de Estado se apoyó en la existencia de un informe dirigido por un epidemiólogo de la Dirección General de Sanidad a la Comisión consultiva de transfusiones sanguíneas, para establecer que la autoridad administrativa estaba suficientemente informada de la existencia de un riesgo serio de contaminación de los transfundidos. Y al no haber adoptado medidas que lo evitaran incurrió en una falta, que puede calificarse, a su juicio, de simple.

Hay una tendencia en la jurisprudencia del Consejo de Estado a abandonar la idea de falta grave para exigir responsabilidad en estos casos. Por ejemplo, en el *arrêt M. y Mme. V.* de 10 de abril de 1992, el Comisario del Gobierno puso de manifiesto las razones que explican este cambio sustancial en la jurisprudencia: en el contencioso de reparación, el juez no puede ser indiferente a la evolución de la sensibilidad de sus conciudadanos... En el cálculo de las indemnizaciones y en el sentimiento que todo lo que pueda ser hecho, o no hecho, para tratar mejor al usuario de un servicio público, debe ser efectivamente hecho, y los atentados espontáneos a este principio deben ser tenidos en cuenta en la decisión.

<sup>31</sup> D. LOCHAK, *Réflexion sur les fonctions sociales...*, pp. 278 y ss., y 287 y ss.

Una de estas transformaciones del concepto normal de falta es el empleo cada vez más normal de las presunciones de falta. Por ejemplo, la falta del hospital se presume en el supuesto de una infección meningítica provocada con ocasión de una exploración radiológica o de la intervención quirúrgica subsiguiente (*arrêt Cohen* de 9 de diciembre de 1988). Igualmente en el caso de un enfermo al que se le practica una osteotomía para remediar una malformación de los maxilares y al que se le provocan dolores oculares causados por la ulceración y un edema de las dos córneas, cuando el interesado no sufría al entrar en el hospital ninguna afección de la córnea. Teniendo en cuenta que la fuerte disminución de la visión está en relación directa de causa a efecto con las atenciones preoperatorias que recibió se apreció falta de funcionamiento del servicio, aun cuando eran imposibles de definir las circunstancias exactas en las cuales los ojos hubieran podido estar en contacto con un producto tóxico (*arrêt M. y Mme. Péllétier* de 31 de octubre de 1990). Una decisión igual ha sido adoptada en el caso de una complicación infecciosa consecutiva a una intervención quirúrgica que implicaba la destrucción de una parte del hueso frontal y perturbaciones del gusto y del olfato (*arrêt Maalem* de 14 de junio de 1991). Igualmente en un caso de infección por estafilococos: «el hecho de que una infección de este tipo se haya podido producir revela una falta en la organización o el funcionamiento del servicio» (*arrêt Mussete* de 19 de febrero de 1992).

La asignación a la responsabilidad de una función de aseguramiento está permitiendo también la reparación de algunos riesgos inherentes a la actividad de la Administración sanitaria, particularmente a los daños producidos con ocasión del funcionamiento de los servicios sanitarios.

Muy especialmente, en este dominio se incluyen las indemnizaciones del *alea* terapéutico. En el caso *Consorts Gómez* los Tribunales administrativos<sup>32</sup> han admitido la indemnización por la utilización de una terapéutica nueva en un caso en que el recurso a tal terapéutica no se imponía por razones vitales. El Tribunal justifica la indemnización haciendo valer que «la utilización de una terapia nueva, cuando sus consecuencias no son enteramente conocidas, crea un riesgo especial para los que son objeto de la misma; cuando el recurso a tal terapéutica no se impone por razones vitales, las complicaciones excepcionales y anormalmente graves que son consecuencia directa de la misma, incluso en ausencia de culpa, determinan la responsabilidad de los servicios públicos hospitalarios.

En un *arrêt* de 9 de abril de 1993 el Consejo de Estado ha abierto aún más ampliamente la responsabilidad sin falta, admitiendo la no-

---

<sup>32</sup> *Vid.* las referencias a estos casos en D. LOCHAK, cit., pp. 296 y 301, y el libro coordinado por Didier TRUCHET, *L'indemnisation de l'alea thérapeutique*, SIREY, 1995.

ción de riesgo terapéutico en una hipótesis en la que no se trataba, como en el caso del *arrêt Consorts Gómez*, de una terapéutica nueva, sino de un acto médico corriente. La víctima se había quedado tetrapléjica como consecuencia de una arteriografía vertebral, sin que se hubiera puesto de manifiesto ninguna culpa del personal asistente. Sin embargo, el juez establece que «cuando un acto médico necesario para el diagnóstico o para el tratamiento de un enfermo presenta un riesgo cuya existencia es conocida, pero cuya realización es excepcional y del que no hay ninguna razón que permita pensar que el paciente sea particularmente expuesto, la responsabilidad del servicio público hospitalario existe si la ejecución de este acto es la causa directa de daños que no tienen relación con el estado inicial del paciente, con la evolución previsible de este estado, y que presentan además una extremada gravedad.

Al adoptar esta última decisión, el Consejo de Estado, como puso de manifiesto el Comisario del Gobierno en sus conclusiones, se adelantó y superpuso a las diversas opciones que había manejado el legislador en proyectos de ley que se habían manejado desde 1970. Se ponía entonces en cuestión que el juez estuviera anticipando soluciones genéricas que además otorgaban a la responsabilidad una función de reparación más amplia y distinta, para proteger riesgos terapéuticos, cuya cobertura debe ser decidida por el legislador. El Comisario del Gobierno superó fácilmente esta objeción diciendo que, según el orden de valores comúnmente aceptado en nuestro tiempo, «toda la evolución de los espíritus en el curso de estos últimos veinte años tiende a tomar en cuenta la indemnización de la fracción inaceptable del riesgo terapéutico», y que «si existen divergencias es menos sobre su definición o su toma en consideración que sobre los procedimientos para ponerlo en práctica».

#### IV. LA OPCION FAVORABLE A LA RESPONSABILIDAD- SEGURO EN EL CASO DE LOS SERVICIOS SANITARIOS Y SUS FUNDAMENTOS EN ESPAÑA

En el ordenamiento jurídico español, establecido el principio de responsabilidad objetiva de la Administración, la aceptación de indemnización por responsabilidad, aun en los casos en que los médicos y otro personal sanitario no incurrían en culpa ni negligencia, es mucho más fácil y resulta naturalmente de las reglas propias del sistema legal establecido.

Como hemos visto más atrás, también la jurisprudencia española, cuando analiza el problema de la reparación de daños producidos en servicios hospitalarios dependientes del INSALUD, ofrece una cober-

tura amplia de los riesgos que resultan de algunos métodos de diagnóstico y terapéuticos. Además de ofrecer una reparación de los daños producidos a los pacientes en los hospitales. Todo ello con una amplitud suficiente para que pueda decirse, realmente, que la responsabilidad médica y hospitalaria, por lesiones producidas en los establecimientos públicos, tiene el sentido de una responsabilidad-aseguramiento, que ofrece a los pacientes una cobertura prácticamente integral por las lesiones que se les pueden ocasionar con ocasión de la asistencia médica que reclaman.

Llegados a este punto, que es el mismo al que, como acabamos de ver, se están aproximando las jurisprudencias de otros países y, particularmente, de Francia, que fue el país que creó un sistema de responsabilidad administrativa apoyado en principios diferenciados de la responsabilidad civil ordinaria, la pregunta vuelve a ser la que ya dejábamos formulada algunas páginas más atrás: ¿Es preciso matizar la fórmula «funcionamiento normal de los servicios públicos» para impedir que se pueda apoyar en ella este efecto expansivo de la responsabilidad, o por el contrario conviene mantener la situación establecida y aun robustecerla?

Mi opinión es que ni un solo paso atrás debe darse. La más elemental de las razones en que puede apoyarse esta opción es el ejemplo de los sistemas sanitarios avanzados, que o están llegando a la cobertura de riesgos sanitarios y terapéuticos por la vía de la responsabilidad, como es el caso de Francia que acabamos de examinar, o bien por la vía de los seguros (un sistema de aseguramiento específico para los daños producidos a los pacientes se ha establecido en el sistema sanitario sueco, a efectos de garantizar una reparación de cualquier lesión que sufran con ocasión de su asistencia médica hospitalaria)<sup>33</sup>.

Ciertamente, es posible una crítica a estas soluciones ampliatorias que atribuyen a la responsabilidad la función propia de los seguros sociales. Pero lo que es preciso resolver, y mi opinión a este propósito es la dicha, es si nos debemos atener, en estos momentos de la historia de los servicios sanitarios, a la dogmática clásica de la responsabilidad civil, basada en fundamentos más estrechos, que asigna a dicha institución funciones más limitadas, o por el contrario se debe hacer un es-

---

<sup>33</sup> Cuando envíé este estudio a la imprenta acaba de aparecer y he tenido oportunidad de leer en el último momento el libro de R. de ANGEL YAGÜEZ *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Civitas, Madrid, 1995. Tomo de él la referencia que se hace en el texto al sistema sueco. Podrán encontrarse en él algunas referencias a las fórmulas de cobertura a las que se alude en el texto. También una exposición interesante sobre las propuestas de establecimiento de un sistema de baremo y límites para las indemnizaciones en materia de responsabilidad, con diversas valoraciones críticas. En particular sobre el sistema SEAIDA y sus desarrollos, pp. 107 y ss. La oposición de F. PANTALEÓN y sus fundamentos en pp. 165 y ss.

fuerzo por adaptar la dogmática clásica a estas necesidades nuevas, aun en perjuicio de que pierda alguno de sus rasgos originales.

Habría que añadir, en fin, a las razones centrales que acaban de exponerse, otras varias que aconsejan la misma solución:

— La conveniencia de dar la máxima cobertura a los pacientes, en unos servicios sanitarios que están universalizados, y en los que la cobertura de riesgos debe formar parte ya del contenido del servicio garantizado.

— La circunstancia de que la generalización de los servicios sanitarios y su publicación masiva ha convertido a los médicos y sanitarios en personal dependiente (con un *status* muy propio al funcional) de los hospitales para los que trabajan. Es difícil que puedan desarrollar una medicina no defensiva, si el sistema de responsabilidad se organiza de modo que se tenga básicamente en consideración la conducta culposa de los sanitarios, y se exija a ellos directamente las indemnizaciones.

— La medicina se practica actualmente en equipos. Es muy difícil individualizar y medir la responsabilidad de cada uno de los intervinientes en un acto médico, desde las estructuras y servicios hospitalarios a los asistentes sanitarios que participan en el diagnóstico o en la terapéutica. La colectivización de la práctica, entendida en este sentido, exige también objetivar además de basar en criterios de solidaridad los fundamentos de la responsabilidad. Los protocolos y guías prácticas que individualizan las actuaciones, que son exigibles a cada uno de los profesionales que intervienen en la atención de un paciente, están tratando de establecer parámetros de conductas exigibles como mínimo. Este sistema de protocolos y guías prácticas, muy generalizado en Estados Unidos<sup>34</sup>, se está extendiendo muy rápidamente por los hospitales españoles. Pueden servir de pautas para el enjuiciamiento y valoración de las conductas médicas que deben practicar los Tribunales para determinar la existencia de responsabilidad. Pero no pueden ni imponerse ni sustituir estas valoraciones judiciales.

— En los servicios sanitarios públicos existe una tendencia a limitar la libertad de decisión de los médicos, por razón de la necesidad de detener el crecimiento de los gastos, constriñendo a los médicos a que empleen medios de diagnóstico y terapéuticos tasados. Esta limitación, que puede resultar necesaria por razones organizativas, tiene que compensarse ampliando las garantías de los pacientes, por un lado,

---

<sup>34</sup> Para una exposición del funcionamiento del sistema en un Estado de EEUU que ha conseguido avances importantes en la implantación de las guías prácticas, con indicación de los problemas de medicina defensiva y otras cuestiones conexas que tratan de combatirse, puede verse el Report de los Senadores W. S. COHEN y de G. J. MITCHELL, denominado *Medical malpractice, Maine's use of practice guidelines to reduce costs*, editado por la General Accounting Office, octubre 1993.



y subrogando de una manera fundamental a la Administración titular de los servicios sanitarios en la obligación de indemnizar por las lesiones que sufra el paciente.

— Una objeción muy importante opuesta a lo que vengo afirmando es que un sistema de responsabilidad-aseguramiento de este calibre es muy caro. Descarga sobre el erario público unos deberes de indemnización que exigen emplear muchos recursos que, además, podrían emplearse en la protección o garantía de otros bienes distintos. Me parecen, sin embargo, discutibles las dos aseveraciones de que parte esta objeción: no creo, realmente, ni que existan tantas reclamaciones de indemnización, para que resulten insostenibles para las arcas públicas, ni que el establecimiento de un seguro general, en su caso, para hacer más fáciles y menos onerosas las complicaciones prácticas de la responsabilidad, suponga el abono de precios elevadísimos, en comparación con el montante de los presupuestos públicos sanitarios. Un ejemplo evidente: entre los años 1991 y 1992 el INSALUD concertó un seguro de responsabilidad médica. El período de vigencia de este seguro está cerrado, por lo que se dispone de los datos de gestión de la póliza <sup>35</sup>. Con muy pocas variaciones pendientes (que resultarían de alguna Sentencia más declarando el derecho a indemnizaciones) los datos son: se produjeron en total 414 reclamaciones, 194 en el año 1991 y 220 en 1992. De estos siniestros se encuentran terminados 184, de los cuales 69 no han tenido repercusión económica y 114 se han liquidado con gastos por un valor de 349.172.513 pesetas. De los 114 liquidados con repercusión económica, 10 lo han sido por Sentencia judicial firme y 104 por acuerdos convencionales sin intervención judicial. Se encuentran pendientes del citado período 230 siniestros, de los cuales 98 están esperando Sentencia, 27 en negociación y 67 paralizados por no existir responsabilidad, no deberse a causas comprendidas en el ámbito del seguro o no haber habido posibilidad de acuerdo.

Los datos económicos citados no parecen escalofriantes precisamente para una entidad como el INSALUD que tiene unos presupuestos que se cuentan por centenares de miles de millones de pesetas. Las referencias económicas aludidas se refieren en un período en el que el INSALUD tenía la responsabilidad sobre el 48 por 100 de la asistencia sanitaria en la Seguridad Social.

Otros datos significativos: el INSALUD acaba de hacer público un concurso para suscribir un seguro para 1995 por un importe de 1.080 millones de pesetas por año. Están en vigor actualmente los seguros del Servicio Andaluz de Salud, por valor de 550 millones de pesetas

---

<sup>35</sup> Los datos están en los «informes de situación a 31 de diciembre de 1993 sobre reclamaciones cubiertas por la póliza de seguros suscritas por el INSALUD en 1991 y 1992 elaborados por la Correduría de Seguros UNIPSA».

por año; el Instituto Catalán de Salud, por 976 millones por año; del Servicio Vasco de Salud, por 490 millones de pesetas por año; por cantidades similares la del Servicio Navarro de Salud, y en trámite las pólizas de los Servicios gallego, valenciano y canario.

Aunque las cifras son, naturalmente, muy importantes, tampoco puede decirse que este aseguramiento de los riesgos por responsabilidad comporte cantidades que resulten insoportables para los servicios sanitarios públicos. Me parece que estamos lejísimos, aun comparándonos en términos relativos, con las cifras a las que se ha llegado en países como Estados Unidos (he leído recientemente —en el *Report* que he citado en nota— que las cifras globales por responsabilidad derivada de la *malpractice* elevaron en 7 billones de dólares el gasto sanitario en 1990; pero la medicina defensiva, para evitar la responsabilidad, se calcula que provocó un gasto de 15 billones de dólares en 1989). No parece que se puedan encender entre nosotros las mismas luces rojas reclamando sistemas especiales de protección frente a las demandas de responsabilidad, o límites a los deberes de indemnizar.

Me parece incluso discutible este sistema de pólizas de cobertura de riesgos respecto de un servicio que está prácticamente socializado, y en el que la atención directa de sus obligaciones indemnizatorias por la Administración reduciría probablemente los costes de un aseguramiento que incluye, tal y como se va configurando, el lucro razonable de las compañías de seguros.

— También se objeta a las propuestas de expansión del sistema de responsabilidad-aseguramiento los problemas que podría acarrear la generalización de un concepto tan automático y objetivo, como el de la responsabilidad por «funcionamiento normal de los servicios públicos», a otros daños producidos por la actividad administrativa normal, por cualquier otro servicio público ordinario<sup>36</sup>. Exagerando, se suele poner aquí por ejemplo el de los abogados que ejercen el turno de oficio, al fin y al cabo prestadores de un servicio público de administración de justicia: parece excesivo que se exija al Estado responsabilidad por la mala formación o por los resultados negativos, en los supuestos en que una buena práctica debería conducir a otro fin, a que pueda dar lugar la asistencia de estos letrados.

Supuestos como éste son fáciles de diferenciar con sólo apelar a la idea de la vinculación de los profesionales que intervienen con la Administración titular del servicio. En otro lugar, y también en estas páginas, he hecho alguna alusión a la importancia de la delimitación exacta de los supuestos de responsabilidad de la Administración por he-

---

<sup>36</sup> Estas posiciones las ha mantenido F. PANTALEÓN PRIETO. Cuando corrijo las pruebas de este trabajo acabo de recibir su estudio «Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración», *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1995.

chos de terceros que, aunque ejerzan alguna función por encomienda o delegación de la Administración, la cumplen sin que sus actividades ni decisiones, sobre todo si producen resultados lesivos, puedan ser trasladados a la Administración misma. Me parece que éste es el caso de los abogados que ejercen el turno de oficio.

Hay otras muchas técnicas, ya recordadas, aplicadas habitualmente en la práctica para evitar que la fórmula «funcionamiento normal de los servicios públicos» lleve a resultados absurdos o imposibles de organizar. La propia aplicación jurisprudencial de esta institución es la mejor prueba de lo que afirmo.

No me parece, en conclusión, que un temor a la expansión de los casos de responsabilidad pueda servir de fundamento a recortes legales que nos llevan a nosotros fuera de la línea de evolución, que es la misma que se aprecia en otros sistemas jurídicos avanzados.

Me queda un importante problema que abordar: la circunstancia de que en España existan cuatro órdenes jurisdiccionales competentes para conocer de las acciones por responsabilidad derivadas de actos médicos: penal, civil, contencioso-administrativa y social. Es difícil consolidar principios únicos en un sistema jurídico inspirado simultáneamente en la doctrina de cuatro órdenes jurisdiccionales.

Algo se ha avanzado últimamente en el camino de unificar la competencia para conocer de las acciones de responsabilidad<sup>37</sup>. Dejo para otra ocasión una explicación de los orígenes y las posibles soluciones, hasta donde pueden establecerse, a este problema.

---

<sup>37</sup> A esta unificación ha contribuido de modo importante el Auto de 4 de julio de 1994, dictado por la Sala especial del Tribunal Supremo, en un conflicto de competencia trabado entre un Juzgado de lo Social de Barcelona y la jurisdicción contencioso-administrativa. Este conocido Auto resuelve el conflicto en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa. Interpreta, como es conocido, que la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ha vuelto al sistema de unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. En su criterio, «la unidad procedimental, jurisdiccional y de régimen jurídico (...) no es otra cosa que una consecuencia lógica del sistema único, directo y objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración (...), de acuerdo con la tradición legislativa española, arranca de la Ley de Expropiación Forzosa (art. 121) se reitera en la LRJAE (art. 40), y se reconoce (...) en los artículos 106.2, 149.1 y 18 de la Constitución». La Disposición Adicional primera del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que ha aprobado el Reglamento de procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial, que insiste en el principio de unidad, no es sino un desarrollo lógico de la Ley 30/1992 y de los principios en que ésta se inspira. Cuando corrijo pruebas de este estudio, veo el comentario de E. DESDENTADO DAROCA: «La determinación del orden jurisdiccional competente para conocer de las reclamaciones de indemnización por daños causados en la prestación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social», *RAP*, 136, 1995.

