Oriol Mir Puigpelat

Responsabilidad objetiva *vs.*
funcionamiento anormal en la
responsabilidad patrimonial de la
Administración sanitaria
(y no sanitaria)*

Profesor Titular de Derecho Administrativo de la
Universidad de Barcelona

RESUMEN: El presente trabajo examina el alcance real que la responsabilidad patrimonial de la Administración española presenta en materia sanitaria y las consecuencias prácticas que se derivan de configurarla como una responsabilidad de tipo objetivo o basada en la infracción de la *lex artis*. El autor se muestra crítico con la ambigua posición del Tribunal Supremo en la materia y propone una reinterpretación jurisprudencial del art. 139.1 LRJPAC. En la adenda, motivada por un trabajo reciente de Jesús LEGUINA, el autor constata el alto grado de consenso alcanzado por la doctrina española, así como la proyección exterior del debate suscitado, y propone la unificación del concepto de responsabilidad objetiva manejado por aquella.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad patrimonial de la Administración; responsabilidad objetiva; asistencia sanitaria; comunidad científica.

* El presente texto recoge la conferencia impartida por el autor el 28 de noviembre de 2007 en el marco de las *Jornadas Hispano-Mexicanas sobre el derecho a la salud y la responsabilidad patrimonial sanitaria* organizadas por el SESCAM, la FISCAM, la Comisión Nacional de Derechos Humanos de los Estados Unidos Mexicanos y el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en la ciudad de Toledo. En esta versión escrita se ha mantenido el tono oral de la intervención y se ha añadido una adenda de actualización, en la que se da cuenta del último trabajo de Jesús LEGUINA sobre la materia y de una importante sentencia reciente de la Suprema Corte de Justicia mexicana.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 2. RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y POR EL FUNCIONAMIENTO ANORMAL EN LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA—2.1. *La ambigua posición del Tribunal Supremo*—2.2. *Las distintas consecuencias a que abocan la responsabilidad objetiva y por el funcionamiento anormal en el ámbito sanitario*—2.3. *La responsabilidad por el funcionamiento anormal como regla general*—2.4. *Inversión de la carga de la prueba de la anormalidad y supuestos admisibles de responsabilidad objetiva*—2.5. *Anormalidad y consentimiento informado*
 3. FINAL: LA NECESARIA REINTERPRETACIÓN DEL ART. 139.1 LRJ-PAC
ADENDA: HACIA UN CONCEPTO COMPARTIDO DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA
-

I. INTRODUCCIÓN

Constituye para mí un motivo de gran satisfacción poder participar en estas Jornadas, que me brindan la posibilidad de coincidir de nuevo con los amigos del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha y con colegas mexicanos, quienes me consta que siguen de cerca la discusión española sobre el alcance de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sobre todo después de la reciente reforma del art. 113 de la Constitución mexicana y de aprobada la Ley federal de responsabilidad patrimonial del Estado de 14 de diciembre de 2004, que desarrolla dicho precepto constitucional estableciendo –según sus impulsores– un sistema de responsabilidad objetiva global, para todos los ámbitos de la actividad administrativa, directamente inspirado por la regulación española hoy contenida en la Ley 30/1992 (LRJ-PAC)¹.

Me consta, como digo, dicho interés, porque he tenido ocasión de conocer el debate mexicano a raíz de mi participación en un libro coordinado por el profesor del ITAM Juan Carlos MARÍN². Marín, que conocía perfectamente el intenso debate doctrinal producido en España en los últimos años, me pidió que resumiera en dicho trabajo mi visión crítica del sistema español de responsabilidad³, para así advertir a los colegas mexicanos sobre los riesgos de una responsabilidad patrimonial de tipo objetivo como la que entonces se pretendía importar.

De esto, precisamente, del alcance de la responsabilidad objetiva de la Administración, es de lo que se me ha pedido que hable hoy, centrando mi análisis en el ámbito sanitario, un ámbito que me interesa particularmente desde que le dediqué mi primera monografía⁴.

No me ocuparé, por tanto, de otros temas de interés que suscita en la actualidad la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria –algunos de los cuales serán objeto de tratamiento específico por otras ponencias de las presentes Jornadas–, como son el consentimiento informado (sólo haré una referencia colateral a dicha cuestión al final de mi intervención), la prueba del daño y de la relación de causalidad (aunque sí efectuaré alguna

¹ Véase, sin embargo, la interpretación que de dicho art. 113 (apartado segundo) ha efectuado finalmente la Suprema Corte de Justicia mexicana en la sentencia a que se alude en la adenda del presente trabajo.

² MIR PUIGPELAT, Oriol, «El sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración: una visión crítica», en MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos (Coord.), *La responsabilidad patrimonial del Estado*, México D. F., Porrúa, 2004, pgs. 1-51.

³ Desarrollada principalmente en mi libro *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Madrid, Civitas, 2002.

⁴ *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Madrid, Civitas, 2000.

reflexión sobre la prueba de la anormalidad), la aplicación que pueda tener en el ámbito sanitario la teoría de la pérdida de oportunidad, los aspectos materiales y procesales de la responsabilidad de la Administración sanitaria por los daños ocasionados por centros concertados y otros contratistas, la valoración de los daños materiales y morales y la posibilidad de baremarlos, la prescripción en caso de determinadas enfermedades, el orden jurisdiccional competente y la articulación procedimental y procesal de la reclamación en caso de que la Administración tenga asegurada su responsabilidad, o la virtualidad práctica de la acción de regreso teóricamente obligatoria contra el médico causante del daño.

Por su estrecha conexión con el tema que me ha sido asignado sí efectuaré, en cambio, algunas consideraciones sobre la *lex artis* y el alcance de la cláusula de exoneración de los riesgos del desarrollo incluida por la Ley 4/1999 en el art. 141.1 LRJ-PAC, remitiendo en todo lo demás a las ponencias en que ambas cuestiones serán abordadas de forma específica.

2. RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y POR EL FUNCIONAMIENTO ANORMAL EN LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA

2.1. La ambigua posición del Tribunal Supremo

Lo primero que llama (o debería llamar) la atención cuando se acude a la jurisprudencia para tratar de responder a la pregunta de cuál es el alcance que tiene la responsabilidad patrimonial de la Administración española en materia sanitaria, es la ambigua posición de la Sala 3ª del Tribunal Supremo (TS) sobre la cuestión fundamental de si dicha responsabilidad es objetiva o surge sólo –o al menos como regla general– en caso de funcionamiento anormal del servicio o mala praxis.

Por un lado, en muchas sentencias, sobre todo cuando se pretende estimar la reclamación, la Sala 3ª sigue afirmando, como ha hecho siempre en este y otros ámbitos de actuación de la Administración, que la responsabilidad es objetiva, sin efectuar matización alguna respecto de la asistencia sanitaria.

Así, en SSTs como las de 23-11-2006⁵, 19-2-2007⁶, 10-10-2007⁷ ó 23-10-2007⁸, entre muchas otras (hay al menos 30 SSTs de la Sala 3ª en esta misma línea sólo en el año 2007, todas ellas en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria) puede leerse, en términos prácticamente idénticos, que:

Se ha «precisado en reiteradísima jurisprudencia que para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración [es]

⁵ Rec. núm. 3374/2002.

⁶ Rec. núm. 5512/2002.

⁷ Rec. núm. 1106/2003.

⁸ Rec. núm. 3071/2003.

preciso [...] b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal –*es indiferente la calificación*– de los servicios públicos [...]»⁹.

Y que: «Tampoco cabe olvidar que en relación con dicha responsabilidad patrimonial es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que *la misma es objetiva o de resultado*, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión [...]»¹⁰.

En todas ellas queda claro que dicha afirmación rige también para el ámbito sanitario. Pero, por si hubiera alguna duda, en SSTs como la citada de 19-2-2007 se añade que:

«En definitiva, pues, aun cuando *no cabe negar el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración*, para apreciar esta resulta necesaria la concurrencia de sus requisitos definidores y por tanto ha de quedar acreditado que el resultado lesivo por el que se reclama trae su causa directa y eficaz en una actuación u omisión de la Administración, *en este caso la sanitaria*, debiendo partir esta Sala de los hechos declarados probados por la Sala de instancia»¹¹.

Por otro lado, sin embargo, en muchas otras SSTs de la misma Sala y Sección (6ª, la que conoce de los recursos en materia de responsabilidad de la Administración sanitaria), normalmente cuando se pretende desestimar la reclamación y, a menudo, para salir al paso de la alegación de los recurrentes que invocan el carácter objetivo de la responsabilidad, se afirma expresamente que, en materia sanitaria, la Administración sólo debe responder cuando haya habido vulneración de la *lex artis*.

Así, p. ej., en SSTs como las de 14-2-2006¹², 21-11-2006¹³, 22-12-2006¹⁴, 12-4-2007¹⁵, 25-4-2007¹⁶ y 30-10-2007¹⁷ (entre otras; hay al menos 13 en lo que va de 2007) se señala, en términos muy parecidos, que:

«[C]uando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *Lex Artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso,

⁹ F. 3º de la STS de 10-10-2007; la cursiva es mía.

¹⁰ F. 3º de la STS de 10-10-2007; la cursiva es mía.

¹¹ F. 2º; la cursiva es mía.

¹² Rec. núm. 1590/2002.

¹³ Rec. núm. 6380/2002.

¹⁴ Rec. núm. 3414/2002.

¹⁵ Rec. núm. 3552/2002.

¹⁶ Rec. núm. 784/2003.

¹⁷ Rec. núm. 6998/2003.

la sanidad o la salud del paciente. Así, la sentencia de 14 de octubre de 2002, por referencia a la de 22 de diciembre de 2001, señala que “en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, *cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir*, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, *si ésta se realizó correctamente* y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, *se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico* conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto”¹⁸.

Como es sabido, la *lex artis* es el parámetro de diligencia manejado en el ámbito médico y a cuya vulneración se asocia el deber resarcitorio cuando la responsabilidad se basa en la culpa o mala praxis. No obstante, el TS, como puede observarse, no afirma aquí expresamente que la responsabilidad de la Administración, en materia sanitaria, se convierte en una responsabilidad por culpa o funcionamiento anormal, sino que conecta la *lex artis* con el requisito del daño antijurídico y la nueva cláusula de exoneración de los riesgos del desarrollo. El TS, así, efectúa una interpretación en clave culpabilística de dicha cláusula (que no se corresponde con su naturaleza ni con su tenor literal, como veremos luego), y entiende que, cuando la Administración sanitaria ha actuado de acuerdo con la *lex artis*, el daño no es antijurídico y la víctima tiene el deber de soportarlo sin indemnización alguna. Este esfuerzo argumental trata seguramente de conciliar la afirmación de que no se responde cuando no se vulnera la *lex artis* con la premisa, repetida una y otra vez por las SSTS antes aludidas, de que la responsabilidad de la Administración sanitaria es objetiva. Pero es un esfuerzo vano porque, se mire como se mire, y se fundamente como se fundamente, es flagrantemente contradictorio afirmar que la responsabilidad es objetiva y, al mismo tiempo, que sólo habrá que responder cuando se vulnere la *lex artis*.

Expulsada así enfáticamente por la puerta en el primer grupo de SSTS, la culpa (la anormalidad) vuelve a entrar discretamente por la falsa ventana del daño antijurídico en este segundo grupo de SSTS.

En la práctica, si se prescinde de calificaciones jurídicas y se atiende al resultado final al que llegan las distintas sentencias, se observa también cómo la culpa (la anormalidad) se erige en el criterio básico de imputación mane-

¹⁸ F. 4º de la STS de 30-10-2007; la cursiva es mía.

jado *de facto* por la Sala 3ª del TS en materia sanitaria –y fuera de ella–. En efecto, un examen de su jurisprudencia reciente revela que sólo se condena a la Administración sanitaria en caso de que se constate o pueda presumirse la existencia de mala praxis, exonerándosela siempre de responsabilidad cuando se consigue demostrar que la asistencia sanitaria fue correcta al haberse ajustado a la *lex artis*. Ello es así no sólo en las SSTS del segundo de los dos grupos antes apuntados, sino también en las del primero, las que afirman con rotundidad que la responsabilidad es objetiva. En este sentido, no he vuelto a ver sentencias como aquellas de los años noventa –también aisladas en su momento, y que recordaremos más adelante– que condenaron a la Administración sanitaria por daños derivados de una actuación médica ajustada a la *lex artis*, y que con ello desataron la reacción crítica de una gran parte de la doctrina.

El carácter meramente retórico de la afirmación de que la responsabilidad es objetiva y la preeminencia real del elemento culpabilístico en la jurisprudencia de la Sala 3ª son percibidos hasta por la Sala 1ª del mismo TS. Dicha Sala, que durante muchos años conoció de más reclamaciones de responsabilidad por daños ocasionados en centros sanitarios públicos que la propia Sala 3ª –aplicando invariablemente a la Administración, por cierto, el régimen de responsabilidad por culpa contenido en los arts. 1902 y ss. del Código Civil–, ha reconocido ya su incompetencia tras las sucesivas reformas legislativas de la LRJ-PAC y del art. 9.4 de la Ley orgánica del Poder Judicial y el nuevo art. 2. e) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. Sin embargo, como consecuencia de la lentitud de la justicia española, todavía hay sentencias de dicha Sala que se pronuncian sobre reclamaciones dirigidas a la Administración sanitaria por daños acaecidos con anterioridad a tales reformas legislativas. La STS de la Sala 1ª de 5-1-2007¹⁹ es una de ellas. Pues bien, en su F. 8º se constata que el orden Contencioso-Administrativo, pese a afirmar que la responsabilidad es objetiva, en realidad también hace pivotar la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria sobre el criterio de la culpa:

«En el ámbito de los servicios públicos, como es el sanitario, es aplicable el principio de responsabilidad objetiva consagrado por el artículo 139 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; *pero, en definitiva, los criterios de imputación aplicables no se separan en gran medida de los que derivan de la aplicación del principio culpabilístico con arreglo a los criterios que acaban de exponerse, puesto que, como es bien sabido, los tribunales del orden Contencioso-Administrativo vinculan la existencia de responsabilidad al incumplimiento de los estándares del servicio (o de la lex artis [reglas del oficio] por parte del personal sanitario, cuando el daño está directamente vinculado a la realización de actos médicos)*, dado que existe un criterio general de imputación,

¹⁹ Rec. núm. 161/2000.

recogido hoy en la ley, fundado en la ausencia de deber de soportar el daño por parte del perjudicado»²⁰.

2.2. Las distintas consecuencias a que abocan la responsabilidad objetiva y por el funcionamiento anormal en el ámbito sanitario

La ambigüedad jurisprudencial en torno a la calificación del tipo de responsabilidad al que queda sometida la Administración sanitaria es reprochable, porque la distinción entre la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por culpa (anormalidad) no es una cuestión meramente dogmática o terminológica, sino que tiene importantes consecuencias prácticas.

Aunque parezca una obviedad, a la vista de la jurisprudencia expuesta resulta necesario recordar que someter la asistencia sanitaria a un estándar de responsabilidad objetiva significa, por de pronto, que la Administración debe responder aunque no se haya vulnerado la *lex artis*, esto es, aunque el servicio de asistencia sanitaria haya observado la diligencia exigible en el ámbito médico.

Cuando la responsabilidad es objetiva, se deben indemnizar todos aquellos daños que se hayan causado (responsabilidad por acción) o que no hayan sido evitados –teniendo el sujeto llamado a responder el deber jurídico de evitarlos– (responsabilidad por omisión), salvo que exista culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, fuerza mayor, consentimiento excluyente de responsabilidad o se trate de un daño justificado de forma expresa e indubitada por el ordenamiento, un daño que el sujeto está *legitimado* a causar porque es inherente al legítimo ejercicio de un derecho o potestad que le confiere el ordenamiento o al cumplimiento de una obligación por éste impuesta (este es el restringido alcance exoneratorio que el requisito del daño antijurídico comportaba en sus orígenes y debería seguir comportando en la actualidad; ejemplos de auténticos daños no antijurídicos serían la sanción, orden o tributo impuestos correctamente por la Administración, los daños causados a la competencia al lanzar al mercado un producto mejor, las emisiones al medio ambiente que se sitúen dentro de los niveles autorizados o la cicatriz y convalecencia inevitables tras una intervención quirúrgica).

En determinados ámbitos de responsabilidad objetiva, además, el sujeto puede quedar también exonerado de responsabilidad si prueba que el daño era *inevitable según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica* (el daño imprevisible será también, normalmente, inevitable), si prueba, en definitiva, que el daño ha sido fruto de los denominados riesgos del desarrollo o del progreso. Dicha cláusula exoneratoria se incluye, desde 1999, en el art. 141.1 LRJ-PAC, y se encuentra también presente en otras normas que establecen una responsabilidad de tipo objetivo, como son el art. 6.1. e) de la Ley 22/1994, de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos (actual art. 140.1. e) del recién aprobado Real Decreto Legisla-

²⁰ La cursiva es mía.

tivo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias –TRLGDCU–, que ha derogado la Ley 22/1994 e incorporado sus preceptos a su Libro III) o, más recientemente, el art. 14.2. b) de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental (dicha Ley permite invocar tal cláusula de exoneración a los operadores enumerados en su Anexo III, sometidos por su art. 3.1 a responsabilidad objetiva por los daños medioambientales que puedan ocasionar).

La inclusión de esta cláusula en tales normas de responsabilidad objetiva evidencia que ella no convierte a la responsabilidad de que se trate en una responsabilidad por culpa, como algún autor ha pretendido al interpretar el alcance del nuevo art. 141.1 LRJ-PAC. Y es que, como explico en mis trabajos, antes citados, esta cláusula, dada su naturaleza y su tenor literal, no remite al estándar de diligencia propio de la responsabilidad por culpa, sino a uno más exigente y, en todo caso, cualitativamente distinto: al estado del conocimiento científico-técnico más avanzado a nivel mundial que haya en cada momento y a las medidas de seguridad (de prevención de daños) que dicho estado proporcione o permita adoptar, sea cual sea su coste y sea o no razonable su adopción (en atención a posibles riesgos mayores derivados de la adopción de dichas medidas de seguridad). El estándar de diligencia de la responsabilidad por culpa, en cambio, no obliga a adoptar todas las medidas de seguridad disponibles, sino sólo aquellas que tengan un coste (en dinero, pero también en tiempo –aunque el factor tiempo también suele acabar traducándose en un mayor coste económico de la realización de la actividad potencialmente lesiva–) proporcional al riesgo de que se produzca el daño que con ellas se pretende evitar, y siempre que su adopción no pueda ocasionar otros daños mayores. El estándar de diligencia, en suma, incorpora una ponderación coste-beneficio (en sentido amplio) completamente ajena a la cláusula de exoneración de los riesgos del desarrollo, que sólo tiene en cuenta si la ciencia y la técnica del momento habrían permitido evitar el concreto daño sufrido por la víctima.

Aplicando lo acabado de señalar a la responsabilidad de la Administración sanitaria, someterla a una responsabilidad de tipo objetivo, con inclusión de la cláusula de exoneración de los riesgos del desarrollo, significa que aquella deberá responder por todos aquellos daños que cause o no logre evitar y que no sean verdaderamente inevitables según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica: deberá responder por *todos aquellos daños que normalmente no se producen y que se habrían podido evitar en el caso concreto, de haberse dispuesto de tiempo y recursos ilimitados para realizar todas las pruebas y tratamientos que permiten la ciencia y la técnica médica actual más avanzada*.

De esta forma, bajo un estándar de responsabilidad objetiva, sólo quedarían sin indemnización, prácticamente, los daños derivados de *enfermedades y afecciones incurables o de secuelas inevitables* según el actual estadio científico-tecnológico: cánceres terminales, infartos muy graves, traumatismos derivados de accidentes muy graves, heridas letales de armas, enfermedades desconoci-

das, etc. Daños de este tipo, que acontecen diariamente, casi nunca llegan a los tribunales, porque las víctimas o sus familiares no suelen reclamar indemnización alguna en caso de que se produzcan, al resultar evidente que nada podría haber hecho la Administración sanitaria para evitarlos.

En cambio, sí suele reclamarse indemnización, y sí merecen ser indemnizados, bajo una responsabilidad sanitaria de tipo objetivo como la descrita:

– Prácticamente todos los daños derivados de *errores de diagnóstico*, puesto que, en el actual estadio científico-tecnológico, con tiempo y recursos ilimitados se puede diagnosticar casi todo, y la mayor parte de las enfermedades y afecciones que se diagnostican correctamente y a tiempo se pueden curar.

– Todos los daños derivados de *tratamientos aplicados a enfermedades o afecciones curables* (salvo las consecuencias consustanciales inherentes de forma inevitable a dicho tratamiento), de modo que se pueda afirmar que el tratamiento «ha salido mal» y no ha tenido el *resultado habitual* y que *legítimamente cabía esperar* (pudiéndose manejar en estos casos un concepto de *tratamiento defectuoso* análogo al de producto defectuoso empleado por el art. 137 TRLGDCU).

Se estará en presencia de un tratamiento defectuoso, p. ej., siempre que «salga mal» una *intervención quirúrgica* que, normalmente, sale bien y produce el resultado de curación esperado. En los casos, bastante frecuentes en términos absolutos (aunque raros en proporción a las muchas intervenciones practicadas diariamente que logran el resultado esperado), en que ello sucede, si la responsabilidad es objetiva será indiferente que la intervención se haya ajustado a la *lex artis* y la Administración deberá indemnizar a la víctima o sus familiares. Por eso, coincido con PANTALEÓN en que la célebre –y polémica– STS (Sala 3ª) de 14-6-1991²¹, que condenó al INSALUD a indemnizar a una paciente por las graves e infrecuentes secuelas derivadas de una operación de reducción de aneurismas gigantes practicada de acuerdo con la *lex artis*, aplicó correctamente la responsabilidad objetiva de la Administración sanitaria en el caso concreto. Lo mismo puede decirse de la STS (Sala 3ª) de 28-6-1999²², que declaró el derecho de una paciente a ser indemnizada por la pérdida total de movilidad en un brazo producida como consecuencia de una operación de extirpación de un quiste sebáceo en dicho brazo que se ejecutó de forma ajustada a la *lex artis*.

No conozco SSTs posteriores que hayan vuelto a condenar a la Administración sanitaria en casos semejantes. Así, p. ej., en la STS (Sala 3ª) de 12-4-2007²³, en un caso de muerte por parada cardiorrespiratoria por imposibilidad de intubar debidamente al paciente tras una intervención en que se le colocó una placa metálica en las cervicales, el TS niega la responsabilidad al no apreciar vulneración de la *lex artis*. Pero de ser realmente objetiva la

²¹ Rec. núm. 512/1987.

²² Rec. núm. 3740/1995.

²³ Rec. núm. 3552/2002.

responsabilidad de la Administración sanitaria (como hemos visto que afirma a menudo el TS y alegaba en este caso la propia recurrente), el Tribunal debería haber concedido la indemnización. Algo parecido sucede en la STS (Sala 3ª) de 10-10-2007²⁴, en la que el TS condena a la Administración por no haber acreditado su buena praxis en un caso en que una operación de cataratas salió mal y acabó comportando la extracción del globo ocular, y en el que además no se informó a la paciente de los riesgos inherentes a la intervención. De la argumentación del Tribunal parece deducirse que no habría procedido la indemnización en el caso de que la Administración hubiera informado debidamente a la paciente y hubiera probado que la intervención y el –accidentado– postoperatorio se ajustaron a la *lex artis*. Ello, sin embargo, nuevamente, habría sido contrario a las exigencias de una responsabilidad de tipo objetivo.

Las muy distintas consecuencias prácticas a que abocan la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por culpa en lo concerniente a los tratamientos que se aplican en los centros sanitarios públicos también se visualizan con claridad en el caso de los *contagios transfusionales del SIDA y la hepatitis C*. Como explico con detenimiento en mi libro del año 2000, la nueva cláusula del art. 141.1 LRJ-PAC sólo permite excluir la responsabilidad de la Administración por los –escasos– contagios transfusionales producidos en hospitales públicos *antes de que la ciencia médica descubriera que tales enfermedades se transmitían a través de la sangre*, esto es, antes de principios de 1983, en el caso del SIDA, y de finales de los años setenta-principios de los ochenta, en el caso de la hepatitis C. Los contagios producidos con posterioridad –que fueron los más numerosos–, ya no quedan cubiertos por dicha cláusula, puesto que en ese momento temporal la ciencia médica ya permitía saber que existía el riesgo de contagiar tales enfermedades a través de las transfusiones sanguíneas y los tratamientos con hemoderivados, ofreciendo incluso algunos mecanismos que podían minimizar e incluso evitar dicho riesgo (como las autodonaciones, las donaciones de origen fiable, la exclusión de los grupos de riesgo como donantes o la restricción de las transfusiones a los casos estrictamente necesarios). Las autodonaciones y las donaciones de origen fiable permitían ya entonces evitar con casi total seguridad el contagio, pero no fueron adoptadas por los bancos de sangre debido a su alto coste de gestión; el alto coste de tales medidas permite seguramente afirmar que su falta de adopción no fue negligente, pero, como sabemos, la existencia o no de negligencia es irrelevante cuando la responsabilidad es de tipo objetivo. Por ello, de ser verdaderamente objetiva la responsabilidad de la Administración, esta debería indemnizar a las víctimas de los contagios transfusionales producidos a partir de 1983, en el caso del SIDA, y de principios de los años ochenta, en el caso de la hepatitis C.

Sin embargo, la Sala 3ª del TS, tras algunas oscilaciones, y partiendo, una vez más, de una interpretación en clave culpabilística del nuevo art. 141.1 LRJ-PAC, ha acabado sentando la doctrina de que tales contagios no dan

²⁴ Rec. núm. 1106/2003.

lugar a responsabilidad de la Administración mientras fueron realizados *con anterioridad al momento en que se descubrieron los tests que permitían detectar en la sangre el VIH y el VHC* (así, p. ej. la STS de 27-3-2007²⁵, con ulteriores referencias). Tales tests, como es sabido, se descubrieron mucho tiempo después de haberse determinado las vías de transmisión de ambas enfermedades: los del VIH estuvieron disponibles a finales de 1985, y los del VHC a finales de 1989-principios de 1990. Como es obvio, todo contagio transfusional que se haya producido a partir de estas fechas por no haberse cribado la sangre con los tests de detección debe ser calificado de imprudente.

Vemos, pues, cómo someter a un estándar de responsabilidad objetiva o de responsabilidad por culpa el caso de los contagios transfusionales conduce a resultados muy distintos: la responsabilidad objetiva obliga a la Administración a responder a partir de 1983, en el caso del SIDA, y de principios de los años ochenta, en el caso de la hepatitis C, mientras que la responsabilidad por culpa sólo le exige hacer frente a los contagios producidos a partir de finales de 1985 (SIDA) y de 1990 (hepatitis C).

2.3. La responsabilidad por el funcionamiento anormal como regla general

¿Resulta aceptable una responsabilidad tan amplia de la Administración sanitaria, una responsabilidad objetiva de efectos tan extensos como los acabados de exponer? No, a mi juicio. Las muchas razones que he esgrimido con detalle en mi libro de 2002 en contra de la responsabilidad objetiva global de la Administración son perfectamente trasladables al ámbito sanitario, donde una genérica responsabilidad de tal calibre tendría, además, el efecto perjudicial añadido de incentivar la práctica de medicina defensiva, tan nociva para el erario público, los propios pacientes y el progreso de la medicina.

Coincido plenamente, por ello, con el TS, cuando otorga un papel primordial a la *lex artis* y la erige en el título básico de imputación de daños en materia sanitaria (sin perjuicio de que, como diré al final, discrepe de la fundamentación que el Tribunal concede a dicho título y, sobre todo, del mantenimiento de la ficción de que la responsabilidad es objetiva).

Como sostengo en el libro citado, la Administración sólo debería responder, como regla general (tanto en materia sanitaria como fuera de ella), por los daños derivados de su *funcionamiento anormal*. Dicho funcionamiento anormal, concebido como una culpa objetivada, sería conveniente que fuera concretado mediante *estándares normativos de diligencia* que sirvieran para facilitar el trabajo de los jueces y corregir algunos problemas que puede suscitar y suscita la fijación judicial del nivel de diligencia exigible a las Administraciones públicas (desde la perspectiva de los principios democrático, de igualdad, de seguridad jurídica y de eficiencia). Tales estándares, que deberían en todo caso convivir con una cláusula general de diligencia que sir-

²⁵ Rec. núm. 6887/2003.

viera de cierre y corrigiera las carencias que aquellos también presentan, habrían de ser elaborados por el legislador y la Administración en cada caso competentes, dotando así de paso al sistema de responsabilidad patrimonial de un saludable *acento autonómico*, coherente con la distribución del poder efectuada por la Constitución.

En el ámbito sanitario, la cláusula general de diligencia es la *lex artis*, y los estándares normativos vendrían a ser los protocolos y guías médicos y, en parte también, las garantías de seguridad y calidad exigidas para la apertura y funcionamiento de los centros sanitarios (impuestas con carácter mínimo por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y complementadas en su territorio respectivo por las comunidades autónomas según lo dispuesto en el art. 27.3 de la Ley 16/2003, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud) y normas como el Real Decreto 1030/2006, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud (de donde se deduce, p. ej., que los pacientes de la sanidad pública española no tienen derecho a que se les apliquen las técnicas más punteras del mundo, con las obvias repercusiones que ello tiene desde la perspectiva de la responsabilidad).

2.4. Inversión de la carga de la prueba de la anormalidad y supuestos admisibles de responsabilidad objetiva

Que la responsabilidad de la Administración sanitaria deba pivotar, como regla general, sobre el funcionamiento anormal, no excluye, sin embargo, que pueda invertirse la carga de la prueba de la anormalidad ni que se admitan determinados supuestos de responsabilidad objetiva.

En cuanto a lo primero, parece razonable *invertir la carga de la prueba del mal funcionamiento* del servicio siempre que dicha prueba resulte mucho más costosa para la víctima que para la Administración. Ello sucederá a menudo en el ámbito sanitario, donde la prueba de la vulneración de la *lex artis* suele requerir gran cantidad de información y conocimientos técnico-científicos al alcance de la Administración, pero inasequibles para la víctima profana en medicina. De esta forma, una vez probados por la víctima el daño sufrido y la existencia de relación de causalidad entre la atención médica recibida y aquél, corresponderá a la Administración acreditar que la asistencia procurada se ajustó a los protocolos existentes y a la *lex artis*. Con ello se incentiva, de paso, que la Administración documente como es debido sus actuaciones asistenciales, documentación que no sólo es importante desde la óptica de la responsabilidad, sino también para llevar a cabo un seguimiento eficaz de las enfermedades y afecciones de los pacientes.

La Sala 3ª del TS admite en ocasiones dicha inversión, condenando a la Administración por no haber logrado acreditar que su actuación respetó la *lex artis*. Cabe citar, recientemente, en este sentido, entre otras, las SSTs de 10-10-2007²⁶ y de 23-10-2007²⁷.

²⁶ Rec. núm. 1106/2003.

²⁷ Rec. núm. 3071/2003.

La inversión de la carga de la prueba de la culpa era la regla general en la propuesta de Directiva del Consejo sobre la responsabilidad del prestador de servicios (presentada por la Comisión Europea el 9 de noviembre de 1990 y retirada en 1994 por falta de consenso), que hubiera sido también aplicable a los servicios prestados por las Administraciones públicas. Y es también la regla general, en nuestro país, en materia de responsabilidad civil de los empresarios por los daños que los servicios que presten puedan ocasionar a consumidores y usuarios (art. 147 TRLGDCU, que ha vuelto a recoger, pese a su escasa aplicación práctica, la previsión antes contenida en el art. 26 de la Ley 26/1984, general para la defensa de los consumidores y usuarios –LGDCU–).

Tampoco cabe descartar, como se ha dicho, el establecimiento de determinados *supuestos típicos y acotados de responsabilidad objetiva* en materia sanitaria, cuando concurren razones específicas que los justifiquen. Deben ser típicos y acotados para así poder ser previsibles, cuantificables y, eventualmente, asegurables.

Un primer supuesto claro de responsabilidad objetiva es el relativo a los daños que puedan causar los *productos defectuosos* fabricados o importados por la Administración sanitaria (p. ej., hemoderivados y otros preparados médicos que pueda elaborar la Administración). De hecho, aquí la responsabilidad objetiva viene impuesta por el propio Derecho comunitario, puesto que, según la importante sentencia del Tribunal de Justicia (TJ) de 10-5-2001²⁸ (una sentencia, por cierto, muy difundida entre los civilistas de nuestro país, pero muy poco entre los administrativistas), la Directiva 85-374-CEE, sobre responsabilidad civil por productos defectuosos, es también aplicable a los productos fabricados por los centros sanitarios públicos, aunque tales productos no tengan carácter comercial y reciban un uso meramente intrahospitalario (en el caso enjuiciado, el TJ declaró la sumisión a dicha directiva de un líquido de perfusión destinado a preparar órganos para su transplante, elaborado por un hospital público danés, que estaba en mal estado e inutilizó el riñón donado por el hermano del paciente a quien debía ser transplantado). Y como ya sabemos, dicha directiva, objeto de transposición en España mediante la Ley 22/1994, primero, y ahora, a través del TRLGDCU, establece una responsabilidad de tipo objetivo del fabricante o importador de productos defectuosos.

Esta misma sumisión a la citada directiva comporta, sin embargo, al mismo tiempo, una importante limitación de la responsabilidad de la Administración en relación con este tipo de productos: en aplicación de dicha directiva, la Administración (al igual que cualquier otro sujeto) no podrá responder nunca de forma objetiva por los daños causados por productos defectuosos *fabricados o importados por terceros* y que ella se limite a *suministrar* a la víctima (es lo que sucederá, en el ámbito sanitario, muy a menudo, cuando suministre medicamentos, hemoderivados y demás productos fabri-

²⁸ As. C-203/99.

cados por terceros). Así lo ha señalado el TJ en sentencias como la de 10-1-2006²⁹, donde afirma que la Directiva 85-374-CEE, por razones relacionadas con el buen funcionamiento del mercado interior, quiere expresamente que sólo respondan de forma objetiva los fabricantes e importadores, no pudiendo los Estados miembros establecer un régimen más favorable para las víctimas (que, p. ej., extienda la responsabilidad objetiva al suministrador del producto defectuoso). Según el TJ, los Estados miembros sólo pueden establecer que los suministradores respondan ante las víctimas en caso de *dolo o culpa*. Encontramos, pues, aquí, un límite impuesto por el Derecho comunitario a la responsabilidad objetiva de la Administración española. Un límite que no han considerado las –pocas– sentencias de tribunales españoles que han condenado a la Administración sanitaria por el suministro negligente de productos defectuosos fabricados por terceros (p. ej., hemoderivados contaminados con el VHC).

Esta sumisión de la Administración española a la directiva de responsabilidad por productos defectuosos evidencia que los juristas patrios debemos estar atentos a la evolución de las normas comunitarias sobre responsabilidad civil, porque la perspectiva funcional que impregna todo el Derecho comunitario hará que a menudo sean también aplicables, como mínimo, a la actividad de las Administraciones públicas no revestida de autoridad, esto es, a aquella parte de su actividad similar a la que puedan desarrollar los particulares (como ocurre, precisamente, con la asistencia sanitaria). Junto a los ejemplos ya vistos de la Directiva 85-374-CEE y de la propuesta de Directiva sobre la responsabilidad del prestador de servicios que debía complementarla, encontramos uno más reciente y también significativo en el Reglamento (CE) 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, relativo a la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (también conocido como «Roma II»). Según se desprende del Considerando 9º y de su art. 1.1, dicho reglamento, de gran importancia para el Derecho internacional privado, al unificar las normas de conflicto de los distintos Estados miembros en materia de responsabilidad civil (no así el Derecho material aplicable), resulta también de aplicación a los daños derivados de la actividad de las Administraciones públicas no revestida de *imperium*, de autoridad, entre la que se incluye con naturalidad la asistencia sanitaria pública; de esta forma, los daños que pueda ocasionar la Administración sanitaria española en supuestos dotados de internacionalidad quedan sometidos a las normas de conflicto de dicho reglamento³⁰. Para la tranquilidad de quienes teman que, a partir de ahora, deban aplicarse normas extranjeras sobre responsabilidad civil cuando, p. ej., un hospital público español cause daños a un ciudadano de otro país, debe decirse que las normas de conflicto del reglamento casi siempre llevarán a que se aplique la

²⁹ As. C-402/03.

³⁰ Así lo cree también GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., «La unificación del Derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»)», en *La Ley*, núm. 6811, 31 de octubre de 2007, aps. 11-13.

LRJ-PAC y resto de normativa nacional cuando de daños ocasionados por la sanidad pública española se trate.

Además de por la fabricación o importación de productos defectuosos, cabe imaginar también que la Administración sanitaria responda de forma objetiva por daños como, p. ej., los derivados de *infecciones nosocomiales*, de *vacunaciones obligatorias* o de *métodos terapéuticos nuevos y de consecuencias todavía poco conocidas*.

Como es sabido, la Sala de lo Civil del TS, en los daños producidos por infecciones nosocomiales, viene a invertir la carga de la prueba de la culpa cuando condena a la Administración sanitaria sobre la base del principio *res ipsa loquitur* e infiere la existencia de culpa de la desproporción existente entre el daño sufrido por la víctima y la afección objeto de tratamiento (así, en la STS de 5-1-2007³¹, con cita de numerosos precedentes anteriores). Pese a no tener una doctrina tan definida, la Sala 3ª del TS también va en la misma línea en algunos casos de este tipo (p. ej., en la STS de 23-10-2007³²). La presunción *iuris tantum* de culpa, en fin, es también el criterio seguido por la jurisprudencia en países como Francia.

No obstante, si se tiene en cuenta que el riesgo de contraer una infección nosocomial es un riesgo perfectamente conocido y cuantificado, y que las víctimas sufren, de alguna forma, en beneficio de la colectividad (tales infecciones se podrían evitar técnicamente si se adoptaran determinadas medidas organizativas y de higiene, pero no se adoptan en ningún lugar dado el enorme coste que tales medidas tendrían –en el caso de la sanidad pública– para el erario público), quizá podría darse un paso más y someter a responsabilidad objetiva tales infecciones, al menos cuando se produzcan en los quirófanos (cuya esterilización debe estar garantizada) y se traduzcan en un daño especial –poco habitual– y desproporcionado en comparación con la afección que motivó el tratamiento de la víctima, de modo que la Administración deba responder aunque pruebe que cumplió los protocolos de higiene establecidos. Pocos ciudadanos entenderían que quien entra en un hospital para ser tratado de una herida poco grave en una pierna y ve cómo le acaba teniendo que ser amputada como consecuencia de una infección nosocomial acaecida con ocasión del tratamiento recibido, deba soportar el daño sin ser siquiera indemnizado. Cabe pensar que a este tipo de infecciones se refiere el art. 148 TRLGDCU, cuando, recogiendo lo antes dispuesto por el art. 28 LGDCU, somete a responsabilidad objetiva determinados servicios sanitarios prestados a los usuarios y consumidores.

En Francia, la jurisprudencia –y el propio legislador, en el caso de las vacunaciones obligatorias– también somete a responsabilidad objetiva los daños causados por vacunaciones obligatorias y por métodos terapéuticos nuevos y de consecuencias todavía poco conocidas, cuando tales daños son especiales –poco habituales– y anormales –de gravedad–. Ello parece razonable, puesto

³¹ Rec. núm. 161/2000.

³² Rec. núm. 3071/2003.

que en ambos casos la víctima es sometida, de forma deliberada, a un riesgo especial, en beneficio de toda la colectividad, pudiéndose afirmar que, en caso de que tal riesgo se acabe convirtiendo en un daño real, la víctima se ha sacrificado por el bien común: la colectividad tiene un interés evidente en que toda la población se vacune para prevenir determinadas enfermedades –de ahí que la vacunación se imponga como obligatoria– y en que haya pacientes con los que puedan ensayarse nuevos métodos terapéuticos.

Naturalmente, este régimen de responsabilidad objetiva sólo debería cubrir los daños derivados de infecciones causadas por la propia vacuna y de métodos terapéuticos nuevos que se aplican a pacientes de forma experimental, como paso previo a una posible extensión al resto de pacientes aquejados de la enfermedad o afección de que se trate; los daños que puedan derivarse de vacunas defectuosas deberán sujetarse al régimen de responsabilidad por productos defectuosos antes examinado (de modo que la responsabilidad objetiva sólo alcance a quien la haya fabricado o importado), mientras que los que resulten de métodos terapéuticos nuevos que se apliquen por la exclusiva insistencia del paciente, en contra de lo que prescribiría la *lex artis*, deberán ser soportados sin indemnización (salvo, claro está, que el método terapéutico se aplique de forma incorrecta), al constituir éste uno de los pocos supuestos en que el consentimiento del paciente posee eficacia exoneratoria de la responsabilidad de la Administración.

2.5. Anormalidad y consentimiento informado

El criterio básico de imputación que se elija (responsabilidad objetiva o responsabilidad por funcionamiento anormal) condiciona también, en parte, otros aspectos de la responsabilidad de la Administración sanitaria.

Así ocurre, p. ej., con el consentimiento del paciente y las consiguientes medidas de autoprotección que este pueda adoptar para evitar el daño. El hecho de que la responsabilidad surja sólo, como regla general, en caso de funcionamiento anormal, justifica el endurecimiento de las exigencias relativas al consentimiento informado llevado a cabo por la jurisprudencia en los últimos años: si el paciente va a tener que soportar sin indemnización alguna los daños que puedan derivarse de una actuación médica ajustada a la *lex artis*, parece razonable informarle de forma completa sobre los riesgos de dicha actuación y brindarle así la posibilidad de que elija –en función de la aversión al riesgo que pueda tener– si quiere asumir dicho riesgo o prefiere quedarse como está –y, eventualmente, acudir a otro centro médico en el que el riesgo de fracaso de la actuación de que se trate sea estadísticamente menor; a cambio, por supuesto, de pagar el mayor precio que ello, normalmente, le costará–.

Ciertamente, la circunstancia de que los daños ocasionados por la asistencia sanitaria suelen ser de carácter corporal y, por ello, compensables sólo de forma imperfecta mediante una indemnización pecuniaria, comporta que la influencia que para la víctima pueda tener el hecho de que la actuación potencialmente lesiva se someta a un régimen más o menos amplio de res-

ponsabilidad sea menos importante que en aquellos otros ámbitos en que los daños causados son de tipo patrimonial. Pero no la elimina por completo, de modo que el régimen de responsabilidad de la Administración sanitaria puede incidir también en la conducta de los pacientes y condicionar las medidas de autoprotección que decidan adoptar una vez conocido el riesgo de que la actuación médica en cuestión salga mal. La magnitud de dicho riesgo será, sin duda, el factor que más pesará en los pacientes en el momento de decidir si se someten o no a la actuación médica o acuden a otro centro, pero el alcance del régimen de responsabilidad a que se someta la Administración que realizará tal actuación puede acabar de decantar la balanza.

3. FINAL: LA NECESARIA REINTERPRETACIÓN DEL ART. 139.1 LRJ-PAC

Termino ya. Como se deduce de lo dicho hasta ahora, coincido sustancialmente con las soluciones materiales a que llega la Sala 3ª del TS en lo concerniente al criterio básico de imputación de daños y al alcance de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Me parece muy positivo, en este sentido, que no se hayan vuelto a repetir las condenas a la Administración sanitaria por daños derivados de actuaciones médicas ajustadas a la *lex artis*, y que el TS haga pivotar la responsabilidad en este ámbito sobre el criterio del funcionamiento anormal. Salvo los supuestos excepcionales y acotados que, a mi juicio, cabría someter a responsabilidad objetiva, parece claro que el factor determinante de la responsabilidad de la Administración sanitaria debe ser, como regla general, el funcionamiento anormal, una anomalía cuya carga de la prueba, eso sí, cabría invertir más a menudo de lo que lo hace el TS.

En cambio, resulta muy criticable que el TS siga afirmando, de forma meramente retórica, y en flagrante contradicción con lo anterior, que la responsabilidad de la Administración sanitaria es siempre objetiva, y que para mantener dicha ficción desvirtúe otros requisitos de la institución –como la causalidad y, sobre todo, el daño antijurídico y la cláusula de exoneración de los riesgos del desarrollo del art. 141.1 LRJ-PAC–, interpretándolos en una clave culpabilística que les es totalmente ajena.

Esta contradicción entre el régimen de responsabilidad que el TS dice que aplica, y el que aplica realmente, genera una gran incertidumbre y confusión, que sufren las víctimas, las Administraciones sanitarias y el propio sistema judicial, que se ve sobrecargado con reclamaciones teóricamente fundadas, pero que no prosperarán nunca en la práctica. Dicha confusión sólo beneficia, quizá, a los abogados, que pueden captar algunos clientes con el argumento de que la responsabilidad es objetiva.

Por ello, mientras no se acometa la reforma en profundidad del Título X de la LRJ-PAC que algunos hemos reclamado, sería deseable que el TS dejara de afirmar de forma mecánica que la responsabilidad de la Administra-

ción (sanitaria y no sanitaria) es objetiva y *reinterpreta* el art. 139.1 LRJ-PAC en lugar del 141.1. No habría inconveniente alguno en afirmar que el funcionamiento normal y el funcionamiento anormal no se sitúan, en dicho precepto, en pie de igualdad, que la regla general debe ser la responsabilidad por funcionamiento anormal, y que la Administración sólo responderá por su funcionamiento normal en aquellos supuestos excepcionales que puedan ir previendo el legislador y la jurisprudencia. Al fin y al cabo, el art. 139.1 LRJ-PAC, a diferencia de la Ley federal mexicana de responsabilidad patrimonial del Estado (art. 1), no afirma expresamente que la responsabilidad de la Administración española sea objetiva. La crítica de la responsabilidad objetiva global de la Administración española ha calado tan hondo en los últimos años, que muy pocos objetarían una reinterpretación semejante de dicho precepto.

Entiendo que debe ser difícil rectificar una línea jurisprudencial tan consolidada y emblemática como la de la responsabilidad objetiva de la Administración española, una línea que ha venido siendo impulsada, fundamentada y aplaudida durante más de cuarenta años por la práctica unanimidad de la doctrina de nuestro país, hasta convertirse en un auténtico dogma, en poco menos que un *eslogan jurídico*. Pero debe ser rectificada. No podemos seguir exportando instituciones que no se aplican, meras ficciones jurídicas, bellas cáscaras vacías.

ADENDA: HACIA UN CONCEPTO COMPARTIDO DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Encontrándose el presente trabajo en prensa han aparecido dos novedades de gran interés relacionadas con su objeto y de las que parece oportuno dar cuenta somera: el último e importante trabajo de Jesús LEGUINA sobre la materia³³ y una sentencia reciente de la Suprema Corte de Justicia mexicana acerca del alcance del antes citado art. 113.2 de la Constitución de dicho país³⁴.

Aunque uno y otra rebasan el estricto ámbito sanitario y se enmarcan en ordenamientos jurídicos distintos, presentan, a mi modo de ver, dos aspectos comunes relevantes a los efectos de lo señalado en las páginas precedentes.

³³ LEGUINA VILLA, Jesús, «Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 136, octubre-diciembre de 2007, pgs. 669-681. Se trata de la conferencia pronunciada con motivo de su investidura como Doctor *Honoris Causa* por la Universidad de Castilla-La Mancha.

³⁴ Sentencia dictada sobre la Acción de Inconstitucionalidad 4/2004, por supuesta vulneración del art. 113.2 de la Constitución mexicana por parte de los arts. 389 y ss. del Código Financiero del Distrito Federal. Dicha sentencia no ha sido todavía publicada en el momento de redactarse estas líneas, pero sus términos quedaron fijados en la sesión del Pleno del tribunal de 7 de febrero de 2008, grabada en vídeo y accesible a través de la web de dicha institución: <http://www2.scjn.gob.mx/multimedia/multimedia.asp>. (último acceso: 18 de marzo de 2008).

El primero y más importante es que ambos *rechazan la responsabilidad objetiva global de la Administración*, esto es, una responsabilidad que surja, en los distintos ámbitos de actuación administrativa (el sanitario incluido), con independencia de cómo se ha desarrollado dicha actuación, con independencia de si se han respetado o no los estándares de diligencia exigibles.

Por su claridad, merece la pena transcribir algunos párrafos del citado trabajo de LEGUINA, en que se muestra partidario de reservar la responsabilidad por el funcionamiento normal a los supuestos de daños cuasiexpropiatorios y de riesgo (parece que especial) creado por la Administración, y en que critica la jurisprudencia que, de forma reiterada y puramente retórica, afirma la indiferencia de la normalidad o anormalidad de la actuación administrativa a los efectos de la responsabilidad³⁵:

«[L]a cláusula general de responsabilidad por “el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”, sobre la que pivota el entero sistema, adolece de alguna aparente ambigüedad al no hacer explícitos los diferentes ámbitos y modos de actuación administrativa a los que serían respectivamente aplicables los criterios de imputación de daños que en cada caso sean jurídicamente idóneos.

Es cierto también que, si no se está atento, esa potencial ambigüedad podría deslizarse, como así ha ocurrido, hacia posiciones de pretendida indiferencia entre ambos modos del actuar administrativo –el normal y el anormal– a la hora de imputar el daño de la víctima a la Administración. Hay, en efecto, una larga serie jurisprudencial que, cual si se tratara de una estampillada y redundante cláusula de estilo procesal, reitera *ad nauseam* la incorrecta doctrina de la indiferencia entre funcionamiento normal y funcionamiento anormal, a los efectos de la imputación del daño resultante. Reiteración cansina que a la postre resulta, sin embargo, más retórica que otra cosa, pues en la inmensa mayoría de los casos, tras esa aparente (y falsa) indiferencia, los jueces no condenan a la Administración, a menos que encuentren algún elemento de anormalidad con suficiente poder causal. [...]

[C]alificar el sistema como objetivo en el sentido indicado³⁶ no significa en modo alguno que la culpa –sea subjetiva de los agentes o sea objetivada en el funcionamiento anormal de los servicios públicos– haya desaparecido del campo de la responsabilidad extracontractual de la Administración. Tampoco quiere decir que al valorar el daño sufrido por el perjudicado en cada caso concreto sea indiferente que la actuación administrativa haya sido lícita o ilícita. Ni menos aún quiere decir que los criterios normativos de imputación ínsitos en la cláusula general –ilegalidad, culpa subjetiva, culpa objetiva, riesgo y sacrificio especial– puedan ser utilizados indistintamente para cualquier tipo de actividad

³⁵ *Supra*, en el apartado 2.1 del presente trabajo, hemos visto algunas manifestaciones recientes de dicha jurisprudencia en el ámbito sanitario.

³⁶ Luego volveremos sobre el concepto de responsabilidad objetiva que maneja LEGUINA en este trabajo.

administrativa y ante cualquier evento dañoso, de suerte que si el daño no fuera imputable a la Administración a título de anormalidad del servicio público siempre sería posible tal imputación a título de riesgo o de sacrificio especial. Nada menos cierto. En la generalidad de los casos, las actividades jurídicas o materiales que la Administración lleva a cabo no son en sí mismas peligrosas ni creadoras de situaciones de riesgo patrimonial, y por ello, si se realizan bajo pautas de normalidad, los eventuales daños resultantes no le son en modo alguno imputables; sólo su prestación anormal, irregular o deficiente puede operar como criterio legal de imputación de tales daños a la Administración»³⁷.

Estos párrafos brillantes, que suscribo plenamente, ponen de manifiesto el alto grado de consenso que se ha logrado, en España, en torno a la cuestión crucial del alcance que debe tener la responsabilidad patrimonial de la Administración. El hecho de que un autor de la talla de LEGUINA, que contribuyó con sus aportaciones decisivas de los años setenta a fundamentar y consolidar el entonces todavía frágil sistema español de responsabilidad patrimonial, se sume a la ya larga lista de autores que nos hemos manifestado expresamente en contra de una responsabilidad objetiva global de la Administración española, no hace más que confirmar la afirmación de que la rectificación jurisprudencial más arriba reclamada³⁸ contaría, en la actualidad, con el apoyo mayoritario de la doctrina de nuestro país.

A su vez, la sentencia del máximo intérprete constitucional mexicano opta por una interpretación restrictiva del ambiguo art. 113.2 de la Constitución de ese país³⁹, enfatizando la relevancia que en él posee el adjetivo «irregular» y descartando que consagre una responsabilidad objetiva global de la Administración —en contra de lo sostenido por una parte de la doctrina mexicana, abiertamente partidaria de importar, en sus rasgos básicos, el sistema español de responsabilidad patrimonial—.

Esta sentencia, a mi juicio muy razonable, evidencia la fecundidad y eco que, más allá incluso de nuestras fronteras, ha tenido el intenso debate sobre el alcance de la responsabilidad patrimonial desarrollado en España en los últimos años⁴⁰. Dicho debate, que parece haber ejercido alguna in-

³⁷ LEGUINA VILLA, Jesús, «Sobre el carácter objetivo...», *op. cit.* (*supra*, en nota núm. 33), pgs. 675-676 y 678.

³⁸ Y que el propio LEGUINA también demanda, como se deduce del párrafo crítico acabado de transcribir.

³⁹ Según dicho precepto, vigente desde el 1 de enero de 2004, «[l]a responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa *irregular* cause en los bienes o derechos de los particulares, será *objetiva* y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes».

⁴⁰ Puede encontrarse una valoración de conjunto de dicho debate, con indicación de algunos de los trabajos más destacados que han contribuido al mismo, en MIR PUIGPELAT, Oriol, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, pgs. 194 y ss. Con posterioridad, también en MEDINA ALCOZ, Luis, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005, pgs. 154 y ss.

fluencia tanto en la doctrina mexicana como en la propia Suprema Corte⁴¹, y que también ha sido seguido con interés en otros países latinoamericanos, ha servido para poner de relieve los peligros de una responsabilidad globalmente objetiva y de la correlativa aseveración, sin matices –tantos años repetida, y que todavía preside la jurisprudencia y muchos manuales de nuestro país–, de que la responsabilidad de la Administración española es «objetiva». Este último adjetivo ha perdido, así, buena parte de la carga emotiva favorable –como dirían los lingüistas– que poseía antes de iniciado el referido debate, cuando se creía que el mejor sistema de responsabilidad era el más amplio posible. La gran amplitud del sistema español, durante tanto tiempo aplaudida, ha sido, precisamente, la que ha propiciado que nuestra doctrina⁴² haya sido, seguramente, la que más y mejor ha profundizado en la reflexión acerca de los límites y el fundamento último de todo sistema de responsabilidad extracontractual de los poderes públicos. Como comunidad científica podemos, pues, congratularnos de ello.

El segundo aspecto que tienen en común el trabajo de LEGUINA y la sentencia de la Suprema Corte, y que incide también en lo señalado en las páginas precedentes, es que en ambos se maneja *un concepto de responsabilidad objetiva distinto del habitual*. Al tratarse de una cuestión terminológica, este segundo aspecto común reviste mucha menor importancia que el antes apuntado, que poseía naturaleza sustantiva. Sin embargo, resulta necesario advertirlo y aclararlo, puesto que el empleo de conceptos divergentes de responsabilidad objetiva puede generar malentendidos que distorsionen el debate de fondo sobre el alcance que tiene y debe tener la responsabilidad administrativa.

Para LEGUINA, aunque la Administración sólo deba responder por su funcionamiento normal en los acotados supuestos a que antes se ha hecho referencia⁴³, cabe seguir calificando al sistema español como un «sistema de responsabilidad objetiva» porque, además de admitir dichos supuestos específicos de responsabilidad objetiva *stricto sensu*, se caracteriza por «gravita[r...] sobre el dato objetivo de la lesión patrimonial antijurídica, no sobre la culpa de la persona física autora del daño», y contemplar –en el marco del criterio general de imputación del funcionamiento anormal– un «funcionamiento objetivamente culpable del servicio público, aquel que se sitúa por debajo de los niveles legales o socialmente exigibles», una «anormalidad objetivada, [...] un funcionamiento objetivamente ilícito, que puede darse, y de hecho se da habitualmente, aun cuando no haya habido culpa subjetiva alguna

⁴¹ Así se desprende de los distintos trabajos doctrinales elaborados en México en los últimos años y de la sesión del Pleno de la Suprema Corte en que se han fijado los términos de la sentencia aquí aludida.

⁴² Tanto administrativista como civilista: una de las claves de la calidad del debate suscitado en esta materia ha sido, sin duda, el fructífero y poco habitual diálogo interdisciplinar acaecido entre administrativistas y civilistas.

⁴³ Tales supuestos constituirían, a juicio del propio LEGUINA, los criterios de imputación «rigurosamente» objetivos (LEGUINA VILLA, Jesús, «Sobre el carácter objetivo...», *op. cit. –supra*, en nota núm. 33, pg. 677).

reprochable a los agentes administrativos o no sea posible su eventual identificación». Concluye, por ello, que la «responsabilidad objetiva no es ni ha sido nunca responsabilidad sin necesidad de culpa o ilicitud en todos los casos»⁴⁴.

A su vez, la Suprema Corte mexicana, en un sentido similar, parece⁴⁵ asociar la expresión «responsabilidad objetiva» contenida en el referido precepto constitucional a una responsabilidad caracterizada por pivotar sobre una irregularidad de la actividad administrativa⁴⁶ determinada de forma objetiva.

A mi modo de ver, otorgar dicho significado, poco habitual, a la expresión «responsabilidad objetiva», puede estar justificado en el Derecho mexicano (al encontrarse recogida en el propio art. 113.2 de su Constitución), pero no creo que lo esté tanto en el Derecho administrativo español de la responsabilidad, donde ningún precepto emplea literalmente dicha expresión. Naturalmente, los conceptos no preexisten al hombre y pueden ser –como de hecho lo son constantemente– redefinidos en todo momento por la comunidad lingüística de referencia (en este caso, la doctrina administrativista española)⁴⁷. Sin embargo, para evitar malentendidos y facilitar la comunicación con la doctrina privatista de nuestro país y con el resto de iuspublicistas del extranjero, pienso que resulta preferible que los administrativistas españoles sigamos manejando tal expresión con su sentido habitual en el Derecho de daños (público y privado), esto es, como sinónimo de la responsabilidad que surge aun en ausencia de culpa (subjettiva u objetivada)⁴⁸. Este último es, en cualquier caso el concepto de responsabilidad objetiva que se ha presupuesto a lo largo del presente trabajo, y que utiliza también la jurisprudencia Contencioso-Administrativa española en las sentencias arriba reseñadas.

Más que estas meras divergencias terminológicas (que tampoco tienen ma-

⁴⁴ LEGUINA VILLA, Jesús, «Sobre el carácter objetivo...», *op. cit.* (*supra*, en nota núm. 33), pgs. 677-678.

⁴⁵ A falta de conocer la plasmación definitiva de la argumentación en la sentencia escrita.

⁴⁶ Como ha señalado la propia doctrina mexicana, esta «actividad administrativa irregular» vendría a ser el equivalente al «funcionamiento anormal de los servicios públicos» contemplado en el art. 139.1 LRJ-PAC.

⁴⁷ Un resumen de los rudimentos de la filosofía analítica relativos al carácter convencional de toda definición y las consecuencias que de ello cabe extraer para el Derecho administrativo (en particular, para la definición de su concepto) puede encontrarse en MIR PUIGPELAT, Oriol, «El concepto de Derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional», en *Revista de Administración Pública*, núm. 162, septiembre-diciembre de 2003, pgs. 67 y ss.

⁴⁸ En Derecho privado, la culpa exigible a las organizaciones (personas jurídicas) para que respondan civilmente también ha sufrido un análogo proceso de objetivación, sin que, por ello, se califique a dicha responsabilidad de «objetiva» (a lo sumo se alude a una responsabilidad «objetivada»). Allí se reserva esta expresión a los casos en que la responsabilidad nace con independencia del modo con que ha actuado el sujeto causante del daño.

yores consecuencias si, como hace LEGUINA en su trabajo, se indica el sentido con el que se maneja la expresión) importa, no obstante, a mi juicio, el amplio consenso logrado sobre la cuestión de fondo del alcance que debe tener la responsabilidad patrimonial de la Administración. Este consenso es básico para que podamos seguir avanzando en la tarea colectiva de perfección de los distintos aspectos de una institución clave para el buen funcionamiento de todo Estado de Derecho.